PARECERES

PESSOAL TEMPORÁRIO — REGIME JURÍDICO — CONTROLE JUDICIAL

— O regime jurídico do pessoal temporário, de que trata o art. 106 da Constituição federal (Emenda Constitucional nº 1 de 1969), é regulado em lei especial estadual.

— A relação jurídica, no caso, é de natureza administrativa, e não trabalhista.

— Os litígios entre os servidores de caráter temporário e o Estado são da competência do Juízo da Fazenda Pública, e não da Justiça do Trabalho.

PARECER

I

A consulta tem como objeto a constitucionalidade do Decreto n.º 52 356, de 12 de janeiro de 1970, baixado pelo Sr. Governador do Estado de São Paulo e da Lei estadual n.º 500, de 13 de novembro de 1974.

O primeiro ato, reportando-se ao art. 95 da Constituição do estado (na versão adaptada à Carta federal de 1969, conforme Emenda Constitucional n.º 2, de 30 de outubro de 1969), determinou que, até a edição da lei especial ali referida, as admissões passassem a ser feitas segundo o Decreto n.º 49 532, de 26 de abril de 1968 (que regula a admissão de pessoal a título precário e o credenciamento para serviços eventuais ou avulsos), ficando suspensos os contratos pelo regime trabalhista.

O segundo — que vem a ser a lei especial prevista na disposição constitucional — instituiu o regime jurídico do pessoal admitido em caráter temporário ou para função especializada.

II

Dispõe o citado art. 95 da Constituição paulista:

"Art. 95. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário, ou em função de natureza técnica especializada, será estabelecido *em lei*."

Essa norma tem como fonte direta e imediata o art. 106 da Constituição federal, tal como revista pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que assim soa:

"Art. 106. O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter

temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em *lei especial.*"

III

Como elemento histórico, de valor significativo na exegese do preceito, convém recordar que a redação primitiva, Constituição de 1967, era outra.

Dizia a disposição equivalente, no texto original:

"Art. 104. Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada."

O texto aprovado pelo Congresso e promulgado a 24 de janeiro de 1967 acolheu literalmente a redação do art. 102 do projeto de Constituição, oferecido pelo Sr. Presidente da República como mensagem de 12 de dezembro de 1966, que, a seu turno, emanou do anteprojeto elaborado pelo ilustre jurista, Ministro Carlos Medeiros Silva.

A solução do projeto, sujeitando o pessoal temporário ou técnico-especializado ao regime trabalhista, foi adotada "segundo a tendência na legislação ordinária", como esclarece a exposição de motivos do Sr. Ministro da Justiça e autor do anteprojeto (Carlos Medeiros Silva), que acompanhou a mensagem presidencial (p. 15 do avulso parlamentar).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, não se limitou, assim, a emendar a redação do art. 104 da Constituição de 1967; foi além, alterando-lhe o conteúdo. Nesse sentido, aliás, é a declaração do próprio texto da Emenda, quando exclui o art. 104 da enumeração feita em um dos seus *consideranda,* relativamente aos dispositivos mantidos, sem alteração de substância.

Fica, assim, evidente que a orientação ortodoxa de 1967 ("aplica-se a legislação trabalhista") não mais prevalece a partir da reforma de 1969.

A Constituição federal (e, por força do símile, as Constituições estaduais adaptadas) liberou o legislador ordinário para disciplinar, a seu critério, a situação do pessoal temporário ou técnico por meio *de lei especial.*

Trata-se, como pondera excelentemente Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de "importante inovação", em razão da qual o texto novo "fugiu, portanto, à automática aplicação do direito trabalhista (Comentários à Constituição Brasileira — Emenda Constitucional n.º 1, de 1969. 1974. v. 2, p. 218).

Editando a *lei especial,* a que alude o preceito constitucional, pode certamente o legislador tomar como base, ou paradigma, as normas trabalhistas, ou até mesmo, por processo remissivo, determinar-lhe a aplicação, no todo ou em parte.

