

**EMENTA**

CONSTITUCIONAL. EXAME DE ORDEM. MANDADO DE SEGURANÇA  
COLETIVO. DIREITO FUNDAMENTAL. ART. 5, I CRFB/88

**RELATÓRIO**

A presente opinião é decorrente de consulta realizada pelos examinandos da 2ª fase de Direito Constitucional do XXII Exame de Ordem.

Segundo os fatos, a peça-prático profissional assim dispôs: “Servidores públicos do Estado Beta, que trabalham no período da noite, procuram o Sindicato ao qual são filiados, inconformados por não receberem adicional noturno do Estado, que se recusa a pagar o referido benefício em razão da inexistência de lei estadual que regulamente as normas constitucionais que asseguram o seu pagamento. O Sindicato resolve, então, contratar escritório de advocacia para ingressar com o adequado remédio judicial, a fim de viabilizar o exercício em concreto, por seus filiados, da supramencionada prerrogativa constitucional, sabendo que há a previsão do valor de vinte por cento, a título de adicional noturno, no Art. 73 da Consolidação das Leis do Trabalho. Considerando os dados acima, na condição de advogado(a) contratado(a) pelo Sindicato, utilizando o instrumento constitucional adequado, elabore a medida judicial cabível. (Valor: 5,00) “

O gabarito apresentado pela banca de Direito Constitucional apontou como correta a peça de Mandado de Injunção Coletivo.

Ocorre que, em 20 de junho de 2017 foi publicado no site da Fundação Getúlio Vargas o resultado preliminar e alguns examinandos que fizeram Mandado de Segurança Coletivo tiveram suas peças corrigidas e foram aprovados, com seus nomes e notas sendo publicados no site da Banca FGV, enquanto outros examinandos do mesmo certame, que fizeram a mesma petição, qual seja, Mandado de Segurança Coletivo, não tiveram suas provas corrigidas, por erro na identificação da peça prático-profissional e, por isso, obtiveram grau 0,0.

No dia 21 de junho de 2017, ao tomar conhecimento dos fatos, a coordenação Nacional do Exame de Ordem e a Fundação Getúlio Vargas assim dispôs: “A Coordenação Nacional do Exame de Ordem e a Fundação Getúlio Vargas, em observância ao princípio da isonomia e ao subitem 5.10.1 do edital de abertura do XXII Exame de Ordem Unificado, resolvem realizar, no prazo de 48h, a revisão das notas atribuídas às peças prático profissionais dos examinandos que optaram pela disciplina de Direito Constitucional do Exame em menção, sendo publicado novo edital de aprovados na referida área, ao

final do prazo supracitado. Comunicam ainda que haverá novo prazo recursal, a ser iniciado às 18h do dia 23 de junho de 2017 e encerrado às 18h do dia 26 de junho de 2017, para os examinandos que optaram pela disciplina de Direito Constitucional. O prazo de divulgação do resultado final do XXII EOU, previsto para o dia 4 de julho de 2017, será mantido para os examinandos da disciplina de Direito Constitucional.”

Assim é que, no dia 23 de junho de 2017 a banca divulgou o resultado reprovando os examinandos que haviam aprovado através da petição inicial de Mandado de Segurança Coletivo.

Diante desse cenário, os examinados vieram aos professores de Direito Constitucional que esta subscreve, para saber o posicionamento.

Assim é o relatório, passamos a nos manifestar.

## FUNDAMENTAÇÃO

De início, sem delongas, se constata a gritante ofensa ao princípio constitucional da igualdade ou isonomia. O mesmo princípio alegado pela Coordenação Nacional do Exame de Ordem e a Fundação Getúlio Vargas no comunicado oficial do dia 21 de junho de 2017.

Como princípio constitucional fundamental, a isonomia jamais, em hipótese nenhuma, poderia ter sido utilizada para prejudicar o titular deste Direito. Como foi atribuída nota zero para os candidatos que já tinham sido aprovados e seus nomes divulgados.

Conforme preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro citando o Professor José Cretela Júnior:

*“Princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.*

*Segundo mesmo autor, os princípios classificam-se em:*

*a) **onivalentes** ou **universais**, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente;*

*b) **plurivalentes** ou **regionais**, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se*

*interpenetram. Exemplos: o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais e o **princípio do alterum non laedere (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas;***

*c) **monovalentes**, que se referem a um só campo do conhecimento; há tantos princípios monovalentes quantas sejam às ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei;*

*d) **setoriais**, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito Penal etc.”(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, página 66)*

A utilização de princípio da isonomia em prejuízo de terceiros de boa-fé, por uma suposta falha funcional que a própria aplicadora do concurso cometeu, viola a boa-fé bem como o Princípio do *alterum non laedere*.

A medida de justiça correta e compatível com os ditames constitucionais seria a correção de todas as provas que identificaram o Mandado de Segurança Coletivo como peça correta. Nesse sentido a jurisprudência dos nossos tribunais já se pronunciaram:

“(...) Hipótese em que ambas as provas possuíram a mesma ação, no entanto, uma foi corrigida e a outra não, recebendo nota zero. Configurada a ofensa ao princípio da isonomia na correção das provas do Exame da Ordem em comento, razão pela qual deve a Agravada ter sua prova corrigida. Precedente (AC 00137706420104058300, TRF5, Rel. Des. Fed. Luiz Alberto Gurgel de Faria, 3ª Turma, unânime, DJe de 27.10.2011) Agravo improvido”.

Ora, ao fundamentar o comunicado com a isonomia, a D. Banca Examinadora jamais poderia ter atribuído nota zero para todos os candidatos, sob pena de utilizar o princípio constitucional em prejuízo de direitos individuais. Atitude inadmissível aos olhos da Constituição.

O correto, em nome do aludido princípio, seria corrigir todas as provas que identificaram o Mandado de Segurança coletivo como correto, até porque é possível seu cabimento no problema proposto.

Ao aceitar o Mandado de Segurança Coletivo como peça cabível ao problema proposto não estaria a aceitar peça incompatível com raciocínio jurídico exigido pela prova. Como se sabe, o enunciado do problema prático cita que os beneficiados pela ordem seriam servidores estaduais, mas não define o regime jurídico.

O silêncio do enunciado não pode significar a absoluta certeza de que os servidores da questão eram ocupantes de cargo público e, portanto, regidos pelo regime estatutário.

Nesse sentido já se decidiu:

“Ementa: RECURSO ORDINÁRIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. A TR é o índice aplicável para a correção monetária dos débitos trabalhistas das pessoas jurídicas de direito privado, nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.177/91. Recurso do reclamante não provido. RECURSO ORDINÁRIO. HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. SERVIDOR PÚBLICOCELETISTA. SEXTA PARTE. **O texto constitucional demonstra que o Estado de São Paulo, ao assegurar ao servidor público estadual os benefícios da sexta parte, não fez qualquer distinção quanto ao regime jurídico, ressaltando-se que a expressão "servidor" é gênero, do qual "empregado" é espécie. A norma alberga, portanto, tanto os servidores ocupantes de cargos públicos (estatutários) como os admitidos sob vínculo de emprego (celetistas). Infere-se do texto que o legislador, ao usar a expressão "ao servidor público", assim o fez em sentido lato, uma vez que se quisesse restringir o alcance da norma não a utilizaria, cabendo lembrar que a lei não utiliza palavras inúteis, e, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.** Assim, tendo em vista que o benefício pleiteado, da sexta-parte, está calcado no artigo 129

da Constituição Estadual de São Paulo, bem como que o legislador não fez distinção quanto ao servidor celetista ou estatutário, ao assegurar o benefício em questão, há que se reconhecer o direito do reclamante à sexta parte. Recurso da autarquia não provido. TRT-2 - RECURSO ORDINÁRIO RO 00011867620145020005 SP 00011867620145020005 A28 (TRT-2) Data de publicação: 24/02/2015 (GRIFOS NOSSOS).

