

ISSN 0103-7978

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. -Vol. 21.n.1 (set./dez. 1946) - Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947.

Trimestral

Irregular de 1946-1968.

Suspensa de 1996-1998.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.). 1977-1993 - coord. do Serviço de Jurisprudência e Revista. A partir de 1994, sob coord. da Comissão de Documentação.

Editor: 1946-1947, Imprensa Nacional. 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho. 1975-1995, LTr. 1999-, Síntese.

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho - Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista - Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

## Organização e Supervisão: Ana Celi Maia de Miranda

Equipe: José Geraldo Pereira Baião - Revisor

João Cláudio Fernandes Sena

Soraya Christina Tostes R. Vivacqua

Luiz Carlos Lirio Chaves

Capa: Andrea Paiva Nunes

Editoração Eletrônica: Editora Síntese Ltda

*Os artigos publicados com assinatura não traduzem a opinião do Tribunal Superior do Trabalho. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para a sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo.*

Tribunal Superior do Trabalho

Editora Síntese Ltda.

Subsecretaria de Documentação

Av. Pernambuco, 2810

Praça dos Tribunais Superiores, Bl. D,

90240-002 Porto Alegre RS

Anexo II - Térreo

Fone: (51) 346.1300

70097-900 Brasília DF

Fax: (51) 222.9142

Fone: (61) 314.4235

E-mail: [bbtoteca@tst.gov.br](mailto:bbtoteca@tst.gov.br)

E-mail: [sintese@sintese.com](mailto:sintese@sintese.com)

Internet: [www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br)

Internet: [www.sintese.com](http://www.sintese.com)

## Composição do Tribunal Superior do Trabalho

*OK  
Miranda*

## DOUTRINA

Como último aspecto, é de se lembrar que a referência é apenas ao artigo 94, que disciplina o quinto constitucional, e não a seu parágrafo único, este sim cuidando da forma de indicação.

Há de se interpretar a Constituição como ela foi elaborada, fazendo com que prevaleça a intenção do constituinte de manter a relação de proporcionalidade do *caput* do artigo 115 vinculada exclusivamente à proporcionalidade do artigo 94, único mencionado no § 2º do artigo 111<sup>10</sup>.

Desta forma, entendo que, a partir da E.C. 24/1999, deve ser adotada para preenchimento das vagas dos Tribunais Regionais do Trabalho a proporcionalidade prevista no artigo 94, destinando-se 1/5 das vagas aos egressos do Ministério Público e da Advocacia.

S.M.J.

São Paulo, 19 de julho de 2000.

## ADEQUAÇÃO DO NÚMERO DE JUÍZES DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO EM VIRTUDE DE EXTINÇÃO DA REPRESENTAÇÃO CLASSISTA POR EMENDA CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO DO TST QUE DESTINA A VAGA PERTENCENTE A MEMBROS DA ADVOCACIA A JUIZ TOGADO. IMPOSSIBILIDADE

Clémerson Merlin Clève\*

*Sumário:* A Consulta; O Parecer; I – A composição do Tribunal Regional do Trabalho no regime constitucional anterior; II – A composição do Tribunal Regional do Trabalho na Emenda Constitucional nº 24/99; 1. A interpretação da Emenda Constitucional nº 24/99 pelo TST, adotada pelo TRT/PR; 2. A interpretação da Emenda Constitucional nº 24/99 pelo ilustre advogado Edésio Franco Passos; 3. Breves comentários sobre as interpretações anteriores. Fixação das balizas constitucionais para a compreensão do caso; 4. Limites do poder constituinte derivado; a) Poder Constituinte Derivado e Cláusulas Pétreas; b) A alteração do número de membros dos tribunais inferiores e o princípio da separação dos poderes; c) A busca de um núcleo essencial do princípio da separação dos poderes; 5. A reserva de lei e o espaço de conformação do legislador; 6. A obra do poder constituinte derivado e a proibição do retrocesso; 7. A problemática da interpretação constitucional; 8. Conclusões; III – Resposta ao questionário.

### A CONSULTA

O doutor Edgard Cavalcanti da Albuquerque, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, consulta-me a respeito da manifestação do Tribunal Superior do Trabalho sobre a forma de provimento do cargo de juiz togado daquele Tribunal Regional em virtude de aposentadoria de juiz oriundo da classe dos advogados. Interpretando a Emenda Constitucional nº 24/99, o egrégio TST entendeu que a extinção da representação classista junto aos Tribunais Regionais do Trabalho importou a supressão dos cargos daquela categoria destinados pela Lei nº 8.492/92 com a consequente diminuição dos membros do Tribunal. Diante do quadro, aceitou-se que os cargos privativos de membros da OAB e do Ministério Público deveriam ser preenchidos por juízes de carreira até a adequação ao quinto constitucional. Inconformado com a decisão daquele colendo Tribunal, consulta-me sobre a matéria. Há, portanto, um único quesito demandante de resposta.

\* Titular da Faculdade de Direito da UFPR

Serão indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação da respectiva classe.

Quando a vaga pertencer aos membros do Ministério Público, seis serão indicados, para um deles ser nomeado. Quando a vaga pertencer aos advogados, seis serão os indicados e, um nomeado. A lista sêxtupla para o preenchimento do quinto reservado ao Ministério Público e aos advogados não poderá ser heterogênea, isto é, três advogados e três membros do Ministério Público ou, vice-versa. Há que ser homogênea, três advogados ou três membros do Ministério Público. Para ambos, se exige 10 anos de prática forense. Deverão os advogados estar advogando; não basta que tenham condições para advogar, assim como os membros do Ministério Público deverão estar em exercício. Os aposentados não poderão.

O quinto a que se refere o texto será para qualquer Tribunal. Há que se entender, não só o de Justiça, que é o órgão máximo, como qualquer outro de segunda instância ou instância superior à primeira' (Comentários à Constituição de 1988, vol. 2, Julex Livros, 1ª ed. 1989, p. 706).

10. Carlos Maximiliano lembra que: "Não se resolve contra a letra expressa da Constituição, baseado no elemento histórico ou no chamado Direito natural. Cumpre-se o que ressalta dos termos da norma suprema, salvo o caso de forte presunção em contrário" (Hermenêutica e aplicação do direito, Forense, 9ª. ed. 1979, pp. 309/310).

## O PARECER

## I - A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO NO REGIME CONSTITUCIONAL ANTERIOR

Antes da Emenda Constitucional nº 24, o art. 115 da Constituição Federal dispunha que:

"Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos por juizes nomeados pelo Presidente da República, sendo dois terços de juizes togados vitalícios e um terço de juizes classistas temporários, observada, entre os juizes togados, a proporcionalidade estabelecida no art. 111, § 1º, I.

Parágrafo único. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho serão:

I - juizes do trabalho, escolhidos por promoção, alternadamente, por antiguidade e merecimento;

II - advogados do Ministério Público do Trabalho, obedecido o disposto no art. 94;

III - classistas indicados em listas triplices pelas diretorias das federações e dos sindicatos com base territorial na região."

