



A C Ó R D ã O
CSJT

PEDIDO DE ENCAMINHAMENTO DE PROJETO DE LEI. RATIFICAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DE CRIAÇÃO DE FUNÇÕES COMISSIONADAS, SUSPENSÃO DE EFEITOS. REMESSA DO FEITO AO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO COM PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO DE PROJETO DE LEI AO CONGRESSO NACIONAL. Embora seja patente a ilegalidade do ato administrativo criador de funções comissionadas, seus efeitos atingiram a esfera de direitos de terceiros de boa-fé. Ainda que se deva emprestar proteção às situações consolidadas, o ato deve ser suspenso, com o encaminhamento de projeto ao Congresso Nacional, a quem caberá analisar a possibilidade de ratificar a criação de funções. Matéria administrativa conhecida, à unanimidade, e, por maioria, determinada a suspensão do ato criador de funções, até deliberação pelo Congresso Nacional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos sob n° CSJT n° 200.821/2008-000-00-00.4, em que é interessado o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

RELATÓRIO

O Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região encaminhou a este Conselho proposta de anteprojeto de lei com o objetivo de ratificar a criação de 255 funções comissionadas (FC-2), que foi efetuada por meio de resolução administrativa (RA 10/1997). Informa que, à época, a criação das funções era autorizada pelo art.

Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo



PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

96, I, a, da Constituição Federal, que outorga aos Tribunais autonomia administrativa, inclusive no que toca à criação de funções por meio de ato interno.

Pondera que, ainda assim, é necessário ratificar o ato administrativo, em virtude do entendimento que prevalece, no âmbito do Tribunal de Contas da União, no sentido de anular os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário que, administrativamente, criaram cargos e funções comissionadas. Afirma que sua intenção é evitar os efeitos danosos que adviriam de uma eventual declaração de nulidade da mencionada resolução administrativa, já que existem situações consolidadas, inclusive aposentadorias de servidores que ocuparam as funções criadas administrativamente.

Afirma, ainda, que não haverá qualquer impacto orçamentário, na medida em que as funções constam nas propostas orçamentárias do Tribunal desde 1997.

Distribuídos os autos a esta relatora, determinou-se o envio à Secretaria Administrativa para que providenciasse a emissão de pareceres pelas assessorias competentes.

A Coordenadoria de Estatística (CEST) do Tribunal Superior do Trabalho manifestou-se às fls. 120-156, a Assessoria de Planejamento, Orçamento e Finanças às fls. 157-159 e a Assessoria de Gestão de Pessoas às fls. 160-163.

ADMISSIBILIDADE

Conforme dispõe a Emenda Constitucional 45/2004, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho possui finalidades precípua de supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 111-A, § 2º, II, da Constituição Federal.

Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo



PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

Compete a este Colegiado conhecer da matéria suscitada pelo TRT da 5ª Região, a teor do art. 5º, IV e VII, *d*, do Regimento Interno do CSJT, razão porque CONHEÇO da matéria administrativa para ciência e potenciais providências diante de atos de administração.

MÉRITO

A Assessoria de Gestão de Pessoas observa que o fundamento legal para a criação das funções comissionadas, pelo TRT da 5ª Região, é o art. 5º, da Lei Complementar n.º 10/1971, assim redigido:

Art. 5º As funções gratificadas necessárias aos serviços dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário serão criadas nos respectivos Regulamentos ou Regimentos, respeitados os princípios de classificação vigorantes no Poder Executivo.

Ocorre que, com a Constituição de 1988, a criação de cargos ou funções por meio de ato administrativo passou a ser objeto de atividade legislativa, exclusivamente, por força do que dispõem os artigos 48, X e 96, II, *b*, da Carta:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos artigos 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*;

Art. 96. Compete privativamente:

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no artigo 169:

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juizes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo



PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

Embora os tribunais tenham mantido o procedimento, com base na Lei Complementar 10/1971, por entender que jamais ocorreu sua revogação expressa, o Tribunal de Contas da União de modo reiterado tem considerado que o dispositivo legal não foi recepcionado pela nova ordem constitucional, o que se mostra razoável e consentâneo aos preceitos relativos à supremacia da Constituição e consequências de seus comandos sobre o ordenamento em vigor.

