

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA TRANSPOSIÇÃO DO REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO

*Manoel Jorge e Silva Neto**

1 Notas iniciais

Observa-se um considerável crescimento na tendência de visualização do ordenamento jurídico como sistema, ou, diferentemente, como prefere Maria Helena Diniz, como realidade que pode ser estudada sistematicamente¹.

A propensão, irrefreável, advém fundamentalmente da tomada de consciência de que todos os problemas normativos ocorrentes nos mais diversos domínios do sistema do direito positivo devem ter as soluções atreladas aos dispositivos constitucionais.

E, no caso, não se poderia deixar o direito do trabalho à margem de tudo isso.

E vou mais além para repetir o que tenho afirmado já com alguma insistência: as graves questões postas atualmente no altiplano do direito do trabalho são todas de cunho constitucional.

Conseqüentemente, o resgate do estudo das coisas da Constituição, concretizado na enorme procura de cursos de pós-graduação em direito constitucional – especialização, mestrado ou doutorado –, não se atém a mero diletantismo, mas, convictamente, responde a necessidades de ordem prática, na razão direta da prolação de um sem-número de decisões de órgãos judiciais singulares e colegiados que, a cada dia de forma mais acentuada e marcante – de modo específico no contexto da Justiça do Trabalho –, vão colher na Constituição os fundamentos jurídicos para solucionar as controvérsias judiciais.

É um movimento carente ainda de consolidação, reconhecimento, porque não viceja na consciência jurídica brasileira a cultura constitucional. Mas, cultura não é; está sendo. Revela processo que se instala e continuamente se submete a adensamento, razão por que acalento a esperança de, num futuro próximo, cada um de nós incorporar a saudável responsabilidade, como cidadãos, de cumprir a Constituição e seu maravilhoso projeto por uma sociedade que não inimiza as pessoas, mas reúne-as em prol da consecução da justiça substancial. Pode até ser sonho de ingênuo, mas, com certeza, é uma saborosa idéia que me acompanha há muito tempo e me conduz na atuação no Ministério Público do Trabalho e no magistério do agora fortalecido direito constitucional.

Porém, o assunto que me move à reflexão, embora tenha cunho constitucional, não promana de divagações quase inúteis sobre o que acontecerá com a nossa Constituição... Trata-se de tentativa de desencobrir alguns efeitos decorrentes da decisão prolatada nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.150-2-RS, cujo Acórdão, publicado no *DJ* de 17 abr. 1998, não foi ainda examinado tomando-se por base as possíveis repercussões no âmbito do direito do trabalho.

* Manoel Jorge e Silva Neto é Procurador Regional do Trabalho (BA), mestre e doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP.

¹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva. p. 12.

2 Relato de caso

Requerida pelo Procurador-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.150-2-RS tem por objeto a declaração de incompatibilidade vertical de expressões constantes dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 276 da Lei n. 10.248, de 30 de agosto de 1994, do Estado do Rio Grande do Sul, por ofensa aos comandos constitucionais previstos no art. 37, II e § 1º, do art. 19 do ADCT.

São os seguintes os termos sublinhados e previstos na referida lei estadual que ensejaram a propositura da ação:

“Art. 276. [...] § 2º Os cargos ocupados pelos nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários e contratados de que trata este artigo, ficam transformados em cargos de provimento efetivo, em classe inicial, em número certo, operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes, observada a identidade de denominação e equivalência das atribuições com cargos correspondentes dos respectivos quadros de pessoal. § 3º Nos órgãos em que já existia sistema de promoção para servidores celetistas, a transformação da respectiva função será para o cargo de provimento efetivo em classe correspondente. § 4º Os cargos de provimento efetivo resultantes das disposições deste artigo, excetuados os providos na forma do art. 6º, terão carreira de promoção própria, extinguindo-se à medida que vagarem, ressalvados os quadros próprios, criados por lei, cujos cargos são providos no sistema de carreira, indistintamente, por servidores celetistas e estatutários”.

A representação oferecida por Oscar Breno Stahnke ao então Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga – que originou a medida –, aduz, em síntese, que

“a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, caput, estabelece os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, a serem observados pela administração pública direta, indireta e fundacional, e mais ao seguinte: ‘II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado de livre nomeação e exoneração’. No mesmo sentido da indispensabilidade do concurso público para provimento de cargo efetivo, está o § 2º do art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê o cômputo do tempo de serviço dos servidores estabilizados como título ‘(...) quando se submeterem a concurso para fins de efetivação’. Como se vê, até os estabilizados pelas disposições transitórias da Carta Magna só alcançarão cargo público de provimento efetivo mediante concurso público”.

