

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NAS CONTRATAÇÕES IRREGULARES DO PODER PÚBLICO SEGUNDO UMA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E POLÍTICA VOLTADA PARA O CIDADÃO

Viviann Rodriguez Mattos⁸⁷
Douglas Santana Moreira⁸⁸

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento das teses interpretativas adotadas pelo STF nas questões envolvendo competência jurisdicional da justiça do trabalho após a Constituição/88 e suas implicações. 3. A interpretação constitucional do art. 114, I: dois caminhos e uma só solução. 3.1. Dos aspectos jurídicos das normas envolvidas. 3.2. Interpretação constitucional e a importância da consideração de fatos de ordem concreta para definição da competência. 3.2.1. Jurisdição e competência: qual deve ser o norte interpretativo? 3.2.2. A situação do judiciário brasileiro e a competência da Justiça do Trabalho: da inconstitucionalidade à irracionalidade. 4. Considerações finais. 5. Bibliografia.

1. Introdução

O advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004 deu início a uma ampla reforma de estruturas e processos do Poder Judiciário, como meio de realizar a promessa democrática, assentada na Constituição, de acesso a uma ordem justa, a partir da garantia de tutela jurisdicional assegurada aos cidadãos⁸⁹.

Ao lado das alterações que, em concreto, tendem a produzir efeito no mais famoso e grave mal que atinge o Judiciário - a morosidade -, realça no novo texto constitucional a disciplina pedagógica da competência atribuída à Justiça do Trabalho, visando, no aspecto técnico, a correção da inexplicável competência da Justiça Comum para julgar ações envolvendo direito de greve (ações possessórias: manutenção de posse - turbacão - reintegração de posse - esbulho - interdito proibitório - em caso de justo receio de violência iminente que possa molestar ou esbulhar a posse; ou ações indenizatórias no caso de greve abusiva) no inciso II, ou entre entidades sindicais (representação sindical; arrecadação ou rateio das receitas sindicais: contribuição confederativa, sindical, assistencial e mensalidade do associado) no inciso III, ambos do artigo 114 da CRFB.

⁸⁷ Procuradora do Trabalho - MPT/PRT 2ª Região (São Paulo), Coordenadora Nacional da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública - CONAP/MPT; Sócia Fundadora e Diretora Jurídica do IPEATRA - Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho; Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo; Mestre em Direitos Econômicos Especiais pela Universidade Ibirapuera - UNIB e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP.

⁸⁸ Bacharel em Direito pela Universidade São Paulo - USP; Servidor do Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região) - Assessor da Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública do Ministério Público do Trabalho.

⁸⁹ Cf. ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional*. In: TAVARES, André Ramos, et. al. (org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método: 2005.

Sob o aspecto social, a Reforma do Judiciário procurou promover uma adequação da competência da Justiça do Trabalho, a fim de contemplar aqueles que outrora se encontravam fora de sua competência - que se limitava às pessoas do trabalhador-empregado e empregador -, ante o reconhecimento de que a relação de emprego está a cada dia mais perdendo sua identidade, em decorrência da multifária dinâmica do sistema capitalista de produção.⁹⁰

Disso se percebe que a justificativa para a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, por força da Emenda Constitucional 45/2004, não se traduziu em um simples redimensionamento da jurisdição estatal, mas, ao contrário, teve por mira oferecer ao jurisdicionado, na seara do direito que envolve o trabalho humano, uma estrutura judiciária especializada capaz de solucionar mais rapidamente a demanda levada a Juízo.

Não obstante, essa ampliação causou fervorosas discussões, não só antes da promulgação da emenda constitucional, mas, sobretudo depois, mediante o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, questionando-se os limites da competência da Justiça do Trabalho diante das históricas atribuições de outros ramos do Poder Judiciário.⁹¹

Interessa-nos para este breve estudo a discussão na Suprema Corte sobre a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ações envolvendo as relações de trabalho na administração pública, em razão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395, proposta pela Associação dos Juizes Federais (AJUFE), tendo como objeto a nova redação dada pela referida Emenda Constitucional ao art. 114, I da Constituição Federal.

A preocupação com o tema se justifica porque, ao longo dos quase 4 (quatro) anos da concessão da liminar na MC-ADI 3.395⁹² - notadamente após o julgamento

⁹⁰ Essa alteração, em termos práticos, foi no próprio critério de designação de competência, ao fixá-la apenas objetivamente, sem fazer referência a pessoas, de modo a incluir milhões de trabalhadores hipossuficientes que necessitavam de uma tutela jurisdicional específica e célere, pois muitas vezes os litígios versavam questões verdadeiramente alimentares, e que não se enquadravam dentre aqueles que poderiam recorrer à Justiça do Trabalho, e nem se acobertavam da proteção dispensada pelo código do consumidor, como era o caso dos diaristas, representante comercial, trabalhador autônomo cujo trabalho é explorado economicamente por outrem, como o médico, em relação ao hospital, o advogado em relação ao escritório de advocacia, um escritor em relação ao jornal, o repórter "free lancer", o trabalhador autônomo que presta serviços e que constitui uma atividade empresarial precária, como o encanador, o jardineiro, o pequeno empreiteiro, dentre outros exemplos. Conforme pontua Jorge Luiz Souto Maior *in* Nova Competência da Justiça do Trabalho, "...a existência da Justiça do Trabalho continua se relacionando à regulação de conflitos entre o capital e o trabalho, atingindo a partir de agora, outras formas de exploração da mão-de-obra que se foram criando ao longo dos anos e que não se incluem, por qualquer razão, no padrão jurídico da CLT".

A atração das outras espécies de relação de trabalho para a esfera da Justiça do Trabalho não a desconfigurou enquanto Justiça especializada, pois deu apenas um colorido a esta especialidade, que, não fosse restaurada pela EC 45/04, minguaria muito em breve, em razão justamente da multifária dinâmica do sistema capitalista de produção.

⁹¹ Cite-se, à guisa de exemplo, em razão da repercussão: ADI 3395, ADI 3684, CC 7204, CC 7201, CC 7211, RCL 5391, RE 438.639 e RE 573.202, dentre outras.

⁹² Apreciando a questão da competência da Justiça do Trabalho, prevista no art. 114, I, com redação dada pela EC 45, para julgar lides envolvendo o Poder Público e seus servidores públicos, o então Ministro Nelson Jobim, em 27.01.2005, embasado na linha do decidido na ADI 492, entendeu por bem, em "interpretação conforme" ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004, conceder a liminar na MC-ADI 3395, *ad referendum*, suspendendo toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que incluía, na competência da Justiça do Trabalho, a "... apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica rela-

da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135⁹³ -, percebe-se nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas Reclamações⁹⁴, fundamentadas na MC-ADI 3.395, uma tendência de reformulação interpretativa desta, de modo a tornar a restrição à competência da Justiça do Trabalho muito mais ampla do que a adotada originariamente na liminar.

Este artigo se propõe a discutir a aplicação da decisão proferida na MC-ADI 3.395, no que diz respeito à competência da Justiça do Trabalho nos casos em que se questionam as contratações irregulares feitas pelo Estado, sob uma perspectiva voltada para o cidadão, trazendo à tona circunstâncias que, embora relevantes, não têm sido alvo de análise quando se tem em mente um eventual deslocamento de competência da justiça laboral.

Essa tarefa seguirá dois caminhos. Em um primeiro momento, buscar-se-á demonstrar o desenvolvimento das teses adotadas pelo STF em suas decisões sobre o tema, e, sucintamente, suas implicações. Posteriormente, serão apresentados argumentos jurídicos e políticos, buscando-se, com eles, a partir de uma interpretação constitucional concretista sobre a definição das competências jurisdicionais, apresentar uma singela contribuição à efetivação de um Poder Judiciário (e dos demais órgãos essenciais à realização da Justiça) que ofereça qualidade, eficácia, efetividade, economia e, sobretudo, celeridade na prestação jurisdicional, de modo a traduzir em procedimentos práticos aquilo que a ideologia da Carta Magna assegura aos cidadãos em termos de tutela jurisdicional.

2. Desenvolvimento das teses interpretativas adotadas pelo STF nas questões envolvendo competência jurisdicional da justiça do trabalho após a Constituição/88 e suas implicações

Desde a promulgação da Constituição de 1988 ocorreram problemas quanto à definição da competência jurisdicional para julgar as ações referentes às relações de trabalho na administração pública, notadamente quando do advento da Lei n. 8.112/1990, disciplinando, após a rejeição do veto presidencial, o art. 240, alíneas *d* e *e*, a matéria, no que concerne aos funcionários públicos federais.

O Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 19.07.1991, apreciando liminarmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-1/DF, suspendeu a alínea *d* e as expressões "*e coletivamente*" contidas na alínea *e* do referido artigo, de sorte

ção de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo". Em 05.04.2006, o Plenário da Corte Suprema referendou o provimento acautelatório, tendo sido, na ocasião, delimitado o alcance material da liminar, no sentido de que estariam excluídas da competência da Justiça do Trabalho apenas e tão-somente as causas envolvendo o Poder Público e seus servidores regularmente investidos em cargos públicos efetivos ou em cargos em comissão, mantendo sob a competência da Justiça do Trabalho as demais relações de trabalho que não se enquadrassem nessa definição restrita.

⁹³ Acórdão publicado no DJ de 07.03.2008, concedendo-se, parcialmente a liminar "*para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, Ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos ex nunc, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa*". Na decisão venceu a tese no sentido de que, não tendo havido *quorum* mínimo para aprovação da Emenda Constitucional nº 19/98, inválida a alteração por ela promovida no art. 39, "caput" da CF, permanecendo, então, ante a inconstitucionalidade formal, a redação vigente anterior à edição da mencionada Emenda Constitucional.

