



FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES
DO JUDICIÁRIO NOS ESTADOS
CNPJ: 32.766.859/0001-00
FUNDADA EM 26 DE MARÇO DE 1989



Filiada a



ENTIDADES FILIADAS: Serjal-AL, Sinjap-AP, Sintjam-AM, Sinpojud-BA, Sintaj-BA, Sinspojuce-CE, Sindjudiciário-ES, Sindjustiça-GO, Sindjus-MA, Sindijus-MS, Sinjus-MG, Serjusmig-MG, Sinjep-PB, Sisjern-RN, Sinjur-RO, Sintjurr-RR, Sindiserj-SE, Sinjusc-SC, Sinsjusto-TO, Sindijus-PR, Sindjus-RS

Ofício nº 008/2015-PRES/FENAJUD

Brasília (DF), 13 de maio de 2015.

Junte-se ao Processado

em 03 / 06 / 2015

Presidente da CCJ

A sua Excelência o Senhor
Senador **JOSÉ MARANHÃO** (PMDB/PB)
Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
Ala Alexandre Costa, Sala 5-A - Senado Federal
Praça dos Três Poderes / Brasília - DF

Senhor Presidente,

O anseio por um Judiciário democrático, com a valorização dos seus trabalhadores, ameaçada diuturnamente por aqueles que administram o Poder Judiciário com a extinção de cargos essenciais à melhor prestação jurisdicional à população, de quem emana todo o Poder constituído na República Federativa do Brasil, permeou a luta incansável desta categoria de trabalhadores em torno da aprovação da Proposta de Emenda à Constituição nº 59/2013, que tramita nesta Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania e aguarda a indicação de um relator à matéria, o que possibilitará sua apreciação pelo Plenário do Senado Federal.

Durante a discussão na Câmara dos Deputados, sob a relatoria do eminente Deputado Federal peemedebista **Manoel Júnior** (PMDB/PB), alcançamos expressiva vitória com o encaminhamento de voto favorável de todas as bancadas daquela Casa de Leis, incluídas aí as lideranças do Governo e do Partido dos Trabalhadores, com 355 votos favoráveis em primeiro turno e 400 votos favoráveis em segundo turno.

Tal votação chamou à atenção da magistratura nacional que tem se posicionado contra a aprovação da matéria, sem qualquer fundamento legal, não tendo sequer participado dos debates, inclusive aprovando no Conselho Nacional de Justiça, sem direito a manifestação por parte desta Federação, a Nota Técnica nº 18/2014, cuja preocupação reside apenas em dizer que "um estatuto jurídico único para os servidores importaria em acréscimo de despesas a serem suportadas pelos Estados em um futuro próximo" e na mesma Nota Técnica se contradiz ao afirmar que "ainda que a proposta não trate especificamente da remuneração dos servidores,



FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES
DO JUDICIÁRIO NOS ESTADOS
CNPJ: 32.766.859/0001-00
FUNDADA EM 26 DE MARÇO DE 1989



Filiada a



ENTIDADES FILIADAS: Serjal-AL, Sinjap-AP, Sintjam-AM, Sinpojjud-BA, Sintaj-BA, Sinspojuce-CE, Sindjudiciário-ES, Sindjustiça-GO, Sindjus-MA, Sindijus-MS, Sinjus-MG, Serjusmig-MG, Sinjep-PB, Sisjern-RN, Sinjur-RO, Sintjurr-RR, Sindiserj-SE, Sinjusc-SC, Sinsjusto-TO, Sindijus-PR, Sindjus-RS

a tendência é que um regulamento nacional, nos moldes propostos, produza consideráveis pressões por elevação salarial".

Não observamos do Conselho Nacional de Justiça, a demonstração de tal preocupação quando se trata de projetos de interesse da magistratura, que implicam diretamente em aumento de despesas aos Estados, quando aplicadas aos Ministros do STF, a exemplo da PEC 63/2013-SF, que corresponderia em média a um reajuste direto de 35% acima do subsídio, e ainda quanto a nova Lei Orgânica da Magistratura que traz em seu anteprojeto uma série de benefícios salariais que hoje são concedidos por meio de resoluções do próprio Conselho Nacional de Justiça-CNJ, desrespeitando o princípio da reserva legal e, sobretudo, o poder de legislar do Congresso Nacional.

Convictos da importância da aprovação dessa Proposta de Emenda à Constituição nº 59/2013, encaminhamos a Vossa Excelência o Parecer Jurídico do renomado jurista Dr. **Gilberto Bercovici**¹, no qual ratifica o entendimento dos autores da proposta e desconstrói o entendimento do Conselho Nacional de Justiça e de setores contrários a matéria, por se tratar apenas de uma autorização legislativa para que o Supremo Tribunal Federal encaminhe uma proposta de Estatuto Nacional dos Trabalhadores do Judiciário ao Congresso Nacional, razão pela qual frisamos que a PEC 59/2013 não cria o Estatuto, pois o conteúdo será ainda debatido com o Supremo Tribunal Federal, e posteriormente com o Congresso Nacional.

Luiz Fernando Pereira Souza
Presidente da FENAJUD

(1) **Gilberto Bercovici** - Doutor em Direito do Estado e Livre-Docente em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do grupo de pesquisa CNPq "Estado e Economia". Autor de várias obras sobre o Estado Brasileiro dentre elas "Soberania e Estado", "Desigualdades Regionais, Estado e Constituição" e "Dilemas do Estado Federal Brasileiro".

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A CONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 59/2013

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CONSULTA

A FENAJUD – FEDERAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO NOS ESTADOS, por intermédio de seus ilustres Diretores WAGNER FERREIRA e VOLNEI ROSALEN, honra-me com a presente consulta para elaboração de parecer jurídico sobre a Proposta de Emenda Constitucional nº 59, de 2013, atualmente em tramitação no Senado Federal. Os termos da presente consulta foram assim formulados:

1. A PEC 59/13 fere o pacto federativo?
2. A PEC 59/13 afronta o artigo 39 da Constituição Federal de 1988 que determina à União, Estados e Municípios a instituição de plano de carreiras aos seus servidores?
3. A PEC 59/13 afronta o artigo 96, II, 'b' da Constituição de 1988?
4. A PEC 59/13 ocasiona aumento de despesa para os Estados?
5. A PEC 59/13 respeita a autonomia do Poder Judiciário ao prever regramento único nacional referente aos seus trabalhadores?