Prestou informações o governador do Rio Grande do Sul, neste sentido:

“A Lei Complementar n. 10.098, de 3 de fevereiro de 1984, dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do

Rio Grande do Sul. Enquanto projeto de lei, recebeu o n. 272/93 e foi submetido ao veto governamental, conforme determina o disposto nos artigos 66, § 1º, combinado com 82, VI, da Constituição Estadual, tendo sido vetado em vários de seus dispositivos, inclusive no artigo 276. Foi dito nesse veto, cuja cópia ora se junta, que o artigo 276 padecia de inconstitucionalidade formal e material, porque fora introduzido por emenda parlamentar, o que o tornava inconstitucional por vício de iniciativa, e ainda por afrontar normas da Carta Magna, além da contida no § 1º do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao permitir a efetivação dos servidores estaduais sem concurso público e de servidores das fundações de direito público. De acordo com o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, salvo cargos em comissão, sendo inclusive previsto o concurso, no artigo 19, § 1º, do ADCT da Carta Federal, para ‘fins de efetivação’. Como o artigo 276 permitia a nomeação sem concurso não sendo para cargo em comissão, entendeu-se de vetá-lo, naquela ocasião. Salientou-se nesse mesmo veto que o Regime Único a ser implantado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como determina o artigo 39 da Carta Magna, não haverá de sê-lo já afrontando o princípio contido no citado inciso II do artigo 37, de obrigatória observância pelos Estados, por força de seu artigo 25. Ademais, o referido artigo 276 ainda permitia ingresso e efetividade a servidores que sequer contavam com os cinco anos exigidos pelo artigo 19 ADCT-CF/88, e não respeitava a decisão de servidores que desejassem permanecer sob o vínculo trabalhista, violando direito adquirido desses servidores. Apesar do extenso veto ao artigo 276, entendeu a Assembléia Legislativa do Estado de rejeitá-lo e promulgou-se a Lei n. 10.098 com aqueles dispositivos vetados e ora objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade”.

O relator da ação, ministro Moreira Alves, deferiu medida cautelar

“[...] para suspender, até a decisão final da ação, a eficácia da expressão ‘operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes’, contida no § 2º do art. 276 da Lei n. 10.098, de 7.4.94, do Estado do Rio Grande do Sul; o § 4º do mesmo artigo, com a redação dada pela Lei n. 10.248, de 30.8.94; e, quanto ao § 3º, também do mesmo artigo, para dar, ao texto, exegese conforme a Constituição Federal, a fim de excluir, de sua aplicação, a interpretação que considerasse abrangidos, em seu alcance, servidores que não hajam ingressado, nas funções, mediante concurso público de provas”.

Por conseguinte, argúi, em síntese, o Procurador-Geral da República a inconstitucionalidade da transposição automática de servidores vinculados ao regime celetista para o mandamento unilateral estatutário em face do imperativo comando do art. 37, II, da Constituição, que consagra e põe em nível constitucional o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos.

3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado

De sorte a bem compreender a importância do julgamento da ADIn n. 1.150-2-RS e o desencadeamento de suas conseqüências conaturais – notadamente no direito do trabalho –, torna-se injuntivo o exame da ação direta de inconstitucionalidade no tocante aos efeitos determinados pelo sistema do direito positivo, de forma especial no que atina com os dispositivos da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Antes disso, porém, cumpre esclarecer que no controle difuso da constitucionalidade outorga-se a qualquer juiz ou tribunal o poder de declarar se uma lei ou ato do Poder Público com caráter normativo estão ou não consentâneos ao sistema constitucional, desde que, no caso de órgão colegiado, o entendimento acerca da inconstitucionalidade promane do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial, conforme prevê o art. 97 da Constituição.

Sabe-se também que na via de exceção ou de defesa – outra denominação do controle difuso – não é admissível a transcendência subjetiva dos efeitos do provimento judicial que concluiu pela inconstitucionalidade. Ou, em outras palavras: a declaração de incompatibilidade vertical somente aproveita ou prejudica as pessoas envolvidas na demanda².

O mesmo não sucede quando estamos diante da fiscalização abstrata da constitucionalidade.

Porque, no caso, a declaração de que um ato normativo é inconstitucional se apresenta como tema principal do processo objetivo – não se tratando, portanto, de uma questão a resolver-se *incidenter tantum* (como se presencia no controle difuso) – colhe-se que os efeitos da decisão judicial estender-se-ão para atingir tantas pessoas quantas forem as situações jurídicas subsumidas ao comando legal reputado inválido. É a conhecida eficácia *erga omnes*, ou “contra todos”, que não deve ser identificada com o efeito vinculante, confusão que se comete com infeliz habitualidade e por isso se impõe a análise de suas dessemelhanças.

O próprio § 2º do art. 102 da Constituição, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, explicita que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo”.