⁹⁴ Trata-se, aqui, do instituto da Reclamação, previsto no art. 156 do Regimento Interno do STF, por meio do qual se questiona supostos descumprimentos de decisões da Suprema Corte.

que subsistiram as disposições pertinentes ao ajuizamento, frente à Justiça do Trabalho, pelos funcionários federais, de dissídios individuais.

Em 12.11.1992, em decisão definitiva de mérito, a Corte Suprema julgou referida ADI procedente, por maioria, declarando a inconstitucionalidade das alíneas *d* e *e*, do art. 240 da Lei n. 8.112/1990.⁹⁵

O problema ganhou nova face com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.04, que introduziu alterações significativas na competência da Justiça do Trabalho, motivando a impetração da MC-ADI 3.395-6 pela AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), tendo como mira o inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/04.

Apesar das substanciais modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45, com a decisão da medida cautelar na MC-ADI 3395, a competência da Justiça do Trabalho continuou a ser definida, segundo a Corte Maior, pela “causa de pedir” e “pedido” constantes da ação. Permanecendo, assim, como antes, para, exclusivamente, processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que a matéria posta à composição jurídica tenha como causa de pedir uma relação de emprego, independentemente do pedido depender de questões de direito civil ou de natureza civil.⁹⁶

Posteriormente, passado certo período de adaptação ao novo texto constitucional, a esse entendimento quanto à definição das competências jurisdicionais acoplou-se o princípio da “unidade de convicção”, destacado pelo Ministro Cezar Peluso, no CC nº 7.204-1. Por este princípio se um mesmo fato tiver de ser analisado mais de uma vez, deve sê-lo pelo mesmo juízo⁹⁷, uma vez que a cisão de competência não favorece a aplicação de justiça, e que a divergência de decisões para ações decorrentes da mesma relação de fato invocada entre órgãos jurisdicionais distintos causa um impacto deletério no jurisdicionado.

Não obstante, com o passar do tempo, quiçá em decorrência das transformações ocorridas na composição do Supremo Tribunal Federal, a metodologia interpretativa até então utilizada nos julgamentos desta Corte, no que diz respeito à definição da

⁹⁵ Resultado do julgamento publicado no DJ de 16-11-1992, pág. 21.038.

⁹⁶ Sentido amplamente defendido entre os processualistas. Cite-se, a título meramente exemplificativo, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: a influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 79. Na mesma trilha seguiram os precedentes do STF: CC 7.134, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 15.08.2003; CC 7.149, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 05.11.2004; CC 7.053, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 7.6.2002; CC 7.118, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 4.10.2002; e, CC 7.151, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 04.03.2004. Este mesmo fundamento foi utilizado, por exemplo, nas seguintes reclamações: Rcl 3.303, Rel. Min. Carlos Brito, pub. DJ de 16.05.2008; na Rcl 3.310 - pub. DJ de 19.09.2005, e, Rcl 5.276 - pub. DJ de 02.08.2007, relatadas pelo Min. Cezar Peluso, sendo que, nesta última, inclusive, afirma ter esse posicionamento desde o CC 7.201; e nas Reclamações nº 5.220 - pub. DJ de 17.04.2008; 3.799 - pub. DJ de 17.04.2008; e 4.951 - pub. DJ de 17.04.2008, todas de relatoria do Min. Marco Aurélio.

⁹⁷ Buscando-se elementos sobre a teoria, colhe-se do julgado no RE 438639, da Excelsa Corte, o seguinte: “salientou-se que deveria intervir no fator de discriminação e de interpretação dessas competências o que se chamou de ‘unidade de convicção’, segundo a qual o mesmo fato, quando tiver de ser analisado mais de uma vez, deve sê-lo pela mesma justiça.”

competência da Justiça do Trabalho, adquiriu novos contornos a partir das Reclamações propostas pelos entes públicos ao fundamento de afronta à decisão da MC-ADI 3.395⁹⁸.

Com efeito, com as sucessivas reclamações pela MC-ADI 3.395 começaram a surgir, no âmbito da Suprema Corte, de decisões que se afastam da “causa de pedir” e “pedido” como pressupostos para fixação da competência, como até então vinha decidindo a Corte, para concentrar-se na “questão de fundo” das lides postas sob exame do judiciário.

Por questão de fundo entendem-se as situações relativas a casos específicos em que a administração, justificando-se na lei, embasa suas contratações de pessoal, independentemente da subsunção desta à realidade fática.

Assim, se existe lei estadual prevendo dado tipo de contratação sob o regime especial, contratando a administração pública sob sua égide, mesmo sem atenção aos seus requisitos, a simples existência da lei de cunho administrativo é a “questão de fundo” principal, de modo que não competiria à Justiça do Trabalho apreciar a relação, dada a natureza de caráter jurídico-administrativa da legislação que fundamentou a contratação. Ou seja, se a natureza da lei é jurídico-administrativa, também esta é a natureza da relação com base nela estabelecida, independentemente se a relação fática havida subsume-se ou não às suas hipóteses, a exemplo de contratação de trabalhadores temporários ou ocupantes de cargos em comissão que se alegam desvirtuados.⁹⁹

Neste contexto, permaneceriam sob a competência da Justiça do Trabalho apenas as relações de trabalho regidas propriamente pela legislação trabalhista (contrato de trabalho), porque nesta se encontram as suas bases formais¹⁰⁰.

Com o julgamento da MC-ADI 2.135 eclodiu o entendimento de que, com a declaração de inconstitucionalidade da redação dada pela EC 19 ao art. 39 da CRFB (a partir do que se voltou ao Regime Jurídico Único) não poderia mais a Administração Pública Direta arremeter trabalhadores por via contratual/CLT, submetendo-se toda e qualquer contratação de pessoal, mesmo por interpostas pessoas, ao regime jurídico-administrativo.

⁹⁸ Foram analisadas para elaboração deste artigo, com base em estudo realizado pelo MPT/CONAP e nos trabalhos da Coordenadoria de Recursos Judiciais (CRJ/MPT), cerca de 160 reclamações que foram apresentadas no STF, das quais 125 envolvendo ações civis públicas, ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, em que se alegaram supostas violações à decisão da MC-ADI 3.395.

⁹⁹ Confira-se, nesta linha: Rcl 5.254, Rel. Min. Cezar Peluso, pub. DJ de 11.09.2007, em que afirma: “*Pouco se dá que a verdadeira natureza do liame jurídico vigente entre o Município e seus funcionários seja questão prejudicial do mérito da ação civil pública, submetida à cognição dos julgadores de tal processo. Conforme já se decidiu, ainda que a natureza do vínculo – se estatutário ou não – esteja em causa na ação trabalhista, não se pode olvidar que as admissões fundamentadas em lei disciplinadora do regime jurídico dos servidores municipais atraem a competência da justiça comum para o seu julgamento*” (Rcl nº 3.814, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 22.09.2005. No mesmo sentido, Rcl nº 3.431, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 08.08.2005). Ressalte-se, por fim, que a Corte vem deferindo liminares em reclamações oriundas de causas bastante semelhantes à de que se trata: ações civis públicas em que se controverte a validade de contratação de servidores sem concurso público (Rcl-AgR nº 4.068, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 02.02.2007; Rcl nº 3.431, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 08.08.2005; Rcl nº 3.303, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 29.06.2005; Rcl nº 3.183, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 15.04.2005). No mesmo sentido: Rcl 6.099, Rel. Min. Menezes Direito, pub. DJ de 20.06.2008.

¹⁰⁰ Vide Rcls 5.175 (pub. DJ de 02.05.2008) e 5.147 (pub. DJ de 10.08.2007), ambas de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, envolvendo casos em que se questiona a irregularidade na contratação de mão-de-obra por meio de cooperativas, em que o Ministro reconheceu a competência da JT para julgar as questões. No mesmo sentido: Rcl 6.524, Rel. Min. Cezar Peluso, pub. DJ de 12.09.2008.

Diante disto, a partir do “*dever-ser*” das relações havidas com a administração, recrudescer-se a tese relacionada à “questão de fundo”, para defini-la de acordo com o tipo de relação jurídica legal que de ve haver, independentemente se, de fato, ela existe nestes moldes ou não.

Com base nisso todas as normas acerca da competência da Justiça do Trabalho estão, por arrastamento, tendo sua incidência restringida no que diz respeito à administração pública, mesmo sem terem sido objeto de indagação na MC-ADI 3.395, como se todos os demais incisos do artigo 114, da Constituição Federal estivessem subordinados ao inciso I do mesmo dispositivo. O mais afetado, por efeito reflexo, é o inciso IX do art. 114, e, conseqüentemente, o artigo 83, incisos I, III¹⁰¹, VIII, IX e XIII, da Lei Complementar nº 75/93, e os artigos 9º e 876¹⁰² da Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outros.

Recentemente, apesar do reconhecimento do Supremo Tribunal Federal do direito de greve dos servidores públicos¹⁰³, e embora o inciso II do artigo 114, da Constituição Federal trate da competência da Justiça do Trabalho, para apreciar e julgar o tema, sem exceção¹⁰⁴, foi aplicada a mesma restrição imposta quanto ao inciso I, do artigo 114.¹⁰⁵ O mesmo ocorreu em relação à liberdade sindical (art. 114, III).¹⁰⁶

Assim, segundo essa tese, não mais se poderia falar em competência da Justiça do Trabalho para apreciar as causas envolvendo a administração pública direta¹⁰⁷ e seus trabalhadores (efetivos ou temporários), independentemente da situação fática que originou a contratação e do objeto da ação, uma vez que toda e qualquer relação de trabalho havida com a administração pública sem pre será de natureza jurídica co-administrativa¹⁰⁸, ainda que a causa de pedir da ação se refira a uma relação de emprego

¹⁰¹ Outras reclamações podem ser citadas que, apesar de não estar em evidência a exceção do art. 114, inciso I, criada na decisão, receberam o mesmo tratamento, pelo só fato de figurar no pólo passivo a administração pública, como por exemplo, ações cujo objeto é a intermediação de mão-de-obra por cooperativas (Rcl 4.701, Rel. Min. Carmén Lucia, pub. DJ de 27.10.2006); terceirizações ilícitas (Rcl 6.075, Rel. Min. Eros Grau, pub. DJ 28.05.2008), trabalho autônomo (Rcl 4.912, Rel. Min. Carmén Lúcia, pub. DJ de 15.10.2008), políticas públicas envolvendo o trabalho de menores (Rcl 5.674, Rel. Min. Eros Grau, pub. DJ 22.09.2008) etc.