PARECER

Em 2007, foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional nº 190 pelo então deputado federal Flávio Dino e pela deputada federal Alice Portugal. A PEC nº 190/2007 pretende a inclusão de um novo dispositivo no texto constitucional, o artigo 93-A, prevendo a elaboração de um estatuto nacional para os servidores do Poder Judiciário.

Sua aprovação pela Câmara dos Deputados se deu nos dois turnos, por larga maioria: foram 355 votos favoráveis e 47 contrários na primeira votação, ocorrida em 07 de agosto de 2013, e 400 votos favoráveis e apenas 04 votos contrários na segunda votação, ocorrida em 29 de outubro de 2013. O texto aprovado pela Câmara dos Deputados da PEC nº 190/2007 foi encaminhado ao Senado Federal, onde tramita hoje, sob a designação de PEC nº 59/2013:

“Artigo 93-A – Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário, observado o disposto no inciso XIII do art. 37 e na alínea ‘b’ do inciso II do art. 96, ambos desta Constituição Federal.

Parágrafo único – As leis estaduais observarão o disposto na lei complementar de que trata o caput”.

A PEC nº 59/2013, ainda, fixa o prazo de 360 dias a contar da publicação da Emenda para o Supremo Tribunal Federal encaminhar o projeto de lei complementar ao Congresso Nacional.

O Conselho Nacional de Justiça se manifestou, ainda durante a tramitação da então PEC nº 190/2007, por meio da Nota Técnica nº 9/2009. No entendimento do Conselho, enquanto órgão de controle e planejamento do Poder Judiciário nacional, a proposta da PEC nº 190/2007 seria positiva, ao propor a equalização do regime jurídico dos servidores do Judiciário. No

FB

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

entanto, sem nenhuma justificativa aparente, sob a presidência do ex-Ministro Joaquim Barbosa, o Conselho Nacional de Justiça emitiu a Nota Técnica nº 18/2014, na qual manifesta sua contrariedade em relação à PEC nº 59/2013, que antes havia apoiado, com o argumento de que a PEC nº 59/2013 consistiria em “potencial violação da autonomia dos Estados” e traria impactos negativos para as finanças públicas estaduais. Além do Conselho Nacional de Justiça, outras entidades, especialmente as vinculadas aos servidores da Justiça Federal, se manifestaram no mesmo sentido de que a PEC nº 59/2013 se traduziria em uma violação do princípio federativo previsto como “cláusula pétrea” na Constituição de 1988 (artigo 60, §4º, I).

Para alguns, portanto, a PEC nº 59/2013 seria inconstitucional por violar o artigo 60, §4º, I e o artigo 60, §4º, III da Constituição de 1988, que dispõem, respectivamente, que não será apreciada emenda constitucional tendente a abolir a “forma federativa de Estado” e a “separação de poderes”. Não discutirei aqui questões ligadas às chamadas “cláusulas pétreas” ou ao significado da expressão “tendente a abolir”¹.

A unidade política do Estado, manifesta na concepção de soberania, não impede a divisão vertical (federalismo) ou horizontal (organização dos poderes) de seu exercício². A modificação, via emenda constitucional, de dispositivos relativos à organização do Poder Judiciário não viola a forma federativa de Estado, nem a “separação de poderes”.

O texto do artigo 60, §4º, I é claro ao mencionar “a forma federativa de Estado”, não há nenhuma menção à estruturação dos órgãos ou à administração do Poder Judiciário. Não bastasse toda a argumentação já exposta sobre a compatibilidade entre o proposto na PEC nº 59/2013 e nossa estrutura federativa, a possibilidade de criação de uma lei geral do

¹ Para esta discussão, vide, por todos, Manoel Gonçalves FERREIRA Filho, “Significação e Alcance das ‘Cláusulas Pétreas’”, *Revista de Direito Administrativo* nº 202, outubro/dezembro de 1995, pp. 11-17.

² Olivier BEAUD, *La Puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 15-17.

fb

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

funcionalismo do Poder Judiciário diz respeito bem menos à “forma federativa de Estado” do que, por exemplo, a extinção dos Tribunais de Alçada dos Estados, determinada pelo artigo 4º da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004. A extinção destes tribunais e sua incorporação aos Tribunais de Justiça nos Estados onde existissem não violou a “forma federativa de Estado” ou a “separação de poderes”, apenas restringiu uma possibilidade de organização judiciária para as esferas estaduais de governo que até então era constitucionalmente permitida e deixou de sê-la com a promulgação da emenda constitucional³. Se a extinção dos Tribunais de Alçada dos Estados não consiste em uma violação à “forma federativa de Estado”, muito menos seria a instituição de uma legislação nacional sobre o regime dos funcionários do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, apesar da divisão organizativa dual (federal e estadual), é um poder unitário, nacional. O Poder Judiciário no Brasil não é fragmentado. Existe uma repartição do trabalho entre vários órgãos, inclusive há a especialização por matéria, mas a jurisdição é una. O exercício da jurisdição será realizado por intermédio de vários órgãos, federais e estaduais. Não por acaso, a jurisdição estadual não deriva da Constituição estadual ou da legislação específica dos Estados-membros, mas tem sua origem e fundamento na Constituição Federal (artigo 92)⁴.

A concepção de unidade do Poder Judiciário, inclusive, é constantemente afirmada e reafirmada pelos próprios órgãos integrantes de

³ Neste mesmo sentido, vide Clèmerson Merlin CLÈVE, “Extinção dos Tribunais de Alçada: Constitucionalidade pela Via da Reforma Constitucional no Plano Federal. Devida Reinclusão na Proposta de Emenda à Constituição 29, de 2000, que Veicula a Reforma do Poder Judiciário” in André Ramos TAVARES; Pedro LENZA & Pietro de Jesús Lora ALARCÓN (coords.), *Reforma do Judiciário Analisada e Comentada*, São Paulo, Método, 2005, pp. 159-168 e André Ramos TAVARES, *Manual do Poder Judiciário Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 233-235.