² Não se deve esquecer que o processo no qual se julgou incidentalmente a questão constitucional poderá, via recurso extraordinário, alcançar o Supremo Tribunal Federal, quando, na oportunidade, chancelando a tese de vulneração à norma constitucional, deverá a Suprema Corte remeter os autos ao Senado, a fim de que a Casa legislativa suspenda, no todo ou em parte, a lei declarada inconstitucional (quando se moverá por critério estritamente político, avaliando se a suspensão da eficácia da norma inconstitucional não seria um mal maior do que a sua permanência no sistema), operando-se exclusivamente nessa hipótese a eficácia *erga omnes* da decisão produzida em um caso concreto. Todavia, são tão raras as resoluções do Senado cujo objeto seja a indigitada suspensão, que há na doutrina quem defenda, com acerto, a completa inutilidade da previsão do art. 52, X, da Constituição (cf. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 184-185). Ver também RE n. 108.873-RJ, Rel. Min. Djaci Falcão.

Muito embora, inicialmente, a remissão constitucional à eficácia *erga omnes* e ao efeito vinculante estivessem no bojo da ação declaratória de constitucionalidade, sempre defendi a necessidade de eclosão de idênticos efeitos relativamente à ação que se destinava ao reconhecimento da inconstitucionalidade, mesmo antes do advento da Lei n. 9.868/99³, tudo com suporte na idéia de que a reclamação constitucional (art. 102, I, *l*, da Constituição), cujo propósito pode também ser dirigido ao cumprimento do que se decidiu no controle concentrado⁴, terminava por vincular à decisão do STF quem quer que se posicionasse de forma contrária ao dispositivo do *decisum*⁵.

Mas, o que vem a ser propriamente “efeito vinculante”?

A vinculação aos efeitos do acórdão declaratório da inconstitucionalidade se traduz na impossibilidade de repetição do ato tido por inconstitucional; proibição que, por sua vez, no Brasil, tem por destinatários os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal (parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99).

Nessa linha de compreensão, percebe-se que não fora atingido pelo efeito vinculante o Poder Legislativo, o que implicará importantíssimas conseqüências no trato dos desdobramentos da ADIn n. 1.150-2-RS⁶.

Em síntese, no momento, três conclusões podem e devem ser extratadas, a fim de possibilitar o ingresso no tema-título do artigo: i) a decisão na ação direta de inconstitucionalidade, do mesmo modo como se opera na ação declaratória de constitucionalidade e na ADPF, produz eficácia contra todos e efeito vinculante; ii) o efeito vinculante se diferencia da eficácia *erga omnes* porque impede a repetição do ato de caráter normativo tido por inconstitucional; iii) os Poderes Legislativos das unidades da Federação brasileira não estão juridicamente proibidos de repetir o conteúdo da norma reputada incompatível com a Constituição pelo STF, desde que a eles se não dirige o efeito vinculante.

³ Cf. nosso *Curso de direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

⁴ O STF já consagrou tese impeditiva do cabimento da reclamação constitucional na hipótese de provimento prolatado em ação direta por se tratar de decisão em tese (*RTJ*, v. 129, p. 594), ou porque somente caberia reclamação em execução de julgado e no controle concentrado não há *executio*. Felizmente, o restritivo entendimento foi superado por diversas decisões produzidas em reclamações constitucionais, entre as quais a de n. 399-0-PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, segundo a qual “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a reclamação para assegurar a autoridade de suas decisões positivas em ação direta de inconstitucionalidade, quando o mesmo órgão que emanara a norma declarada inconstitucional persiste na prática de atos concretos que lhe pressupõem a validade” (apud PALU, op. cit., p. 234).

⁵ A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), inovação introduzida pela EC n. 03/93, igualmente produz eficácia contra todos e efeito vinculante, conforme assinala o § 3º do art. 10 da Lei n. 9.882/99.

⁶ Na ADIn n. 864-1-RS, Rel. Min. Moreira Alves, ficou bastante clara a natureza do efeito vinculante: “Tratando-se, pois, de leis diversas, e sendo certo que o objeto da ação direta de inconstitucionalidade se adstringe à norma nela impugnada, a eficácia *erga omnes* da medida cautelar que suspende os efeitos desta a ela se limita, não alcançando norma posteriormente editada, ainda que de conteúdo igual ou semelhante àquela. Para que houvesse esse alcance, seria mister – como ocorre no direito alemão – que a ação direta de inconstitucionalidade tivesse efeito vinculante com relação ao Poder Legislativo. A eficácia *erga omnes* da decisão que suspende os efeitos de uma norma se restringe a estender a todos essa suspensão, inclusive ao Poder Legislativo, mas, ao contrário da eficácia vinculante, não impede que este reproduza total ou parcialmente a mesma norma em diploma legal posterior, o que implica dizer que, havendo tal reprodução, se faz mister o ajuizamento de outra ação direta de inconstitucionalidade”.