Por sua vez, o art. 111, § 1º, I, referido no caput do art. 115 para o cálculo da proporcionalidade entre os juizes togados estabelecia:

"§ 1º O Tribunal Superior do Trabalho compor-se-á de vinte e sete Ministros escolhidos dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal, sendo:

I - dezessete togados e vitalícios, dos quais onze escolhidos dentre juizes de carreira da magistratura trabalhista, três dentre advogados e três dentre membros do Ministério Público do Trabalho."

A Lei nº 8.492, de 20.11.92 que alterou a composição do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, aplicando as normas constitucionais, dispôs:

"Art. 1º - O Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, com sede em Curitiba - PR, tem sua composição aumentada para vinte e oito juizes, sendo 18 togados vitalícios e dez classistas temporários, respeitada a paridade de representação.

Parágrafo único. Dos cargos de juizes togados vitalícios constantes deste artigo doze são destinados à magistratura trabalhista de carreira, três à representação da Ordem dos Advogados do Brasil e três à representação do Ministério Público do Trabalho."

Com efeito, a composição dos Tribunais Regionais do Trabalho obedecia ao seguinte: (I) dois terços de juizes togados e um terço de juizes classistas, segundo a caput do art. 115. *Dentre os juizes togados*, seguia-se (II) a proporcionalidade prevista na regra constitucional de composição do Tribunal Superior do Trabalho onde de dezessete

togados e vitalícios, onze eram escolhidos dentre juizes de carreira da magistratura trabalhista, três dentre advogados e três dentre membros do Ministério Público do Trabalho, segundo o caput do art. 115 que remetia ao art. 111, § 1º, I. Isto é, numa conta aproximada, *entre juizes togados*, dois terços seriam compostos por juizes de carreira e um terço por juizes oriundos da OAB e do MPT. Por sua vez, *dentre todos os juizes do Tribunal*, (III) os advogados e membros do MPT representavam um quinto, segundo o disposto no art. 94, referido expressamente pelo inciso II do art. 115.

Foi assim que, ao estabelecer o número de 28 (vinte e oito) juizes componentes do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, a Lei 8.492/92 seguiu a *proporcionalidade prevista na Constituição de 1988* na destinação das vagas e dos cargos de juizes togados e classistas. Conforme a regra (I) - 2/3 de togados e 1/3 de classistas - destinou 18 vagas para os togados e 10 vagas para os classistas (um terço de 28 seria exatamente 9,3). Conforme a regra (II) - *entre os juizes togados, 2/3 de juizes de carreira e 1/3 de advogados e membros do Ministério Público do Trabalho segundo a proporção constitucional fixada para o Tribunal Superior do Trabalho* - destinou-se 12 vagas para os juizes de carreira, três para os advogados e três para os membros do Ministério Público do Trabalho (um terço de 18 é exatamente 6). Conforme a regra (III) - *entre todos os juizes do Tribunal, 1/5 de advogados e membros do Ministério Público do Trabalho* - destinou-se 6 vagas para advogados e membros do Ministério Público do Trabalho (um quinto de 28 corresponde exatamente a 5,6).

Com efeito, como se pode imediatamente perceber, o preceito (III) inscrito no inc. II do art. 115 *confirmava* a regra (II) definida no caput do art. 115 que remetia ao art. 111, § 1º, I. Em outras palavras, os advogados e membros do Ministério Público do Trabalho representavam (III) 1/5 dos juizes de todo o tribunal e, ao mesmo tempo, (II) aproximadamente, 1/3 dos juizes togados. A composição do Tribunal Superior do Trabalho, vale lembrar, era utilizada como parâmetro para o cálculo da *proporcionalidade entre os juizes togados*, justamente porque essa categoria não compunha todo o tribunal e não para o cálculo do *número de juizes do Tribunal*. Assim, o fato da Lei 8.492/92 destinar 10 vagas para os juizes classistas decorria somente do cálculo da proporção constitucional em relação ao número total de membros estabelecido pela mesma Lei. *Era mera coincidência a circunstância do número de classistas do TRT do Paraná coincidir com o número de classistas do TST, definido expressamente na Constituição*.

## II - A COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 24/99

A Emenda Constitucional nº 24/99 deu nova redação ao art. 115, da Constituição Federal:

"Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho serão compostos de juizes nomeados pelo Presidente da República, observada a proporcionalidade estabelecida no § 2º do art. 111.

Parágrafo único. Os magistrados dos Tribunais Regionais do Trabalho serão:

I – juizes do trabalho, escolhidos por promoção, alternadamente, por antiguidade e merecimento;

II – advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, obedecendo o disposto no art. 94;

### III – (Revogado pela EC nº 24/99)."

Por sua vez, o § 2º do art. 111, referido pelo *caput* do art. 115 para o cálculo da proporcionalidade entre os juizes do Tribunal, dispôs:

"§ 2º O Tribunal encaminhará ao Presidente da República listas tripliques, observando-se, quanto às vagas destinadas aos advogados e aos membros do Ministério Público, o disposto no art. 94; as listas tripliques para o provimento de cargos destinados aos juizes da magistratura trabalhista de carreira deverão ser elaboradas pelos Ministros togados e vitalícios."

De uma rápida leitura, já se depreende que, agora, os Tribunais Regionais do Trabalho são compostos exclusivamente por juizes togados, vedada a participação dos classistas que, antes representavam 1/3 do Tribunal. *Entre todos os juizes do Tribunal*, (I) 1/5 são advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, segundo o art. 94, da CF, a que faz referência tanto o inc. II do art. 115 quanto o § 2º do art. 111 e (II) 4/5 são juizes de carreira devido à extinção dos classistas e a permanência da proporção de 1/5 de advogados e membros do Ministério Público do Trabalho.

Portanto, ao estabelecer uma nova proporcionalidade para o cálculo da composição do Tribunal, a Emenda Constitucional nº 24 (I) não faz referência à proporção de juizes togados do TST que servia de parâmetro na distribuição de cargos de juizes togados do Tribunais Regionais (o artigo 115 mandava observar entre os juizes togados a proporcionalidade estabelecida no art. 111, § 1º, J), justamente porque estes não representam mais 2/3 do Tribunal mas, agora, a sua totalidade, (II) continua a estabelecer no inc. II, do art. 115 a regra de que 1/5 de todos os membros do Tribunal são advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, (III) extinguiu a categoria dos classistas, mediante a supressão do inc. III, do art. 115.

### I. A interpretação da Emenda Constitucional nº 24/99 pelo TST, adotada pelo TRT/PR

Com a aposentadoria de juiz togado do tribunal regional do Trabalho do Paraná, que ocupava vaga destinada aos membros da Advocacia, o Tribunal Superior do Trabalho viu-se na contingência de resolver sobre o procedimento para o provimento daquele cargo a partir das alterações provocadas pela Emenda Constitucional nº 24.