⁴ Antonio Carlos de Araújo CINTRA; Ada Pellegrini GRINOVER & Cândido Rangel DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 27ª ed, São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 175-176 e André Ramos TAVARES, *Manual do Poder Judiciário Brasileiro cit.*, pp. 135-138.

GB

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

sua estrutura. Uma das manifestações mais emblemáticas sobre a concepção do Poder Judiciário como um poder nacional foi do Ministro Cezar Peluso, em seu voto proferido na ADI nº 3367-1/DF:

“O pacto federativo não se desenha nem expressa, em relação ao Poder Judiciário, de forma normativa idêntica à que atua sobre os demais Poderes da República. Porque a Jurisdição, enquanto manifestação da unidade do poder soberano do Estado, tampouco pode deixar de ser una e indivisível, é doutrina assente que o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo, senão por metáforas e metonímias, “Judiciários estaduais” ao lado de um “Judiciário federal”.

A divisão da estrutura judiciária brasileira, sob tradicional, mas equívoca denominação, em Justiças, é só o resultado da repartição racional do trabalho da mesma natureza entre distintos órgãos jurisdicionais. O fenômeno é corriqueiro, de distribuição de competências pela malha de órgãos especializados, que, não obstante portadores de esferas próprias de atribuições jurisdicionais e administrativas, integram um único e mesmo Poder. Nesse sentido fala-se em Justiça Federal e Estadual, tal como se fala em Justiça Comum, Militar, Trabalhista, Eleitoral, etc., sem que com essa nomenclatura ambígua se enganem hoje os operadores jurídicos”.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Além desta enfática manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o caráter nacional do Poder Judiciário⁵, outros órgãos também explicitam o mesmo entendimento. O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, ao editar a recente Resolução nº 199, de 07 de outubro de 2014, que trata da ajuda de custo para moradia no âmbito do Poder Judiciário, destacou entre os motivos que justificariam essa medida o caráter nacional do Poder Judiciário.

Para seus opositores, a PEC nº 59/2013 violaria também o chamado “princípio da separação de poderes”⁶. A visão de “separação de poderes” defendida pelos opositores da PEC nº 59/2013 é mais ortodoxa que a do próprio Montesquieu. No célebre capítulo VI do Livro XI do livro *De L'Esprit des Lois* (1748), Montesquieu teria afirmado a “separação de poderes”⁷. Na realidade, Montesquieu jamais afirmou que os poderes são separados de forma estanque. Esta interpretação, chamada por Charles Eisenmann, de “*interprétation séparatiste*”⁸, ignorou a intenção de Montesquieu que, dentro da tradição do chamado “governo misto”⁹, buscava a instituição de um governo moderado,

⁵ Esta argumentação em favor do caráter nacional do Poder Judiciário foi reforçada com a decisão da medida cautelar na ADI nº 3854-1/DF (Relator: Ministro Cezar Peluso), concedida por maioria de votos em 29 de fevereiro de 2007.

⁶ Devo ressaltar, inclusive, que a “separação de poderes”, na realidade, não é um princípio, no sentido de um “mandamento de otimização”, como defende a teoria de Robert Alexy. A distinção, hoje amplamente divulgada, entre regras/princípios, segundo Möllers, não é adequada para os dispositivos constitucionais de natureza organizatória ou procedimental. Cf. Christoph MÖLLERS, *Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 2005, p. 6.

⁷ MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois in Oeuvres Complètes*, reimpr., Paris, Éditions du Seuil, 1990, Livro XI, Cap. VI.

⁸ Charles EISENMANN, “La Pensée Constitutionnelle de Montesquieu” in *Cahiers de Philosophie Politique* nº 2-3: *Montesquieu*, Bruxelas, Éditions Ousia, 1985, pp. 38-50. Vide também Michel TROPER, *La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française*, Paris, L.G.D.J., 1980, pp. 109-120. Na doutrina brasileira, vide a crítica de Eros Roberto GRAU, “Crítica da ‘Separação dos Poderes’: As Funções Estatais, os Regulamentos e a Legalidade no Direito Brasileiro, as ‘Leis-Medida’” in *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 229-235.

⁹ Sobre a tradição do “governo misto” e da “constituição mista”, provenientes de Políbio e recorrentes na formação do constitucionalismo ocidental, especialmente na tradição inglesa, vide, por todos, J. G. A. POCKOCK, *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975,

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

controlado. A separação de Montesquieu diz respeito à não confusão, à não identidade entre os componentes das várias funções estatais, não tem nada a ver com separação total e absoluta. Pelo contrário, Montesquieu exige que um poder controle o outro. O controle recíproco é essencial em seu sistema, para evitar o abuso de qualquer um dos poderes sobre os outros.

Os próprios norte-americanos entenderam que a “separação dos poderes” não exigiria que os poderes legislativo, executivo e judiciário fossem inteiramente desvinculados uns dos outros. Na realidade, o essencial era, inclusive, a sua vinculação e interpenetração, realizadas de maneira que cada um dos poderes obtivesse o controle constitucional sobre os demais. A mera declaração escrita dos limites dos vários poderes não era suficiente¹⁰. O mecanismo encontrado na Constituição norte-americana foi, ao invés da separação total e absoluta dos poderes, a introdução do sistema de **freios e contrapesos** (*checks and balances*).

No mesmo sentido, o célebre artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789¹¹, não propõe um modelo ideal para toda e qualquer Constituição, como muitos chegaram a interpretar. Pelo contrário, trata-se de uma afirmação de que a França, naquele momento, estava sem Constituição, pois o poder todo estava concentrado nas mãos do Rei e, portanto, competia à Assembleia Nacional elaborar uma Constituição para os franceses em que se garantissem os direitos individuais e a separação

especialmente capítulos IX e XI, pp. 272-273, 277, 286, 297-300, 304-308, 315-316, 323-328, 364-371, 382 e 395.

¹⁰ Alexander HAMILTON, James MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, London/New York, Penguin Books, 1987, Artigo nº 48. Vide, ainda, Christoph MÖLLERS, *Die drei Gewalten: Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung*, Göttingen, Velbrück Wissenschaft, 2008, pp. 29-35.