4 Fundamentos jurídico-constitucionais no julgamento da ADIn n. 1.150-2-RS

Recorde-se a redação do § 2º do art. 276 da Lei n. 10.098, do Estado do Rio Grande do Sul:

“Art. 276. [...] § 2º Os cargos ocupados pelos nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários e contratados de que trata este artigo, ficam transformados em cargos de provimento efetivo, em classe inicial, em número certo, operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes, observada a identidade de denominação e equivalência das atribuições com cargos correspondentes dos respectivos quadros de pessoal”.

Ora, se a hipótese de transposição automática teve por beneficiários servidores públicos *lato sensu* “nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários”, tem-se por indubitoso mesmo que tais agentes não ingressaram no serviço público com reverência à moralizadora regra do concurso público consubstanciada no art. 37, II, da Constituição, nem, de contraparte, poderiam ser considerados estáveis à luz do art. 19 do ADCT, porquanto somente servidores contratados até 5 de outubro de 1983 estariam sob o pálio da estabilidade constitucional, e mesmo assim não seriam ocupantes de cargo de provimento efetivo à conta da redação do § 1º do art. 19 do ADCT⁷.

É o que se extrai da conclusão do ministro Moreira Alves, relator da ação:

“A expressão impugnada ‘operando-se automaticamente a transposição dos seus ocupantes’, que se refere aos nomeados interinamente para cargos públicos e aos extranumerários e contratados que ocupam funções que são transformadas em cargos de provimento efetivo, diz respeito, sem dúvida alguma, a servidores que não são concursados (art. 37, II, da Constituição) e que, ou também não foram estabilizados por força do disposto no artigo 19 do ADCT da atual Constituição, ou, se alguns o foram, não se submeteram ao concurso para fins de efetivação a que alude o citado dispositivo do ADCT”.

Por conseguinte, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente admitidas para contratação de pessoal no serviço público sem concurso (art. 37, II, parte final, e art. 37, IX)⁸, toda e qualquer tentativa de fazer ingressar servidor na Administração Pública, nos Poderes Judiciário e Legislativo, à margem do salutar comando, é e será sempre inconstitucional.

⁷ Art. 19, § 1º, do ADCT: “O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei”. Assim posto o comando de direito intertemporal, vale referir que a efetividade, concernente aos servidores estabilizados, poderia ser alcançada exclusivamente por via de submissão a concurso público.

⁸ Art. 37, II: “A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, *ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*”. Art. 37, IX: “A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

O judicioso voto do ministro Néri da Silveira leva à mesma conclusão, enriquecendo o debate, no entanto, com novos argumentos na linha da inconstitucionalidade reconhecida pelo relator:

“A inconstitucionalidade do artigo 276 do projeto em tela é, ainda, mais gritante porque promove, sem concurso, o ingresso em cargo público não apenas dos estabilizados pelo artigo 19 do ADCT, mas também de quem não constava ao tempo a que alude este dispositivo. E fez mais, sempre sem distinguir entre concursados e não-concursados, incluiu em cargos quaisquer servidores das pessoas jurídicas de direito público, abrangendo, também, quem, após o advento da Constituição, houvesse sido admitido sem concurso, ou seja, inconstitucionalmente. Sob outro ângulo, ainda, se afigura a inconstitucionalidade do artigo 276 do Projeto. *É que incorreu no vício de inobservar direitos adquiridos, provenientes de vínculos trabalhistas, ao transformar relações desta ordem em relações estatutárias, independentemente da concordância dos interessados*”.

5 Repercussões da ADIn n. 1.150-2-RS no direito do trabalho

Feitas as considerações de cariz propedêutico, cabe finalmente tratar das conseqüências operadas no direito do trabalho a partir e com fundamento na citada ação direta de inconstitucionalidade.

Por outro lado, embora todas as repercussões indicadas se originem do julgamento da ação, penso ser metodologicamente acertado discorrer sobre cada uma delas em subitem distinto, até mesmo para tornar mais racional a investigação.

5.1 A ADIn n. 1.150-2-RS e o regime jurídico único

Qual a relevância do estudo das implicações da decisão, se o regime jurídico único foi extinto com a promulgação da EC n. 19/98?

Efetivamente, o legislador constituinte derivado substituiu a disciplina antes encontrada no estatuto jurídico único por aquela prevista no regime trabalhista comum (art. 39, § 3º) ou, excepcionalmente, pela decorrente do regime especial de natureza administrativa (art. 37, IX).

A substituição consumada, entretanto, não tem intensidade para infirmar a existência do regime jurídico único, porque continua sendo a norma disciplinadora do relacionamento dos servidores *stricto sensu*, cujo ingresso nos quadros da Administração se deu antes da promulgação da emenda que expunziu o regime único do sistema constitucional, além de se converter, ainda, no repositório legislativo dos direitos e obrigações dos agentes públicos.