**Ementa:** CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA - INCORPORAÇÃO DA SEXTA PARTE DOS VENCIMENTOS. O art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo expressamente concede o adicional "sexta-parte" aos servidores públicos estaduais. **Assim, é devida a parcela pleiteada igualmente aos servidores públicos celetistas, já que se considera como gênero servidor público, do qual é espécie o empregado contratado pela administração direta, autarquias e fundações públicas.** Recurso conhecido e provido. TST - EMBARGOS DECLARATORIOS RECURSO DE REVISTA ED-RR 7696478720015155555 769647-87.2001.5.15.5555 (TST) Data de publicação: 05/05/2006 (GRIFOS NOSSOS).

Não se pode excluir a hipótese de servidores com vínculo contratual e, no caso, regidos pela CLT.

Nessa hipótese, o Mandado de Segurança Coletivo ganha relevância, até porque a questão sugere que há previsão do direito ao adicional noturno no art. 73 da CLT.

Assim, aceitar o Mandado de Segurança Coletivo como peça além de respeitar a isonomia entre os candidatos, demonstra o conhecimento técnico de identificação da peça ao problema proposto.

Importante observar que no Comunicado oficial, publicado em 21 de junho de 2017, a banca se utilizou do item 5.10.1 do edital de abertura do XXII

Exame de Ordem que preceitua: "Eventual correção, em favor de qualquer candidato, em desacordo com o gabarito oficial da prova prático-profissional – cuja pontuação atribuída poderá ser revista até a homologação final do resultado do exame – não implicará em nenhum benefício ou direito aos demais examinandos."

Ocorre que o Item 5 do Edital possui o nome: "DOS RECURSOS". Em uma simples interpretação podemos constatar que este item é destinado aos recursos e aplicado nessa hipóteses, o que não foi o caso em comento. A banca aplicou Item destinado a recurso para hipótese que não havia recurso. Na realidade, a hipótese de recurso estava suspensa conforme disposto no próprio comunicado.

Ademais, o art. 13, §3 do Provimento 144/11 da OAB dispõe que "É vedada a divulgação de nomes e notas de examinados não aprovados."

## CONCLUSÃO

Pedimos vênias tanto à OAB como à Banca Examinadora, mas entendemos que essa nossa opinião poderá contribuir com o debate da matéria.

A admissão do gabarito duplo, admitindo tanto Mandado de Injunção Coletivo, quanto Mandado de Segurança Coletivo, parece-nos a saída melhor, enaltecendo o Princípio da Igualdade, com a devida segurança jurídica, sendo essa forma mais efetiva de concluir o certame com a devida justiça.

### **Rodrigo Padilha**

Professor de Direito Constitucional  
Mestre em Direito Público

### **Marcelo Galante**

Professor de Direito Constitucional  
Mestre

### **Pedro Lenza**

Professor de Direito Constitucional  
Mestre e Doutor pela USP

### **Rodrigo Menezes**

Professor de Direito Constitucional no Complexo de Ensino Renato Saraiva  
Especialista em Direito Constitucional



**Ítalo José Rebouças**

Professor de Direito Constitucional  
Advogado – OAB/RN nº 6.512

**Marcelo Hugo da Rocha**

Professor de Direito  
Mestre em Direito  
Advogado – OAB/RS nº 43.176

**Manuella Soares de Araújo**

Professora de Direito Constitucional  
Especialista em Direito Constitucional

**Carolina Müller Bitencoutr**

Professora de Direito Constitucional  
Especialista em Direito Público  
Doutora em Direito  
Advogada – OAB/RS nº 74.472

**Janriê Rodrigues Reck**

Professor de Direito Constitucional  
Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário  
Procurador Federal – OAB/RS nº 59.323

**Carlos David Zenun Messias Aleixo**

Mestre em Direito pela FDSM/MG  
Advogado – OAB/MG nº 103.357

**Régis Willyan da Silva Andrade**

Pós-doutorando em Direito Constitucional pela FDSM/MG  
Advogado – OAB/MG nº 115.529

**Lilia de Pietro**

Mestre em Direito Processual Civil  
Advogada – OAB/SP nº 200.534

**José Jeová de Araújo**

Procurador de Justiça aposentado do Estado de Goiás



**Ricardo André Gutierrez**

Advogado – OAB/SP nº 203.984  
Conselheiro do Tribunal de Ética da OAB/SP

**Frederico Pellucci**

Procurador da República

**Leonardo Rocha Hammoud**

Advogado – OAB/RJ nº 139.020  
Membro da Comissão de Direito Tributário da OAB/RJ da Barra da Tijuca  
Especializado em Advocacia Pública  
Mestrando na UERJ

**Carlos Augusto Motta Murrer**

Professor de Direito da UFV e FAGOC  
Advogado – OAB/ES nº 18.466

**José Aras**

Professor de Direito Administrativo e Prática Constitucional  
Advogado – OAB/BA nº 15.665

**Luis Felipe Ramos Cirino**

Professor de Direito Constitucional  
Mestre em Direito do Estado  
Doutorando em Direito do Estado

**Franco Oliveira Cocuzza**

Professor de Direito Constitucional  
Mestre em Direitos Fundamentais  
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo – ex-presidente da 5ª Câmara de Direito Público  
Advogado – OAB/SP nº 365.106

**Inez Cocuzza**

Professora de Direito  
Mestre em Direitos Fundamentais  
Diretora de Câmara Arbitral



**Fabiano Lima Paschoal de Souza**

Advogado – OAB/RJ nº 146.741

Presidente da 15ª da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil –  
Macaé/RJ

**Jader Mutzig Bruna**

Subsecretário de Estado de Planejamento e Projetos do Estado do Espírito  
Santo

Advogado – OAB/ES 9.813

**Bruno Felipe de Oliveira e Miranda**

Procurador do Estado do Rio de Janeiro – OAB/RJ nº 181.627

**Vinícius Stanzani Longo**

Advogado – OAB/RJ nº 208.536

Egresso da UFF

**Álvaro da Cruz**

Procurador de Justiça aposentado do Estado de São Paulo

**Thiago Luiz Américo Ney Almeida**

Advogado – OAB/RJ nº 187.058

Conselheiro Municipal de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável de  
Macaé/RJ

Presidente da Comissão da “OAB Jovem” da 15ª da Subseção da Ordem dos  
Advogados do Brasil – Macaé/RJ