A decisão foi comunicada à DD, Juíza Presidente da Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região por ofício do Exmº Sr. Dr. Wagner Pimenta, Ministro Presidente do TST:

"Acuso o recebimento de correspondência enviada por V. Exª, datada de 15/12/99, pela qual V. Exª consulta o Tribunal Superior do Trabalho a respeito de questão surgida após a promulgação da Emenda Constitucional nº 24/99.

Informo-lhe que o Tribunal Pleno desta Corte, reunido em 17/12/99, examinando o caso que lhe foi submetido, esclareceu que, após a promulgação da aludida Emenda Constitucional, e a consequente redução do número de membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, as vagas destinadas à OAB e ao Ministério Público do Trabalho deverão se ajustar à atual composição dos TRTs.

Assim, no caso do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, que sofreu redução de 18 membros, 4 (quatro) vagas destinam-se ao Ministério do Trabalho e à OAB, enquanto 14 (quatorze) aos magistrados e carreira.

Portanto, a vaga decorrente da aposentadoria do juiz Luiz Felipe Haj Mussi, egresso da OAB, deverá ser preenchida por juiz do trabalho, que também ocupará a próxima vaga aberta em relação à representação do Ministério Público do Trabalho, quando, então, a situação do quinto constitucional se regularizará."

Adotando a decisão do Tribunal Superior do Trabalho, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, mediante ofício do Dr. Laurenti Camaroski, Juiz Vice-Presidente no exercício da Presidência do TRT/PR, comunicou-a à Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná. Cumprir o trecho do ofício:

"A redução do número de juizes desta Corte, com a consequente limitação das vagas destinadas a essa importante e fundamental instituição, não condiz com a necessária modernização e efetivação da Justiça. Como é do seu conhecimento, o movimento processual na Justiça do Trabalho do Paraná há muito reclama a ampliação deste TRT, inclusive com a imprescindível elevação do número de juizes que compõem o Tribunal.

Sabendo que esta não é uma questão acia apenas ao Tribunal, mas que atinge todos os jurisdicionados, espero poder contar desde já com a colaboração desta instituição, reconhecidamente indispensável à administração da justiça, a fim de sensibilizar o legislador nacional quanto à imperiosa necessidade de se ampliar o número de julgadores em 1º e 2º graus."

Da leitura da decisão do Tribunal Superior do Trabalho, depreende-se que a interpretação foi no sentido de que a supressão dos classistas pela Emenda Constitucional nº 24 importou a direita supressão das vagas destinadas àquela categoria pela Lei nº 8.492/92. Ou seja, ao revogar o inciso III do art. 115 da Constituição Federal o poder constituinte derivado teria acabado por revogar tacitamente o art. 1º da Lei nº 8.492/92 na parte que destinava 10 vagas do Tribunal aos juizes classistas. Por conseguinte, a diminuição de vagas do Tribunal de 28 para 18 – teria determinado uma modificação das vagas dos juizes togados: (I) como os juizes de carreira agora representam 4/5 do Tribunal, e eles devem ser destinadas 14 vagas (um quinto de 18 corresponde a 3,6); (II) como os juizes oriundos da advocacia e do Ministério Público do Trabalho representam 1/5 do Tribunal, e eles devem ser destinadas 4 vagas.

2. *A interpretação da Emenda Constitucional nº 24/99 pelo ilustre advogado Edésio Franco Passos*

Inconformada com a decisão do Tribunal Superior do Trabalho que destinou vaga de membro da Ordem dos Advogados do Brasil à categoria dos juízes togados em virtude de interpretação da Emenda Constitucional nº 24/99 em contraste com a Lei nº 8.492/92, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, solicita ao ilustre advogado Edésio Franco Passos a elaboração de parecer sobre o caso em exame.

O parecer foi no sentido de:

- a) A vaga e cargo destinados a membro da OAB pela Lei nº 8.492 são privativos de advogado; neste sentido, a orientação do TST – acaida pelo TRT – em determinar o preenchimento da vaga e cargo destinado a OAB a ao MPT por juiz do trabalho não tem sustentação na Emenda Constitucional nº 24, nem na Constituição Federal ou lei ordinária, além de afrontar a Lei 8.492/92;
- b) Poderá ocorrer a declaração de vacância do cargo de juiz do trabalho oriundo da OAB, para adequação imediata ao art. 94 da CF; nesta hipótese, o cargo não seria preenchido por inexistência de previsão legal ou constitucional;
- c) No caso de insistir o TST e/ou o TRT/PR em preencher a vaga e o cargo destinados à OAB, observar, adequar e aplicar a excepcionalidade constitucional para a composição do TST, por analogia, mantendo a composição de 3 vagas a OAB e 3 vagas ao MPT, até nova norma constitucional que discipline a questão na reforma do Judiciário ou decisão do Supremo Tribunal Federal; nesta hipótese, seria iniciado o procedimento de indicação de lista sêxtupla pela OAB/PR;

d) Desde já oficial a OAB federal para posicionar-se sobre a matéria, ao TST e ao TRT para reexame da decisão, reconhecendo o encaminhamento anterior, sustando de imediato o preenchimento da vaga até reexame da questão;

e) Provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, que poderá ser requerido conjuntamente pelo TST, TRT/PR, OAB/PR e Federal e MPT;

f) No caso de não aplicação de qualquer das hipóteses supra referidas, mantendo o TST e o TRT/PR a orientação atual de preencher vaga e cargo destinados a OAB, estudar a conveniência de medida judicial junto ao STF e, caso ocorra a decisão do TRT/PR em preencher a vaga, estudo da conveniência de interpor medida judicial visando a sustação do ato até decisão de mérito pelo STF.”

Da leitura do parecer em tela, depreende-se que o ilustre advogado acatou a decisão do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a *supressão dos classistas pela Emenda Constitucional nº 24 importou a direta supressão das vagas destinadas àquela categoria pela Lei nº 8.492/92*. Porém, embora sustentando em idêntica hipótese, alcançou diversas consequências. Com a supressão das vagas dos classistas e a necessidade de adequar a composição do Tribunal Regional do Trabalho à proporcionalidade prevista na Emenda Constitucional nº 24, sustentou as seguintes possibilidades:

(1) a declaração de vacância do cargo de juiz oriundo da Ordem dos Advogados do Brasil e o seu correspondente não preenchimento a fim de adequar-se ao quinto constitucional. Nesta hipótese, estar-se-ia diminuindo mais um cargo de juiz do Tribunal. De forma a totalizar dezessete. A distribuição, logicamente, acabaria por concretizar-se da seguinte forma: 13 juizes de carreira, 2 juizes oriundos da Ordem dos Advogados do Brasil e 2 juizes oriundos do Ministério Público do Trabalho (já que 1/5 de dezessete corresponde a 3,4). Por sua vez, outra solução seria possível: (II) aplicar a proporcionalidade prevista para a composição do TST – que é 1/3 – no preenchimento dos juizes do Tribunal Regional do Trabalho, de forma que seriam 12 juizes de carreira, 3 juizes da Ordem dos Advogados do Brasil e 3 juizes do Ministério Público do Trabalho.