¹¹ Artigo 16: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.

GP

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

de poderes, novamente, no sentido de não concentração de todas as funções estatais nas mãos de uma mesma pessoa¹².

Renato Alessi critica a concepção subjetiva da "separação de poderes" de Montesquieu, preferindo se ater à divisão material correspondente à distinção das funções estatais: função normativa, função administrativa e função jurisdicional. Deste modo, como bem demonstra Alessi, o exercício da Administração Pública implica também em atividades materialmente legislativas e jurisdicionais, fruto de competências próprias e normais atribuídas pela Constituição e pelas leis. Por sua vez, o exercício da atividade jurisdicional implica também em exercer atividades legislativas, de estatuição de normas, e em exercer atividades administrativas. As várias funções do Estado, assim, estão intimamente conectadas, entrelaçando-se e integrando-se uma na outra, sendo impossível, na realidade concreta, dividir as atividades do Estado em compartimentos estanques. Faz muito mais sentido falarmos, assim, em coordenação de funções, tendo em vista, inclusive, a unidade do poder estatal, do que em "separação de poderes". A divisão subjetiva dos poderes, presente na Constituição de 1988, assim como em praticamente todas as constituições democráticas contemporâneas, nunca pode ser entendida em termos absolutos¹³. Portanto, em princípio, o fato de órgãos do Poder Judiciário serem dotados de competência normativa, de competência administrativa e de iniciativa legislativa não fere a "separação de poderes", consagrada no artigo 2º da Constituição de 1988.

A tradição dos Estados federais, desde a originária Federação norte-americana, é a utilização do critério jurídico-formal no estabelecimento da estrutura federal, delimitando-se as esferas de atuação dos Estados-Membros

¹² Vide Michel TROPER, *La Séparation des Pouvoirs et l'Histoire Constitutionnelle Française cit.*, pp. 157-160; Stéphane RIALS, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, Paris, Hachette, 1988, pp. 252-254 e Christoph MÖLLERS, *Die drei Gewalten cit.*, pp. 20-25.

¹³ Renato ALESSI, *Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1966, vol. 1, pp. 3-16. Vide também Christoph MÖLLERS, *Die drei Gewalten cit.*, pp. 90-118.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

e da União. Essa delimitação, chamada de repartição de competências, é o ponto central do federalismo, pressuposto da autonomia dos entes federados. As unidades federadas recebem diretamente da Constituição Federal as suas competências, isto é, o reconhecimento de seus poderes conjugado com a atribuição de encargos. Não se trata de mera descentralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com a exclusividade em relação a determinados assuntos. A União trata dos interesses gerais, os Estados e outros entes federados (quando existem) dos seus próprios interesses regionais ou locais ou daqueles que são melhor tratados se delegados ao poder local.

Desta forma, na formação dos Estados Unidos, em 1787, foram definidas com cuidado as atribuições da União e deixou-se o resto (a competência residual) para os Estados. Os principais objetivos a serem defendidos pela União seriam a defesa comum dos membros, a preservação da paz pública (contra convulsões internas ou ataques externos), a regulação do comércio com outras nações e a manutenção de relações políticas e comerciais com os países estrangeiros. Aos Estados caberia tudo aquilo de que não fossem explicitamente destituídos pela Constituição. As dúvidas seriam dirimidas pela Suprema Corte.

A decorrência direta da repartição de competências é a distribuição das fontes de recursos financeiros para equilibrar os encargos e as rendas das unidades federadas. A forma norte-americana de repartição de competências, depois imitada pela maioria dos Estados federais surgidos posteriormente, foi assim resumida por James Madison, co-autor dos *Artigos Federalistas*, no artigo 45:

"The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and

fb

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

indefinite. The former will be exercised principally on external objects, as war, peace, negotiation, and foreign commerce; with which last the power of taxation will, for the most part, be connected. The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the State. The operations of the federal government will be most extensive and important in times of war and danger; those of the State governments, in time of peace and security. As the former periods will probably bear a small proportion to the latter, the State governments will here enjoy another advantage over the federal government. The more adequate, indeed, the federal powers may be rendered to the national defence, the less frequent will be those scenes of danger which might favour their ascendancy over the governments of the particular States”¹⁴.

Esta separação absoluta de competências do federalismo clássico (denominado federalismo dualista) é justificada no contexto de um Estado liberal, em que a atuação estatal era relativamente reduzida. A separação total é, assim, possível por causa da pouca extensão e relativa simplicidade da intervenção do Estado. Para boa parte da doutrina norte-americana, o federalismo dualista era um complemento necessário ao Estado liberal e ao *laissez-faire* econômico, evitando uma maior regulação e intervenção estatal (especialmente da parte da União) na economia¹⁵.

¹⁴ Alexander HAMILTON, James MADISON & John JAY, *The Federalist Papers cit.*, Artigo nº 45.

¹⁵ Edward S. CORWIN, *American Constitutional History*, New York, Harper Torchbooks, 1964, pp. 163-164; Bernard SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro,

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Com a redemocratização da década de 1980, abriram-se novas perspectivas para o federalismo brasileiro. Apesar de sua origem e fundamento oligárquicos¹⁶, com a Constituição de 1988, existe a possibilidade de renovação das estruturas federais no Brasil, com sua ênfase na cooperação federativa e na superação das desigualdades regionais. Em um Estado intervencionista e voltado para a implementação de políticas públicas, como o Estado brasileiro estruturado pela Constituição de 1988, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isto ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem uma unidade de planejamento e direção¹⁷. Antes, portanto, de o Estado social (aqui entendido como sinônimo de Estado intervencionista¹⁸) estar em contradição com o Estado federal, o Estado social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado social¹⁹.

As tensões do federalismo contemporâneo, situadas basicamente entre a exigência da atuação uniformizada e harmônica de todos os entes

Forense, 1966, pp. 63-65, 68-70 e 206-207; Bernard SCHWARTZ, *El Federalismo Norteamericano Actual*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 39-44 e Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 353-355.