¹⁰² Nesse sentido, várias foram as ações de execução, propostas pelo Ministério Público do Trabalho, pelo descumprimento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, firmado com entidades da administração pública, fundamentadas no inciso IX do art. 114 c/c art. 83, I da LCP 75/93 e art. 876 da CLT, que foram suspensas por decisões em reclamações. À guisa de exemplo, citam-se as seguintes: Rcl 4.592, Rel. Min. Carmem Lúcia, pu b. DJE de 30.09.2008; Rcl 5.936, Rel. Min. Joaquim Barbosa, pub. DJE de 22.04.2008; Rcl 5.976, Rel. Min. Carlos Britto, pub. DJE de 05.05.2008; Rcl 5.767, Rel. Min. Eros Grau, pub. DJE de 26.09.2008, dentre outras.

¹⁰³ Cf. Mandado de Injunção nº 512, que determinou a aplicação da lei 7783/89. Rel. Min. Eros Grau. Eis a conclusão do voto: “*Em face de tudo, conheço do presente mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito de greve no serviço público, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no art. 37, VII da Constituição do Brasil, nos termos do conjunto normativo enunciado.*”

¹⁰⁴ V. SILVA, Antônio Álvares da. *Greve no serviço público depois da decisão do STF*. São Paulo: LTr, 2008.

¹⁰⁵ Rcl 6.568, Rel. Min. Eros Grau, pub. DJ de 17.09.2008.

¹⁰⁶ Rcl 4.533, Rel. Min. Gilmar Mendes, pub. DJ de 24.04.2008.

¹⁰⁷ Excluindo também a administração indireta: Rcl 6.482, Rel. Min. Eros Grau, pub. DJE de 02.09.2008. Em sentido contrário: Rcl 5786, Rel. Min. Ellen Gracie, pub. DJE de 06.02.2008.

¹⁰⁸ Antes do julgamento da MC-ADI 2.135, para a tese pura da “questão de fundo”, a competência se fixa de acordo com a legislação base adotada pelo ente público. Assim, se o ente público adotava a CLT, então a competência seria da Justiça do Trabalho; se o regime estatutário era o adotado, então, a competência seria da Justiça Comum. Com a concessão da liminar na MC-ADI 2.135, firmou-se o entendimento de que a administração pública somente pode adotar o regime jurídico único, entendido como sinônimo de estatutá-

fraudulentamente encoberta, e os pedidos sejam oriundos ou decorrentes da relação de emprego, como é o caso do FGTS.¹⁰⁹

Conquanto cada uma das teses desenvolvidas pelo Supremo Tribunal Federal na definição de competências jurisdicionais tenha implicações, nenhuma das anteriormente adotadas tem tamanho impacto no ordenamento jurídico e na prestação jurisdicional quanto esta última, pois além da varredura de sentidos das normas que promove no ordenamento jurídico, tem como consequência prática o deslocamento dos processos judiciais em trâmite na Justiça do Trabalho – e que não são poucos – para a Justiça Comum, em razão da aplicabilidade imediata das regras constitucionais referentes à competência.¹¹⁰

rio, portanto, suas relações com servidores seriam, sempre, de natureza jurídico-administrativa. Neste sentido, em decisão monocrática, a Exma. Ministra Cármen Lúcia, na Reclamação nº 4.989 (pub. DJE nº 193, de 10.10.2008), argumentou, em síntese, com base nos debates travados no julgamento da reclamação nº 5.381 que, diante do restabelecimento da redação original do art. 39, *caput*, da Constituição da República, os regimes jurídicos informadores das relações entre os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e seus respectivos servidores são necessariamente o estatutário e o regime jurídico-administrativo, não comportando nada de regime celetista, e, por isso mesmo, não admitindo discussão perante a Justiça Trabalhista. Aduz ainda que essa orientação foi confirmada pelo Ministro Cezar Peluso, nos apartes dessa Reclamação, ao ressaltar que com a queda da Emenda nº 19, não há mais possibilidade, na relação jurídica entre servidor e o Poder Público, “*seja ele permanente ou temporário, de ser regido senão pela legislação administrativa. Chame-se a isso relação estatutária, jurídico-administrativa, ou outro nome qualquer, o certo é que não há relação contratual sujeita à CLT. (...)*”. Registrou ainda a Ministra que este entendimento foi reafirmado, em 21.8.2008, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 573.202/AM, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de publicação), no sentido de que “*Por maioria (7 votos a 1), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou (...) jurisprudência preponderante na Corte no sentido de que a relação de emprego entre o Poder Público e seus servidores é 'sempre' de caráter jurídico-administrativo e, portanto, a competência para dirimir conflitos entre as duas partes será sempre da Justiça Comum, e não da Justiça do Trabalho*”. Com base nisto, deu provimento à reclamação, cuja ação em referência (ACP nº 00309.2007-221-18-00-6 – Vara do Trabalho de Goiás) trata da contratação irregular de trabalhadores credenciados para prestar serviços pelo Programa Saúde da Família.

Os mesmos fundamentos desta reclamação foram utilizados também na Reclamação nº 4.787, cuja ação civil pública (ACP. n. 00940-2005-223-01-00-6 -3ª Vara do Trabalho de Nova Iguaçu/RJ) reclamada tem por objeto a irregular contratação de cooperativas de intermediação de mão-de-obra, visando provimento jurisdicional para determinar que o Município de Mesquita se abstinhasse “*de contratar cooperativas para obter trabalhadores subordinados e não eventuais com intuito de suprir suas necessidades de pessoal, bem como contratar temporariamente trabalhadores com vistas a substituir a realização de concurso público*”.

¹⁰⁹ Nos votos-vista que proferiu nas Reclamações ns. 4.012-AgR/MT, 4.054-AgR/AM e 4.489-AgR/PA, de relatoria originária do Ministro Marco Aurélio a Ministra Cármen Lúcia asseverou, que: “*Nem mesmo o pedido relativo ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS torna a Justiça do Trabalho competente para o exame da ação, uma vez que não se trata de um benefício regulado pela legislação trabalhista, mas pela legislação previdenciária, tanto que todas as ações relativas à incidência dos chamados expurgos inflacionários sobre o saldo do FGTS foram resolvidas pela Justiça Federal*” (pendente de publicação). No mesmo sentido: v. Rcl 6.110, pub. DJE-187 de 03/10/2008.

Considerando os fins acadêmicos deste artigo, vale ressaltar que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) foi instituído pela Lei 5.107/1966, e é regido pela Lei 8.036/1990 e alterações posteriores. Nos termos da legislação específica, o FGTS é direito exclusivo de trabalhadores que prestam serviços a empregadores, “*excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio*” (art. 15, § 2º, da Lei 8.036/90). Portanto, conquanto o benefício seja tratado pela legislação previdenciária, é direito que decorre necessariamente de uma relação de emprego, pois nasce a partir dela e se faz devido em razão da existência desta relação específica.

¹¹⁰ Este tem sido o posicionamento adotado por vários Ministros do STF nas reclamações envolvendo a MC-ADI 3.395, pois mesmo nas execuções de acordo judicial firmado na Justiça do Trabalho que envolva a administração pública, a par da Súmula 734 do STF, tem-se determinado a remessa à Justiça Comum. Neste sentido, confirma-se, exemplificativamente as mais recentes: Rcl 3.735, Rel. Min. Gilmar Mendes, pub. DJE

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, do número total de processos em trâmite na Justiça do Trabalho, no ano de 2006, a administração pública figura no pólo passivo em aproximadamente 10% dos feitos.

Segundo levantamento feito, no ano de 2008, pelo Ministério Público do Trabalho, junto a alguns Tribunais Regionais do Trabalho, existem regionais, a exemplo do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (RO), que o percentual de procedimentos envolvendo a administração pública é na ordem de 23,64% em primeiro grau de jurisdição e 27,5% em segundo grau.¹¹¹

No Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (RN) o percentual de processos envolvendo a administração pública é ainda maior, com uma média, em primeiro grau de jurisdição de: 1º Semestre 2007 - 34,88%; 2º Semestre 2007 - 51,88%; e 1º Semestre 2008 - 54,67%.¹¹²

Em localidades de economia incipiente ou inexistente, que, no mais das vezes, o Poder Público é o único ou maior empregador e/ou tomador de serviços, o percentual de processos em trâmite na Justiça do Trabalho em face da administração pública representa, em alguns casos, mais da metade dos processos judiciais existentes.

Na Vara do Trabalho de Sena Madureira (RO), por exemplo, a administração pública figurava, em 2005, em 65,05% do número total de processos existentes naquela Vara. No mesmo sentido, vale citar também, na mesma região, as Varas do Trabalho de Tarauacá (53,85%) Brasília (47,99%) e Cruzeiro do Sul (45,05%).¹¹³

Em algumas varas do trabalho da região do Rio Grande do Norte, no primeiro semestre de 2008, houve um predomínio de ações deste tipo, a exemplo das Varas de Currais Novos (85,06%), Pau dos Ferros (80,41%) e Macau (76,73%).¹¹⁴

Logo, em termos práticos, pela tese que vem se desenhando no Supremo Tribunal Federal, tende a ser enviada à Justiça Comum - que já está assoberbada - uma avalanche de processos judiciais, paralelamente acompanhada do esvaziamento de muitas varas do trabalho, em verdadeiro comprometimento da qualidade e celeridade da prestação jurisdicional.