**Heron Abdon Souza**

Professor de Direito Constitucional na UFF

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra

**Leonardo Martins Pestana**

Procurador Federal – OAB/RJ nº 141.632

**Luiz Scarpino Eugênio Júnior**

Professor de Direito Administrativo na UNAERP

Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania

Advogado – OAB/SP nº 239.168



**Fabiane Manhães Maciel**

Professora de Direito Constitucional da UFF  
Doutora em Direito

**Nuno Morgadinho dos Santos Coelho**

Professor de Direito na USP e na UNAERP  
Mestre, Doutor e Livre-Docente em Direito  
Advogado – OAB/SP nº 367.871 e OAB/MG nº 81.596

**Sebastião Cândido Parreira Rodrigues**

Professor de Direito  
Membro da ABRACRIM (Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas)  
Diretor/Fundador do Instituto Joé Leão  
Advogado – OAB/GO nº 37.366

**Joé Leão**

Professor de Língua Portuguesa  
Cientista Político  
Diretor/Fundador do Instituto Prof. Joé Leão

**Eva Pires Dutra**

Procuradora do Estado do Espírito Santo  
OAB/ES 8.202

**Brice Bragato**

Advogada - OAB/ES 11.824



## **BREVE PARECER**

**DR. RIVELINO FERREIRA (OAB/MG Nº 74.870), EX-PRESIDENTE DA 25ª SUBSEÇÃO DA OAB/MG E ASSESSOR JURÍDICO DO SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS DE SANTA RITA DE CALDAS-MG**

Fui consultado pelo examinando Frederico Pestana acerca da peça processual cabível na segunda fase de direito constitucional do exame de ordem XXII. O eloquente jovem me passou a questão no domingo pela manhã. Aproveitei a oportunidade de estar em um dia mais tranquilo e me detive sobre o tema em questão por todo o período da manhã (aproximadamente quatro horas): Mandado de Injunção Coletivo ou Mandado de Segurança Coletivo.

Clarividente que o estudo foi focado sob a ótica de se encontrar elementos que fundamentassem a pretensão dos examinandos, desta matéria tão complexa que é o direito constitucional. E cheguei a uma conclusão:

Sou advogado militante há 21 (vinte e um) anos, apesar de trabalhar em escritório de advocacia desde os 15 (quinze) anos de idade, sobrevivendo exclusivamente da advocacia. Fui vice-presidente (2004/2006) e presidente (2007/2009) da 25ª Subseção da OAB/MG. Fiz parte do Conselho Seccional Mineira (2010/2012), na gestão do atual vice-presidente do Conselho Federal, Dr. Luis Cláudio da Silva Chaves. De 1997 a 2012 fui assessor jurídico do Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Poços de Caldas, há época com mais de 3000 (três mil) filiados, existindo nos quadros servidores celetistas (regime adotado pelo Município) e servidores estatutários (remanescentes). Há três anos sou assessor jurídico do sindicato dos servidores públicos Municipais de Santa Rita de Caldas-MG.

Certamente estão se questionando, em que o currículo deste advogado se relaciona com o tema da segunda fase do exame de proficiência profissional, requisito essencial para o ingresso da carreira de advogado. Pois bem. O exame de ordem foi criado com o objetivo ÚNICO E EXCLUSIVO de averiguar se o candidato está apto ao exercício da profissão. Se tem conhecimento suficiente para realizar um estudo e concluir, focado no melhor para seu cliente e baseado na doutrina, jurisprudência e demais fontes do direito. Após esta fase, o candidato tem que demonstrar capacidade em elaborar uma peça processual, endereçando-a corretamente, qualificando as partes, expondo os fatos, fundamentando juridicamente sua pretensão e requerendo a tutela jurisdicional, sem se esquecer de detalhes como a forma de montar sua peça, valor da causa, especificação de provas, dentre outros.

A questão posta pela banca examinadora deixou dúvidas em um advogado que milita há mais de duas décadas na área e que afirma, com convicção, que ambas as peças possuem fundamento jurídico para sua propositura, cabendo ao magistrado apreciar a matéria de acordo com sua convicção, ou ao advogado consultado buscar os elementos suficientes à sua conclusão, como a confirmação de qual o regime que abrangia os servidores (celetistas ou estatutários).

Ora, a matéria ventilada nos exames de ordem têm que ser claras como o sol de estio, indenes de dúvidas. Na hipótese sob comento, não resta alternativa, data maxima venia, senão a consideração das duas peças processuais. E, convenhamos, o que realmente interessa é saber se o candidato possuem condições de advogar.

Nós, advogados, para ajuizarmos as demandas, ou defendermos nossos clientes, temos todas as condições disponíveis em nossos escritórios. Podemos consultar a todas as obras. Acessar quaisquer sites jurídicos. Até mesmo trocar experiências com outros colegas para, aí sim, concluirmos nossos trabalhos.

Os candidatos ao exame de ordem não possuem essas regalias. Têm, obrigatoriamente, que chegar a todas essas conclusões com os restritos elementos que lhes são disponibilizados. Agora, querer exigir o acompanhamento da mesma linha de conclusão da banca examinadora, onde há dúvida interpretação e ausência de dados essenciais, sem se considerar a real capacidade do examinando, se está apto ou não a elaborar uma peça processual, seria no mínimo imoral e contrário ao real sentido da criação do exame de ordem.

Somente a peça processual e o recurso com sua fundamentação já são o suficiente para a verificação de que o candidato está apto ao exercício da advocacia. Negar a possibilidade do exercício profissional a um jovem tão aguerrido no início da carreira é querer ser mais realista que o próprio rei.

Sou pela consideração das duas peças processuais na prova de direito constitucional. Este é meu modesto entendimento, sub censura.

14 de Junho de 2017

RIVELINO FERREIRA

OAB/MG 74.870



## **CARTA DOS EXAMINANDOS**

Na oportunidade em que lhes cumprimentam, os examinandos em Direito Constitucional da segunda fase do XXII Exame de Ordem Unificado pugnam por justiça.

Em síntese, o enunciado da peça prático-profissional do XXII EOU, em Direito Constitucional, abriu margem à duas medidas, de tal forma que renomados constitucionalistas estão se manifestando em defesa do duplo gabarito (Mandado de Segurança Coletivo e Mandado de Injunção Coletivo). Embora a banca FGV tenha reconhecido apenas o MIC no gabarito oficial, elevado número de examinandos que fizeram MSC tiveram a sua peça devidamente corrigida e FORAM APROVADOS, cujos dados de identificação, notas e espelho de correção foram oficialmente publicados. Ora, é evidente que os próprios avaliadores reconheceram a pertinência do MSC, sobretudo na condição de profissionais qualificados para avaliar a peça que atenda ao enunciado, o que afasta a hipótese de “erro” da banca.

Ocorre que muitos examinandos não tiveram o seu MSC corrigido e então procuraram a Coordenação Nacional do Exame de Ordem e a Fundação Getúlio Vargas para aplicar o devido tratamento isonômico. Cientes do caso, o prazo para recursos da disciplina de Direito Constitucional foi suspenso e foi publicado um comunicado no dia 21/06/2017 invocando precocemente o item 5.10.1 do edital para REPROVAR liminarmente todos que tiveram a sua peça corrigida em desconformidade com o gabarito, independentemente de apurar a sua adequação face ao enunciado - “precocemente” porque o referido item está previsto no edital em capítulo “DOS RECURSOS”, sendo que, na verdade, ninguém teve a oportunidade de recorrer antes do comunicado, caracterizando violação do contraditório na via administrativa.