¹⁶ Para a história do federalismo no Brasil, vide Gilberto BERCOVICI, *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004, pp. 23-54.

¹⁷ Konrad HESSE, *Der Unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1962, pp. 13-14 e Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 356-357.

¹⁸ Sobre esta discussão, vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 50-55.

¹⁹ Konrad HESSE, *Der Unitarische Bundesstaat cit.*, pp. 32-34; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, pp. 119-120; Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 25, 54-55 e 365-366 e Gilberto BERCOVICI, "O Federalismo Cooperativo nos Estados Unidos e no Brasil", *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre* nº 16, Porto Alegre, dezembro de 2002, pp. 13-25.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

federados e o pluralismo federal, são resolvidas em boa parte por meio da colaboração e atuação conjunta das diversas instâncias federais. A cooperação se faz necessária para que as crescentes necessidades de homogeneização não desemboquem na centralização. A virtude da cooperação é a de buscar resultados unitários e uniformizadores sem esvaziar os poderes e competências dos entes federados em relação à União, mas ressaltando a sua complementaridade²⁰. Podemos passar para a análise do federalismo brasileiro da Constituição de 1988, partindo da caracterização de federalismo cooperativo formulada por Enoch Rovira:

“En pocas palabras, y como punto de partida, podemos decir que la división federal del poder no se entiende ya como separación y mera yuxtaposición de esferas independientes y soberanas de gobierno, actuando cada una sobre un ámbito material propio y exclusivo, sino como colaboración entre los diversos centros de gobierno en la consecución de objetivos de común interés, como participación de todas las instancias en un esfuerzo conjunto para el cumplimiento de todas aquellas funciones y tareas que redundan en beneficio del todo, y con él, de las propias partes. La separación y la estanqueidad han sido sustituidas por lo que podemos designar como voluntad de colaboración, a impulso de las necesidades y exigencias de la realidad”²¹.

²⁰ Konrad HESSE, *Der Unitarische Bundesstaat cit.*, pp. 19-21 e 31-32; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland cit.*, pp. 103-104 e Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 24-25 e 562-563.

²¹ Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 358-359.

EP

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Com o federalismo cooperativo, a ênfase da célebre definição do princípio federal formulada por Kenneth Wheare dá-se na expressão “coordinate”:

“By the federal principle I mean the method of dividing powers so that the general and regional governments are each, within a sphere, coordinate and independent”²².

Não é plausível, contudo, um Estado federal em que não haja um mínimo de colaboração entre os diversos níveis de governo. Faz parte da própria concepção de federalismo esta colaboração mútua. Portanto, no federalismo cooperativo, não se traz nenhuma inovação com a expressão “cooperação”. Na realidade, a diferença é o que se entende por cooperação, que, no federalismo cooperativo, é bem diferente do modelo clássico de colaboração mínima e indispensável²³.

Dentre as complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados, no federalismo cooperativo, devemos distinguir a coordenação da cooperação propriamente dita²⁴. A coordenação é, na

²² Kenneth C. WHEARE, *Federal Government*, London/New York, Oxford University Press/Royal Institute of International Affairs, 1947, p. 11, grifos nossos.

²³ Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 345-346 e 365-366. Vide também Jean ANASTOPOULOS, *Les Aspects Financiers du Fédéralisme*, Paris, L.G.D.J., 1979, pp. 409-410 e Klaus Friedrich ARNDT; Wolfgang HEYDER & Gebhard ZILLER, “Interdependência Política no Federalismo Cooperativo” in *O Federalismo na Alemanha*, Série Traduções nº 7, Rio de Janeiro, Konrad Adenauer Stiftung, 1995, p. 107.

²⁴ Na cooperação, nem a União, nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais. Cf. Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 369-370 e 487. Vide também Raul Machado HORTA, “Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988” *cit.*, pp. 364-366. Na repartição de competências, a cooperação se revela nas chamadas competências comuns, consagradas no artigo 23 da Constituição de 1988. Nas competências comuns, todos os entes da Federação devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. E mais: não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução destas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo. Vide especialmente Sueli Gandolfi DALLARI, *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*, São Paulo, Hucitec, 1995, pp. 38-42 e 79-80. A cooperação

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação. A vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências: os entes federados sempre podem atuar de maneira isolada ou autônoma. A coordenação é um procedimento que busca um resultado comum e do interesse de todos. A decisão comum, tomada em escala federal, é adaptada e executada autonomamente por cada ente federado, adaptando-a às suas peculiaridades e necessidades²⁵.

A materialização da coordenação na repartição de poderes são as competências concorrentes²⁶. A União e os entes federados concorrem em uma mesma função, mas com âmbito e intensidade distintos. A Constituição de 1988 abandonou a tradição constitucional anterior, onde a competência concorrente dizia respeito apenas à suplementação, pelos Estados, da

parte do pressuposto da estreita interdependência que existe em inúmeras matérias e programas de interesse comum, o que dificulta (quando não impede) a sua atribuição exclusiva ou preponderante a um determinado ente, diferenciando, em termos de repartição de competências, as competências comuns das competências concorrentes e exclusivas. O interesse comum viabiliza a existência de um mecanismo unitário de decisão, no qual participam todos os integrantes da Federação. Na realidade, há dois momentos de decisão na cooperação. O primeiro se dá em nível federal, quando se determina, conjuntamente, as medidas a serem adotadas, uniformizando-se a atuação de todos os poderes estatais competentes em determinada matéria. O segundo momento ocorre em nível estadual ou regional, quando cada ente federado adapta a decisão tomada em conjunto às suas características e necessidades. Na cooperação, em geral, a decisão é conjunta, mas a execução se realiza de maneira separada, embora possa haver, também, uma atuação conjunta, especialmente no tocante ao financiamento das políticas públicas. Cf. Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 373-376. Vide também Jean ANASTOPOULOS, *Les Aspects Financiers du Fédéralisme cit.*, pp. 114-115 e 224-227; Joachim Jens HESSE, "República Federal da Alemanha: Do Federalismo Cooperativo à Elaboração de Política Conjunta" in *O Federalismo na Alemanha cit.*, pp. 128-129 e Eberhard THIEL, "O Significado das Disposições Legais da Estrutura do Estado Federativo para a Política Econômica Prática" in *O Federalismo na Alemanha cit.*, pp. 179-180.

