

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR – DIAS TOFFOLI – DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4838 PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ref.: ADI 4838

SINAIT – SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DO TRABALHO (doc. 1), inscrito no CNPJ sob o n. 03.657.939/0001-11, com sede no SCN Qd. 01, Bloco C, n. 85, salas 401/407 – Edifício Brasília Trade Center, CEP 70.711-902, Brasília-DF, vem, respeitosamente, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade acima referenciada, à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seus advogados ao final subscritos (instrumento de mandato anexo - doc. 2), nos termos do § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/09 e do §3º do art. 232 do RISTF, requerer sua admissão no feito, na qualidade de

AMICUS CURIAE

consoante os fundamentos de fato e de direito a seguir aduzidos, requerendo seu processamento na forma da Lei e do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

I - DO CABIMENTO

De acordo com o que estabelece o art. 7º, §2º da Lei n. 9.868/99 ao Relator da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é dado admitir a intervenção de órgãos e entidades no processo desde que observadas certas condições, *in verbis*:

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Com efeito, o *amicus curiae* surge como forma de promover oxigenação dos debates acerca da constitucionalidade de determinada norma, permitindo a manifestação de membros da sociedade acerca do tema enfrentado. Conforme destacou o Ministro Celso de Mello, tal figura no controle de constitucionalidade possibilita diversificação na discussão constitucional, “permitindo, em conseqüência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do ‘amicus curiae’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa”.

Do mesmo modo já se posicionou o C. Supremo Tribunal Federal acerca do caráter do *amicus curiae*, senão veja-se:

(...) PROCESSO OBJETIVO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO "AMICUS CURIAE": UM FATOR DE PLURALIZAÇÃO E DE LEGITIMAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL. - O ordenamento positivo brasileiro processualizou, na regra inscrita no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, a figura do "amicus curiae", permitindo, em conseqüência, que terceiros, desde que investidos de representatividade adequada, sejam admitidos na relação processual, para efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. A intervenção do "amicus curiae", para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. - A idéia nuclear que anima os propósitos teleológicos que motivaram a formulação da norma legal em causa, viabilizadora da intervenção do "amicus curiae" no processo de fiscalização normativa abstrata, tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo, desse modo, que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução

da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Suprema Corte, quando no desempenho de seu extraordinário poder de efetuar, em abstrato, o controle concentrado de constitucionalidade. (...) (ADI 2321 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2000, DJ 10-06-2005 PP-00004 EMENT VOL-02195-1 PP-00046 RTJ VOL-00195-03 PP-00812)

Conforme se observa, a intervenção de entidades na ação direta de inconstitucionalidade decorre de uma lógica muito mais social do que jurídica, em que pese ter a finalidade precípua de auxiliar em processo de tomada de decisão. Entretanto, para que determinada pessoa jurídica tenha o condão de intervir neste processo é necessário que demonstre a relevância da matéria discutida nos autos da ADI, bem como sua representatividade.

Nesse diapasão, vale destacar a questão jurídica apresentada pela ação proposta, bem como apresentar e identificar o SINAIT – Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho, ora Requerente, dentro da celeuma e do cenário de inconstitucionalidade que se apresenta por meio da Ação em apreço, destacando, concomitantemente, sua representatividade.

A) Da relevância da matéria discutida

De forma sintética, a ação em tela questiona a inconstitucionalidade do Decreto n. 7.777/2012, por afrontar: (i) art. 37, inciso VII, CF, ao usurpar competência reservada à lei específica; (ii) art. 37, inciso IX, CF, violação aos limites da contratação por tempo determinado; (iii) art. 37, *caput* e inciso II, CF, por violar a previsão constitucional que fixa concurso como forma de provimento de cargos públicos; (iv) art. 241, CF, violação a previsão constitucional de que a lei é o meio adequado para firmar convênios; e (v) violação ao constitucional direito de greve.

Nessa perspectiva, a matéria aventada no bojo da demanda em foco é de importância ímpar, eis que interfere diretamente sobre o direito de greve de servidores públicos, incluindo os Auditores Fiscais do Trabalho, já que visa regulamentar situação afeta a “medidas para a continuidade de atividades e serviços públicos dos órgãos e entidades da administração pública federal durante greves, paralisações ou operações de retardamento de procedimentos administrativos promovidas pelos servidores públicos federais”.

É sabido e ressabido que atualmente encontra-se em sua efervescência movimentos (e paralisações) de servidores públicos federais com vistas a melhores condições de trabalho, sendo que em resposta a estas reivindicações a chefe do Poder Executivo, usurpando competência legislativa, editou o Decreto n. 7.777/2012.