Com efeito, o problema da verificação da compatibilidade do direito anterior com a nova Constituição resolve-se pela aplicação do critério hierárquico ou do critério cronológico. E, em hipóteses como a dos autos, qualquer deles conduz à prevalência das normas constitucionais. A esse propósito, reflita-se sobre o alerta doutrinário, de que "a negação de efeitos revogatórios à Constituição significa diminuí-la em relação às leis infraconstitucionais, nas quais eles são pacificamente reconhecidos"¹.

O fato é que o TCU tem considerado inconstitucional a criação de funções comissionadas por meio de ato administrativo, o que justifica a apreensão do TRT da 5ª Região que, com o envio da proposta de anteprojeto de lei, pretende regularizar a situação.

Na esteira do que observa o parecer da Assessoria de Gestão de Pessoas deste Conselho, a convalidação de atos administrativos de criação de cargos e funções, por via legislativa, já ocorreu, no âmbito da Justiça do Trabalho (Lei 11.336/2006, no TRT da 24ª Região, Lei 11.535/2007, no TRT da 21ª Região, Lei 11.758/2008, no TRT da 1ª Região). Na própria 5ª Região, o procedimento convalidou situação similar, em que, por via

¹ MAUÉS, A. Moreira; COLARES, P. M. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988*. Revista da Faculdade de Direito da UFF Vol. 6 - 2002, pág. 173.



PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

administrativa, aumentou-se o valor da remuneração de cargos e funções (Lei 11.679/2008). Acresço que, no mesmo sentido, em 7 de abril de 2009, o Órgão especial do TST aprovou o envio de projeto de lei com o objetivo de incluir na Lei 11.348/2006, dispositivo que convalide os atos praticados por servidores no exercício de funções criadas por meio de atos administrativos da 15ª Região, bem como os efeitos financeiros decorrentes do exercício dessas funções. A decisão foi tomada depois da submissão da matéria a este Conselho que, a partir de voto condutor do Exmo. Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, decidiu, à unanimidade, pelo encaminhamento do anteprojeto de lei.

Também o Conselho Nacional de Justiça enfrentou a matéria, no Pedido de Providências 120, relator Conselheiro Douglas Alencar Rodrigues. A decisão foi assim ementada:

PARECER E ANÁLISE DE MÉRITO DO PROJETO DE LEI N° 82/2005, DE INICIATIVA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, QUE DISPÕE SOBRE A CRIAÇÃO DE 720 FUNÇÕES COMISSONADAS NO QUADRO DE PESSOAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO. VIABILIDADE TÉCNICA E ORÇAMENTÁRIA DO PROJETO ATESTADA PELA COMISSÃO INSTITUÍDA PELA PORTARIA N.º 336, DE 29 DE SETEMBRO DE 2005. MERA REGULARIZAÇÃO DE SITUAÇÃO DO QUADRO FUNCIONAL DO TRT DA 24ª REGIÃO QUE PERDURA DESDE 1991. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO ADMINISTRADOR AO CRIAR FUNÇÕES COMISSONADAS POR RESOLUÇÃO, SEM EXISTÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. DÚVIDA FUNDADA, NA ÉPOCA, SOBRE A POSSIBILIDADE DESSA TRANSFORMAÇÃO SER IMPLANTADA POR MEIO DE ATO INTERNO DO PRÓPRIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO, FACE À MUDANÇA IMPOSTA PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988. ORIENTAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE, NA ÉPOCA, ERA CONSAGRADA NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, SENDO ADOTADA EM VÁRIOS OUTROS TRIBUNAIS REGIONAIS, ATÉ SER DESAUTORIZADA POR ORIENTAÇÃO SUPERVENIENTE. POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PARECER DE MÉRITO PELA APROVAÇÃO PARCIAL DO PROJETO DE LEI.