A tanto não se acha, porém, obrigado, a qualquer título. A Constituição não impõe modelo ou contornos ao regime jurídico do pessoal temporário, ou técnico-especializado, a não ser *a contrario sensu* a inadaptação ao regime estatutário do pessoal permanente, do qual deve, por princípio, se distinguir.

Coincidimos, nesse particular, com o magistério de Celso Antonio Bandeira de Mello, assim manifestado:

"Parece-nos que o texto do art. 106 visa tão só a afastar a possibilidade de admissões temporárias ou para funções de natureza especializada, subordinadas a regime idêntico ao do funcionalismo(...) A única limitação é a impossibilidade de estender aos admitidos para tais atividades a mesma legislação aplicável aos seus funcionários. Desejou a Lei Magna, de um lado, afastar a aplicação obrigatória das normas trabalhistas e, de outro, obstar a atribuição dos mesmos direitos funcionais ou equiparações que viessem a nivelar

funcionários e servidores admitidos para os serviços referidos" (*"Apontamentos sobre os agentes e órgãos públicos"* 1972. p. 58).

Vaticina José Martins Catharino que *"de lege ferenda,* se vier a 'lei especial', prevista no atual art. 106 da C.F., pode ser que venhamos a ter o instituto contrato de emprego administrativo, negócio jurídico público" (Contrato de trabalho com pessoas jurídicas de Direito Público. — *Revista Legislação do Trabalho,* v. 37, p. 800, set. 1973).

Na mais completa monografia dedicada ao tema — que mereceu o Prêmio Filadelfo Azevedo, outorgado pela Ordem dos Advogados do Brasil — Seção Guanabara — Arion Romita filia-se a essa mesma corrente hermenêutica, quando afirma:

"Os direitos e deveres de tais servidores podem, portanto, variar. Pretendeu o constituinte de 1969 eliminar a rigidez que promanava do texto de 1967, pois este mandava aplicar a *legislação trabalhista* (art. 104). A norma vigente confere maior flexibilidade ao poder público, no recrutamento do pessoal chamado a executar serviços de caráter tempoorário e funções de natureza técnica especializada(...)

No contexto do art. 106 da Emenda de 1969, a expressão — *lei especial* — induz o legislador ordinário a editar um diploma que se afaste dos preceitos gerais, entendidos como os que disciplinam a situação dos funcionários públicos, a saber, as normas estatutárias. Mover-se-á o legislador com inteira liberdade, só encontrando limite na proibição de estender aos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada o estatuto dos funcionários. Por outro lado, não estará compelido a aplicar-lhes a legislação do trabalho" (*"Regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada.* No prelo, p. 54-8 da ed. xerocopiada, 1974).

O princípio de que aos servidores *extra-quadro,* admitidos para o exercício de funções não permanentes, não se aplica o regime jurídico dos funcionários públicos foi expressamente consagrado em várias decisões do Supremo Tribunal Federal, precisamente consagrado em várias decisões do Supremo Tribunal Federal, precisamente perante a situação de professores contratados como regentes de aulas excedentes do ensino médio, no estado de São Paulo (RE n.º 74 435, in *R.T.J.* 65/770; RE n.º 75 616; RE n.º 76 784; Ag. 62 771, despacho in *DJ* .... 15.4.75, p. 2 400).

É inquestionável, assim, que, desde o início da vigência — a 30 de outubro de 1969 — da Emenda Constitucional n.º 1, de âmbito federal, cessou a aplicação obrigatória da legislação trabalhista aos servidores temporários ou especializados, deferindo-se ao legislador ordinário poder normativo discricionário para regular o seu regime jurídico, mediante lei especial.

A lei especial nova poderá adotar regime jurídico próprio, optar pela aplicação do direito trabalhista, ou, ainda, instituir regime misto. Qualquer dessas soluções será válida, desde que subsista a distinção entre aqueles servidores e os funcionários públicos permanentes, que a Constituição implicitamente impõe.