Entretanto, tal ato normativo está claramente eivado de vícios, tendo surgido de uma arbitrariedade do Executivo que sem saber como lidar com a situação, optou por tomar uma postura ofensiva e contemporânea aos tempos da ditadura, em que a possibilidade de negociação era praticamente inexistente.

Registre-se que a questão possui repercussão nacional, dada a imensidade de servidores públicos federais que se sujeitam aos ditames do mencionado dispositivo. Acresça-se a este argumento o fato de que a Constituição Federal foi claramente ignorada em diferentes aspectos e definições, pois greve do setor público não pode ser regulada por Decreto, a forma correta de provimento de cargos é o concurso público, as hipóteses de contratação temporária são específicas e sujeitam-se ao princípio da legalidade e, ainda, não é possível malferir o direito de greve, garantia fundamental de segunda geração há tempos insculpida em nossa história constitucional.

Nesse contexto, nota-se que a questão apresentada é de alta relevância jurídica e social, pois se discute a pseudoregulação realizada pelo Decreto em espeque, cujo objetivo primordial é enfraquecer a mobilização de servidores públicos federais que buscam melhores condições de trabalho, maculando, com isso, previsão constitucional.

Logo, em decorrência da análise realizada, resta inequívoca a relevância da matéria, porquanto se discute situação que não pode fugir da apreciação desta Suprema Corte, dada a flagrante burla à Constituição Federal.

B) Da representatividade do SINAIT

Traçado o tema em debate na presente ação, vale apresentar o Sindicato Postulante no intuito de aproximá-lo e identificá-lo com o cerne da discussão travada na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, preenchendo, assim, os requisitos legais para a modalidade de intervenção que ora se pleiteia.

Com efeito, o SINAIT, nos termos do art. 1º de seu Estatuto Social (anexo), “é a organização sindical representativa da categoria dos Auditores-Fiscais do Trabalho”, detendo, assim, legitimidade para agir em nome e benefício dos membros da categoria, carreira de Estado prevista na Lei n. 10.593/2002 c/c art. 21, inciso XXIV da Constituição Federal.

Nesse norte, por força do art. 11 da Lei n. 10.593/02, aos mencionados Auditores Fiscais incumbe, *in verbis*:

Art. 11. Os ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho têm por atribuições assegurar, em todo o território nacional:

I - o cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego;

II - a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, visando a redução dos índices de informalidade;

III - a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação;

IV - o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores;

V - o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário;

VI - a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial.

Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições privativas previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização.

Assim sendo, verifica-se que os Auditores Fiscais do Trabalho, carreira típica de Estado, desempenham funções que andam lado a lado com a dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, eis que juntos prestam serviço público essencial e que, portanto, merece e deve ser tratado com respeito.

Nessa seara, considerando que a Associação que ajuizou a presente ação representa os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, cargo que juntamente com os Auditores Fiscais do Trabalho compõe a Auditoria Fiscal da União, obviamente que cada uma dentro de sua área de atuação, é nítido o interesse da categoria ora representada.

Ademais, os ora substituídos também são servidores federais e, portanto, são

direta ou indiretamente atingidos pelas determinações contidas no malfadado Decreto, o que revela a possibilidade de atuarem no caso em espeque a fim de auxiliar no deslinde da questão.

Outrossim, o Sindicato em tela substitui nacionalmente a categoria dos Auditores Ficais do Trabalho, o que lhe garante o requisito de representatividade necessário ao ingresso na demanda como *amicus curiae*.

Com efeito, irretorquível a possibilidade de se admitir o SINAIT como *amicus curiae* na presente ação, já que a Lei n. 9.868/99 ao conter este dispositivo, estava, segundo Cássio Scarpinella Bueno:

Em busca da colheita do maior numero de informações possíveis e desejáveis para bem decidir acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato impugnado, o §3º do art. 482 admite que o relator do incidente determine a prévia oitiva de outros órgãos ou entidades, mesmo que não detenham legitimidade para o controle abstrato de constitucionalidade¹.

Portanto, requer-se, em consonância com o permissivo constante no §2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 c/c art. 323, §2º do RISTF, o ingresso nos autos como *amicus curiae*, já que o julgamento da presente ADI trará desdobramentos, ainda que por via oblíqua, à categoria dos Auditores Fiscais do Trabalho, também submetidos aos ditames do Decreto n. 7.777/2012, já que são servidores públicos federais.