A repercussão do caso conquistou a atenção dos operadores do Direito, mas os interessados em solicitar informações estão tendo o seu atendimento negado nos canais de ouvidoria da OAB e da FGV, sob o argumento de que informações sobre o resultado preliminar devem ser apresentadas na via própria de recurso, nos termos do edital.

Ora, os examinandos questionam onde ficou essa regra quando a OAB e a FGV foram procuradas para resolver essa situação de forma justa. É evidente que não houve impessoalidade a fim de atender interesses da banca examinadora, que publicou medida inédita de reprovação em massa de muitos examinandos que tiveram a sua peça devidamente corrigida.

Sabe-se que tal medida contraria precedentes do próprio Exame da Ordem!

O item "5.10.1." do edital, invocado no comunicado, preconiza, em síntese, que eventual correção em desacordo com o gabarito poderá ser revista até o resultado final e não implicará

em benefício aos demais. A questão é que o enunciado admite duplo gabarito! O referido item foi uma novidade trazida pelo edital do XXI EO para evitar erros de correção que levaram a banca admitir duplo gabarito, mas obviamente deve-se observar a razoabilidade para incidir apenas em casos isolados de correção de peças notoriamente incompatíveis com o enunciado, o que não se verifica no caso do MSC. Isso porque, conforme já esclarecido, antes mesmo do resultado já havia grandes manifestações nesse sentido.

Ademais, é insustentável a aplicabilidade do princípio da isonomia para *reformatio in pejus* em certames públicos, de tal forma a preservar direito adquirido pelos diligentes examinandos que, após minuciosa análise do enunciado, entenderam o MSC como remédio adequado - tal como os seus próprios examinadores e renomados constitucionalistas.

Preconiza o art. 13, § 3º, do Provimento nº 144 da OAB que "É vedada a divulgação de nomes e notas de examinados não aprovados", reforçando o direito adquirido nesse tipo de situação e o quadro de insegurança jurídica com exposições indevidas. No mesmo sentido é a máxima do *venire contra factum proprium*. Entende-se preliminar o resultado em benefício daqueles que não tiveram o seu nome divulgado na lista de aprovados e poderão apresentar sua defesa no recurso, mas não em malefício de quem teve a sua prova devidamente corrigida e o nome divulgado na lista oficial de aprovação, salvo casos isolados, como já esclarecido.

O elevado número de examinandos aprovados com MSC resultou inclusive em diversas comemorações e festividades entre amigos e familiares, cuja eventual situação vexatória é passível, no mínimo, de indenização por danos morais. Estima-se que pelo menos 67 APROVADOS tiveram o seu nome retirado liminarmente da lista de aprovação, sendo que 1 (um) candidato de Fortaleza que estava anteriormente reprovado, por motivos desconhecidos, foi privilegiado com o seu nome incluído na lista atualizada antes mesmo de se valer da via recursal prevista no edital.

Como se não bastasse, são fortes os comentários no sentido de que algumas pessoas que fizeram MSC continuam com o nome na lista "atualizada", o que, se for verdade, reforça a gravidade dessa situação que está causando uma série de constrangimentos em âmbito nacional.

Todos esses fatos comprometem inclusive o espaço destinado para recursos na via administrativa, pois os examinandos se valem de ínfimo quantitativo de caracteres para apresentação dos fatos e fundamentos pertinentes aos recursos no sistema da FGV.

Pelo exposto, é com votos de confiança que os examinandos em Direito Constitucional da segunda fase do XXII Exame de Ordem Unificado pugnam por justiça com a admissão duplo gabarito, em respeito à melhor interpretação do princípio da isonomia, dos precedentes

do próprio Exame da Ordem, mas, principalmente, porque o enunciado realmente foi dúbio e abriu margem à duas peças, quais sejam: Mandado de Segurança Coletivo e Mandado de Injunção Coletivo.

Passamos agora à uma análise do enunciado:

## **DO ENUNCIADO**

Servidores públicos do Estado Beta, que trabalham no período da noite, procuram o Sindicato ao qual são filiados, inconformados por não receberem adicional noturno do Estado, que se recusa a pagar o referido benefício em razão da inexistência de lei estadual que regule as normas constitucionais que asseguram o seu pagamento.

O Sindicato resolve, então, contratar escritório de advocacia para ingressar com o adequado remédio judicial, a fim de viabilizar o exercício em concreto, por seus filiados, da supramencionada prerrogativa constitucional, sabendo que há a previsão do valor de vinte por cento, a título de adicional noturno, no Art. 73 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Considerando os dados acima, na condição de advogado (a) contratado (a) pelo Sindicato, utilizando o instrumento constitucional adequado, elabore a medida judicial cabível. (Valor: 5,00)

Obs.: a peça deve abranger todos os fundamentos de Direito que possam ser utilizados para dar respaldo à pretensão. A simples menção ou transcrição do dispositivo legal não confere pontuação.

## **DO GABARITO COMENTADO PELA BANCA**

Fundamentação constitucional: o enunciado acima indica o cabimento de um Mandado de Injunção Coletivo ajuizado pelo Sindicato, na medida em que visa à defesa dos interesses dos seus filiados na proteção do direito ao adicional noturno, conforme o disposto no Art. 5º, inciso LXXI, da CRFB/88 (“conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”)

Fundamentação legal: Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016.

As partes: O impetrante será o Sindicato, na forma do Art. 12, inciso III, da Lei nº 13.300/16, dispensada a autorização dos filiados. O impetrado será o governador do Estado

Beta, pois é a parte legítima para integrar o polo passivo da presente ação constitucional, haja vista que, no processo legislativo estadual, é quem detém competência privativa para iniciar o processo legislativo no presente caso, vez que as regras constitucionais estaduais de competência devem observar, por simetria, o que determina a CRFB/88. No caso, o Art. 61, § 1º, II, alínea 'a', da CRFB/88.

Competência: Do Tribunal de Justiça do Estado Beta, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil repartiu a competência para julgamento com base na fonte de onde deveria ter emanado a norma faltante e procurou concentrar a competência para processamento e julgamento do Mandado de Injunção nos Tribunais Superiores, sendo que no plano estadual, a competência do Mandado de Injunção pode ser definida pelas Constituições dos Estados (Art. 125, § 1º, da CRFB/88), observando-se o princípio da simetria entre os entes federativos.

Fundamentos da mora legislativa: O direito ao benefício de adicional noturno é concedido aos servidores públicos que exercem atividade laboral noturna e é garantido em razão de previsão constitucional contida no Art. 7º, inciso IX, e no Art. 39, § 3º, ambos da CRFB/88, devendo cada ente federativo regulamentar o referido benefício por meio de lei.