3. *Breves comentários sobre as interpretações anteriores. Fixação das balizas constitucionais para a compreensão do caso*

Como se pode perceber, a interpretação levada a cabo pelo Tribunal Superior do Trabalho, pelo Tribunal Regional do Trabalho e pelo ilustre parecerista Edésio Franco Passos partiram da idêntica premissa: *ao suprimir a representação classista a Ementa Constitucional nº 24/99 teria imediatamente suprimido as vagas destinadas pela Lei nº 8.492/92 àquela categoria*.

Partindo desta premissa, a interpretação do Tribunal Superior do Trabalho parece não conflitar com o texto constitucional. Ora, a Emenda Constitucional nº 24/99 é cristalina em fixar a proporcionalidade de 4/5 para juizes de carreira e 1/5 para juizes oriundos da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público do Trabalho. Se o poder constituinte derivado suprimiu as vagas fixadas pelo legislador ordinário, nada mais exato que a vacância de juiz oriundo da categoria dos advogados importe o preenchimento por juiz de carreira a fim de se chegar à matemática constitucional: 14 juizes de carreira, 2 juizes da OAB e 2 juizes do MPT.

Todavia, partindo da mesma premissa, a interpretação do ilustre parecerista, Doutor Edésio Franco Passos, *data venia*, não pode prosperar. A primeira solução apontada seria duvidosa inconstitucionalidade porque não há como sustentar, direta ou indiretamente, que a Emenda Constitucional tenha importado supressão de vaga destinada pela Lei aos juizes do quinto constitucional. Se a Emenda é clara ao estabelecer o quinto constitucional para os juizes oriundos da OAB e do MPT – restando esta disposição duas vezes: no caput do art. 115 e no inc. II do art. 115 – e se a premissa é a de que foram extintos os cargos dos classistas, não há como suprimir a vaga dos advogados sob pretexto da impossibilidade de transferi-la aos juizes de carreira. Quando uma emenda constitucional altera a proporção na composição de um Tribunal e isto acarreta a supressão da vagas fixadas pela lei, é possível, e às vezes, até imprescindível que as vagas de uma categoria sejam transferidas a outra. Afinal, a lei destina vaga conforme uma determinada proporção constitucional. A alteração da proporção constitucional pode acarretar a alteração de destinação da vaga. O importante é, portanto, o respeito pela lei ou pelo administrador da *proporção constitucional*.

A segunda solução apontada pelo parecerista também pode trazer inconvenientes. Aplicar o terzo constitucional para a composição dos Tribunais Regionais implica, com o devido respeito, com o devido respeito, a subversão, numa *interpretação contra a letra da Constituição*, do quinto constitucional. O intérprete não pode, a pretexto de interpretar normas constitucionais abertas<sup>1</sup>, atribuir sentidos incompatíveis com o espaço de interpretação normativo<sup>2</sup>.

Como salienta CANOTILHO, "os aplicadores da Constituição não podem atribuir um significado (=sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados lingüísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o *ditto* pelo legislador constitucional (= legislador constituinte e legislador da revisão). Isto significa que a tarefa de interpretação, lingüística-mente considerada, é fundamentalmente a investigação do *ditto* na lei constitucional (= indagação da *mens legis* da teoria objectiva na hermenêutica tradicional)."<sup>3</sup>

Ora, se o *ditto* pelo poder constituinte derivado foi um quinto de juizes da categoria da OAB e do MPT na composição dos Tribunais Regionais do Trabalho não se pode "ler" um terzo constitucional. Assim, deixar de aplicar emenda constitucional "até nova norma constitucional que discipline a questão na reforma do Judiciário ou decisão do Supremo Tribunal Federal" significaria desconsiderar o caráter cogente das normas constitucionais e sua suprema hierarquia na pirâmide normativa.

Parece que a solução para o presente caso rejeita tanto uma *interpretação literal da Constituição* (a supressão do inciso III do art. 115 equivale à supressão das vagas destinadas pela lei aos classistas) quanto uma *interpretação contra a letra da Constituição* (que suprima vaga destinada a membro da OAB a fim de adequar-se ao quinto constitucional ou aplique o terzo constitucional do TST aos Tribunais Regionais do Trabalho).

Tendo em vista que as emendas constitucionais sujeitam-se ao controle de constitucionalidade – ao contrário das normas constitucionais do poder constituinte originário – e, por isso, devem ser interpretadas de forma a respeitar a *identidade da ordem constitucional veiculada nas cláusulas pétreas*, será necessário revelar (I) qual a interpretação da Emenda Constitucional n° 24/99 compatível com os limites do poder constituinte derivado. Em segundo lugar, identificar (II) se a emenda constitucional configura uma norma plurissignificativa, que possibilitaria ao legislador ou ao intérprete mais de uma interpretação possível.

1. Na acepção de José Joaquim Gomes Canotilho, que se reconduz à *abertura vertical*, ou seja, a caráter geral e indeterminado de muitas constituições que, por isso mesmo, se "abrem" à mediação legislativa concretizadora. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999. P. 1106.
2. Considera-se como espaço de interpretação o âmbito dentro do qual o *programa normativo* (= medida de ordenação expressa através de enunciados lingüísticos) se considera ainda compatível com o texto da norma". CANOTILHO, e. ed., *op. cit.*, p. 1129.
3. CANOTILHO, 3. ed. *op. cit.*, p. 1135.

Nesta medida, será necessário tecer comentários a respeito (I) dos limites do poder constituinte derivado e (II) das peculiaridades da interpretação constitucional.

#### 4. Limites do poder constituinte derivado

A supressão da representação classista nos Tribunais Regionais do Trabalho por meio de emenda à Constituição Federal envolve a análise dos *limites ao poder constituinte derivado* explicitados no art. 60, § 4º, que proibe as emendas tendentes a abolir: I – a forma federativa de Estado, II – o voto direto, secreto e universal e periódico, III – a separação dos poderes, IV – os direitos e garantias individuais. Em outras palavras, é imperioso realizar o cotejo entre poder constituinte derivado e cláusulas pétreas a fim de analisar a constitucionalidade da Emenda Constitucional n° 24/99.

##### a) Poder Constituinte Derivado e Cláusulas Pétreas

Tanto a fiscalização da constitucionalidade como a reforma constitucional são garantias constitucionais, enquanto institutos destinados a assegurar a "supremacia permanente da Constituição".<sup>4</sup>

A questão da reforma constitucional implica, necessariamente, o problema dos limites à mudança constitucional. O poder constituinte derivado, porque criado pela Constituição e regulado por ela quanto ao modo do seu exercício, deve ser compreendido dentro de determinados parâmetros. Como ensina Jorge MIRANDA, a função do poder de reforma não é a de fazer Constituições, mas possibilitar a preservação da identidade e continuidade da Constituição considerada como um todo.<sup>5</sup>

A afirmação das cláusulas pétreas no sistema brasileiro exige a aceitação de certas notas características da função reformadora: (I) *limitabilidade e imprescritibilidade* dada a necessidade de ordenação do processo de atualização das normas constitucionais frente às novas conjunturas, sem a antiquação do seu perfil essencial; (II) *insuperabilidade* em face da impossibilidade de modificação ou remoção das regras funcionais que dispõem sobre as cláusulas de limites (processo de dupla reforma).