5.2 A ADIn n. 1.150-2-RS e a Orientação Jurisprudencial n. 128 da SDI I do Tribunal Superior do Trabalho

A importância do exame da Orientação Jurisprudencial n. 128 da Seção de Dissídios Individuais – Subseção I se prende ao fato de que o entendimento do Tribunal Superior do

Trabalho consolidado em orientação jurisprudencial torna inviável o seguimento de recurso de revista cujo objeto seja tese que se contraponha à posição sufragada pelo *sodalício*.

Dispõe, a respeito, o § 4º do art. 896 da CLT, com o acréscimo da Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998: “A divergência apta a ensejar o recurso de revista deve ser atual, não se considerando como tal a ultrapassada por súmula, *ou superada por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho*” [grifei].

“Iterativa e notória jurisprudência” outra coisa não é senão as denominadas orientações jurisprudenciais (OJ’s), a desempenhar papel que, antes das alterações determinadas pela Lei n. 9.756/98, era exclusivo dos enunciados, ou súmulas, de acordo com a linguagem então utilizada pela CLT⁹.

Atualmente – repita-se –, tanto é impeditiva de admissibilidade de apelo revisional a demonstração de inconformismo a respeito de decisão regional prolatada em consonância com enunciado, como também no que se refere à orientação jurisprudencial.

Indispensável, portanto, a remissão ao conteúdo da antedita OJ n. 128 da SDI I: “A transferência do regime jurídico de celetista para estatutário implica extinção do contrato de trabalho, fluindo o prazo da prescrição bienal a partir da mudança de regime”.

Duas foram as conclusões da OJ n. 128: i) opera-se a extinção do contrato de trabalho ato contínuo à aludida “transferência”; ii) o prazo prescricional é de dois anos a partir da mudança do regime celetista para estatutário.

O entendimento consubstanciado na OJ n. 128 se apresenta em total rota de colisão com o julgamento da ADIn n. 1.150-2-RS.

Como vimos, o Supremo Tribunal Federal destacou a ofuscante transgressão ao preceptivo do art. 37, II, da Constituição e do art. 19 do ADCT à conta da automática transposição do regime celetista para estatutário.

E a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão prolatada no controle concentrado da constitucionalidade fulminam a OJ n. 128 em sua essência, tornando injuntiva a adoção de providências dirigidas à revisão do entendimento jurisprudencial.

E, nesse momento, é conveniente esclarecer que a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu art. 83, VI, comete ao Ministério Público do Trabalho a atribuição de “recorrer das decisões da Justiça do Trabalho, quando entender necessário, tanto nos processos em que for parte, como naqueles em que officiar como fiscal da lei, bem como pedir revisão dos Enunciados da Súmula de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”.

Contudo, a investigação do art. 83, VI, da LC n. 75/93 traz à tona questão de real densidade a respeito da iniciativa do Ministério Público do Trabalho no tocante ao pedido de revisão de orientação jurisprudencial.

⁹ Era a seguinte a redação do art. 896, *a*, da CLT: “Cabe recurso de revista das decisões de última instância para o Tribunal Superior do Trabalho, quando: derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado o mesmo ou outro Tribunal Regional, através do Pleno ou de Turmas, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, salvo se a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado da Súmula da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho”.

Versa sobre a possibilidade de o Procurador-Geral do Trabalho requerer a revisão sob comento à ausência de expressa disposição legal que a tanto o autorize.

Deveras, o art. 83, VI, da LC n. 75/93 faz referência apenas e exclusivamente à “revisão dos Enunciados das Súmulas de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho”, não dizendo palavra sobre o cabimento do pedido de revisão de orientação jurisprudencial, o que poderá conduzir a uma exegese fortemente limitativa de atribuição do Ministério Público do Trabalho.

Parece-me que a solução ao problema normativo que venha calcada no processo exegético muito se distancia do melhor desfecho.

O fato de a norma não ter contemplado explicitamente como atribuição do *parquet* a prerrogativa quanto a requerer o cancelamento de orientação jurisprudencial não obsta a iniciativa ministerial, porque i) o referido dispositivo não poderia fazer alusão à possibilidade de pedido de revisão de OJ simplesmente em virtude de não existir tal instituto de consolidação de jurisprudência à época em que fora editada a LC n. 75/93; ii) pouco importa se o entendimento se encontra cristalizado em orientação jurisprudencial ou enunciado do TST, já que ambos produzem o mesmo efeito relativamente à admissibilidade do recurso de revista, impondo o exercício de atribuições do *parquet* tanto numa como noutra circunstância; iii) e, como corolário do argumento anteriormente exposto, pode-se afirmar que os processos teleológico e histórico-evolutivo de interpretação da norma jurídica conformam a atitude do intérprete no sentido de reconhecer, em primeiro lugar, o objetivo estampado na prerrogativa conferida ao chefe do Ministério Público do Trabalho, que é admitir também a revisão de orientação jurisprudencial, visto encerrar o instituto caráter inibidor de subida de recurso de revista para o Tribunal Superior do Trabalho, e, em segundo lugar, no que atina à interpretação amparada no processo histórico-evolutivo, reconhecer que a lei não deve ser interpretada com os olhos postos no seu momento genético, mas deve ser consagrada uma escolha que atribua à norma jurídica uma função solucionadora de litígio no presente.