Pedidos: Os pedidos devem ser de reconhecimento da omissão e do estado de mora legislativa, a fim de que seja concedida a ordem de injunção coletiva para: (i) ser determinado prazo razoável para que o Governador promova a edição da norma regulamentadora; (ii) seja suprida a omissão normativa garantindo-se a efetividade do direito à percepção do adicional noturno no percentual de 20% em relação à hora normal de trabalho, conforme disposições, aplicáveis por analogia, contidas no Art. 73 da Consolidação das Leis do Trabalho, com eficácia para todos os servidores estaduais no exercício de atividade laboral noturna, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado (Art. 8º, incisos I e II, e Art. 13, ambos da Lei 13.300/16).

## **DO DUPLO GABARITO**

Preconiza o art. 5º da CRFB/88 que:

LXIX -" conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; "

LXX -"o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;"

LXXI - "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;"

O enunciado torna-se dúbio ao informar a recusa do Estado em pagar o benefício sob o argumento de inexistência de lei estadual; e a previsão do valor de vinte por cento, a título de adicional noturno, no Art. 73 da CLT (lei federal). Ora, é consabida a existência de servidores públicos estatutários e celetistas! Em caso de servidores estatutários o remédio cabível é o MIC em razão da inércia do Governador do Estado. Por outro lado, em caso de servidores celetistas o MSC se apresenta como remédio adequado em razão da incompetência do Estado para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I, da CRFB/88) e da existência de direito líquido e certo a ser protegido. A omissão quanto ao regime dos servidores (gênero) gera interpretações totalmente diferentes, sobretudo quando o enunciado faz referência à dispositivo da própria CLT, que tutela uma das principais espécies de servidores reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina majoritária.<sup>1</sup> Por óbvio - e aqui fazemos uma simples análise linguística - a informação de que o Estado "se recusa a pagar o referido benefício em razão da inexistência de lei estadual que regulamente as normas constitucionais"- é insuficiente para se presumir o regime dos servidores, podendo consistir em mero argumento apresentado pelo Estado a fim de recusar o pagamento do benefício.

Alguns poderiam lembrar da liminar conferida no julgamento da ADI 2.135, determinando a redação original do caput do art. 39 da CF, que define o "regime jurídico único". Contudo, todos sabem que essa decisão foi dada com efeito ex nunc e ainda pende o julgamento do mérito.

Paulo e Alexandrino julgam relevante apontar, inclusive, que: "a expressão 'servidores públicos' frequentemente é empregada em um sentido amplo, englobando os servidores públicos em sentido estrito (estatutários) e os empregados públicos (celetistas)" (Dir. Administrativo Descomplicado, p. 141). No mesmo sentido é a jurisprudência do TST:

Segundo a jurisprudência deste Tribunal, a expressão servidor público, lato sensu, abarca o gênero dos trabalhadores que prestam serviços à Administração Pública, no caso, o Estado de São Paulo. São espécies do gênero servidor público os funcionários públicos, que são regidos pelo regime estatutário, e os empregados públicos, entendidos como tais os que forem contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. [...] (AIRR 18227820115020318 - TST)

Considera-se "servidor público" gênero do qual é espécie o empregado contratado pela administração direta, autarquias e fundações públicas. [...] (AIRR 1477006520075150042 - TST)

Por óbvio, os examinandos não interpretaram erroneamente o enunciado, isso porque o Estado-membro da federação tem liberdade de configurar o regime jurídico adotado por seus servidores. Ademais, a opção por uma prova prática de Direito Constitucional, nos termos do item "3.5.1.1." do edital de abertura, não pode trazer prejuízo em virtude do conhecimento de outro(s) ramo(s) do ordenamento jurídico (*in casu*: Direito Administrativo/Trabalhista), pois a divisão do Direito em "ramos" consiste em critério meramente didático.

Uma segunda análise do enunciado nos leva ao MSC ainda que a banca entenda pelo regime estatutário dos servidores. Isso porque o raciocínio dos examinandos deve observar o item "3.5.12." do próprio edital de abertura, asseverando que: "as questões da prova prático-profissional poderão ser formuladas de modo que, necessariamente, a resposta reflita a jurisprudência pacificada dos Tribunais Superiores" - jurisprudência esta que, conforme abordagem adiante, reconhece a pertinência do Mandado de Segurança Coletivo como remédio judicial adequado para o caso hipotético objeto de avaliação.

O mandado de injunção é um remédio constitucional que visa combater o fenômeno conhecido como síndrome de inefetividade das normas constitucionais. Infere-se do teor do inciso LXXI do artigo citado, assim como da Lei 13.300/16, da doutrina majoritária e da jurisprudência sobre o tema, que são três os pressupostos indispensáveis para a impetração do MI, em sua modalidade individual ou coletiva, quais sejam: 1º) impossibilidade de exercício de direito fundamental previsto na Constituição; 2º) falta de norma regulamentadora de eficácia limitada (lei ordinária ou complementar, federal ou estadual...); 3º) transcurso de prazo razoável para a elaboração da norma pendente. (vide: PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 15. Ed. Editoras: Forense/Método. 2016. P. 214).

Quanto à impossibilidade de exercício do direito, ao citar o artigo 73 da CLT em uma peça prática de Direito Constitucional, a banca remete os examinandos obrigatoriamente ao art. 39, § 3º, c/c art. 7º, IX, ambos da CRFB/88, que asseguram aos servidores públicos - de todas as esferas federativas - o direito líquido e certo ao adicional noturno que fazem jus os trabalhadores do regime celetista. O art. 73 da CLT, cumulado com os já citados, apresenta-se então plenamente hábil à ter sua aplicação analógica aos servidores estaduais no exercício de atividade laboral noturna, nos termos do art. 4º da LINDB, abrindo-se margem, portanto, para a superação da tese de omissão normativa que torna inviável o exercício de direito fundamental, um dos requisitos indispensáveis para a impetração do Mandado de Injunção, nos termos do art. 5º, LXXI, da CRFB/88 e do art. 2º da Lei 13.300/16. Noutras palavras, **a omissão normativa estadual, por si só, não torna inviável o exercício do direito fundamental**, direito este inclusive passível de ser reconhecido em sede de Mandado de Segurança caso

haja a negativa de seu pagamento. Paulo e Alexandrino (p. 216, Dir. Constitucional Descomplicado) apontam a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que "não pode, por exemplo, o mandado de injunção ser utilizado como sucedâneo do mandado de segurança, para proteção de direito líquido e certo supostamente violado pela norma regulamentadora defeituosa". E, ainda:

"(...) Diante do silêncio da Legislação Estadual em relação à matéria sob análise, é plenamente pertinente a utilização no presente caso do princípio da analogia previsto pela LINDB em seu art. 4º, devendo ser aplicada norma semelhante que preveja a mesma situação fática desta demanda, ainda que seja relativa à regulação jurídica de categoria profissional vinculada a ente estatal diverso. (...)" (TJ-PE - Agravo de Instrumento: AG 410426120128170001 PE 0014527-89.2012.8.17.0000)

Quanto à falta de norma regulamentadora, a doutrina majoritária e a jurisprudência dividem as normas constitucionais em três modalidades: 1ª) normas de eficácia plena; 2ª) normas de eficácia contida; 3ª) normas de eficácia limitada ou reduzida.