²⁵ Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 361-365, 367-369 e 463-477.

²⁶ Vide Kenneth C. WHEARE, *Federal Government cit.*, pp. 79-84. De acordo com vários autores, a técnica das competências concorrentes seria típica do federalismo cooperativo. Cf. Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 53.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

legislação de competência privativa da União. O artigo 24 da Constituição, assim, deu autonomia material e formal à competência concorrente, ao definir matérias próprias que são objeto das normas gerais federais e das normas suplementares estaduais²⁷.

No caso brasileiro, há uma importante divergência doutrinária sobre a questão dos Municípios participarem, ou não, da repartição das competências concorrentes, por não estarem previstos expressamente no artigo 24 da Constituição de 1988 como titulares dos poderes elencados, ao lado da União e Estados. Na opinião de Fernanda Menezes de Almeida, apesar de não constarem expressamente no artigo 24, os Municípios não foram excluídos da repartição de competências concorrentes. Para ela, a titularidade dos Municípios está garantida pelo artigo 30, II da Constituição, que dá competência aos Municípios para legislarem de maneira complementar no que lhes couber²⁸.

Neste sentido, em estudo clássico sobre o assunto, Geraldo Ataliba já afirmava que as leis nacionais têm em comum com as leis federais apenas o mesmo legislador, o Congresso Nacional. A lei federal diz respeito às competências da União, dirige-se à Administração Pública ou aos órgãos governamentais federais. A lei nacional abrange todos os brasileiros, sem distinção, transcendendo às esferas de divisão federativa de competências²⁹.

²⁷ Cf. Raul Machado HORTA, "Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988" in *Direito Constitucional*, 2ª ed, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, pp. 356-357 e 366-368.

²⁸ Vide Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, *Competências na Constituição de 1988 cit.* pp. 80, 125, 139 e 167-171. Esta é a posição que considero mais adequada, dentro do sistema constitucional de 1988. Em sentido contrário, vide especialmente Tercio Sampaio FERRAZ Jr, "Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do Art. 24 da Constituição Federal", *Revista Trimestral de Direito Público* n° 7, 1994, pp. 19-20.

²⁹ Geraldo ATALIBA, "Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios: Limites à Norma Geral – Código Tributário Nacional", *Revista de Direito Público* n° 10, outubro/dezembro de 1969, pp. 49-51. Ainda sobre a questão da norma geral como norma nacional, vide as considerações de Eros Roberto GRAU, *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a Interpretação da Lei)*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 9-13 e de André Luiz BORGES Netto, *Competências Legislativas dos Estados-Membros*, São Paulo, RT, 1999, pp. 136-143.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cada ente da Federação decide, dentro de sua esfera de poderes, de maneira separada e independente, com a ressalva da prevalência do direito federal, que estabelece as chamadas "normas gerais". Em relação ao caso brasileiro, é necessário definirmos o que deve ser entendido por "normas gerais", previstas nos §§1º, 2º, 3º e 4º do artigo 24 da Constituição de 1988. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Jr, a expressão "normas gerais" exige que seu conteúdo seja analisado de maneira teleológica. As "normas gerais" devem se reportar ao interesse fundamental da ordem federativa. Como a Federação brasileira têm por fundamento a solidariedade, que exige a colaboração de todos os seus integrantes, existe a necessidade de uniformização de certos interesses como base desta cooperação. Desta maneira, toda matéria que ultrapassar o interesse particular de um ente federado porque é comum, ou seja, interessa a todos, ou envolver conceituações que, se fossem particularizadas num âmbito subnacional, gerariam conflitos ou dificuldades nacionalmente, é matéria de "norma geral"³⁰. Cumpre ressaltar, ainda, que, de acordo com Enoch Rovira, a disposição que determina a prevalência do direito federal sobre o direito estadual (e, no nosso caso, também o direito municipal) é uma "norma de colisão" (*Kollisionsnorm*), não de competência. Esta determinação da prevalência do direito federal (na Constituição de 1988 está expressa no artigo 24, §4º) não diz respeito à repartição de competências entre a União e os demais entes federados, mas como devem ser resolvidos

³⁰ Cf. Tercio Sampaio FERRAZ Jr, "Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do Art. 24 da Constituição Federal" *cit.*, pp. 18-19. Para uma análise clássica (e ainda pertinente) sobre o assunto no Brasil, vide os textos de Victor Nunes LEAL, "Leis Federais e Estaduais" e "Leis Municipais" in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 109-178. Vide, ainda, Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperacion en la Republica Federal Alemana cit.*, pp. 84-85, 89-95, 366-367 e 462-463. Para uma crítica à doutrina publicista brasileira neste assunto, vide Andreas Joachim KRELL, "A Constitucionalidade da Regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (nº 11.107/05) por Decreto Presidencial", *Revista de Direito do Estado* nº 5, janeiro/março de 2007, pp. 353-355 e 362-367.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

eventuais conflitos oriundos da repartição, determinando, nestes casos, qual é o direito válido³¹.

Justamente dentre as matérias elencadas no texto constitucional de 1988 como de competência concorrente da União e demais entes federados está o regime jurídico dos servidores públicos (artigo 39, *caput* da Constituição³²). De acordo com a Constituição de 1988, portanto, os entes da Federação, no âmbito de sua competência, têm autonomia para elaborar sua própria legislação sobre o plano de carreira e o regime jurídico único para os servidores da Administração Pública Direta, autarquias e fundações públicas. O artigo 39 da Constituição, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, não pretendeu “estabelecer obrigatoriamente um único regime para todos os servidores da Administração direta, autarquias e fundações públicas, mas impor que a União e suas entidades da Administração indireta, Estados e suas entidades da Administração indireta e Municípios e suas entidades da Administração indireta tenham, nas respectivas esferas, uma uniformidade de regime para seus servidores”³³. Esta competência, no âmbito do Poder Judiciário, é explicitada nos artigos 96 e 125 da Constituição, ambos prevendo a competência privativa dos tribunais em se auto organizarem.