Dai o art. 60, § 4º, veicular limites materiais explícitos, não excluindo a presença de limites implícitos ou tácitos.<sup>6</sup> A vedação ao processo de dupla reforma constitui limite material implícito, sabendo-se que o elenco dos limites expressos à reforma não menciona o próprio sistema de reforma. E aqui se explica a *insuperabilidade* antes descrita.<sup>7</sup>

4. Na feliz expressão de Carlos Ayres Brito. A Reforma Constitucional. *Separata El Derecho Publico de Finales de Siglo: una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Civitas.
5. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: introdução à teoria constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo II, pp. 165-166.
6. HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 124.
7. Carlos Ayres Brito, Pontes de Miranda, Nelson de Souza Sampaio, José Gomes Canotilho ao contrário de Jorge Miranda.

Os limites expressos (art. 60, § 4º) cumprem o papel de *explicitação e certificação dos limites inerentes da revisão*. Eles são uma espécie de interpretação autêntica (porque feita pelo próprio poder constituinte) dos limites intrínsecos da revisão.<sup>8</sup>

O art. 60, § 4º, não garante propriamente a intocabilidade dos preceitos constitucionais concernentes à *forma federativa de Estado, voto direto, secreto universal e periódico; separação dos poderes; direitos e garantias individuais*, mas de certos princípios ou regimes materiais. A Constituição não retira estas matérias do campo de atuação do poder constituinte derivado. *Estão vedadas as emendas tendentes a abolir as cláusulas do art. 60, § 4º, e não propriamente as emendas que tenham por objeto a forma federativa de Estado, voto direto, secreto, universal e periódico, separação dos poderes e direitos e garantias individuais.*

Assim, a forma federativa de Estado não pode ser abolida pelo poder reformador, embora as regras constitucionais que informam o princípio federativo possam ser alteradas desde que não impliquem ruptura com o que se entenda por essencial à federação. Ora, tanto as emendas como a revisão "cumprem a mesma função de reformar para corrigir, e não a de 'reformar' como procedimento juridicamente espúrio de descontinuidade ou ruptura constitucional".<sup>9</sup> Para o que aqui interessa, cumpre ponderar que a forma de composição dos Tribunais do Trabalho não consta do art. 60, § 4º. Justamente por isso, a sua reformabilidade será possível desde que não afete de modo a abolir (e aqui tem-se vedação de uma espécie qualificada de afetação que é aquela com finalidade de destruir, aniquilar, descaracterizar o núcleo essencial da Constituição) a forma federativa de Estado, o voto secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais.

*O que está em jogo é se a Emenda Constitucional n° 24/99 (i) está relacionada a algum dos princípios que constituem as cláusulas pétreas e (ii) em caso afirmativo, se a alteração ainda pode implicar quebra da identidade de algum dos princípios intangíveis.*

*b) A alteração do número de membros dos tribunais inferiores e o princípio da separação dos poderes*

O art. 96, inc. II, letra a, confere aos específicos órgãos do Poder Judiciário a iniciativa reservada para o procedimento legislativo que trate da *alteração do número de membros dos tribunais inferiores*. O tema toca diretamente na colaboração dos poderes no processo legislativo, pois, neste caso, ao Poder Judiciário caberá a iniciativa legislativa, ao Poder Legislativo, a discussão e aprovação do projeto e ao Poder Executivo, a sanção ou veto e promulgação. O sistema de correspondência e interdependência no

8. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991., p. 301.

9. BRITO, Carlos Ayres. A reforma constitucional: a reforma constitucional e sua intransponível limitabilidade. *Separata El Derecho Público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana*. Civitas: Fundación BBV, p. 89.

processo legislativo participa da ideia do balanço e controle recíproco dos poderes que informam o princípio da separação dos poderes.

O princípio da separação dos poderes, expressamente afirmado no art. 2º - *são os poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário* - e elevado à condição de cláusula pétreia dá suporte às regras constitucionais que regulam as relações entre os poderes no desempenho de suas funções específicas. Como salienta JOSÉ AFONSO DA SILVA, o princípio fundamenta-se em dois elementos: (I) *especialização funcional* no sentido de que cada órgão é especializado no desempenho de uma função - ao Poder Legislativo a função legislativa, ao Poder Executivo a função executiva, ao Poder Judiciário, a função jurisdicional; (II) *independência orgânica* que significa ausência de meios de subordinação.<sup>10</sup>

*Na Constituição de 1988, a regra constitucional que autoriza a participação do Poder Judiciário na função legislativa mediante a previsão de iniciativa reservada de lei que altere o número de membros dos Tribunais inferiores encontra fundamento no princípio da separação dos poderes, revelado como princípio de colaboração onde cada um dos poderes, a par do desempenho de sua função típica, interfere nas outras funções atipicamente num elo de freios e contrapesos.*

A iniciativa reservada ao Poder Judiciário insere-se no método de "deslocamento parcial da atividade legislativa para outros titulares, aos quais as Constituições contemporâneas permitem, através de técnicas e de procedimentos apropriados, o exercício de competência legislativa".<sup>11</sup>

Porém, a circunstância do art. 96, inc. II, letra a, encontrar base de fundamento no princípio da separação dos poderes (não no voto direto, secreto, universal e periódico; não nos direitos e garantias individuais porque ligada ao sistema organizatório)<sup>12</sup>

10. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

11. HORTA, op. cit., p. 562.

12. O tema da iniciativa reservada no processo legislativo está ligado também a uma outra cláusula pétreia: a forma federativa do Estado. O Supremo Tribunal Federal declarou que o tema da observância, pelos Estados-Membros, das normas constitucionais federais sobre processo legislativo "envolvem o alicerce do poder constituinte decorrente que é atribuído aos Estados." (ADIMC 1087/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Julg: 01.02.95. tribunal Pleno. *Diário da Justiça da União*, 07. abr. 1995, p. 1782-01, p. 1). A Suprema Corte tem decidido que o "modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Carta da República, impõe-se enquanto padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-Membros" (ADIMC 1254/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello, Julg: 14. jun. 1995. Tribunal Pleno. *Diário da Justiça da União*, 18. ago. 95, p. 24894, v. 1796-01. ADI 1434/SP. Relator: Ministro Celso de Mello, Julg. 20.08.96. Tribunal Pleno. *Diário da Justiça da União*, 22. ago. 1996, p. 45684, v. 1851-01, p. 14). Nesta linha, "as regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-Membros. Precedentes do STF" (ADIMC 1568/ES. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julg: 26. mai. 1997. Tribunal Pleno. *Diário da Justiça da União*, 20. jun. 1997, p. 28468, v. 1874-3, p. 434). A Suprema Corte posiciona-se, portanto, no sentido de que "a cláusula de reserva pertinente ao poder de instauração do processo legislativo traduz postulado constitucional de observância compulsória, cujo desrespeito - por envolver usurpação de uma prerrogativa não compartilhada - configura defeito jurídico insanável. As normas restritivas inscritas no art. 63 da Constituição Federal aplicam-se ao processo de formação das leis instaurado no âmbito dos Estados-

não garante, por si só, a sua imodificabilidade. É preciso algo mais: a regra constitucional deve participar do núcleo essencial do princípio em questão na medida em que a sua alteração sinalize tendência a abolí-lo.

c) *A busca de um núcleo essencial do princípio da separação dos poderes*

O deslinde do assunto requer o prévio instrumental da compreensão do núcleo essencial do "princípio da separação dos poderes".