Por isso que recusar o cabimento de pedido de revisão de orientação jurisprudencial atenta contra os processos teleológico e histórico-evolutivo de interpretação das normas.

Ademais, não bastasse a profusão de argumentos autorizativos do pedido de revisão de OJ, há mais um: o recurso à analogia.

A analogia, situada no campo da integração da norma, pressupõe a existência de identidade jurídica e não fática.

Maria Helena Diniz esclarece que “o processo analógico consiste em aplicar uma disposição legal a um caso não qualificado normativamente, mas que possui algo semelhante com o fato-tipo por ela previsto. Porém, para que tal se dê deve-se considerar como relevante alguma propriedade que seja comum a ambos”¹⁰.

É o caso. A hipótese normativa que concede ao Ministério Público a prerrogativa de buscar a revisão de enunciado se identifica com a revisão de OJ à vista da similitude

¹⁰ Cf. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva. p. 144.

entre os institutos, visto que ambos funcionam como espécie de “cláusula de barreira” à interposição de recurso de revista.

E se, ainda assim, o Tribunal Superior do Trabalho não permitir ao Procurador-Geral do Trabalho o pedido de revisão de OJ? Não havendo dúvida que a OJ n. 128 descumpra integralmente o conteúdo da ADIn n. 1.150-2-RS, outra solução se não apresenta que o oferecimento de reclamação constitucional ao Supremo Tribunal Federal, tudo de sorte a garantir a autoridade da decisão produzida no controle concentrado¹¹.

5.3 A ADIn n. 1.150-2-RS e a prescrição do FGTS (Enunciado n. 362)

O Enunciado n. 362 dispõe que “extinto o contrato de trabalho, é de dois anos o prazo prescricional para reclamar em juízo o não-recolhimento da contribuição do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Muito embora não seja o caso de requerer-se o cancelamento da jurisprudência sumulada, é preocupante a habitualidade com que se lança mão do entendimento nela cristalizado para impedir a tutela judicial da pretensão de servidores que tiveram o regime convertido de celetista para estatutário.

Sabe-se, e bem, a esta altura, que o STF reconheceu a inconstitucionalidade da transposição automática de um regime para outro. Logicamente, decorre da conclusão que os servidores públicos continuam vinculados ao regime celetista, passando, a partir da decisão, a integrar um quadro em extinção.

A necessidade de reconhecer-se a existência de um quadro em extinção composto de servidores públicos celetistas não-concursados e não-estabilizados pela regra do art. 19 do ADCT conduz ao claro juízo quanto ao completo descabimento de incidir a prescrição bienal assentada no Enunciado n. 362 do TST. Com efeito, se a incidência da exceção substancial condicionada está à extinção do contrato de trabalho, e, como demonstrado exaustivamente na decisão do STF, não houve ruptura dos contratos, não há qualquer plausibilidade de sua projeção em casos que tais.

5.4 A ADIn n. 1.150-2-RS e a competência da Justiça do Trabalho

Muitas foram as dúvidas surgidas por ocasião do advento do regime jurídico único e da competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de causas relativas a servidores que foram vinculados ao regime estatutário.

O Superior Tribunal de Justiça chegou mesmo a editar a Súmula n. 97: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar reclamação de servidor público relativamente a vantagens trabalhistas anteriores à instituição do regime jurídico único”.

¹¹ Conquanto não tenha reconhecido inicialmente a viabilidade de reclamação constitucional para preservar a eficácia do que se decidiu no controle concentrado, o STF refluíu para tornar possível a reclamação em tais hipóteses, como aconteceu na ADIn n. 467-8-DF, Rel. Min. Celso de Mello: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade de utilização, ainda que em caráter excepcional, da via reclamatória como instrumento processual idôneo de preservação da autoridade decisória dos julgados proferidos em sede de ação direta de inconstitucionalidade”.

Sempre defendi a tese de que a adequação de servidores outrora celetistas ao regime jurídico único alterava a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos litígios, deslocando-a imediatamente para a Justiça Federal.

E o fiz com base no fundamento de a Lei n. 8.112/90 ter promovido a alteração da competência material de órgão jurisdicional trabalhista mediante o comando do art. 240, alíneas *d* e *e*¹².