3. A interpretação constitucional do art. 114, I: dois caminhos e uma só solução

Não são poucos os clamores da sociedade como um todo e, em especial, dos cidadãos por um Poder Judiciário mais bem aparelhado, preparado (tecnicamente e estruturalmente), eficiente e célere, com vista a garantir a prestação jurisdicional que, de fato, corresponda à função que as modernas constituições lhe atribuem, produzindo resultados que sejam individual e socialmente justos.¹¹⁵

Afinal, uma decisão tardia perde progressivamente seu sentido reparador, por postergar o momento do reconhecimento judicial dos direitos; e transcorrido o tempo

de 24.04.2008; Rcl 5.744, Rel. Min. Eros Grau, pub. DJE de 06.02.2008; Rcl 5.478, Rel. Min. Joaquim Barbosa, pub. DJE de 06.05.2008; Rcl 6.479, Rel. Min. Joaquim Barbosa, pub. DJE de 07.10.2008.

¹¹¹ Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (RO).

¹¹² Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (RN).

¹¹³ Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região (RO).

¹¹⁴ Fonte: Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (RN).

¹¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>> acesso em 01.nov.2008.

razoável para resolver a causa, qualquer solução, na visão do jurisdicionado, torna-se, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do julgamento, perdendo a qualidade referente à segurança jurídica.

Vencendo a etapa de acaloradas discussões, a tão esperada Reforma do Judiciário veio a lume com o objetivo de atingir esse propósito, pois além de exortar os juízes a trabalhar com mais afinco e decidir com maior celeridade¹¹⁶, colocou à disposição do jurisdicionado uma poderosa arma para exigir uma justiça mais célere, ao inserir com o último inciso do artigo 5º, da Carta Magna¹¹⁷, o direito fundamental do indivíduo a uma justiça rápida.

Embora o direito à razoável duração do processo já pudesse ser auferido do princípio de acesso à justiça, a imponente mudança advinda da inclusão do inciso LXXVIII, no artigo 5º, da Lei Fundamental da República decorre: primeiro, da existência de enunciação taxativa de que o processo judicial ou administrativo não pode consumir tempo desarrazoado para sua conclusão; e, segundo, porque o direito não veio desacompanhado de garantias, dispondo o referido inciso que é assegurado a todos *"os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*¹¹⁸.

Como os direitos fundamentais, consoante dispõe o § 1º, do art. 5º, CF, têm aplicação imediata, pode-se inferir que, a despeito dos instrumentos processuais específicos para assegurar a celeridade, há de se fazer uma releitura das regras constitucionais de competência dos órgãos jurisdicionais para reconhecer nesta a qualidade de mecanismo a ser utilizado para se emprestar eficácia ao direito fundamental do indivíduo a uma justiça rápida, para concretização dos demais direitos fundamentais.

Nesse contexto, a interpretação das regras constitucionais relacionadas à competência não pode ser delimitada apenas por sua finalidade, sem que se faça a ressalva da necessária fundamentação em bases concretas, pois, num contexto de Estado Social, a tomada em consideração de fatos de ordem concreta, sem olvidar o sistema jurídico normativo posto, (i) não só é essencial na interpretação constitucional, como revela-se (ii) importante ferramenta para se verificar e checar a adequação e viabilidade de interpretações que, hipoteticamente, a partir de um método dedutivo sistemático clássico, podem parecer corretas, permitindo a tão almejada efetividade dos dispositivos constitucionais, na denominada - e necessária - concretização da Constituição.¹¹⁹

¹¹⁶ Nesse sentido basta notar que foi instituída a "súmula vinculante" e suprimidas as férias coletivas. Paralelamente a isto, ao dispor sobre a promoção dos magistrados, de entrância para entrância, no art. 93, II, a EC 45 elegeu, como critério de merecimento, além da presteza no exercício da jurisdição e a frequência em cursos de aperfeiçoamento - que já estavam consagrados no texto anterior -, critérios objetivos de *produtividade*. Não fosse suficiente, deixou expresso na alínea "e" do mesmo artigo, que não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

¹¹⁷ Assim é o texto do inciso LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

¹¹⁸ "Diversos doutrinadores diferenciam direito de garantias fundamentais. A distinção entre direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, ao separar as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito". (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*, 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 59).

¹¹⁹ Sobre a moderna interpretação constitucional, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Assim, apesar do hermeneuta ter liberdade no momento da interpretação de regras de competência jurisdicional, ele está adstrito ao fim social a que se propõe a norma, não devendo postar-se insensivelmente perante as questões de política judiciária intrínsecas, para que o resultado da interpretação não seja indiferente ao fim social que se deseja atingir.

É com olhos postos nessa orientação da atividade interpretativa, voltada à concretização do direito fundamental do indivíduo a uma justiça rápida, quanto aos desvios na contratação de trabalhadores pela Administração Pública que, nas seções que se seguem, será abordada a questão da competência jurisdicional sob essas duas vertentes: uma focada nos aspectos jurídicos das normas envolvidas, sob o aspecto do direito fundamental ao trabalho; e, outra direcionada ao resultado concreto de um eventual deslocamento de competência da matéria em debate sob o aspecto de política judiciária e qualidade da prestação jurisdicional.¹²⁰

3.1 Dos aspectos jurídicos das normas envolvidas

Partindo-se da liminar concedida na MC-ADI 3.395, depreende-se, de plano, que esta tomou em consideração o âmbito preciso de incidência do art. 114, I, especificamente no que se refere às relações de outra natureza que não trabalhista (em sentido estrito) havida entre a administração pública e o servidor público a ela vinculado por típica relação de natureza estatutária e/ou de caráter jurídico-administrativo, assim entendida esta última, nas palavras do Min. César Peluso, como sinônimo de regime jurídico estatutário, pois em nenhum momento consta da decisão o afastamento amplo e irrestrito da competência da Justiça do Trabalho para apreciar toda e qualquer relação de trabalho havida com a administração pública.

Por meio de uma interpretação *literal* da medida concedida parece evidenciada a intenção da Corte Maior de submeter à Justiça do Trabalho todas as ações que envolvem relações de trabalho na administração pública direta e indireta, exceto as ações instauradas entre o Poder Público e os servidores a ela vinculados por típica relação de natureza estatutária e/ou de caráter jurídico-administrativa, ou seja, aquelas ações que tratem, exclusivamente, de direitos, vantagens e deveres previstos no regime estatutário para servidores efetivos e ocupantes de cargos em comissão regularmente investidos.

A expressão “típica”, segundo o dicionário, significa característica, ou seja, aquilo que está caracterizado ou qualificado como algo. Assim, para que uma relação seja típica é preciso que ela esteja caracterizada como tal no regime jurídico que lhe é próprio. Isto é, que a relação guarde todas as características, efetivamente consideradas, descritas no conjunto para sua qualificação no regime.

Juridicamente, chama-se “tipo” a descrição feita pela lei. E se denomina tipicidade a correlação da conduta com o que foi descrito no tipo. Exemplo concreto é a defi-

¹²⁰ Não é objetivo do presente artigo tecer comentários acerca do conteúdo da expressão “relação de trabalho”, constante do inciso I do art. 114, da CF, e sua co-relação com as relações de caráter estatutário. Interessa-nos tratar exclusivamente das contratações irregulares na administração pública, que, como procuraremos demonstrar cuidam-se de relações atípicas, não enquadráveis no conceito de “relação estatutária ou jurídico-administrativa”. Conquanto nosso entendimento seja no sentido de que a expressão “relação de trabalho” engloba o fenômeno do *trabalho* no seu sentido mais amplo, partiremos, para fins deste artigo, da tradição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que exclui do gênero “relação de trabalho” o vínculo estatutário, para, a partir daí, examinarmos a questão dos desvios nas contratações de pessoal pela administração pública.

nição de “crime” dada pelo Direito Penal: “crime é fato típico e antijurídico”. Deste modo, se o fato não é antijurídico, de acordo com a descrição feita pela lei (típico), este fato pode ser qualquer coisa, menos “crime”, justamente, por não ser típico.

Trazendo esta mesma linha de raciocínio para o caso em estudo – desvios nas contratações de pessoal pela administração pública –, dentro da literalidade do que consta na liminar, para que se estabeleça uma típica relação estatutária e/ou jurídico-administrativa, esta relação deve estar tipificada pelo estatuto como tal. Não atendendo esta relação às características tipificadas na lei para a qualificação da condição de estatutário, então, esta relação pode ser de qualquer outro tipo, exceto estatutária e/ou jurídico-administrativa¹²¹.

Com isso, não é difícil concluir que, quando a relação estabelecida não atende a definição legal prevista para sua qualificação como estatutária e/ou jurídico-administrativa, como ocorre, por exemplo, na ausência do concurso público, resta, portanto, um vago, uma lacuna, quanto ao tipo de relação laboral então existente.

Vejamos, à guisa de exemplo, os casos em que há a frustração do concurso público, quando há o desvirtuamento das contratações temporárias – matéria esta pivô de todas as discussões no Supremo Tribunal Federal e que deu ensejo ao desenvolvimento das teses acima transcritas. Diz o art. 37, inciso IX da CF que: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Percebe-se por este dispositivo que a Constituição trata, de maneira concisa, mas completa, de três requisitos qualificadores da relação de caráter jurídico-administrativo na contratação temporária de excepcional interesse público, aliás, enumerados pelo Exmo. Sr. Ministro Paulo Brossard, em seu voto concessivo de liminar na ADI 890-1/DF:

- a) a contratação será por tempo determinado;
- b) a necessidade a ser satisfeita deve ser temporária;
- c) a necessidade a ser satisfeita deve ser de excepcional interesse público.