Como se sabe, os princípios são os fundamentos das regras jurídicas e têm uma idoneidade que lhes permite "ligar" ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional.<sup>13</sup> São normas jurídicas de "otimização", compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos enquanto as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (imponem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida.<sup>14</sup>

Nesta ótica, os princípios não seguem a lógica do "tudo ou nada", permitindo o balanceamento entre valores e interesses.<sup>15</sup> Carmen Lúcia ANTUNES ROCHA alude à "poliformia principiológica", a substância política ativa dos princípios faz com que as alterações das instituições políticas e sociais atinjam o seu sentido e alcance.<sup>16</sup>

Esta abertura é responsável pela maior vulnerabilidade das normas principiológicas às mutações constitucionais, ou seja, ao "evoluir permanentemente do sentido da ordem constitucional para o efeito de acompanhar a ordem e o progresso".<sup>17</sup> É por isso que se o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes é condição *sine qua non* para o implemento de um sistema de limites ao poder constituinte derivado, também este núcleo essencial não foge às novas compreensões constitucionais em face de renovadas necessidades sociais. Afinal, "a identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do 'sempre igual' pois num mundo sempre dinâmico a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade".<sup>18</sup>

Desde esta perspectiva, derivada dos deslocamentos teóricos mais recentes em matéria de Direito Constitucional, é que se deve extrair do texto constitucional um núcleo intangível do princípio da separação dos poderes funcionalmente adequado a preservar a Constituição.

- Membros" (ADIMC805/R5. Relator: Ministro Celso de Mello. Julg: 26 nov. 1992. Tribunal Pleno. *Diário da Justiça da União*, de abr. 1994, p. 7225, v. 1793-3, p. 513). Por al. vê-se a amplitude da importância do tema no contexto dos limites do poder constituinte derivado.
13. CANOTILHO, 2. ed., *op. cit.*, p. 175.
  14. CANOTILHO, 2. ed., *op. cit.*, pp. 173-174.
  15. CANOTILHO, 2. ed., *op. cit.*, p. 174.
  16. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
  17. Ver o nosso livro *A Fiscalização Abstrata no Direito Brasileiro*, 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
  18. CANOTILHO, 2. ed., *op. cit.*, p. 1142.

Ensina José Joaquim GOMES CANOTILHO<sup>19</sup>, em lição também adequada ao Direito brasileiro, que em geral o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes é entendido como:

[...] "a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial. O alcance do princípio é visível quando com ele se quer traduzir a proibição do 'monismo do poder', como o que resultaria, por ex., da concentração de 'plenos poderes' no Presidente da República, da concentração de poderes legislativo no executivo e na transformação do legislativo em órgão soberano executivo e legiferante."

Por conseguinte, uma emenda constitucional estaria, certamente, a ferir o princípio da separação dos poderes quando (I) transferisse para um poder a função constitucional precípua de outro quebrando com a *especialização funcional*, (II) ou, em outro sentido, (II) estabelecesse um sistema de interferência entre poderes que fosse além dos fins constitucionais de feitos e contrapostos de forma a afetar a *independência funcional* de cada um.

A função precípua do Judiciário é a jurisdicional. Possível exceção ao monopólio da jurisdição exercida pelo Judiciário substancia a competência atribuída ao Senado Federal para o julgamento de algumas autoridades pela prática de crime de responsabilidade.<sup>20</sup> Assim, quando o Judiciário participa da função legislativa mediante a iniciativa reservada exerce função atípica e accidental.

Nada obstará, em princípio, eventual emenda constitucional que transformasse a iniciativa reservada em iniciativa facultada. O núcleo essencial do princípio da separação dos poderes garante que não se atribua a um órgão exterior ao Poder Judiciário a competência jurisdicional para quebrar a especialização funcional.

Porém, eventual emenda que suprimisse a iniciativa reservada de vez ou para um determinado caso concreto seria, no mínimo, de *dividiosa constitucionalidade*, ou seja, entraria numa *zona cinzenta em que a mácula ao núcleo intangível do princípio da separação dos poderes seria, no mínimo, potencial*. Como salienta José Joaquim GOMES CANOTILHO, "permanece em aberto o problema de saber onde começa e onde acaba o núcleo essencial de uma determinada função."<sup>21</sup>

Logo, entender que a *supressão dos classistas pela Emenda Constitucional n.º 24 importaria a direta supressão das vagas anteriormente destinadas daquela categoria pela Lei n.º 8.492/92* equivale a postular que o próprio poder constituinte derivado dispõe de competência para alterar o número de membros do Tribunal Regional, que é um

19. CANOTILHO, 2. ed., *op. cit.*, p. 704.
20. Ver o nosso artigo, *Poder Judiciário: autonomia e justiça*. Revista Synthesis, São Paulo, n. 18, p. 66, 1994.
21. CANOTILHO, 3. ed., *op. cit.*, p. 517.



Tribunal inferior. Ora, para este caso concreto, o poder constituinte derivado teria afastado o incidência do art. 96, inc. II, letra a, violando a iniciativa reservada do Poder Judiciário para dispor sobre a matéria.

Quando a emenda Constitucional nº 24/99 extingue as vagas dos classistas e diminui o número de membros do Tribunal Regional do Trabalho, está a suprimir a iniciativa reservada do Poder Judiciário para alterar o número de membros de Tribunal inferior, entrando em *direta* colisão com o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes. Esta interpretação põe em risco o princípio da separação dos poderes afirmado pelo poder constituinte originário como cláusula pétrea e, nesta medida, põe em cheque a própria constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 24/99.

Diz-se-á, eventualmente, que a Emenda Constitucional nº 24/99 suprimiu as vagas dos classistas junto ao Tribunal Superior do Trabalho e diminuiu expressamente o número de membros daquele Tribunal. O § 1º do art. 111 da CF dispunha que o Tribunal Superior do Trabalho era composto por vinte e sete Ministros e o inciso II dispunha que dez seriam classistas temporários. A Emenda Constitucional nº 24/99 alterou o número total para dezessete e suprimiu o inciso I e II do art. 111 que se referia à distribuição de vagas entre os juizes togados e classistas. Logo, se o poder constituinte derivado pode alterar o número de membros de Tribunal Superior, nada obsta que faça o mesmo em Tribunal inferior. Afinal, quem pode o mais, pode o menos.

Trata-se de exercício argumentativo que merece pronta refutação.