Mais rigoroso é, a respeito, o ponto de vista de Cotrim Neto, no sentido de que, a partir da Carta Magna de 1969, "não mais se admite que a administração pública, seja a *direta* ou a *indireta,* contrate pelo regime da legislação trabalhista (...) uma legislação complementar há de ser editada, para pôr em vigência o

art. 106 da Emenda Constitucional n.º 1, que não mais admite a contratação nos termos da legislação trabalhista, como as Constituições de 1946 e 1967 admitiam" (O Servidor Público e a nova Constituição do Brasil. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n.º 119, p. 106).

Preferimos acompanhar a interpretação neutra de Arion Romita:

"*Obrigatória*, portanto, não é mais a aplicação das normas trabalhistas, mas não *proibida*. O que o art. 106 *veda*, sem dúvida, é que os servidores em questão sejam submetidos ao mesmo regime do funcionalismo público (op. cit. 109).

É também a opinião de Joaquim Castro Aguiar:

"No regime vigente, esse contrato tanto pode ser *administrativo* quanto *trabalhista*. A lei especial dirá em qual dos dois regimes o servidor será inscrito... Não mais subsiste a obrigatoriedade do contrato trabalhista para funções de natureza técnica especializada ou para admissões temporárias em obras, podendo o município recorrer à forma administrativa de contrato" (O Servidor municipal. 1970. p. 94-5).

V

Entendem alguns que a *lei especial* cogitada na Constituição há de ser *lei federal*, por considerarem a matéria inserta no direito do trabalho.

A nosso ver, porém, a *lei especial* em causa é *ratione materiae*, uma lei administrativa típica, emanada do poder de auto-organização dos serviços públicos que, no regime federativo, é uma das faces da autonomia dos entes políticos menores.

Já nos definimos sobre o problema no trabalho referente ao regime jurídico constitucional dos servidores municipais, que figura em nosso livro recente (*Direito administrativo*. Ed. Saraiva, 1975, p. 316-7):

"Outra disposição de duvidoso entendimento é a do art. 106, que atribui à *lei especial* regular o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada (...)

A expressão *lei especial* está referida por oposição à *lei geral* que deverá especificar o regime jurídico dos servidores públicos da União, na forma do art. 109, n.º I? Ou a *lei especial*, a valer como paradigma, deve ser unicamente a *lei federal* que regule a matéria?

A primeira interpretação, que já tem o abono de boas autoridades, parece-nos a de melhor técnica. A Constituição, sempre que pretendeu resguardar a competência da União, adotou a referência a *lei federal*, inclusive na própria seção em exame (por exemplo, arts. 99, § 3.º, 103 e 109).

Estendendo as normas constitucionais sobre funcionários públicos aos servidores locais, o constituinte certamente adotaria igual cautela se pretendesse excluir do alcance da lei estadual ou municipal o tratamento da matéria versada no art. 106, a saber, a fixação do regime jurídico do pessoal temporário ou especializado que é, por natureza, excepcional, não podendo compreender atribuições próprias dos cargos públicos."

Também este é o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello (op. cit. p. 57-8); Joaquim Castro Aguiar (op. cit. p. 87) e Arion Romita (op. cit. p. 53, 114). Este último anota a Deliberação n.º 536, de 3 de setembro de 1973, da Câmara Municipal de Nova Iguaçu, Estado do Rio de Janeiro, que mandou adotar o regime de contrato administrativo para os servidores temporários e especializados. Em decorrência desse ato legislativo municipal, o prefeito baixou o Decreto n.º

1 170, de 18 de setembro de 1973, discriminando os requisitos para a admissão de servidores de natureza técnica especializada (op. cit., n.º 35, nota 2, p. 53).

VI

Temos, portanto, firmados dois pressupostos essenciais na matéria sobre a qual versa a consulta.

A partir da vigência do art. 106 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (e das correspondentes emendas das Constituições estaduais, como é o caso do art. 95 da Emenda n.º 2, da Constituição do Estado de São Paulo):

a) o regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou em função de natureza técnica especializada é o que for estabelecido *em lei especial,* não mais prevalecendo a aplicação obrigatória da legislação trabalhista;

b) a *lei especial* será, respectivamente, federal, estadual ou municipal conforme se tratar de servidores da União, de estado ou de município.