A proposta de um Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário, prevista na PEC nº 59/23013, a ser elaborado pelo Supremo Tribunal Federal nada mais é do que a previsão de uma legislação que estabelecerá, ao mesmo tempo, dispositivos nacionais e dispositivos federais sobre o regime jurídico

³¹ Vide Enoch Alberti ROVIRA, *idem*, pp. 119-128. Vide também Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland cit.*, p. 116.

³² Artigo 39, *caput* da Constituição de 1988: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública direta, das autarquias e das fundações públicas”. A redação original do *caput* do artigo 39 da Constituição permanece em vigor em virtude da medida cautelar deferida em 02 de agosto de 2007 pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2135-4/DF (Relatora para o Acórdão Ministra Ellen Gracie), que suspendeu os efeitos da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 neste dispositivo.

³³ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed, São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 259-260.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

do funcionalismo público do Poder Judiciário. Ou seja, caso aprovada a PEC nº 59/2013, o futuro Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário conterá disposições que se aplicarão nacionalmente, para todos os entes políticos integrantes da Federação brasileira, e disposições que se aplicarão apenas no âmbito da esfera federal. Haverá determinações que deverão valer para todo o país, devendo ser seguidas por todas as legislações estaduais e haverá determinações que só serão aplicadas à União. É a mesma situação, por exemplo, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979). A lei foi elaborada na esfera legislativa da União, mas é também uma lei nacional, pois vários de seus dispositivos se aplicam para toda a magistratura do país, não apenas a magistratura federal³⁴.

No caso, ainda, da concepção do Poder Judiciário como um poder nacional, cumpre ressaltar que a origem da fonte de custeio do Poder Judiciário (orçamento federal ou orçamentos estaduais) não altera a natureza de órgão vinculado ao Judiciário, portanto, integrante de um poder nacional. O fato de os tribunais superiores serem mantidos com recursos da União não os impede de julgar as causas provenientes dos Estados e o fato de as Justiças estaduais serem mantidas com recursos dos Estados não as impede de julgar com base no direito promulgado na esfera federal. O próprio Supremo Tribunal Federal, ao decidir pela concessão de medida cautelar na ADI nº 3854/DF, se manifestou pela inadmissibilidade de fixação diferenciada de limite ou teto remuneratório para os membros da magistratura federal ou estadual. Ou seja, independentemente da fonte pagadora da remuneração dos magistrados (orçamento da União ou orçamentos dos Estados), o teto remuneratório constitucional deve ser o mesmo para toda a magistratura do país.

³⁴ Vide, por todos, André Ramos TAVARES, *Manual do Poder Judiciário Brasileiro cit.*, p. 119.

FB

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Isto para não serem mencionados os códigos nacionais de processo, matéria de competência legislativa da União (artigo 22, I da Constituição) que tratam uniformemente da atividade jurisdicional em todo o país. O sistema de recursos previsto na legislação processual brasileira garante que as causas possam percorrer os mais diversos órgãos judiciais até chegar, se for o caso, ao Superior Tribunal de Justiça ou ao Supremo Tribunal Federal, independentemente do Estado da Federação em que tenham tido início.

Portanto, os Estados poderão elaborar sua própria legislação sobre o regime jurídico dos servidores públicos do Poder Judiciário, em conformidade com suas Constituições Estaduais, por meio de lei de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça, desde que respeitados os conteúdos de "norma geral" da lei prevista na PEC nº 59/2013. Os artigos 96 e 125 da Constituição de 1988 não são afetados pela aprovação da PEC nº 59/2013.

Um último argumento no que diz respeito à questão federativa. A PEC nº 59/2013 não é a única a propor um regime único ou estatuto único para uma categoria de servidores públicos. A Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, acrescentou o parágrafo 5º ao texto do artigo 198 da Constituição, prevendo uma lei federal que deve determinar o regime jurídico dos agentes de saúde. Este dispositivo teve, ainda, sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 63, de 04 de fevereiro de 2010:

Artigo 198, §5º da Constituição de 1988 (redação alterada pela Emenda Constitucional nº 63/2010): *"Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial".*

20

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

A lei prevista no artigo 198, §5º da Constituição de 1988 é a Lei nº 11.350, de 05 de outubro de 2006, que trata das atividades de Agente Comunitário de Saúde e de Agente de Combate às Endemias. A Lei nº 11.350/2006 estabelece “normas gerais” que devem ser seguidas pelos Estados e Municípios na regulamentação destas atividades.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, dentre várias alterações, acrescentou ao artigo 60, III do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias um dispositivo determinando a elaboração de legislação específica sobre o piso salarial nacional dos professores da educação básica:

Artigo 60, III, ‘e’ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:

III - observadas as garantias estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 208 da Constituição Federal e as metas de universalização da educação básica estabelecidas no Plano Nacional de Educação, a lei disporá sobre:

e) prazo para fixar, em lei específica, piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica”.

A regulamentação do artigo 60, III, ‘e’ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias efetivou-se com a Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008, que fixa o valor do piso salarial profissional nacional para os

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

profissionais do magistério público da educação básica. Esta lei determina a obrigação de todas as esferas da Federação remunerarem os seus docentes da educação básica a partir do mesmo patamar mínimo, fixado nacionalmente.

Do mesmo modo que as Emendas Constitucionais nº 51 e nº 53, a PEC nº 59/2013 nada mais propõe que a elaboração de uma legislação nacional sobre os servidores do Poder Judiciário. Se a PEC nº 59/2013 fosse inconstitucional, também o seriam as referidas Emendas Constitucionais nº 51 e nº 53, ambas de 2006. A iniciativa legislativa prevista no artigo 96 da Constituição tampouco é afetada, pois a PEC nº 59/2013 prevê expressamente que o projeto de lei sobre o Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário deve ser encaminhado, no prazo de 360 dias, pelo próprio Supremo Tribunal Federal para o Congresso Nacional.

No tocante ao alegado provável aumento de gastos orçamentários com os servidores do Poder Judiciário por parte dos Estados em caso de aprovação da PEC nº 59/2013, não há qualquer comprovação que sustente esta afirmação. O artigo 96 da Constituição, que garante a autonomia dos tribunais na própria organização continua em vigor, devendo os próprios tribunais, por meio de sua iniciativa legislativa exclusiva propor a criação e extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação dos seus subsídios (artigo 96, II, 'b' da Constituição).