Em outros feitos, o CNJ reiterou esse entendimento (PP 114, rel. Conselheira Germana Moraes, PP 122, rel. Conselheiro Paulo Lôbo).

Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo

PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

Alguns dos fundamentos adotados na decisão, cuja ementa se reproduziu, são de extrema pertinência à hipótese de que se trata. A respeito do respaldo na LC 10/1971, e da superveniência da CF/88, que trouxe comandos diversos, o acórdão pondera que, na época, travaram-se discussões jurídicas sobre o alcance de dispositivos da Constituição, em especial os artigos 48, X e 96, II, b. Desses debates, surgiu a conclusão de que determinadas gratificações não eram cargos, empregos ou funções públicas, mas apenas retribuições pecuniárias concedidas ao servidor em razão de atribuições especiais ou condições especiais, motivo pelo qual não estariam abarcadas pela reserva imposta pelo art. 48, X, da Constituição. Também se argumentava que o art. 96, II, b, atribuía aos Tribunais competência para propor projeto de lei apenas em relação a cargos, procedimento dispensável quando se tratasse de funções gratificadas. Há, na decisão, registro de que o próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar na ADI 408 (Rel. Min. Sydney Sanches, julg. 6.12.1990, DJ 20.04.1995) referendou a prática de criação de funções gratificadas por meio de resolução interna.

Ainda no STF, a edição do Ato Regulamentar 26/1992 sinalizou para os demais Tribunais do país que era possível a criação de tais funções gratificadas por meio de atos internos. O Tribunal Superior do Trabalho, na Resolução Administrativa 42/1991, declarou sua competência para criar funções de gabinete e, em consequência, autorizar seu Presidente a criá-las mediante atos, fixar a lotação numérica e introduzir alterações na tabela de gratificação de Representação de Gabinete. Afirmou o relator que *"a prática legitimada no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, respaldada também pela área administrativa do Supremo Tribunal Federal, terminou por servir de exemplo para os Tribunais Regionais*

Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo



PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

do Trabalho que, até então, tinham naquela orientação firmada um norte seguro a ser trilhado”.

Depois de mencionar a mudança no posicionamento do STF, na ADI 1732/ES, julgada pelo Plenário em 17 de abril de 2002, e o consequente questionamento que passou a ser feito pelo Tribunal de Contas da União, a decisão do CNJ indaga o que se haveria de fazer em relação àquelas funções que, anteriormente à nova orientação, foram criadas por ato regulamentar. Enfrentando a questão, ponderou que, extingui-las, simplesmente, seria uma solução juridicamente fácil, mas extremamente danosa aos interesses da Administração, com risco de até mesmo inviabilizar a atividade dos vários Tribunais atingidos. E narra que a solução encontrada, e que contou com a compreensão do próprio Tribunal de Contas da União, foi a de ratificar os atos de criação e transformação de funções gratificadas por meio de lei, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, até porque *“patente e inequívoca a constatação de que a situação de nebulosidade jurídica inicial justificava plenamente o agir administrativo concretizado”*. O acórdão é arrematado com a observação de que não é o caso de tecer críticas à conduta dos Tribunais Regionais do Trabalho, mas, antes de considerar plenamente justificável o erro do passado e aplaudir a sensibilidade demonstrada pelo TCU, em tentar repará-lo da forma menos danosa e drástica possível.

Analisada por esse mesmo prisma, a princípio, a situação dos autos mereceria idêntica solução.

Ocorre que veio aos autos prova de que, dos 255 servidores contemplados com as funções comissionadas criadas pelo ato administrativo, apenas três optaram por receber o valor correspondente à FC-2 (fls. 108-114). Todos os demais fizeram opção pelo recebimento da GAS - Gratificação de Atividade de Segurança, criada pela lei 11.416/2006, correspondente a 35% do vencimento. Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo



PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

básico e que, de acordo com o art. 17, §2º, não pode ser recebida cumulativamente a qualquer função comissionada ou cargo em comissão.