VII

Cumpre, já agora, verificar o quadro da legislação paulista, diante da sucessão de normas constitucionais, em relação aos professores contratados para a regência de aulas excedentes.

Na vigência da Constituição de 1967, a matéria era regulada pelo Decreto n.º 49 213, de 15 de janeiro de 1968, que determinou fossem as aulas excedentes ministradas por professores contratados, durante o mês de janeiro de cada ano, pelos diretores de estabelecimentos de ensino secundários e normais oficiais do estado, "na forma da C.L.T." (art. 1.º).

Com a reforma da Carta federal, pelo advento da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969 (transposta para o plano constitucional estadual pela Emenda n.º 2, de 30 de outubro de 1969) foi substancialmente modificada a legislação estadual, firmando-se as seguintes regras instituídas pelo Decreto n.º 52 356, de 12 de janeiro de 1970:

a) foram suspensas, nos órgãos da administração centralizada, as contratações pelo regime trabalhista (art. 1.º);

b) até a edição da lei especial prevista no art. 95 da Constituição do estado, novas admissões deveriam ser feitas com observância do Decreto n.º 49 532, de 26 de abril de 1968, que dispõe sobre o regime do pessoal admitido a título precário (art. 2.º);

c) foi, especificamente, determinada a aplicação das normas do Decreto n.º 49 532 às admissões de professores para ministrar aulas excedentes (art. 3.º).

Finalmente, o regime jurídico do pessoal admitido em caráter temporário, inclusive para funções de natureza especializada, foi amplamente disciplinado na Lei n.º 500, de 13 de novembro de 1974. A aplicação dessa lei aos servidores admitidos para funções docentes foi expressamente consagrada em seu art. 42.

VIII

A mutação operada na legislação estadual, a partir de janeiro de 1970, é plenamente compatível com o sistema da Constituição federal que, como vimos, passou por transformação de fundo, sucedendo-se à aplicação obrigatória da legislação trabalhista (Constituição de 1967) a submissão da matéria à disciplina de *lei especial* (Emenda Constitucional de 1969).

As fases da legislação paulista correspondem, exatamente, a esses dois períodos do comando superior da Constituição federal, com repercussão necessária no plano normativo estadual, por força do princípio do art. 13, n.º V, da Carta federal.

No interregno do sistema da Constituição de 1967, o decreto estadual determinou, reflexamente, a observância do regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como impunha o texto maior.

Cessada a imposição, o legislador estadual valeu-se da liberdade readquirida para emitir a *lei especial* e, na expectativa dela, mandar aplicar a legislação existente sobre categoria funcional análoga.

Assim fazendo, o legislador estadual em nada exorbitou, antes se harmonizou com a mudança operada no plano constitucional, tanto federal como estadual.

IX

Concluímos, pois, no sentido de que são constitucionais o Decreto n.º 52 356, de 12 de janeiro de 1970, e a Lei n.º 500, de 13 de novembro de 1974, do estado de São Paulo.

Por via de conseqüência, as admissões praticadas com base nessa legislação não constituem contratos de trabalho, regidos pelo direito trabalhista. São atos administrativos bilaterais, cuja eficácia se completa com a adesão da outra parte, formalizada na assunção do exercício.

Os litígios sobre as relações jurídicas decorrentes não são, portanto, litígios trabalhistas, subordinados à competência da Justiça do Trabalho.

Ficam, como os demais atos administrativos, na esfera do controle jurisdicional próprio: na União, a Justiça Federal (ou o órgão de contencioso administrativo que venha a ser criado, segundo o art. 111 da Constituição); nos estados e municípios, os juízes competentes para conhecer das causas contra essas pessoas jurídicas de direito público interno.

É o nosso parecer, S.M.J.

Rio de Janeiro, 23 de abril de 1975.

Caio Tácito, Professor Titular de Direito Administrativo na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.