Do mesmo modo, o artigo 169 da Constituição determina que as despesas com pessoal ativo e inativo de todas as esferas da Federação não poderão exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Esta lei complementar é a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000), que determinou o limite de despesas do Poder Judiciário em seus artigos 20, I, 'b' e 20, II, 'b'. Portanto, a eventual elaboração de um Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário, nos termos propostos pela PEC nº 59/2013, não terá como ampliar as despesas para os Estados sem que



GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

se violem tanto a Constituição Federal quanto as normas relativas à
responsabilidade fiscal em vigor hoje no país.

fb

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

RESPOSTA

Diante da argumentação exposta, concluo:

1. A PEC 59/13 fere o pacto federativo?

Não. O texto do artigo 60, §4º, I da Constituição de 1988 é claro ao mencionar "a forma federativa de Estado" como uma "cláusula pétrea" que limita a reforma constitucional, mas não há nenhuma menção à estruturação dos órgãos ou à administração do Poder Judiciário. A proposta de um Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário, prevista na PEC nº 59/23013, a ser elaborado pelo Supremo Tribunal Federal nada mais é do que a previsão de uma legislação que estabelecerá, ao mesmo tempo, dispositivos nacionais e dispositivos federais sobre o regime jurídico do funcionalismo público do Poder Judiciário. Ou seja, caso aprovada a PEC nº 59/2013, o futuro Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário conterá disposições que se aplicarão nacionalmente, para todos os entes políticos integrantes da Federação brasileira, e disposições que se aplicarão apenas no âmbito da esfera federal. Haverá determinações que deverão valer para todo o país, devendo ser seguidas por todas as legislações estaduais e haverá determinações que só serão aplicadas à União. É a mesma situação, por exemplo, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979). Os Estados, assim, poderão elaborar sua própria legislação sobre o regime jurídico dos servidores públicos do Poder Judiciário, em conformidade com suas Constituições Estaduais, por meio de lei de iniciativa privativa dos Tribunais de Justiça, desde que respeitados os conteúdos de "norma geral" da lei prevista na PEC nº 59/2013.



GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

2. A PEC 59/13 afronta o artigo 39 da Constituição Federal de 1988 que determina à União, Estados e Municípios a instituição de plano de carreiras aos seus servidores?

Não. A elaboração de legislação prevendo o regime jurídico único e o plano de carreira dos servidores públicos é uma das matérias elencadas no texto constitucional de 1988 como de competência concorrente da União e demais entes federados. De acordo com o artigo 39, *caput* da Constituição de 1988, os entes da Federação, no âmbito de sua competência, têm autonomia para elaborar sua própria legislação sobre o plano de carreira e o regime jurídico único para os seus servidores. Esta competência, no âmbito do Poder Judiciário, é explicitada nos artigos 96 e 125 da Constituição, ambos prevendo a competência privativa dos tribunais em se auto organizarem.

A PEC nº 59/2013, inclusive, não é a única a propor um regime único ou estatuto único para uma categoria de servidores públicos. A Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, acrescentou o parágrafo 5º ao texto do artigo 198 da Constituição, prevendo uma lei federal que deve determinar o regime jurídico dos agentes de saúde (Lei nº 11.350/2006). Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006, dentre várias alterações, acrescentou ao artigo 60, III do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias um dispositivo determinando a elaboração de legislação específica sobre o piso salarial nacional dos professores da educação básica (Lei nº 11.738/2008). Do mesmo modo que as Emendas Constitucionais nº 51 e nº 53, a PEC nº 59/2013 nada mais propõe que a elaboração de uma legislação nacional sobre os servidores do Poder Judiciário. Se a PEC nº 59/2013 fosse inconstitucional, também o seriam as referidas Emendas Constitucionais nº 51 e nº 53, ambas de 2006.

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

3. A PEC 59/13 afronta o artigo 96, II, 'b' da Constituição de 1988?

Não. A PEC nº 59/2013 não viola o artigo 96, II, 'b' da Constituição que determina que os tribunais, por meio de sua iniciativa legislativa exclusiva, têm a competência de propor a criação e extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares, bem como a fixação dos seus subsídios. A PEC nº 59/2013 simplesmente prevê a elaboração de uma legislação nacional sobre os servidores do Poder Judiciário, a ser encaminhada pelo Supremo Tribunal Federal. Não há interferência na competência constitucionalmente atribuída aos tribunais de se auto organizarem. Apenas esta auto organização também terá que levar em conta as "normas gerais" do eventual Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário, assim como está vinculada a uma série de outros dispositivos legais.

4. A PEC 59/13 ocasiona aumento de despesa para os Estados?

Não. Não há qualquer comprovação que sustente que haverá aumento de despesa para os Estados no caso de aprovação da PEC nº 59/2013. Mesmo com sua aprovação, continuam em vigor os artigos 96, II, 'b' e 169 da Constituição, bem como a Lei de Responsabilidade Fiscal e suas disposições sobre o limite de despesas do Poder Judiciário. Portanto, a eventual elaboração de um Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário, nos termos propostos pela PEC nº 59/2013, não terá como ampliar as despesas para os Estados sem que se violem tanto a Constituição Federal quanto as normas relativas à responsabilidade fiscal em vigor hoje no país.

5. A PEC 59/13 respeita a autonomia do Poder Judiciário ao prever regramento único nacional referente aos seus trabalhadores?

Sim. A PEC nº 59/2013 não viola a autonomia do Poder Judiciário. Pelo contrário, ao prever a elaboração de uma legislação nacional única sobre os seus servidores, a PEC nº 59/2013 reforça o caráter nacional do Poder

fb

GILBERTO BERCOVICI

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Judiciário e busca meios de combater, por intermédio da lei a ser encaminhada ao Congresso pelo Supremo Tribunal Federal, as distorções e privilégios existentes em virtude da ausência de um regime jurídico único para os servidores do Poder Judiciário.

Este é o meu parecer.

São Paulo, 13 de outubro de 2014.



Gilberto Bercovici