Não se coaduna, portanto, com o comando constitucional, hipótese de contratação por tempo determinado para atender a necessidade que não seja a *temporária*, que deva ser satisfeita num período de *tempo específico*. E, mesmo nesse caso, há de estar presente, além do interesse público ordinário, a *excepcionalidade*, ou seja, deve ser interesse *especialíssimo, extravagante, especial, fora do comum*, o que não se confunde com as atividades *regulares, normais, permanentes e cotidianas* dos órgãos e entidades da administração.

Assim, o que qualifica a contratação temporária é a existência efetiva da necessidade temporária de excepcional interesse público, de modo que, não estando presente este requisito, não há que se falar em típica _____ relação de caráter jurídico-

¹²¹ Via de regra, para fins de caracterização da relação estatutária, os Estatutos possuem disposição semelhante ao art. 10 da Lei 8.112/90 que diz: “A nomeação para cargo de carreira ou cargo isolado de provimento efetivo depende de prévia habilitação em concurso público...” O que significa, em outras palavras que: para a inserção do trabalhador no regime jurídico estatutário necessário se faz a prévia aprovação em concurso público para provimento de cargo público, que é uma exigência do próprio Estatuto para o estabelecimento de uma relação institucional. Não havendo o concurso público prévio não existe típica relação estatutária, e sim uma relação de trabalho, faticamente considerada.

administrativa, por não coincidir a situação fá tica com a descrição feita pela lei (tipicidade).

Sendo, portanto, atípica a relação e, se à Justiça do Trabalho, à luz do art. 114, da CR/88, cabe proclamar o tipo de vínculo estabelecido, também o tem para decretar a sua inexistência ou invalidade, por deter competência material exclusiva quanto à tipificação das demais relações de trabalho.¹²²

Todavia, como é sabido, nem sempre a interpretação literal conduz aos melhores resultados hermenêuticos. A necessidade de se integrar o sentido e o alcance das normas jurídicas ao sistema de regras em que se inserem tem sido admitida como uma tarefa indispensável ao bom exegeta. Neste contexto, a interpretação sistemática, sem embargo da necessidade de utilização de outros meios interpretativos - especialmente por envolver normas constitucionais -, emerge como mais propícia a promover a integração do ordenamento jurídico de forma coerente e harmônica, dentro das exigências de previsibilidade, de segurança jurídica e de razoabilidade que as modernas sociedades capitalistas exigem.

Só que *in casu*, com a devida vênia, inexistirá discrepância entre a literalidade da liminar concedida e a sua interpretação sistemática. Ambas conduzem, irrefutavelmente, ao mesmo entendimento, quanto à competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar as lides em que se alega a irregularidade das contratações realizadas pelo Poder Público, notadamente quando isto ocorre por meio de ação civil pública, que é o que nos interessa mais especificamente, por ser mecanismo voltado à defesa dos direitos sociais de todos os cidadãos coletivamente considerados.

Deveras, nenhum outro dispositivo constitucional existe, direta ou indiretamente, a desconfirmar este entendimento. Ao revés, só a confirmá-lo. Os artigos 1º, incisos III e IV, incisos I, III e IV, 5º, *caput*, 6º, 37, incisos I e II, e § 2º, 109, *caput*, e 114, inciso IX, 170 e 193 da Constituição da República, bem o demonstram.

De acordo com o artigo 109, inciso I, são excepcionadas da competência da Justiça Federal as causas envolvendo a União, entidade autárquica ou em presa pública federal quanto às matérias sujeitas à Justiça do Trabalho. O art. 114, IX, por seu turno, remete à competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Com fundamento no inciso IX do art. 114 da Constituição, a Lei Complementar nº 75/93, no seu artigo 83, inciso III, fixou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho na "defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos". (g.n.)

¹²² Neste sentido, é pacífico o entendimento do E. STJ, mesmo antes da EC 45/2004, e que vem se mantendo, mesmo após a liminar concedida na MC-ADI 3.395, conforme se verifica nos seguintes precedentes: CC 91.483, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, pub. DJ de 20/08/2008; AgRg no CC 86.575, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, pub. DJ 01/02/2008; CC 66.030, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª região), pub. DJ de 08/10/2007; CC 65.825, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, pub. DJ de 30/10/2006; CC 33.841/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, pub. DJ de 24.04.2006; REsp 828.500/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 01/08/2006; CC 46.267, Rel. Min. Paulo Medina, pub. DJ de 11/04/2005; EDcl no CC 32.191, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 31/3/2003; AgR no CC 33.709, Rel. Min. Félix Fischer, pub. DJ de 01/09/2003; CC 29.469, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, pub. DJ 04/12/2000; CC 24.969, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, pub. DJU de 14/6/1999.

Os direitos sociais, por natureza e por disciplina constitucional, estão diluídos na sociedade nas suas variadas formas, sendo que, na seara trabalhista, não se resumem apenas ao direito de ter direitos trabalhistas (individuais e coletivos)¹²³ – *direito do trabalho* –, mas, principalmente, de ter *direito ao trabalho* (art. 6º).

Bastante conhecido, mas tão pouco compreendido, o *direito ao trabalho* como direito fundamental permanece, na verdade, como um desafio a ser defendido em todas as suas perspectivas, na medida em que o trabalho, como condição inerente à vida humana, constitui expressão da dignidade humana e de valorização social do cidadão. Afinal, o direito ao trabalho é instrumento de afirmação da própria cidadania¹²⁴, pois é através da concretização desse direito que outros valores ou direitos inerentes à dignidade humana são verdadeiramente efetivados.¹²⁵

O direito ao trabalho, na sociedade contemporânea, é imanente ao ser humano, inculcando-se na própria personalidade do ser.

Rigorosamente, existem pessoas que não necessitam trabalhar, mas submetem-se ao trabalho por conta de outros motivos de ordem sociológica, que remetem à idéia, há muito consagrada na sociedade, de dignificação e de honra.

Essa perspectiva é importante para se ter em mente a relevância do direito ao trabalho, não apenas enquanto direito social, mas de direito que se liga intrinsecamente à própria noção de liberdade.

Saindo da senda sociológica do tema e retornando-se à esfera jurídica, segundo leitura de José Afonso da Silva, o direito social ao trabalho, trazido no artigo 6º, da Constituição Federal, ressaí do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho (art. 1º, IV, 170 e 193 da CF), que reconhecem o direito social ao trabalho como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e da dignidade da pessoa humana (fundamento da República Federativa do Brasil - art. 1º, III da CF). E aqui se encontram o *direito individual* ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com o *direito social* ao trabalho, que envolve o direito de acesso a um trabalho ou ocupação lícitas¹²⁶, à orientação e formação profissional, à livre escolha do trabalho e às condi-

¹²³ Os direitos sociais trabalhistas se subdividem em direitos dos trabalhadores em suas relações individuais de trabalho (art. 7º) e direitos coletivos dos trabalhadores (arts. 8º a 11).

¹²⁴ Na perspectiva moderna, o cidadão possui uma identidade diferente daquela formulada na Antigüidade. Cidadão não é apenas aquele que vota no cenário político, mas aquele que possui liberdade física e de expressão, educação, cultura, saúde, trabalho, lazer, e meio-ambiente saudável, dentre outros direitos, e participa conscientemente das decisões políticas de sua comunidade, em igualdade de condições, não apenas a igualdade jurídica, mas também em igualdade de oportunidades. Enfim, ser cidadão é poder conviver democraticamente numa sociedade que garanta as melhores condições para cada um e para todos, de realização pessoal e coletiva com base nas conquistas alcançadas pela humanidade, ter acesso, em igualdade e condições e oportunidades, à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, aos bens culturais, ao convívio equilibrado com o meio ambiente, que possibilite a todos participar ativamente da vida e do governo de seu povo.

¹²⁵ O direito ao trabalho, em termos absolutos, não representa o direito de uma classe, com o o são, de modo geral, os direitos trabalhistas. Representa, sim, uma meta de igualdade material que corporifica o ideal da equidade, que pertence a toda a sociedade.

¹²⁶ Neste sentido, na lição de Uaid Lammêgo Bulos, ao comentar a expressão “trabalho” constante do art. 6º, da CF, assevera que: “Trabalho, à luz do que estabelece a linguagem prescritiva do legislador constituinte, significa meio de se ganhar a vida lícitamente, através do desempenho de uma atividade produtiva remunerada”. (Constituição Federal Anotada. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 415).

ções dignas de trabalho, que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores¹²⁷.

Como corolário maior da condição do indivíduo se fazer útil a si e aos outros (por necessidade ou por vontade), através do desenvolvimento de atividades laborais que gerem dividendos pessoais e à coletividade, a razão de ser do direito social ao trabalho (art. 6º, da CF) é uma razão igualitária (art. 5º). Não uma isonomia identificada com a utopia de que todos são iguais em tudo, mas como o modelo de sociedade que exalta os fatores que tornam os homens mais iguais que desiguais.

Nesse sentido, o reconhecimento do direito ao trabalho implica na afirmação do *direito à igualdade de oportunidades no acesso ao mercado de trabalho*, para que um número cada vez maior de pessoas fique em condições de ser menos desigual aos demais.

Assim, qualquer tipo de exclusão ou preferência, promovida por quem quer seja, fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional, origem social, ou outro motivo ilegal ou imoral e que tenha por objetivo destruir, alterar ou frustrar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de acessibilidade ao trabalho ou ocupação, inclusive diferenciação das condições de trabalho, constitui desrespeito aos direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Essa é a lição que se extrai de Baylos Grau, ao analisar dispositivo da Constituição Espanhola, que versa sobre o direito ao trabalho, ao asseverar que,

o trabalho é a base para o exercício dos direitos do cidadão, e reconhecê-lo implica, conseqüentemente, interligar o sujeito à sua dignidade como pessoa e ao seu projeto igualitário fixado, em nível coletivo, no esboço do art. 9.2, CE. Trabalhar é a condição de exercício de importantes prerrogativas de cidadania e a privação dessa qualidade, de maneira incorreta ou injustificada, não só implica a vulneração do direito ao trabalho, mas a dificuldade de exercício de outros direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente.¹²⁸ (g.n.)