Embora a norma contida possa sofrer restrições por parte do poder público, as duas primeiras modalidades (plena e contida) são consideradas normas autoaplicáveis. Nesse sentido, consolida-se o entendimento de que a omissão normativa que permite a impetração do mandado de injunção diz respeito à terceira modalidade (normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida), ou seja, normas constitucionais que, diferentemente da plena e da contida, não são autoaplicáveis e seus efeitos jurídicos principais dependem da atuação futura por parte do Poder Público - afinal, como já esclarecido, um dos pressupostos indispensáveis para a impetração do Mandado de Injunção é a impossibilidade de exercício de direito fundamental previsto na Constituição, cuja omissão normativa, por si só, não é capaz de instituir. Esclarecedoras são as palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (p. 215, Dir. Constitucional Descomplicado): "Observa-se, assim, que não é qualquer omissão do Poder Público que enseja o ajuizamento do mandado de injunção, mas apenas as omissões relacionadas a normas constitucionais de eficácia limitada de caráter mandatório, ou seja, normas constitucionais que devem ter a sua plena aplicabilidade assegurada, exigindo-se, para tanto, a edição de norma infraconstitucional regulamentadora (não se trata de simples faculdade conferida pela Constituição ao Poder Público)".

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em seu informativo de jurisprudências nº 519, reconhece os dispositivos em análise como norma constitucional de eficácia plena - e, conseqüentemente, não amparadas via MI, senão vejamos:

[...] Inicialmente, por determinação expressa do art. 39, § 3º, da CF, aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no inciso IX do art. 7º da CF, que impõe, como direito básico dos trabalhadores urbanos e rurais, a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno". [...] essa norma não pode ser interpretada de

modo a infringir os princípios constitucionais que a sustentam (como foi dito, os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho). Terceiro, não se pode conferir aplicabilidade restrita à norma em análise, de modo a amesquinhar, ou reduzir significativamente, seu campo de aplicação. Pelo contrário, ela deve ser interpretada de modo extensivo, apto a permitir a maior amplitude normativa possível, tendo em vista o princípio da máxima efetividade da norma constitucional - segundo o qual, na interpretação das normas constitucionais, deve-se atribuir-lhes o sentido que lhes empreste maior eficácia. Quarto, a norma consignada no referido inciso IX não deve ser interpretada de maneira casuísta ou de modo a afastar sua aplicação a casos específicos não previstos pela Constituição, tendo em conta o princípio do efeito integrador - para o qual, na interpretação constitucional, deve-se dar prioridade à exegese que favoreça a integração social e possibilite o reforço da unidade política. Sendo assim, interpretando o disposto no inciso IX do art. 7º da CF, deve-se determinar o pagamento do adicional noturno sem qualquer restrição ao servidor público federal que preste o seu serviço em horário noturno. Aplica-se aqui, ademais, a regra básica de hermenêutica segundo a qual não cabe ao intérprete restringir na hipótese em que a lei não restringiu, sobretudo quando a norma interpretada é de estatura constitucional e consagra um direito social dos trabalhadores. Ademais, **a norma constitucional em apreço é de eficácia plena, portanto de vigência imediata.** [...] Nesse contexto, é necessário ressaltar que não há por que recusar, nesses casos, eficácia e aplicabilidade ao enunciado da Súmula 213 do STF: "É devido o adicional de serviço noturno, ainda que sujeito o empregado ao regime de revezamento". Isso porque, embora a referida súmula tenha sido editada ainda sob o império da Constituição de 1946, permanece válida a interpretação nela consagrada, uma vez que não houve alteração semântica do texto constitucional quanto ao adicional noturno - visto que o art. 157, III, daquela Constituição determinava "salário do trabalho noturno superior ao do diurno". Por fim, além de tudo que já foi mencionado, o TST, ao examinar o art. 73 da CLT (que regulamenta o adicional noturno para os trabalhadores da iniciativa privada) tem decidido que esse adicional é perfeitamente compatível com o regime de plantões. (REsp 1.292.335-RO, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 9/4/2013).

Em que pese a Egrégia Corte ter apreciado caso concreto de servidor público federal, o entendimento relativo à eficácia plena da norma em análise estende-se aos servidores públicos estaduais e municipais, servindo o referido julgado inclusive como referência para decisões recentes dos Tribunais de Justiça, conforme verifica-se a seguir:

"APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. UERJ. ADICIONAL NOTURNO. ART. 7º, IX; 39, § 3º DA CRFB/88. NORMAS DE EFICÁCIA PLENA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE DEVE SER MANTIDA. 1. O direito ao adicional noturno está previsto no art. 7º, IX, da Constituição da República, como direito social devido a todos os trabalhadores, sendo certo que, por se tratar de norma que define direitos sociais, são considerados direitos fundamentais, de aplicação imediata, em conformidade com o que dispõe o art. 5º, § 1º, da CFRB. 2. Também o art. 39, § 3º, da CR/88, faz a previsão de extensão do adicional noturno aos servidores ocupantes de cargo público, assim como o art. 83 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. 3. Assim, embora não exista lei estadual regulando a matéria, **a referida norma tem eficácia plena, não podendo a omissão legislativa tornar inviável a aplicação dos direitos sociais.** [...] 6. Até que se normatize a remuneração do trabalho noturno pelo Estado do Rio de Janeiro, faz jus à autora ao percentual estipulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, que é de 20% sobre as horas trabalhadas entre 10 horas da noite e 5 horas da manhã (artigo 73, § 2º, da CLT), inclusive as prorrogadas. [...]"(TJ-RJ - APL: 02601649020108190001 RJ 0260164-90.2010.8.19.0001, Relator: DES. BENEDICTO ULTRA ABICAIR, Data de Julgamento: 06/08/2014, SEXTA CÂMARA CIVEL, Data de Publicação: 02/09/2014 16:01)

"RECURSO DE AGRAVO NA APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. VIGILANTE. DIREITO AO ADICIONAL NOTURNO. MUNICÍPIO DE BARREIROS. PREVISÃO LEGAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE PROVAS. ÔNUS DA PROVA. RECURSO DE AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 3- A jurisprudência das Cortes

Superiores tem entendimento pacífico que os direitos sociais do art. 7º da Constituição Federal estendem-se aos contratados. Da mesma forma, entendem que a norma supracitada tem eficácia plena, portanto, prescindindo de regulamentação, **conforme consignado no Informativo nº 519 do STJ**, originário do julgamento do REsp 1292335/RO. Sendo assim, não se está discutido a ausência de regulamentação ao presente caso, tendo em vista o entendimento já esposado no sentido da aplicação imediata dos direitos trabalhistas aos contratados pelo Poder Público. [...]”(TJ-PE. RA 0320195-6)

"CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. RECURSO DE AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE BARREIROS. ADICIONAL NOTURNO. AUSÊNCIA DE PROVAS A COMPROVAR O EXERCÍCIO DA JORNADA. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. O direito previsto no art. 7º, IX, da Carta Magna é extensível aos contratados temporariamente pela Administração Pública, uma vez que é garantia social de todos os trabalhadores, **além de ser a norma supracitada de eficácia plena**, portanto, prescindindo de regulamentação para sua aplicação, **conforme consignado no Informativo nº 519 do STJ**, originário do julgamento do REsp 1292335/. [...]”(TJ-PE. AGV 3334367)

Em julgado semelhante, o Supremo Tribunal Federal também entendeu que a conjugação do dispositivo em comento (39, § 3º) c/c o art. 7º, XVI, da CRFB/88, constitui norma de eficácia plena, não dependendo de lei do ente federado para produzir os seus integrais efeitos (AI-AgR 642.528/RJ).