II – DO DIREITO

A) Da usurpação de competência e consequente inobservância ao art. 37, inciso VII e art. 2º da CF

Como visto, o Decreto ora rechaçado, travestido aparentemente de disposições que visam regular a continuidade das atividades e serviços públicos de órgãos e entidades da administração pública federal, traz disposições que, na verdade, regulam e limitam o direito de greve, o que, nos termos do art. 37, inciso VII da CF, deveria ser feito por meio de lei específica. Vide o texto constitucional: “VII - o direito de greve será exercido

¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no Processo civil brasileiro – Um terceiro Enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 134 (grifou-se).

nos termos e nos limites definidos em lei específica;”.

Entretanto, da conhecida pirâmide positivista de Hans Kelsen extrai-se que Lei não se confunde com Decreto, sendo este hierarquicamente inferior àquela e podendo ser utilizado nos estreitos limites conferidos pelo art. 84 da Carta Magna.

E que não se argumente que o Decreto, essencialmente autônomo, encontra-se dentro dos limites fixados pelo inciso VI, alínea “a” do artigo 84 da Lei maior, já que não se está a organizar o funcionamento da Administração Pública federal, mas sim a regular situações atinentes à greve.

Observe que a CF deve ser analisada de forma sistemática, em todos os seus termos e conceitos, o que significa dizer que em situação alguma um Decreto poderia servir de balizador para regular greve, já que tal foi relegado à lei específica. Entender de forma contrária é desconsiderar o comando normativo, que é de uma clareza indubitável.

Ademais, a Constituição Federal fala em lei específica, o que denota que não se está diante de uma simples norma, mas uma lei com exigências e formalidades que atendam ao dispositivo constitucional, o que evidencia que, em nenhuma hipótese, poderia ser substituída por um Decreto.

Por outro prisma, o Supremo Tribunal Federal já sedimentou o entendimento de que enquanto persistir a omissão legislativa deve ser aplicada ao setor público a lei de greve do setor privado, qual seja, Lei n. 7.783/89, com algumas adaptações, dada as circunstâncias particulares da Administração Pública². Logo, não poderia a Excelentíssima

² EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PRÉVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do

Presidente da República, no âmbito de seu cargo de chefe do Poder Executivo Federal, editar uma norma que claramente usurpa competência de lei específica.

Nessa linha de inteligência, verifica-se que o Decreto em espeque é claramente inconstitucional, uma vez que versa sobre matéria que não lhe compete, pois a greve somente poderia ser regulada por meio de lei, usurpando competência do Poder Legislativo e violando a separação e independência entre Poderes.

É cediço que a República Federativa do Brasil, nos termos do art. 2º³ da Lei Maior adota a separação de Poderes, sendo estes independentes e harmônicos. Contudo, o Executivo claramente viola esta previsão ao legislar sobre matéria que somente poderia ser apreciada e aprovada pelo Legislativo.

Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa -- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384)

³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Assim, quando o texto constitucional fala em lei específica apta a regular a greve de servidores públicos federais, deixa claro que compete ao Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, apreciar a questão e aprovar uma lei que verse sobre a matéria.

Desse modo, não pode o Poder Executivo usurpar a competência do Legislativo, editando um Decreto que lhe beneficie e desobrigue de negociar com os servidores em greve. No vertente caso, no máximo, o Executivo poderia encaminhar Projeto de Lei ao Congresso com vistas a definitivamente sanar uma omissão e regular a questão.

Sobre a separação de Poderes e a impossibilidade de invasão de competência, especialmente para editar normas regulamentadoras já se manifestou diversas vezes o Pretório Excelso, sendo seu entendimento uníssono e representado pelas ementas que seguem abaixo:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 3º, 4º, 5º e 6º DA LEI 11.222/1999 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. SEPARAÇÃO DE PODERES. VIOLAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. Os dispositivos impugnados são inconstitucionais, seja porque violaram a reserva de iniciativa do governador do estado em matérias afeitas à estrutura do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e, da Constituição federal), seja porque dispõem sobre matéria que caberia ao governador do estado regular por decreto (art. 84, VI, da Constituição). Precedentes. Violação, em última análise, do princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição). Pedido julgado procedente. (ADI 2707, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 15/02/2006, DJ 12-05-2006 PP-00004 EMENT VOL-02232-01 PP-00155 RTJ VOL-00200-02 PP-00704 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 44-49)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 11.830, DE 16 DE SETEMBRO DE 2002, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ADEQUAÇÃO DAS ATIVIDADES DO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL E DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO PÚBLICOS E PRIVADOS AOS DIAS DE GUARDA DAS DIFERENTES RELIGIÕES PROFESSADAS NO ESTADO. CONTRARIEDADE AOS ARTS. 22, XXIV; 61, § 1.º, II, C; 84, VI, A; E 207 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. No que toca à Administração Pública estadual, o diploma impugnado padece de vício formal, uma vez que proposto por membro da Assembléia Legislativa gaúcha, não observando a iniciativa privativa do Chefe do Executivo, corolário do princípio da separação de poderes. Já, ao estabelecer diretrizes para as entidades de ensino de primeiro e segundo graus, a lei atacada revela-se contrária ao poder de disposição do Governador