Sucedeu que o Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga, lembrado sempre com muito respeito e carinho pelos Membros do Ministério Público da União pela altivez e transparência de suas iniciativas, propôs ação direta de inconstitucionalidade, sob n. 492-1-DF, tendo o Supremo Tribunal Federal acolhido o pleito cautelar para declarar a incompatibilidade vertical do dispositivo que atribuía competência à Justiça do Trabalho para o julgamento de dissídios individuais e coletivos entre servidores públicos *stricto sensu* e a Administração Pública.

Concluí, na oportunidade, que se houvera alteração da competência material da Justiça do Trabalho pela Lei n. 8.112/90, posteriormente julgada inconstitucional em parte, o que retirara a nossa Suprema Corte outra coisa não poderia ter sido que a competência de postura material, motivo suficiente para orientar-se a solução do problema normativo pela regra do art. 87 do Código de Processo Civil¹³, tornando-se, nesse passo, tecnicamente inaceitável invocar-se o princípio da perpetuação da jurisdição positivado na referida norma do diploma processual, fundamentalmente porque, alterada, no caso, a competência *ex ratione materiae*, resolve-se a questão pela inteligência da parte final do preceito, ou seja, modificada que foi, não se cogita de conservação de competência material do juiz do Trabalho.

A fundamentação jurídica que afastava a competência da Justiça do Trabalho era apanágio da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade da atribuição prevista em dispositivos da Lei n. 8.112/90.

Todavia, na ADIn n. 1.150-2-RS, o STF dispôs conclusivamente acerca da impossibilidade de transposição automática de um regime para outro, permanecendo os servidores vinculados ao regime celetista e em um quadro em extinção.

Resplandece com toda luminosidade uma idéia, clara e bela como um dia de sol em Salvador: a Justiça do Trabalho é competente para o julgamento de todas as causas referentes aos servidores municipais, estaduais e federais que foram destinatários da transposição automática por força de lei editada antes da prolação do Acórdão na ADIn n. 1.150-2-RS.

5.5 A ADIn n. 1.150-2-RS e os servidores municipais, estaduais e federais

A decisão produzida em uma ação direta de inconstitucionalidade impõe eficácia contra todos e efeito vinculante (parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868/99).

¹² Parecer exarado no Processo TRT/RO-0824/93.

¹³ Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

De contraparte, o efeito vinculante – cuja amplitude fora remarcada no *item 3*, acima – se presta a impedir, por parte do Poder Judiciário e da Administração Pública municipal, estadual e federal, a repetição do ato tido por incompatível com a Constituição.

Nesse sentido, não apenas os órgãos jurisdicionais têm a sua liberdade contrita pela decisão, mas também a Administração Pública deve se abster quanto à prática de atos que simplesmente concretizem o ressurgimento da norma violadora da Constituição.

A eficácia *erga omnes*, de modo semelhante, produz efeitos no âmbito legislativo para suspender a operatividade da norma reputada inconstitucional; no entanto, no sistema do direito positivo brasileiro, não foi considerada a viabilidade de contenção *ad aeternum* da função estatal legiferante no que respeita ao conteúdo da decisão declaratória da inconstitucionalidade proferida pelo STF. Permite-se, portanto, no Brasil, que o Poder Legislativo renove o conteúdo de norma tida por inconstitucional pelo STF, pois não se estendeu o efeito vinculante à atuação do legislador. A partir daí, duas conclusões podem ser admitidas: i) os Poderes Legislativos da União, dos estados, do Distrito Federal (por analogia, já que não referido expressamente na Lei n. 9.868/99) e dos municípios podem editar leis fixando a transposição automática, mesmo após a decisão do STF; ii) para as unidades federativas que não lograrem aprovar leis do gênero, valerá para todos os efeitos a decisão do STF, marcadamente para se impedir a persistência quanto à inclusão de servidores celetistas no quadro estatutário.

No que concerne especificamente aos servidores públicos celetistas transpostos para o regime jurídico único por força da dicção do art. 243 e § 1º da Lei n. 8.112/90¹⁴, o mesmo raciocínio há de ser empregado quanto à inconstitucionalidade da transposição.

Nesse passo, por mais radicais que possam parecer, os efeitos da decisão fulminam *ab initio* a transposição e a transformação de empregos em cargos públicos dos servidores federais cuja situação jurídico-funcional esteja adequada ao disposto no art. 243 da Lei n. 8.112/90.

Reconheço que o transtorno será inegável. Mas o art. 27 da Lei n. 9.868/99 prevê que

“ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Mesmo sabendo-se que o Acórdão não poderia ter utilizado a regra excepcional do art. 27 da Lei n. 9.868/99 em virtude do simples fato de que a norma não existia à época de sua prolação, parece acertado concluir que, se agora vier o STF a ser instado a se pronunciar

¹⁴ Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei n. 1.711, de 28 de outubro de 1952 – Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo da prorrogação. § 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

sobre o tema, poderá dela se valer de sorte a evitar a instalação de grande insegurança no serviço público federal.