Muito embora o reconhecimento do direito social ao trabalho, como direito fundamental, já se mostre por si só como medida suficiente à aplicação da norma, o legislador constituinte tomou o extremo cuidado de promover a sua densificação por meio de outras normas distribuídas ao longo do texto constitucional, estruturando a atuação do Estado para a consecução deste objetivo. Exemplo disto é a previsão constitucional de garantia à ampla acessibilidade aos cargos e empregos gerados pelo Poder Público (art. 37, inciso I, da CF), por meio do concurso público (art. 37, II, da CF).

A Lei Magna visou, com os princípios da acessibilidade e do concurso público, possibilitar a todos iguais condições e oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta, indireta ou fundacional, e a obter a vaga a partir de seus próprios méritos, auferidos por critérios igualitários e objetivos, evitando-se, com isto, escolhas por privilégios ou favorecimentos em razão das diferentes condições sociais e pessoais.

De fato, a realização do concurso público em nada mais consiste do que a adoção de um procedimento que assegura *a igualdade na competição pelas oportuni-*

¹²⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.289/290.

¹²⁸ GRAU, Antonio Baylos. *Proteção de direitos fundamentais na ordem social. O direito ao trabalho como direito constitucional*. In: Revista Trabalhista Direito e Processo. Rio de Janeiro: Forense/Anamatra, v. X (abr./mai./jun.), 2004, p. 22-51.

des de trabalho geradas pelo Poder Público a todos os interessados que atendam aos requisitos legais (*isonomia*), a serem selecionados por *critérios objetivos (legalidade) e não subjetivos ou pessoais* do administrador público (*impessoalidade*), com o objetivo de propiciar a melhor escolha possível *sem privilégios (não-discriminação)* ou favorecimentos *imorais (moralidade)*.

Isso demonstra que, embora sejam comumente analisados os dispositivos constitucionais que tratam sob ângulo exclusivo da questão da moralização do serviço público, em exercício de interpretação sistemática das normas constitucionais, mormente o art. 3º, incisos I e IV, art. 5º, *caput*, 6º, e o art. 37, *caput*, incisos I e II, a garantia ao amplo acesso aos cargos em empregos públicos é uma *decorrência natural do direito social ao trabalho*, sendo o concurso público seu mecanismo de concretização, no que diz respeito ao Poder Público.

Portanto, quando a Administração Pública contrata trabalhadores ao arrepio da regra do concurso estará lesando não só a moralidade pública, mas agredirá diretamente os direitos difusos dos trabalhadores que poderiam ter acesso ao trabalho e, todavia, têm este direito social vilipendiado em face da inobservância do dispositivo constitucional encartado no art. 37, II, que impõe à administração pública o dever de garantir, por meio do concurso público, a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de acessibilidade ao trabalho ou ocupação.

Logo, como as contratações irregulares, em frustração do concurso, sonegam o direito à igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de acessibilidade ao trabalho ou ocupação, violando o direito social ao trabalho, e, sendo este um direito social constitucionalmente garantido, indubitável a competência da Justiça do Trabalho, segundo o disposto no art. 114, inciso IX, da CF c/c art. 83, inciso III, da LCP 75/93, independentemente do ente público envolvido, a teor da exceção precizada no art. 109, inciso I, da CF.

3.2 Interpretação constitucional e a importância da consideração de fatos de ordem concreta para definição da competência

3.2.1 Jurisdição e competência: qual deve ser o norte interpretativo?

Ao falarmos de jurisdição, do poder monopolizado do Estado de dizer o direito e aplicá-lo coercitivamente, bem como da repartição desse poder entre vários representantes (magistrados) desse Estado, segundo alguns critérios, não basta, quando diante de casos de difícil ou controversa solução, atentar-se apenas para o que consta do direito posto (regras já estabelecidas).

Os critérios de repartição da competência (competência por critérios objetivos¹²⁹, competência funcional e territorial)¹³⁰ não foram elaborados ao acaso. Possuíram sua razão de ser (*mens legis*) e devem, na atualidade, perseguir fins constitucionalmente previstos, sob pena de serem, por exemplo, evitados de inconstitucionalidade em função

¹²⁹ Está subdividida em competências em razão da matéria, pessoa ou valor da causa.

¹³⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 462 e ss.

de uma restrição ilegal ao direito de ação¹³¹ (caso não tenham finalidade a ser concretizada). Mas que fins são esses?

Somente faz sentido pensar em reparação da competência com o fim de proporcionar ao jurisdicionado uma melhor prestação estatal do que aquela que seria fornecida sem tal divisão. É dizer, somente se concebe o conceito de competência (e as regras que a estabelecem) caso proporcione uma racionalização da atividade estatal, com o fim de uma prestação jurisdicional mais justa, segura e célere, para o atendimento ao jurisdicionado.

É por essa razão que a legislação processual brasileira (constitucional e infraconstitucional) define critérios como em razão da natureza (causa trabalhista, por exemplo) da demanda ou da pessoa envolvida (v.g. União): para que a atuação, em função da especialização criada pela lei, seja melhor e mais rápida para o jurisdicionado.¹³²

Dessa maneira, tem-se que o que deve nortear raciocínios em torno das questões de jurisdição e, especialmente, competência, é a qualidade e eficiência da prestação jurisdicional oferecida pelo Estado àquele que procura o Poder Judiciário.¹³³

Nesse sentido, no RE 293.246¹³⁴, quando teve de definir a competência em razão do art. 109, § 3º da CRFB, que trata de competência em matéria previdenciária, o Supremo Tribunal Federal bem enfatizou a necessidade de uma interpretação quanto às regras de competência de modo a “*tornar a Justiça mais acessível ao cidadão*”¹³⁵.

No caso, conforme defendido por alguns Ministros¹³⁶, poderia dar-se uma interpretação formal e, com isso, de certa forma, apenar o segurado a ter de demandar em uma vara comum estadual, junto a tantos outros processos de toda sorte de naturezas.

¹³¹ Afinal, a repartição da jurisdição apenas será legítima se tiver uma razão de ser. Caso não a tenha, revelar-se-ia uma restrição não fundamentada ao direito de ação, na medida em que o cidadão poderia, em princípio, demandar a prestação jurisdicional frente a qualquer magistrado, a qualquer dos membros investidos de jurisdição. Mas não, a competência regulamenta e, portanto, restringe o direito de ação. Assim, como toda restrição a direito fundamental deve ser fundamentada, uma regra de competência sem fundamentação seria inconstitucional.

¹³² No sentido de que, quando da definição da competência, o legislador se atém a motivos de ordem prática e política, ver CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 126.

¹³³ Segundo CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, “*O Estado faz a divisão das justiças, com vistas à melhor atuação da função jurisdicional*”. Cf. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191.

¹³⁴ Considerando que a Constituição intentou possibilitar que o jurisdicionado que não tivesse em sua comarca vara da Justiça Federal pudesse demandar perto de sua residência, permitiu que as questões relativas à matéria pudessem ser levadas ao juiz estadual. Ocorre que, com a especialização das Varas Federais, optou o jurisdicionado ingressar com ação na Vara Federal da capital e não na Justiça Estadual do local da sua residência. Coube, então, ao STF decidir se a Vara Federal da capital era ou não competente para julgar a lide. Quando a questão foi levada a plenário, dois pontos de vista surgiram: (i) o de que não existindo mesmo a vara federal na comarca deveria o segurado, incondicionalmente, propor sua demanda na justiça estadual e (ii) de que a Constituição atribuiu uma faculdade, com o objetivo de facilitar a situação do segurado o que, por sua vez, não poderia prejudicá-lo no futuro, existindo as tais varas especializadas. Debatidos os pontos de vista, o Tribunal, por maioria, adotou a tese de que o segurado poderia ajuizar a ação tanto na Justiça Estadual quanto Federal (varas especializadas da capital).

¹³⁵ RE 293.246, Min. Ellen Gracie.

¹³⁶ O Ministro Néri da Silveira, por exemplo, afirmou: “Penso que só caberia declinar para o Juiz de Direito (...) porque não cessou a competência dos juízes estaduais. A Constituição não foi modificada, no particular. Se (...) não houver Vara da Justiça Federal, a competência para as causas previdenciárias é do Juiz de Direito”. Não permitindo que o jurisdicionado pudesse aproveitar as varas e especializadas das capitais, temos aqui uma interpretação literal, formal e meramente dedutiva da norma constitucional, em sentido oposto

Disso se extrai que, em matéria de competência, o fator, por assim dizer, “jurisdicionado”, a qualidade da prestação jurisdicional, deve ser levada em consideração. O que, por sua vez, somente pode ser aferida na realidade fática, com o apoio em dados cientificamente pesquisados e analisados, na medida em que, o conhecimento objetivo e integral da sociedade e de suas instituições fundamentais jamais poderá ser obtido pelo simples estudo de suas estruturas normativas ou legais, em virtude do fenômeno do formalismo nelas dominante.¹³⁷

Tendo essas considerações em mente, ao adentrarmos na ques tão central abordada neste estudo, tem-se que a tendência de exclusão da competência da justiça do trabalho para julgar os casos de, para se dizer de maneira simples, “desvios” nas formas de contratação de pessoal pela administração pública, conforme vem se desenhando no Supremo Tribunal Federal, revela-se um total retrocesso, ante a situação atual do judiciário brasileiro, conforme demonstraremos a seguir.