do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas; bem como, no caso das particulares, invade competência legislativa privativa da União. Por fim, em relação às universidades, a Lei estadual n.º 11.830/2002 viola a autonomia constitucionalmente garantida a tais organismos educacionais. Ação julgada procedente.

(ADI 2806, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2003, DJ 27-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02116-02 PP-00359 RTJ VOL-00191-02 PP-00479)

Nota-se dos julgados acima que os Poderes devem conviver pacificamente, não podendo um atuar ou agir na seara do outro, sob pena de violação ao texto constitucional, já que tal separação é justamente o que dá a tônica de um Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, o Decreto em foco é flagrantemente inconstitucional, visto que não observa a determinação de que a greve somente poderá ser regulada por lei específica, usurpando, dessa forma, a competência do Poder Legislativo, o que deve ser rechaçado por esta Suprema Corte.

B) Da violação ao art. 37, incisos II e IX e art. 241 da CF

Sob um outro enfoque, o Decreto também padece de vícios por desconsiderar que o concurso público é a forma adequada para provimento de cargos públicos⁴, excetuado o cargo em comissão, que obedece a uma lógica diferenciada e excepcional à regra do concurso.

Com efeito, vale transcrever a disposição do Decreto que demonstra o ora argumentado para melhor compreensão:

I - promover, mediante convênio, o **compartilhamento da execução da atividade ou serviço com Estados, Distrito Federal ou Municípios**; e

(...)

§ 1º As atividades de liberação de veículos e cargas no comércio exterior serão executadas em prazo máximo a ser definido pelo respectivo Ministro de Estado supervisor dos órgãos ou **entidades intervenientes**. (grifou-se).

⁴ Art. 37, inciso II: "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;"

Depreende-se do dispositivo acima transcrito que através de convênios seria possível haver o compartilhamento da execução de atividades federais entre entidades estaduais e municipais. Todavia, questiona-se: quem seriam os servidores responsáveis pelo compartilhamento destas atividades? Somente os concursados ou comissionados? Eles teriam expertise para realizar o mesmo serviço? Como seria a forma de avaliação destes servidores?

Registre-se que a Carta Magna elegeu o concurso de provas ou provas e títulos justamente para selecionar os mais capacitados dentre os concorrentes para lhe prestar serviço, primando, com isto, pela qualidade e eficiência, este último princípio administrativo encartado no *caput* do art. 37 da CF.

Permitir que servidores de outros entes da federação, sem expertise na área, *in casu*, Auditoria Fiscal da Receita Federal do Brasil, é defenestrar o que prescreve a Constituição Federal, mormente porque os concursos são estruturados e voltados para cada área em específico, não sendo válido exigir-se de um Auditor Fiscal Estadual que exerça seu trabalho com a mesma maestria de um Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Com extrema ênfase, o próprio serviço público sairá perdendo com determinações como esta, pois ficará sujeito a servidores “emprestados” por meio de convênio, com o devido respeito a estes, que desconhecem a sistemática da organização que serão integrados e que tampouco realizaram um concurso para provimento de cargos.

Sobre a impossibilidade de desconsiderar o concurso público como forma de provimento de cargos, é claro o entendimento do STF, *in verbis*:

A inconstitucionalidade da norma ora atacada é flagrante. O Supremo Tribunal Federal firmou sólida jurisprudência no sentido de que o art. 37, II, da CF rejeita qualquer burla à exigência de concurso público. Há diversos precedentes em que a tônica é a absoluta impossibilidade de se afastar esse critério de seleção dos quadros do serviço público (cf. ADI 2.689, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, 9-10-2003; ADI 1.350-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, 27-9-1995; ADI 980-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, 3-2-1994); ADI 951, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, 18-11-2004), até mesmo restringindo possíveis ampliações indevidas de exceções contidas na própria Constituição, a exemplo do disposto no art. 19 do ADCT (cf. ADI 1.808-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, 1º-2-1999) (...) (ADI 3.434-MC, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 23-8-2006, Plenário, DJ de 28-9-2007.) No mesmo sentido: AI

794.852-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 15-2-2011, Primeira Turma, DJE de 17-3-2011. Vide: ADI 336, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 10-2-2010, Plenário, DJE de 17-9-2010.