A competência para dispor sobre o número de membros do Tribunal Superior do Trabalho não integra a iniciativa reservada do Poder Judiciário — *perceba-se que o art. 96, inciso II, letra a refere-se somente aos tribunais inferiores* — mas a esfera do próprio poder constituinte. É por isso que a própria Constituição dispõe diretamente sobre o número de membros dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal. Nesta sede, o poder constituinte derivado pode alterar o número de membros fixado pelo próprio poder constituinte originário, desde que essa alteração não sinalize incidência a abolir a competência jurisdicional do Tribunal.

Quanto aos tribunais inferiores, a Constituição não se refere, nem antes nem depois da Emenda Constitucional nº 24/99, a número de membros. *Em se tratando de Tribunais inferiores, a Constituição estabelece somente a categoria de juizes que deve integrar o tribunal e a proporção entre eles na distribuição das vagas. Cabe ao legislador ordinário, obedecida a iniciativa reservada ao Poder Judiciário, dispor sobre o número de membros do tribunal inferior conforme a proporção constitucional.*

Com efeito, a supressão dos classistas no Tribunal Superior do Trabalho acarreta consequências diversas da supressão dos classistas nos Tribunais Regionais do Trabalho. No Tribunal Superior do Trabalho o poder constituinte derivado pode suprimir diretamente a vaga e, conseqüentemente, diminuir o número de membros do Tribunal fixado, originariamente, pela própria Constituição.

*Todavia, em se tratando de Tribunal inferior, o poder constituinte derivado somente pode alterar a categoria de juizes que integram o Tribunal e a correlata proporção entre eles, mas não pode alterar diretamente o número de membros do Tribunal.*

que depende de processo legislativo a ser instaurado mediante iniciativa exclusiva do Judiciário.

Afinal, se o poder constituinte originário confere ao Poder Judiciário iniciativa reservada de lei, o poder constituinte derivado não pode, sob pena de grave violação do princípio de separação dos poderes, substituir-se ao legislador ordinário fazendo tábula rasa da iniciativa reservada do Poder Judiciário. Logo, *revela-se maculada com o vício da inconstitucionalidade interpretada no sentido de que a emenda constitucional teria alterado o número de juizes do Tribunal Regional do Trabalho.*

Aliás, ainda que fosse possível a interpretação nesta sede contestada, é imperioso ressaltar que a Emenda Constitucional nº 24/99 efetivamente não alterou o número de membros dos Tribunais Regionais do Trabalho. Ora, no caso do TST, o poder constituinte previu *expressamente* tal diminuição no § 1º do art. 111: de 27 para 17 Ministros. Já no caso dos Tribunais Regionais, a emenda simplesmente revogou o inc. III, do art. 115 que previa, na composição dos Tribunais, a presença dos juizes classistas, sem alusão a números. Não houve, portanto, revogação das leis que fixam o número de membros dos Tribunais Regionais do Trabalho.

### 5. A reserva de lei e o espaço de conformação do legislador

A iniciativa legislativa constitui sempre manifestação de um poder<sup>22</sup> que dá início ao procedimento legislativo com vista à modificação ou inovação da ordem jurídica preexistente.

A alteração do número de membros dos tribunais inferiores, como foi salientado, integra a iniciativa reservada do Poder Judiciário. Com a iniciativa reservada, o Poder Judiciário exerce *função atípica* participando da função legislativa nos moldes de um Estado onde a rígida separação dá lugar a uma importante colaboração entre os poderes.<sup>23</sup>

Nesta idéia, está também implícito o *princípio constitucional da reserva de lei*. Mediante o art. 96, inc. III, letra a, o poder constituinte originário coloca a matéria — alteração do número de membros dos tribunais inferiores — sob a reserva de lei. Segundo José Joaquim GOMES CANOTILHO:

“Através do conceito de reserva de lei (*Vorbehalt des Gesetzes*) pretende-se delimitar um conjunto de matérias ou de âmbitos materiais que devem ser regulados por lei ('reservados à lei'). Esta 'reserva de matérias' significa, logicamente, que elas não devem ser reguladas por normas jurídicas provenientes de outras fontes diferentes da lei (exemplo: regulamentos). Ainda por outras palavras: existe reserva de lei quando a Constituição prescreve que o regime jurídico de determinada matéria seja regulado por lei e só por lei, com exclusão de outras fontes normativas.”

22. Ver o nosso livro *A Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo : RT, 1993. p 94

23. Ver nosso livro, *Atividade Legislativa...*, op. cit., p. 96.

Nesta medida, o Tribunal Superior do Trabalho não pode, mediante ato administrativo normativo (resolução), invadir a competência do legislador ordinário para alterar o número de membros do Tribunal. Note-se que a Resolução Administrativa nº 665/99 considera que "com a extinção da representação classista, todos os cargos vagos de Ministros e Juizes Classistas não ocupados por titulares não são passíveis de provimento". Adiante, no § 4º estabelece: "É vedado o provimento das vagas decorrentes da extinção da representação classista pela convocação de juizes de primeiro grau para os Tribunais Regionais."

Afinal, se um ato administrativo detivesse o condão de dispor sobre matéria que se encontra sob reserva de lei estar-se-ia aceitando a violação aos princípios (I) *da primazia ou da preeminência da lei*, (III) *da acessoriedade dos atos administrativos*, (IV) *do congelamento da categoria*, (V) *da identidade própria do ato administrativo*, (VI) *da colaboração necessária entre a lei e os atos administrativos*.<sup>24</sup>

#### 6. A obra do poder constituinte derivado e a proibição do retrocesso

A doutrina é uníssona em afirmar que a Constituição de 1988 elevou o acesso à Justiça à categoria de direito fundamental no inciso XXXV e LXXIV do art. 5º. Substancia, assim, importante direito fundamental que garante a realidade do cumprimento pelo Poder Público dos direitos assegurados na Lei Fundamental. Nesta medida, o acesso à Justiça do Trabalho configura garantia fundamental para o cumprimento dos direitos sociais enumerados no Capítulo II, do Título II, da Lei Fundamental.

Tratando-se de um direito fundamental, o acesso à Justiça do Trabalho submete-se ao regime específico dos direitos, liberdades e garantias plasmados na Constituição. O regime jurídico, em questão, implica a emergência das seguintes notas caracterizadoras: (I) *aplicabilidade direta das normas que os reconhecem, consagram ou garantem* (art. 5º, § 1º); (II) *vinculatividade das entidades públicas e privadas* (preâmbulo); (III) *reserva de lei do Congresso* (impossibilidade de lei delegada, medida provisória) para sua restrição (art. 68, § 1º, II); (IV) *princípio da proporcionalidade como princípio informador da atividade legislativa, inclusive das leis restritivas a direitos e garantias* (art. 5º, LIV); (V) *princípio da salvaguarda do núcleo essencial* (princípio implícito do Estado de Direito); (VI) *limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de defesa* (art. 136, § 1º, I e 139); (VII) *garantia contra o poder de emenda à Constituição* (limite material ao poder de reforma constitucional restritiva do conteúdo dos direitos individuais (art. 60, § 4º, IV).