3.2.2 A situação do judiciário brasileiro e a competência da Justiça do Trabalho: da inconstitucionalidade à irracionalidade

Segundo dados recolhidos e compilados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³⁸, a Justiça Federal e a Justiça Estadual apresentam grandes taxas de congestionamento do judiciário brasileiro¹³⁹.

Analisando-se o primeiro grau de jurisdição dos ramos que interessam a este estudo¹⁴⁰, tem-se que as taxas médias de congestionamento das Justiças Federal e Estadual são de, respectivamente, 76,1% e 79,6%. Ou seja, de todos os processos acumulados no ano (novos e referentes aos anos anteriores que não foram julgados), os juízes de primeiro grau conseguem entregar a prestação jurisdicional apenas em, aproximadamente, 25% e 20% do número total de processos.

Em alguns Estados, como no Amazonas e Pernambuco, por exemplo, as taxas de congestionamento na Justiça Estadual alcançam, respectivamente, a ordem de 87,3% e 91,7%. Diferente não foi a situação de Estados como Alagoas, Bahia e Paraná, em que a taxa de congestionamento ficara acima de 85%.

A Justiça do Trabalho, por seu turno, tem taxa média de congestionamento, embora longe do ideal, significativamente inferior, qual seja, 47,5%.¹⁴¹

ao que vem se defendendo no constitucionalismo moderno e nesse estudo. Cf. RE 293.246, DJE pp. 864-867.

¹³⁷ Nesse sentido, cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>> acesso em 01.nov.2008.

¹³⁸ Fonte: *A justiça em números – Indicadores estatísticos do Poder Judiciário (2006-2008)*. Conselho Nacional de Justiça, 2009. Disponível em: <www.cnj.jus.br> Acesso em 14.06.2009.

¹³⁹ Por taxa de congestionamento entende-se o percentual obtido na relação entre as causas que foram julgadas (sentenças ou acórdãos proferidos) no ano, frente aos casos novos (instaurados no ano) e os acumulados de anos anteriores. Assim se determinada justiça “trouxe” para o ano de 2008, 1000 processos, recebeu 2000 casos novos e conseguiu julgar 600, sua taxa de congestionamento será obtida pela divisão de 600 por 3000 (1000 + 2000). Assim, teríamos o quociente de 0,2 (20%), que nos levaria a afirmar que a taxa de congestionamento dessa justiça hipotética é de 80%.

¹⁴⁰ Face à discussão sobre atribuições para julgar os desvios na contratação pela administração pública, interessam ao estudo as Justiças do Trabalho e as Comuns, Estadual e Federal.

¹⁴¹ Segundo explicou um dos participantes da pesquisa, o Juiz Alexandre de Azevedo Silva, do TRT da 10ª Região, com sede em Brasília, a fase de execução é o que provoca o congestionamento no primeiro grau da Justiça do Trabalho, pois, na execução, bens dos devedores são leiloados para que se paguem os cre-

Apenas para aclarar o quão significativa é a diferença, os magistrados trabalhistas, por assim dizer, julgam, no ano, quase que metade das causas que lhe são postas à apreciação, entre processos novos e acumulados dos anos anteriores, enquanto os juízes estaduais cerca de 1/5. Em segundo grau de jurisdição o distanciamento entre a justiça comum e a especial do trabalho se verifica também, sendo que, proporcionalmente, resta inclusive maior. Na ordem em que foram apresentados acima, tem-se: 59,8% (JF), 42,5% (JE) e 25,2% (JT).

Segundo o Juiz Elton Leme, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ/RJ), ao apresentar os dados da pesquisa feita junto aos Tribunais Estaduais no painel do seminário "A Justiça em Números", realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os indicadores do Conselho Nacional de Justiça apontam que até 50% de congestionamento há uma situação de equilíbrio. Entre 50% e 70% a situação não é boa, mas é gerenciável, enquanto que entre 70% e 90% o problema é considerado grave. De acordo com o Juiz, quando a taxa de congestionamento processual ultrapassa os 90%, a situação é de colapso.¹⁴²

Com base nisso, o que se pode concluir, objetivamente, é que, dentre os ramos do Poder Judiciário que interessam a este Estudo, a Justiça do Trabalho vem funcionando de maneira mais rápida, entregando a prestação jurisdicional que lhe é requerida de forma, senão ideal, objetivamente mais próxima do que a Reforma do Judiciário chamou de "duração razoável do processo", nos termos do que hoje constante no rol de direitos fundamentais da constituição brasileira (art. 5º, LXXVIII).

Sendo assim, há que se problematizar: considerando a realidade fática quanto à sobrecarga de processos existentes nas Justiças Comuns e seus altos índices de congestionamento, e, sabendo-se, de antemão, que a negação da competência da Justiça do Trabalho para apreciar lides envolvendo os desvios na contratação de pessoal fará com que as demandas hoje postas sob os cuidados dos Magistrados trabalhistas acabem por se arrastar por mais tempo na Justiça Comum, restaria alternativa ao intérprete para afastá-la?

Fazê-lo seria dar uma interpretação tendente a cumprir os mandamentos constitucionais (em especial ao direito do jurisdicionado à melhor prestação jurisdicional possível) e os fins da repartição da jurisdição em competências, notadamente considerando que estão em jogo direitos sociais constitucionalmente garantidos, que no mais das vezes, dizem respeito a verbas de natureza alimentar?

Temos para nós que a resposta a essas indagações somente pode ser negativa. Entre o formalismo interpretativo e a moderna hermenêutica, na defesa dos direitos fundamentais deve-se adotar interpretação que melhor propicie efetividade à garantia de "acesso à justiça" e prestigie a produção de efeitos práticos em relação aos direitos dos cidadãos, o que inclui, além de uma melhor tutela para os indivíduos que necessitam demandar em juízo, a que mais empreste eficácia ao direito fundamental do indivíduo a uma justiça rápida.

dores. "A dificuldade é conseguir os bens e transformá-los em recursos", disse. Para contornar o problema, a Justiça do Trabalho tem-se utilizado de ferramentas alternativas, como o sistema Bacen-Jud, a penhora *on-line*, que bloqueia as contas dos devedores por meio do Banco Central. Fonte: Notícias STF de 13.05.2005 - *Pesquisa revela que Justiça trabalhista é a menos congestionada*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaSTF.asp>>.

¹⁴² Fonte: Notícias STF de 13.05.2005. Notícias STF de 13.05.2005 – *Justiça em números - confirma os dados da Justiça Estadual*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaSTF.asp>>.

Nesse contexto, diante da situação do Poder Judiciário, a confirmação da competência da Justiça do Trabalho para os casos objeto deste estudo é a que se mostra a mais condizente com a concretização das normas constitucionais nessa área envolvida, por: (i) sua especialização, o que lhe dá maior agilidade no julgamento das causas¹⁴³; (ii) ter menores taxas de congestionamento, o que lhe permite dar uma resposta mais rápida ao jurisdicionado; (iii) sua afinidade com as normas de proteção do trabalho e sua expertise natural no reconhecimento de fraudes e irregularidades nas relações de trabalho - de modo que tem maiores condições de perceber no caso concreto a ilicitude de condutas nesta área -; e (iv) sua maior sensibilidade no trato neste tipo de relação, pois foi talhada a dar efetividade aos direitos sociais constitucionalmente garantidos no que diz respeito ao trabalho humano.

A Justiça do Trabalho está preparada estruturalmente¹⁴⁴ para estas ações, pois em razão do processo de interiorização da Justiça, hoje existem Varas do Trabalho em praticamente todos os Municípios que a Justiça Estadual também funciona, o que a torna uma Justiça efetivamente acessível ao cidadão hipossuficiente.

Ademais, concentrar na Justiça do Trabalho as controvérsias relativas às contratações irregulares do Poder Público, mais que contribuir para a racionalidade dos serviços do Estado, é reconhecer a relevância, a dignidade e a função social do trabalho que, qualquer que seja, está a merecer a mais rápida e racional resposta possível dos órgãos jurisdicionais.

O reconhecimento da competência de um órgão jurisdicional com base em argumentos de política judiciária não é tema estranho ao Supremo Tribunal Federal, especialmente no que diz respeito à competência da Justiça do Trabalho. Tendo sido objeto de apreciação no contexto da discussão sobre a competência da justiça do trabalho para apreciar e julgar acidentes de trabalho, no Conflicto de Competência (CC) nº 7204-1, decidido em 29.06.2005.¹⁴⁵

Nessa oportunidade, o Supremo Tribunal Federal relevou a importância sobre a necessidade de conhecimento prévio de dados acerca da situação concreta do judiciário brasileiro para fins de definição da competência, ainda que, *prima facie*, em termos jurídicos, o resultado aponte para direção diversa.

Merecem destaque, nesse sentido, as considerações dos Ministros Cezar Peluso, Carlos Velloso, Eros Grau e Gilmar Mendes, que ressaltaram a importância do conhecimento da realidade a ser normatizada para se definir a competência, tendo-se, como enfatizou o Ministro Gilmar Mendes, a “*política judiciária como um instrumento decisivo para a formulação de um juízo sobre competência*”.¹⁴⁶

¹⁴³ Sobre essa questão, cite-se interessante análise de Regina L. Moraes Morel e Eliana G. da Fonte Pessanha sobre o perfil da Magistratura Trabalhista, na qual afirmam “...submetidos a uma severa disciplina por parte dos corregedores e órgãos superiores, os juizes de primeiro grau devem manter o nível de produtividade, não atrasar as sentenças nem ter sentenças reformadas pelos Tribunais Superiores.” (MOREL, Regina L. Moraes; PESSANHA, Eliana G. Magistrados do trabalho no Brasil: entre a tradição e a mudança. *Estudos Históricos*, n.º 37, jan-jun, 2006, p. 16).