O próprio pacto federativo (art. 18 c/c art. 60, §4, inciso I da CF) resta comprometido com a estrutura imaginada pelo Decreto, pois como poderia a União se aliar a Estados e Municípios para praticar atos de sua exclusiva competência? Tal fato cria uma aberração jurídica difícil de ser entendida e solucionada.

Especificamente em relação aos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, vale destacar que são as autoridades tributárias responsáveis pelo lançamento e fiscalização do crédito tributário da União, sendo competência privativa destes tal mister, consoante previsão legal e constitucional⁵, jamais podendo um Decreto afastar esta determinação.

Assim, não se pode admitir que servidores estranhos ao corpo de servidores da União e à carreira de Auditoria Fiscal da Receita Federal do Brasil exerçam funções destinadas a tal cargo, mormente porque não realizaram concurso público para tanto.

Não obstante, a norma cria forma derivada de provimento de cargos, eis que um servidor ingressa na carreira pública municipal ou estadual e poderá, através de convênio, desempenhar as mesmas funções de um servidor federal, com atribuições e remuneração distinta, em clara burla à regra que estabelece o concurso público como forma de preenchimento de cargos públicos.

O concurso público é forma obrigatória para ingresso no serviço público, sendo assim definido por Lucas Rocha Furtado:

Ao adotar o concurso público como critério básico para o ingresso no serviço público, a Constituição Federal busca observar, em termos materiais, o sistema de mérito, em que será escolhido para ocupar o cargo público aquele que obtiver a melhor qualificação em seleção objetiva aberta a todos os que preencham os requisitos legais.⁶

Do conceito acima colacionado nota-se que a Carta Magna ao prever o concurso público teve a preocupação de garantir a lisura de um procedimento que

⁵ Art, 37, CF: "XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei";

⁶ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2007, p. 900.

assegurasse a contratação de profissionais altamente capacitados, com base em critério isonômico e legítimo, permitindo a todos interessados amplo acesso a cargos públicos, desde que para tanto se submetam a uma prova.

Com base na argumentação acima expedida, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido o provimento de cargos públicos a não ser pela via estreita do concurso público, mesmo que para o cargo originário do servidor. Portanto, a Administração deve submeter-se ao requisito do certame, situação que é confirmada pela Súmula nº 685, STF.

In verbis:

INCONSTITUCIONAL TODA MODALIDADE DE PROVIMENTO QUE PROPICIE AO SERVIDOR INVESTIR-SE, SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DESTINADO AO SEU PROVIMENTO, EM CARGO QUE NÃO INTEGRA A CARREIRA NA QUAL ANTERIORMENTE INVESTIDO.

Entendimento que é reiterado por esta Corte na seguinte decisão:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 13 DA LEI N. 8.032/03 DO ESTADO DO MARANHÃO. CARGO PÚBLICO. INVESTIDURA POR TRANSPOSIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. O texto constitucional em vigor estabelece que 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. É inconstitucional a chamada investidura por transposição. 2. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. (ADI 3332, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2005, DJ 14-10-2005 PP-00007 EMENT VOL-02209-01 PP-00184 RTJ VOL-00196-01 PP-00155 LEXSTF v. 27, n. 323, 2005, p. 70-75)

Noutro giro, o Decreto também não atende à previsão constitucional (art. 37, inciso IX) de que o caberá à lei descrever em que casos haverá a contratação temporária no serviço público, inovando e utilizando o convênio como forma de contratação.

Destaca-se que a mencionada lei já foi editada, qual seja, Lei n. 8.745/93, sendo que dentre o exaustivo rol do art. 2º não se encontra a possibilidade de contratação por meio de convênio, sendo esta hipótese nova, criada por um decreto de hierarquia

inferior à lei.

Sendo assim, a contratação temporária, justamente por ser uma situação que foge à normalidade, conta com previsão estrita, que não pode ser elastecida por meio de um Decreto, eis que este se encontra vinculado a um sistema hierárquico-normativo, consoante concepção de Hans Kelsen.