O Excelentíssimo Juiz Vice-Presidente no exercício da Presidência do TRT teve oportunidade de salientar que "a redução do número de juizes desta Corte, com a consequente limitação das vagas destinadas a essa importante e fundamental instituição, não condiz com a necessária modernização e efetivação da Justiça. Como é do seu

24. Em outro lugar (*Atividade Legislativa...*, op. cit., p. 253-237), tive a oportunidade de destacar estes princípios na relação entre a lei e o regulamento, podendo ser aplicados também em relação aos atos administrativos em geral.

conhecimento, o movimento processual na Justiça do Trabalho do Paraná há muito reclama a ampliação da estrutura deste TRT, inclusive com a imprescindível elevação no número de juizes que compõem o Tribunal.

Neste contexto destacado pelo Juiz Vice-Presidente no exercício da Presidência do TRT, a diminuição dos membros dos Tribunais Regionais do Trabalho está a comprometer a efetividade do direito de acesso à Justiça do Trabalho, notadamente, no item (VII) do regime jurídico dos direitos fundamentais - *garantia contra o poder de emenda à Constituição* (limite material ao poder de reforma constitucional) restritiva do conteúdo dos direitos individuais (art. 60, § 4º, IV). Ora, o acesso à Justiça do Trabalho é restringido quando se diminuem as condições de uma Justiça apta a decidir e resolver os conflitos em tempo hábil.

Já tive oportunidade de afirmar em outro lugar que:

"Afirmar-se: não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa, é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa. O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado democrático de direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional. (...) É necessária, também, a ampliação dos juizes e varas, levando o juiz até o povo (o juiz, como o artista da canção de Milton Nascimento, deve ir aonde o povo está)."<sup>25</sup>

Assim, a interpretação da Emenda Constitucional nº 24/99 no sentido de que a supressão da representação classista significa a direta supressão das vagas a ela destinadas pela lei importa verdadeiro retrocesso social já que diminui a efetividade de um direito social tão caro em nossa sociedade: o acesso à Justiça do Trabalho.

Canotilho destaca que a idéia da vedação do retrocesso social:

"(...) também tem sido designada como proibição de 'contra-revolução social' ou da 'evolução reacionária'. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. A 'proibição do retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fática*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da proteção da confiança* e da *segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural*, e do *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana."<sup>26</sup>

25. CLÉVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. pp. 51 e 53.

26. CANOTILHO, 3ª ed., op. cit., p. 326.



membros daquele Tribunal. Com a extinção dos classistas, os juizes de carreira passam a representar quatro quintos do Tribunal. Permanece inalterada, portanto, a representação dos juizes oriundos da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público do Trabalho que continuam a representar um quinto (1/5) dos membros de todo o Tribunal. Na redação anterior, a Constituição referia-se ao quinto constitucional no inciso II do art. 115, que remetia ao art. 94. Perceba-se que, agora, a Emenda Constitucional 24/99 refere-se ao quinto constitucional mais de uma vez: o *caput* do art. 115 faz referência ao § 2º do art. 111 e o inciso II do art. 115 ao art. 94.

Sim, porque uma interpretação que aceite a diminuição do número de membros do Tribunal com a extinção da representação classista resulta em interpretação ofensiva do princípio da separação dos poderes, ferindo, ademais, o direito fundamental de acesso à Justiça do Trabalho, motivo pelo qual deve ser descartada, preferindo-se a primeira, ajustada aos comandos constitucionais.

### 8. Conclusões

Diante de todo o exposto, cumpre apresentar as conclusões:

1. As emendas constitucionais, enquanto obra do poder constituinte derivado, submetem-se ao controle de constitucionalidade. Por essa razão, a sua interpretação está condicionada ao respeito da identidade constitucional plasmada nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Lei Fundamental).
2. Emenda constitucional não pode alterar o número de membros dos Tribunais Regionais do Trabalho, sob pena de violação do art. 96, II, "a", da Lei Fundamental e consequente mácula ao princípio da separação dos poderes, que é cláusula pétrea no Direito Constitucional brasileiro (art. 60, § 4º, III).
3. Ato administrativo normativo, de competência do Poder Judiciário, não pode invadir espaço reservado pelo poder constituinte originário ao legislador ordinário, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da reserva da lei.
4. O poder constituinte derivado não pode *diminuir* o número de membros dos Tribunais Regionais do Trabalho sob pena de ofensa ao direito fundamental de acesso à Justiça do Trabalho, que também é cláusula pétrea no Direito brasileiro (art. 60, § 4º, IV), e correspondente *retrocessos social*.
5. Diante de norma plurissignificativa, o intérprete deve privilegiar a interpretação que seja *conforme a Constituição* e não conduza à declaração de inconstitucionalidade da norma. Este é justamente o caso da Emenda Constitucional nº 24/99. Devem ser rejeitadas as seguintes interpretações, porque conduzem à inconstitucionalidade da emenda: (I) a supressão da representação classista importou a supressão das vagas destinadas pela lei àquela categoria, com a consequente diminuição do número de membros do Tribunal; (II) a supressão da representação classista exige a aplicação do terço constitucional na composição do Tribunal no que se refere à representação dos membros da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público do Trabalho.
6. Privilegiando a interpretação que não conduz à inconstitucionalidade da emenda, mas sua conformidade ao projeto do poder constituinte originário tem-se que

a Emenda Constitucional nº 24/99 alterou somente a forma de composição dos Tribunais Regionais e a correlata *proporção* na composição de seus membros.

7. Com a extinção da representação classista, os juizes de carreira passam a representar quatro quintos (4/5) do Tribunal, enquanto os advogados e membros do Ministério Público do Trabalho permanecem com a proporção inalterada de um quinto (1/5). Assim, do número de 28 juizes previsto pela Lei nº 8.492/92, 22 serão juizes de carreira, 3 juizes indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil e 3 juizes derivados do Ministério Público do Trabalho.

### III - RESPOSTA AO QUESTIONÁRIO

Ao único quesito formulado pelo consulente, cumpre responder *não*. Os cargos privativos de membros da OAB e do Ministério Público do Trabalho não podem ser preenchidos por juizes de carreira justamente porque a supressão da representação classista junto aos Tribunais Regionais do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 24/99 não importou supressão das vagas destinadas àquela categoria pela Lei nº 8.492/92. Permanecendo inalterada a representação dos advogados e membros do Ministério Público do Trabalho, não há necessidade de adequação destas categorias ao quinto constitucional. Os cargos privativos da Ordem dos Advogados do Brasil e do Ministério Público do Trabalho não podem ser preenchidos por juizes de carreira, já que estes preencherão as vagas anteriormente destinadas aos classistas.

É preciso salientar, contudo, que no presente parecer parte-se de pressuposto distinto daquele que orientou a tese esposada pelo TST. Todavia, faz-se necessário esclarecer que, se aquele pressuposto estiver correto, também corretas as respectivas conclusões.

Este é o parecer, s.m.j.

Curitiba, 05 de abril de 2000.