No mesmo sentido é o art. 5º, § 1º, da CRFB/88 dispondo que:"As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", o que dispensa a edição de lei para a sua aplicação. Assim, é evidente que o direito fundamental em comento constitui norma de eficácia PLENA, portanto com aplicação direta, imediata e integral. Situação diferente ocorre com o adicional noturno dos trabalhadores domésticos cuja restrição foi expressamente imposta pelo legislador constituinte (art. 7º, Parágrafo único, da CR); e com direito de greve dos servidores (art. 37, VII, da CR), entendido como norma de eficácia LIMITADA, caso este em que seria perfeitamente viável a impetração do MI, como inclusive já ocorrera no julgamento dos MI's 670, 708 e 712, pelo STF. Nessa linha de raciocínio, o MS coletivo seria até mais apto a tutelar o referido direito constitucional do que o MI coletivo, pois ausentes os pressupostos deste remédio e consolidado entendimento pelos Tribunais Superiores.

Quanto ao transcurso de prazo razoável para a elaboração da norma pendente, terceiro requisito para o acolhimento do MIC, a existência de direito líquido e certo afasta esse pressuposto, não havendo que se falar em omissão normativa em determinado lapso temporal, mas tão somente na ausência de ato administrativo do Chefe do Executivo Estadual superada pela possibilidade de aplicação analógica da CLT via MSC. Não obstante, Paulo e Alexandrino (p.215-216, Dir. Constitucional Descomplicado) esclarecem que este pressuposto "diz respeito à abusividade da inércia do órgão ou autoridade responsável pela regulamentação de determinado direito constitucional, vale dizer, somente depois de esgotado um prazo que se possa considerar razoável, sem a edição da norma concretizadora do direito, é que, então, terá

cabimento o mandado de injunção"(no mesmo sentido: STF - MI 715/DF; e MI 361/RJ). Os doutrinadores esclarecem, ainda, que apesar dessa condição ser presumida quanto às normas constitucionais originárias, em virtude do lapso temporal transcorrido desde a promulgação da CRFB em 1988, "a referida condição continua sendo importante para o exame de admissibilidade de mandado de injunção ajuizado diante da falta de norma regulamentadora de direito acrescentado ao texto constitucional mediante emenda à Constituição, por obra do poder constituinte derivado". Assim, ainda que o enunciado afastasse a existência de direito líquido e certo previsto em norma de eficácia plena, o dispositivo constitucional em análise (art. 39, § 3º) foi acrescido via Emenda Constitucional (EC nº 19) e, portanto, seria imprescindível que o enunciado demonstrasse a razoabilidade do lapso temporal omissivo e as circunstâncias de fato essenciais a título de subsídio para a adoção do MIC como medida adequada, pois o enunciado não toma como referência a data de realização da prova. Nesse sentido, dispõe o item "3.5.9" do próprio edital que o examinando não poderá "produzir qualquer identificação ou informações além daquelas fornecidas e permitidas nos enunciados", portanto a data em que a norma entrou em vigor não é suficiente para que os examinandos possam considerá-la antiga ou recente, tendo em vista a omissão do enunciado e o contexto fictício do exame de ordem, senão vejamos:

"3.5.9. Na elaboração dos textos da peça profissional e das respostas às questões discursivas, o examinando deverá incluir todos os dados que se façam necessários, **sem, contudo, produzir qualquer identificação ou informações além daquelas fornecidas e permitidas nos enunciados contidos no caderno de prova.** Assim, o examinando deverá escrever o nome do dado seguido de reticências ou de "XXX" (exemplo: "Município...", "**Data...**", "Advogado...", "OAB...", "MunicípioXXX", "**DataXXX**", "AdvogadoXXX", "OABXXX" etc.). A omissão de dados que forem legalmente exigidos ou necessários para a correta solução do problema proposto acarretará em descontos na pontuação atribuída ao examinando nesta fase."

Verificamos, portanto, vários fatores que afastam a incidência do MIC e reforçam aplicabilidade do MSC como o remédio adequado para o enunciado. A norma constitucional de eficácia plena reforça o direito líquido e certo dos servidores do Estado Beta, amparado via Mandado de Segurança Coletivo, nos termos do art. 5º, LXIX e LXX, da CRFB/88 e da Lei nº 12.016/09. Apresenta-se, assim, o art. 73 da CLT como dispositivo plenamente hábil a ter sua aplicação analógica para determinar a porcentagem de 20% (vinte por cento) a título de adicional noturno. Em caso concreto de MANDADO DE SEGURANÇA "**a jurisprudência do STJ firmou a possibilidade de interpretação analógica em relação à matéria de servidores públicos quando inexistir previsão específica no diploma normativo do Estado ou do Município.**" (STJ - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 34630 AC 2011/0131843-5 - Precedentes: RMS 30.511/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes

Maia Filho, Quinta Turma, DJe 22.11.2010; e RMS 15.328/RN, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 2.3.2009.). De igual modo, a súmula nº 625 do STF reforça este entendimento ao dispor que "**Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança**".

Ademais, a manutenção do Mandado de Injunção como a única peça cabível sob o argumento da impossibilidade de aplicação analógica do art. 73 da CLT aos servidores públicos estaduais é insustentável não apenas em virtude das relevantes informações apresentadas, mas principalmente porque, no gabarito de respostas oficial comentado pela FGV, **a própria banca reconhece tal possibilidade ao dispor como um dos pedidos no gabarito de respostas que "seja suprida a omissão normativa garantindo-se a efetividade do direito à percepção do adicional noturno no percentual de 20% em relação à hora normal de trabalho, conforme disposições, aplicáveis por analogia, contidas no Art. 73 da Consolidação das Leis do Trabalho (...)"**.

Em uma terceira análise do enunciado, percebemos ainda outro detalhe importante com o interesse do Sindicato pelo adequado remédio judicial a fim de viabilizar aos seus filiados o "**exercício em concreto**" da mencionada prerrogativa constitucional. Neste ponto, em respeito ao princípio da separação de poderes, determina a jurisprudência do STF que:

"O mandado de injunção nem autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra"(STF, MI 168/RS; Plenário, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 21/03/1990, DJ 20-04-1990) e no mesmo sentido:"Tratando-se de mera faculdade conferida ao legislador, que ainda não a exercitou, não há direito constitucional já criado, e cujo exercício esteja dependendo de norma regulamentadora"(STF, MI 444-QO, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.09.1994, DJ 04.11.1994).