Ainda, a Coordenadoria de Estatística do TST apresentou dados que confirmam, no âmbito da 5ª Região, uma proporção de 1,1 CJ/FC por cargo efetivo, de forma que apenas 163 dos ocupantes de cargos efetivos não são contemplados por funções comissionadas. Prossegue o raciocínio para concluir que, como 253 servidores abriram mão da FC2 para receber a GAS, a criação (ou ratificação do ato que criou as 255 funções) faria com que todos os servidores do quadro efetivo passassem a ter cargo ou função comissionada e ainda restariam 90 (noventa) FCs. A proporção, assim, passaria a ser de 1 para 1, enquanto o Comitê Técnico de Apoio aos Membros do Conselho Nacional de Justiça emitiu parecer técnico em que consta como proporção ideal a de 1,6 (o que equivale a 62,5% dos cargos efetivos). No TRT da 5ª Região, a quantidade de FCs/CJs deveria ser de 1.146, e, mesmo sem as 255 funções criadas por ato administrativo, remanesce um total de 1.416.

Por fim, há que se registrar que, com a publicação da Lei 11.963/2009, de 3 de julho de 2009, que dispõe sobre a criação de 403 cargos efetivos e 163 funções comissionadas na 5ª Região (PL 552/2007) e o pedido constante nos autos CSJT 187.154/2007-000-00-00.3, a proporção passará a ser de 1,4, ainda superior ao índice de 1,6, considerado ideal pelo Conselho Nacional de Justiça.

A despeito dessa forma de pensar, a delicadeza da questão fez com que, na sessão de julgamento, fossem feitas considerações que conduziram a conclusão diversa.

A preocupação se concentra nos efeitos jurídicos e patrimoniais naturalmente gerados pela situação que, embora irregular, persistiu por mais de uma década. Ponderou-se, a princípio, que talvez fosse mais razoável encaminhar ao Congresso Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo



PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

Nacional um anteprojeto com vistas apenas à ratificação dos efeitos do ato administrativo que criou as FCs, no âmbito da 5ª Região, que ficariam restritos ao passado. Também se cogitou da declaração de nulidade do ato, com efeitos a partir da data dessa declaração, de forma a evitar problemas com a devolução de valores por aqueles servidores que, sem dúvida, perceberam de absoluta boa-fé os valores correspondentes às funções.

Quanto à primeira alternativa, concluiu-se que a patente ilegalidade do ato criador de funções já é de pleno conhecimento do Tribunal de Contas da União e, afinal, também deste Conselho Superior, o que acarretaria grande desconforto para o envio de anteprojeto ao Congresso Nacional.

Criou-se consenso no sentido de determinar-se a suspensão dos efeitos do ato e o encaminhamento de projeto ao Congresso Nacional, a quem caberia analisar a possibilidade de ratificar o ato de criação das funções - quando, então, os servidores voltariam a receber os valores - ou de convalidar apenas os efeitos pretéritos, de forma que nada haveria que ser restituído.

ISTO POSTO

ACORDAM os Membros do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, por unanimidade, I - por unanimidade: a) conhecer da matéria administrativa com fundamento no art. 5º, IV e VII, d, do Regimento Interno do CSJT; b) suspender, a partir da data da publicação do acórdão relativo a esta decisão, o ato que criou 255 funções comissionadas (FC-2) no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região; II - por maioria, vencida a Exma. Conselheira Maria Cesarineide de Souza Lima, remeter o processo ao Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho com proposta de encaminhamento de anteprojeto de lei ao Congresso Nacional, para ratificar a criação

Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo



Poder Judiciário
Justiça do Trabalho
Tribunal Superior do Trabalho

PROC. N° TST-CSJT-200821/2008-000-00-00.4

de 255 funções comissionadas por ato administrativo no Tribunal Regional da 5ª Região. O Exmo. Conselheiro João Batista Brito Pereira consignou ressalvas de entendimento.

Brasília, 28 de agosto 2009.

ROSALIE MICHAELE BACILA BATISTA
Conselheira-Relatora

Certifico que o acórdão foi divulgado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho em 11/11/2009, sendo considerado publicado em 12/11/2009, nos termos da Lei 11419/06. Silvana R. M. R. Araújo