Como último argumento, a previsão do Decreto que versa sobre firmar convênio com outras entidades da federação a fim de compartilhar a execução de trabalhos, também desconsidera o que assinala o art. 241 da Lei Maior, *in verbis*: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão **por meio de lei** os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos” (grifou-se).

Nessa toada, o Decreto aventa a possibilidade de se firmar convênio com outros entes da federação para execução e compartilhamento de atividade, entretanto, a norma constitucional é clara: convênio somente poderá ser disciplinado por meio de lei.

Dessa forma, mais uma vez nota-se a usurpação de competência do Decreto, já que a Carta Magna deixa a cargo de lei definir diretrizes acerca de consórcios, portanto, ato analisado e votado pelo Legislativo, não tendo o Executivo o condão de analisar a questão por meio de Decreto.

Destarte, novamente nota-se desrespeito ao texto da Constituição Federal, o que reforça o pedido para declarar a inconstitucionalidade pleiteada.

C) Da violação ao Direito de Greve

Por último, mas não menos importante, o Decreto em análise macula o direito de greve assegurado aos servidores públicos pelo inciso II do art. 37 c/c art. 9º da Constituição Federal.

A greve é uma forma legítima de reivindicação no intuito de provocar o empregador, *in casu*, União, para que tome uma posição quando amigavelmente não é

possível solucionar um impasse entre este e o empregado, tendo surgido como direito social de segunda geração que garantiu uma forma efetiva, mas pacífica, de manifestação dos empregados.

Nesse sentido, não poderia a chefe do Executivo valer-se de um Decreto, com objetivo estrito e definido na Constituição Federal, para tentar solucionar um impasse com os servidores federais, especialmente os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, de forma arbitrária e contrária à Lei Maior.

Observe-se que a greve é uma garantia de índole constitucional que não poderia ser restringida em decorrência de uma norma hierarquicamente inferior, especialmente da forma como ocorreu, isto é, em descompasso com o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e com a própria CF.

O meio adequado para se conter um movimento de paralisação, caso tal fosse considerado abusivo, seria uma ação judicial que garantisse um mínimo de efetivo prestando serviço e atendendo a população, mas em hipótese alguma editar-se um decreto como forma de solucionar esta situação.

Por outro lado, o STF já definiu que a Lei n. 7.783/89 deve servir como balizador para regular a greve no serviço público enquanto não for editada uma norma específica para a situação, o que reforça ainda mais a tese apresentada na ação em comento, transparecendo-se a inconstitucionalidade do Decreto n. 7.777/2012.

Entrementes, as limitações e definições apresentadas ao longo do Decreto possuem clara índole intimidatória com vistas a calar qualquer movimento de paralisação e, via de consequência, limitar o direito de greve, que não pode sofrer qualquer tipo de restrição ilegítima.

Frise-se que não se está aqui a defender a ausência de restrição, pois é certo que algumas situações desembocam no exagero e exorbitância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mas sim defende-se uma atuação pautada estritamente dentro da legalidade, princípio, aliás, que a Administração Pública encontra-se submetida.

Logo, em vista do acima delineado é patente o acerto dos argumentos

lançados na exordial da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que merece ser julgada procedente *in totum*.

III – CONCLUSÃO E PEDIDOS

Isso posto, demonstrado o nexó entre a matéria debatida nos autos em apreço e a entidade ora postulante, resta, portanto, evidenciado o atendimento ao disposto no § 2º do art. 7º da Lei n. 9.868/99 e do §3º do art. 232 do RISTF, razão pela qual roga-se a Vossa Excelência, Ministro Relator, que se digne a admitir o SINAIT – Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho, como *amicus curiae* na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade e, na remota e eventual hipótese de não admissão, que receba a presente peça como memoriais.

No meritum causae, requer: a declaração de inconstitucionalidade do Decreto n. 7.777/2012 nos exatos termos do pedido realizado pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal Brasil (ANFIP).

Por fim, requer-se que as futuras publicações e intimações atinentes ao caso em testilha sejam realizadas, **exclusivamente**, em nome do advogado **Rodrigo Badaró de Castro – OAB/DF 2.221-A**, com escritório profissional sito ao SCS Quadra 01, Bloco H, Ed. Morro Vermelho, 14º andar – Brasília/DF.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília-DF, 5 de setembro de 2012.

Paolla Ouriques
OAB/DF 34.217

Ana Cláudia Lobo Barreira
OAB/DF 25.846

Rodrigo Badaró de Castro
OAB/DF 2.221-A