Apesar de julgados mais recentes que não se limitavam a declarar a mora do poder público, seja por aplicação analógica ou por intermediação que fixava prazo razoável ao legislador, nunca se falou em supressão da atividade legiferante através do Poder Judiciário, que não possui competência para determinar o "exercício em concreto" de norma pendente de regulamentação. A própria Lei do Mandado de Injunção (13.300, de 2016) adotou uma posição mais conservadora, isso porque, nas palavras de Pedro Lenza (p. 1780): "não se incentiva um Judiciário a funcionar como 'legislador' positivo no caso da existência de ato normativo a suprir a omissão, mas, havendo a sua falta e **sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa**, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais". Dispõe o art. 8º da referida lei que:

"Art. 8º Reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: I - determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; II - estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado. Parágrafo único. Será dispensada a determinação a que se refere o inciso I do caput quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a edição da norma."

Nos bons dizeres do Ilustríssimo Dr. Márcio André Lopes Cavalcante, Juiz Federal, Professor, Doutrinador e Autor do renomado blog Dizer O Direito, "a nova lei do mandado de injunção determina, como regra, a aplicação da corrente concretista individual intermediária"<sup>2</sup>, cuja primeira providência é o pedido de reconhecimento do estado de mora legislativa para que o Tribunal determine a injunção fixando prazo razoável para o impetrado sanar a omissão, nos termos do art. 8º, I, da referida lei (já citado). Não obstante a banca também mencione esse pedido no gabarito, denomina-se como "intermediária" a corrente atualmente em vigor no Brasil justamente porque este remédio não possui meios originários de determinar o exercício em concreto do direito pleiteado, conforme requer o enunciado. A corrente concretista direta - que, em tese, permite analogia em sede de MI - é medida excepcional. Assim, é inadequado exigir que os examinandos, legislativamente atualizados e cientes do entendimento consolidado na jurisprudência e na doutrina majoritária, presumam o interesse da banca pela aplicação analógica do dispositivo em questão através do MIC.

Percebe-se vários motivos que direcionaram ao Mandado de Segurança Coletivo como o remédio judicial adequado "a fim de viabilizar o exercício em concreto" de direito líquido e certo, via aplicação analógica devidamente amparada pelo ordenamento jurídico (e pela própria banca, como já demonstrado). Não obstante a súmula nº 269 do STF, que veda a utilização do *writ* como substitutivo de ação de cobrança, o enunciado se limitou a solicitar que fosse elaborado o remédio judicial cabível, sem especificar a necessidade de cobrança em relação a período pretérito, que, de fato, deve ser reclamada pela via administrativa ou judicial própria. Nesse sentido é o posicionamento dos renomados constitucionalistas Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, que apresentam o mandado de segurança, de forma clara e objetiva, como remédio legítimo para pleitear o pagamento de vantagens pecuniárias a servidor público federal, estadual e municipal, desde que relativo às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (p. 209, Dir. Constitucional Descomplicado). Vários são os precedentes judiciais nesse sentido, que admitem MS inclusive para reconhecer o direito à adicional noturno atribuído à servidores públicos (TJ-MG - AC: 10024121288468001 MG, Relator: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 08/04/2014, Câmaras Cíveis

/ 1ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/04/2014; TJ-MS - MS: 25152 MS 2007.025152-9, Relator: Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes, Data de Julgamento: 28/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 11/07/2008).

Há de se ressaltar que o enunciado também é omissivo quanto à existência ou não de provas documentais, datas, prazos e/ou demais detalhes importantes que poderiam afastar a pertinência do MSC e reforçar a aplicabilidade do MIC. A questão, por exemplo, não informa em que momento/circunstância o Estado se recusou a conceder tal benefício, mas deixa claro a sua manifesta recusa em concedê-lo, cujo poder de decisão obviamente é atribuído ao Governador do Estado Beta (autoridade coatora). Nesse sentido, em respeito ao litisconsórcio passivo necessário previsto no art. 6º da Lei 12.016/09, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo, os examinandos qualificam como legitimado passivo o próprio Estado Beta, além da autoridade coatora já mencionada, sustentando ainda a tempestividade do remédio, nos termos do art. 23 da Lei 12.016/09. O *writ* possui sua competência fixada de acordo com a autoridade coatora (há foro por prerrogativa de função), o que nos leva à endereçar a peça ao Tribunal de Justiça do Estado Beta, nos termos do art. 125, § 1º, da CRFB/88. Ademais, a legitimidade ativa do Sindicato dos Servidores do Estado Beta para a propositura do MSC se justifica em virtude do art. 5º, LXX, da CRFB/88 e do art. 21 da Lei 12.016/09, que atribui à organização sindical a legitimidade para a impetração do MS em sua modalidade coletiva.

Percebe-se, assim, que o *nomen iuris* da peça (MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO), o endereçamento, a qualificação das partes, a própria peça e as suas demais peculiaridades atenderam às informações apresentadas pelo enunciado e foram desenvolvidas em total consonância com os preceitos do ordenamento jurídico.

Como bem asseverou o Ministro Marco Aurélio, Relator de decisão do STF que reconheceu a constitucionalidade do Exame da Ordem: “O *exame da Ordem serve perfeitamente ao propósito de avaliar se estão presentes as condições mínimas para o exercício escorreito da advocacia, almejando-se sempre oferecer à coletividade profissionais razoavelmente capacitados*”. Já em publicação da OAB/SC, no artigo “Lei omissa: a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”, Gilmara Monteiro Baltazar (OAB/SC 28.056) esclarece que os autores dividem-se em duas principais correntes antitéticas: a que afirma, pura e simplesmente, a inexistência de lacunas, sustentando que o sistema jurídico forma um todo orgânico sempre bastante para disciplinar todos os comportamento humanos (aqui se posiciona quem impetraria o MS Coletivo); e a que sustenta a existência de lacunas no sistema, que, por mais perfeito que seja, não pode prever todas as situações de fato, que,

constantemente, se transformam, acompanhando o ritmo instável da vida (aqui se posiciona quem impetraria o MI Coletivo). Nessa linha, a carência de informações do enunciado abre margem à duas possibilidades, cabendo ao advogado, diante do caso hipotético apresentado pela banca, adotar o remédio judicial que considerar pertinente.

Não é a primeira vez que a banca FGV apresenta informações insuficientes para a realização da peça adequada. A título exemplificativo, no que diz respeito à 2ª fase de Direito Constitucional, o mesmo inconveniente de “duplo gabarito” ocorreu nos Exames de Ordem V (Ação Ordinária / Mandado de Segurança), IX (Ação Ordinária / Mandado de Segurança) e XVII (Ação Direta de Inconstitucionalidade / Parecer Jurídico).

## **DO PEDIDO**

Por falta de transparência e clareza do enunciado, os examinandos pugnam pela justa admissão de gabarito duplo (MIC e MSC) e a consequente avaliação do Mandado de Segurança Coletivo constante no caderno da peça prático-profissional.

## **REFERÊNCIAS**

<sup>1</sup> - Vide: FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de direito administrativo. 27ª ed. Editora Atlas. P. 601-602.; e no mesmo sentido: OLIVEIRA, Rafael Rezende. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. Editora: Método, 2016. P. 653-655.

<sup>2</sup> - CAVALCANTE, Marcio André Lopes. Dizer o Direito. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/06/primeiros-comentarios-lei-133002016-lei.html>>. Acesso em: 13/06/2017.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 15. Ed. Editoras: Forense/Método. 2016.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 25. Ed. Editoras: Forense/Método, 2017.