¹⁴⁴ Cite-se aqui também Regina L. Moraes Morel e Eliana G. da Fonte Pessanha, no qual afirmam que, ao longo da história, a Justiça do Trabalho, sempre respondeu a aumentos de demandas com o correspondente crescimento estrutural, compreendido o período de 1945 a 2005 (Cf. MOREL, Regina L. Moraes; PESSANHA, Eliana G., *op.cit.*, p. 12).

¹⁴⁵ Maiores detalhes sobre a discussão, tais como fundamentos de uma e outra vertente, o papel da EC 45/2004 para a definição desta competência, entre outras questões, podem ser encontradas no Inteiro Teor do Acórdão, disponível no site <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

¹⁴⁶ CC n.º 7204-1.

Logo, somente mantendo-se na Justiça do Trabalho as ações envolvendo as contratações irregulares na administração pública – evitando-se, assim, a remessa de milhares de processos à Justiça Comum já tão assoberbada - é que, efetivamente, se estará garantindo a racionalidade do sistema judiciário em benefício daquele que este sistema serve: o cidadão e o seu direito fundamental a uma Justiça rápida, eficiente e plenamente acessível.

4. Considerações finais

Com a concatenação dos argumentos expostos nesse trabalho, há que se considerar que o alargamento do alcance da medida liminar da MC-ADI 3395, que vem se apresentando como tendência no STF, pelo que se pode inferir das decisões exaradas nas Reclamações, representa um retrocesso na forma como o Estado brasileiro entregará a prestação jurisdicional aos casos de desvios na contratação pela Administração Pública, pois troca o foco “cidadão-jurisdicionado” para uma questão de organização administrativa dos Estados.

O Estado existe para servir ao homem. E este sempre deve ser o seu foco principal, tendo como centro do seu universo justamente aquele para o qual existe: o homem.

Nesse diapasão, no que se refere à interpretação da questão da competência, esta deve estar voltada a satisfazer o homem, a partir da concretização de seus direitos, pois a competência nada mais é do que um instrumento de efetivação destes.

Assim, sob o aspecto estritamente jurídico, tudo aquilo que limite ou dificulte o exercício de um legítimo direito fundamental deve ser interpretado de forma bastante restritiva e com olhos postos nos direitos que se busca.

Logo, quando se trata de contratação irregular de trabalhadores pelo Poder Público, o que se deve ter em mente, para a definição de competência, é que a Justiça do Trabalho foi instituída não somente para entregar a tutela jurisdicional protetiva do direito do trabalho, mas também do direito ao trabalho, consubstanciado este, dentre outros aspectos, no direito a ter acesso ao trabalho em igualdade de condições com seus pares para que, com essa oportunidade, possa adquirir dignidade e de mais direitos de igualdade material.

Ferir esse direito é atocar a esfera do direito social ao trabalho que, tem na Justiça do Trabalho o ramo específico e próprio para proteção desse direito, como se afigere tanto da interpretação literal da MC-ADI 3.395, como de uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais e legais que tratam do tema.

Ademais, conforme se demonstrou nesse estudo, em termos de política judiciária, eventual deslocamento da competência trabalhista no caso em tela, além da desconformidade com a principiologia constitucional, representaria uma penalização ao trabalhador hipossuficiente, pois teria um decréscimo na rapidez e qualidade da prestação jurisdicional, considerando as elevadas taxas de congestionamento da Justiça Comum.

Assim, em um contexto em que o direito à “*razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*” foi elevado à categoria de direito fundamental do cidadão, uma interpretação tendente a levar para a justiça comum procedimentos que, lastreados por suficiente fundamentação constitucional, são julgados na esfera laboral de maneira mais ágil e célere, revela-se uma restrição, uma diminuição, no

conteúdo deste referido direito fundamental, que, tal como qualquer direito fundamental, deve ter realização sempre progressiva.¹⁴⁷

Além das questões relacionadas à hermenêutica e à política judiciária, consequências outras podem ser invocadas, especialmente para o trabalhador que demandará no judiciário seus direitos frente à Administração em caso de contratação irregular.

Há, como sabido, toda uma estrutura principiológica que determinou a criação e que informa a atuação da Justiça do Trabalho.¹⁴⁸ Em razão de suas raízes, esse ramo do judiciário instituiu mecanismos facilitadores do ingresso em juízo do trabalhador, tendo em vista a sua presumida hipossuficiência e vulnerabilidade em especial em face de quem prestou serviços.

Assim, institutos importantes como a *responsabilidade definitiva* pelo pagamento das custas processuais, não necessitando de adiantamento de custas (responsabilidade provisória, art. 19, *caput*, do CPC)¹⁴⁹, não estarão à disposição do trabalhador que seja obrigado a demandar na justiça comum. O mesmo ocorre também no que se refere às despesas remuneratórias devidas no curso do processo, como se dá com o pagamento de peritos, entre outros “auxiliares eventuais da justiça”.

Fundadas na condição presumivelmente mais fraca do trabalhador frente a quem prestou serviços¹⁵⁰, as regras do processo trabalhista, uma vez negadas ao trabalhador, como ocorreria em caso de deslocamento para a justiça comum, representaria não somente uma restrição à ampla defesa, como também ao próprio direito de ação do trabalhador, caso tenha que arcar, por exemplo, com despesas processuais.

Direito de ação, aliás, recebe também na justiça do trabalho um tratamento especial: o *ius postulandi*, permitindo que o trabalhador demande por si, oralmente inclusive, aquele a quem prestou serviços, de acordo com o art. 791 da CLT. Portanto, uma importante faculdade, a qual não poderia mais lançar-mão o trabalhador em uma hipotética mudança de competência da justiça do trabalho para a justiça comum.

Conseqüentemente, aquele que trabalhou em condições irregulares para o Estado seria duplamente penalizado, tendo em vista que (i) não seria amparado pela legislação administrativa, posto que, em decorrência de conduta irregular, ímproba, da Administração, ingressou ou exerce atividades em desacordo com o que manda a lei e (ii) teria de buscar seus direitos, socorrendo-se de uma justiça em que não o tratará como vulnerável, hipossuficiente.

¹⁴⁷ A idéia de realização progressiva dos direitos fundamentais não é nova entre os constitucionalistas. Citemos, a título de exemplo, ANDRADA, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, p. 443-446.

¹⁴⁸ Sobre isso, cita-se, a título exemplificativo, BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2007, p. 176.

¹⁴⁹ Cf. BEBBER, Júlio César. *Custas, emolumentos e justiça gratuita no processo do trabalho*. Revista Ltr, p. 1033-1045, set. 2002.

¹⁵⁰ O fundamento de tais especificidades do processo trabalhista, bem foi explicitado pelo E. Tribunal Superior do Trabalho, nos seguintes termos “A exigência de depósito prévio de honorários periciais na Justiça do Trabalho é ilegal, bem como afronta as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que o disposto nos artigos 19, § 2º, e 33 do CPC não é compatível com o Processo do trabalho, considerando-se a condição hipossuficiente do empregado e em face do princípio do ônus de sucumbência, bem como o fato de que as despesas decorrentes de atos procedimentais são pagas somente ao final, pelo vencido”. Recurso Revista n.º 597043/1999, DJU 28.06.2002.

Essa situação revela-se um contra-senso, pois talvez não haja trabalhador mais vulnerável do que aquele que, por culpa da administração, que o colocou para trabalhar em condições irregulares, não será amparado pelos direitos definidos em lei, seja no que se refere à legislação administrativa, seja no que se refere à plenitude dos direitos trabalhistas.

Exigir deste trabalhador que ainda tenha de demandar a Administração na justiça comum, desprovido dos direitos assegurados pelo direito processual do trabalho, e, acrescente-se, em uma justiça que tem demorado mais para entregar a tutela jurisdicional, é impor a este trabalhador um gravame deveras significativo. Algo que, além de inconstitucional – pois apesar de ser trabalhador como qualquer outro, não terá garantido o mesmo tratamento dos demais -, mostra-se totalmente irracional.

Não faltam, pois, argumentos sólidos para a definição da competência da Justiça do Trabalho para julgar os desvios na contratação de pessoal pela Administração Pública. Resta, assim, esperar que o STF adote posicionamento conforme o que manda a Constituição, a sociedade espera de um novo Poder Judiciário e o cidadão necessita.

5. Bibliografia

- ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora Alarcón. *Reforma do judiciário e efetividade da prestação jurisdicional*. In: TAVARES, André Ramos, et. al. (org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método: 2005.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BEBBER, Júlio César. *Custas, emolumentos e justiça gratuita no processo do trabalho*. *Revista LTr*, 66-09, p. 1033-1045, set. 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: a influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BULOS, Uaid Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A justiça em números: Indicadores estatísticos do Poder Judiciário (2006-2008)*, 2009. Disponível em: <www.cnj.jus.br.> Acesso em 14 jun. 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil, vol. I*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- FRANÇA, Limongi *Hermenêutica Jurídica*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- GRAU, Antonio Baylos. Proteção de direitos fundamentais na ordem social: o direito ao trabalho como direito constitucional. *Revista Trabalhista Direito e Processo*. Rio de Janeiro: Forense/Anamatra, v. X, abr./mai./jun., 2004.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MOREL, Regina L. Moraes; PESSANHA, Eliana G. Magistrados do trabalho no Brasil: entre a tradição e a mudança. *Estudos Históricos*, n.º 37, jan-jun, 2006.
- NOTÍCIAS STF. *Justiça em números - confira os dados da Justiça Estadual*, 13 mai. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaSTF.asp>>. Acesso em 07 nov. 2008.
- NOTÍCIAS STF. *Pesquisa revela que Justiça trabalhista é a menos congestionada*, 13 mai. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/listarNoticiaSTF.asp>>. Acesso em 07 nov. 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em 01 nov. 2008.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
-