6 A ADIn n. 1.150-2-RS e a questão previdenciária

O excerto versa sobre as repercussões da ação no contexto do direito do trabalho.

É irresistível, no entanto, apontar igualmente as conseqüências de natureza previdenciária, máxime porque se encontra o tema na ordem do dia da agenda política e interessa, de perto, a milhões de brasileiros.

Por isso convém ressaltar que as repercussões da decisão do STF na medida analisada não estão adstritas ao plano da competência material trabalhista ou ao próprio direito do trabalho; transcendem para reproduzir notáveis alcances na questão previdenciária.

Se não era admissível a transposição, logicamente não se autoriza a inclusão de agentes transpostos de forma indevida no rol de beneficiários da previdência dos servidores públicos.

Dois são os regimes previdenciários acolhidos pela Constituição: o geral, que contempla o público (art. 40 e parágrafos) e o privado (art. 201 e parágrafos), e o de natureza complementar (art. 202 e parágrafos).

Na linha da decisão do STF, os servidores transpostos não estão cobertos pelo regime previdenciário geral público, mas sim pelo da iniciativa privada, à semelhança do que acontece com milhões de trabalhadores brasileiros.

Poderiam alguns argumentar sobre a inconveniência de atribuição de efeitos *ex tunc* ao provimento judicial do STF, visto que geraria grande insegurança jurídica e traria, por outro lado, a obrigatoriedade de pagamento de parcelas típicas do contrato de trabalho (como é o caso do FGTS) desde o início da transposição inconstitucional, circunstância que acarretaria grave déficit público.

A ponderação não deixa de suscitar efeitos importantíssimos e decorrentes da retroeficácia do acórdão declaratório; mesmo assim, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 esclarece que

“ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Ora, parece evidente que a prerrogativa conferida aos ministros do STF vai ao encontro da reclamada segurança jurídica, não se justificando o porquê do surgimento de incertezas no tocante aos efeitos da declaração. Muito pior, mas muito pior mesmo, seria – como, na verdade, está ocorrendo – a indiferença acintosa a uma decisão do STF, que se identifica como ato insolente ao Estado Democrático de Direito.

7 Conclusão

Diante do exposto, extraem-se as seguintes conclusões:

- a decisão na ação direta de inconstitucionalidade, do mesmo modo como se opera na ação declaratória de constitucionalidade e na ADPF, produz eficácia contra todos e efeito vinculante; o efeito vinculante se diferencia da eficácia *erga omnes* porque impede a repetição do ato de caráter normativo tido por inconstitucional; os Poderes Legislativos das unidades da Federação brasileira não estão juridicamente proibidos de repetir o conteúdo da norma reputada incompatível com a Constituição pelo STF, desde que a eles se não dirige o efeito vinculante;
- se a hipótese de transposição automática teve por beneficiários servidores públicos *lato sensu* “nomeados interinamente e as funções correspondentes aos extranumerários”, tem-se por certo que tais agentes não ingressaram no serviço público com reverência à regra do concurso público consubstanciada no art. 37, II, da Constituição, nem poderiam ser considerados estáveis à luz do art. 19 do ADCT, porquanto somente servidores contratados até 5 de outubro de 1983 estariam sob o pálio da estabilidade constitucional, e mesmo assim não seriam ocupantes de cargo de provimento efetivo à conta da redação do § 1º do art. 19 do ADCT;
- o entendimento consubstanciado na OJ n. 128 se apresenta em total rota de colisão com o julgamento da ADIn n. 1.150-2-RS, carecendo de pedido de revisão a ser promovido pelo Procurador-Geral do Trabalho, sendo a base normativa para tal proceder o art. 83, VI, da LC n. 75/93, ainda que não se encontre expressamente fixada a atribuição no que concerne ao instituto da orientação jurisprudencial;
- a necessidade de reconhecer-se a existência de um quadro em extinção composto de servidores públicos celetistas não-concursados e não-estabilizados pela regra do art. 19 do ADCT conduz ao claro juízo quanto ao completo descabimento de incidir a prescrição bienal assentada no Enunciado n. 362 do TST;
- no sistema do direito positivo brasileiro, não foi considerada a viabilidade de contenção *ad aeternum* da função estatal legiferante no que respeita ao conteúdo da decisão declaratória da inconstitucionalidade proferida pelo STF. Permite-se, portanto, no Brasil, que o Poder Legislativo renove o conteúdo de norma tida por inconstitucional pelo STF, pois a ele não se estendeu o efeito vinculante;
- na linha da decisão do STF, os servidores transpostos não estão cobertos pelo regime previdenciário geral público, mas sim pelo da iniciativa privada, à semelhança do que acontece com milhões de trabalhadores brasileiros.