



Justiça do Trabalho deve julgar servidores temporários

Questão bastante em voga no meio jurídico trabalhista recentemente tem sido a discussão envolvendo a contratação por tempo determinado ou temporária de obreiros pelos entes públicos e as últimas decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, proferidas em Reclamações envolvendo a eficácia da decisão prolatada na ADI 3.395/DF, especialmente, a recente decisão adotada na Reclamação 5.381/AM.

A controvérsia basicamente se estabelece entre aqueles que defendem a competência da Justiça Comum, Federal e Estadual (de acordo com a vinculação do respectivo servidor), para o julgamento de tais lides e aqueles que defendem a competência da Justiça do Trabalho para tanto.

Isto porque, como se sabe, a ADI 3.395/DF, que discute a constitucionalidade do artigo 114, inciso I, da Constituição Federal, entendeu, em sede liminar, pela exclusão da competência da Justiça do Trabalho das causas envolvendo servidores estatutários, ou de caráter jurídico de direito administrativo[1].

Ou seja, tais relações de caráter temporário e excepcional, previstas no artigo 37, inciso IX, da CF de 1988 teriam natureza de regime jurídico de direito administrativo ou relações submetidas à CLT, atraindo a competência do ramo do Poder Judiciário correspondente para julgar tais controvérsias?

Primeiramente, necessário se faz algumas digressões sobre a questão para atingir a conclusão adiante defendida.

1 — Da natureza do contrato por tempo determinado

A primeira delas envolve a natureza dos contratos por tempo determinado ou temporários celebrados para a contratação de trabalhadores por parte da Administração Pública, contratação esta, repita-se, regulada pelo artigo 37, inciso IX, da CF de 1988: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

No âmbito Federal, tal disposição é regulada pela Lei 8.745/93, que delimita os casos em que possível tais contratações e os prazos máximos de sua duração. Já na esfera Estadual e municipal, necessário lembrar que diversas leis regem tais relações, das mais variadas formas e com diferentes conteúdos, regramentos e regimes jurídicos.

O contrato de natureza temporária tem pressupostos especiais. Vejamos o que afirma o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho[2]: “O regime especial deve atender a três pressupostos inafastáveis. O primeiro deles é a determinabilidade temporal da contratação, ou seja, os contratos firmados com esses servidores devem ter sempre prazo determinado, contrariamente, aliás, do que ocorre nos regimes estatutário e trabalhista. Constitui, porém evidente simulação a celebração de contratos de locação de serviços como instrumento para recrutar servidores, ainda que seja do interesse de empresas públicas e sociedades de economia mista. Depois, temos o pressuposto da temporariedade da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para



funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade. O último pressuposto é a excepcionalidade do interesse público que obriga ao recrutamento. Empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores. Portanto, pode dizer-se que a excepcionalidade do interesse público corresponde à excepcionalidade do próprio regime especial."

Como se vê, tais contratações se justificam em face da necessidade especial do Poder Público na contratação de pessoal em casos de atividades necessárias ao desempenho das obrigações estatais, isto de forma imprevisível e excepcional, tudo por tempo determinado.

Importante frisar que o regime jurídico envolvendo tais contratações pode ser regido, tanto pela CLT, como por lei específica que imponha relação especial, de natureza administrativa, com regramento especial próprio.

A experiência deste autor, inclusive, aponta no sentido de que várias leis municipais que adotam este contrato de natureza temporária, disciplinado, a princípio, pelo artigo 37, inciso IX, da CF de 1988, adotam como regramento o regime da CLT, o que demonstra, primeiramente, ser falso o pressuposto ou a idéia generalizada de que sendo a relação de natureza temporária o regime jurídico aplicado a esta seria inevitavelmente o de direito administrativo especial.

Em muitos casos há que se pontuar que sequer há qualquer regramento jurídico local envolvendo e regulando a contratação dos servidores, em confronto, inclusive, com princípios básicos constitucionais envolvendo a Administração Pública, como o da impessoalidade e eficiência, previstos no artigo 37 da CF de 1988. Tal situação, muitas vezes submete o trabalhador, ou servidor público, como se queira denominá-lo, a uma situação de vácuo jurídico, sem direitos assegurados, sem contagem de tempo de serviço e sem recolhimentos previdenciários.

Aliás, vale aqui também rediscutir esta expressão "relação de regime jurídico de direito administrativo" porque, a bem da verdade, mesmo uma relação celetista estabelecida no âmbito da administração pública não deixa de ser uma relação também de natureza administrativa!

Isto porque mesmo os contratos entre trabalhadores e Administração regidos pela CLT (como no caso de vários municípios brasileiros, especialmente nas Regiões Norte e Nordeste e também empresas públicas e sociedades de economia mista) possuem particularidades que mitigam a natureza contratual desta relação, impondo restrições a tais contratos próprios do direito administrativo, de modo que os doutrinadores reconhecem, sem sombra de dúvidas, que há nestes casos derrogações de normas contratuais privadas em face da natureza pública de tal relação.

O próprio TST já vem reconhecendo uma série de mitigações que minimizam esta natureza contratual da relação quando o contrato se dá com a administração pública, como por exemplo, a necessidade de concurso público para ingresso em seus quadros e a impossibilidade de equiparação salarial entre trabalhadores vinculados à CLT quando ligados à Administração Pública direta, autárquica ou



fundacional[3]. Também, é reconhecida, por sua vez, isto pelo Supremo Tribunal Federal, e por meio da Súmula 679, a impossibilidade de celebração de convenções coletivas para a fixação de vencimentos de servidores públicos.

Por outro lado, e como se sabe, a teoria da relação estatutária baseia-se na premissa de que a relação com o poder público disciplinada em lei específica não está sujeita à aderência de normas previstas em contrato, de modo que a lei seria a grande garantidora dos direitos e deveres desta relação, não podendo ser alterada pelas normas contratuais.

Mas tal impossibilidade de alteração já atinge também, como se vê, nos próprios contratos celetistas no âmbito da administração pública, diminuindo a grande diferenciação adotada em momento anterior em nossa doutrina acerca da separação entre as relações com a administração pública em administrativa *versus* contratual.

Afinal, os ramos do direito não são estanques e sua interpretação há de ser sistemática. O direito do trabalho e administrativo nestes casos se fundem, misturando princípios próprios de cada ramo.

Portanto, vale dizer que não mais é suficiente afirmar que a relação estabelecida é de “regime jurídico de direito administrativo”, pois, o que, na verdade, diferencia esta relação daquela estabelecida sob o âmbito celetista é o caráter de lei específica reguladora dos direitos e deveres dos servidores, que pode remeter à CLT como sistema de regramento ou estabelecer critérios próprios específicos.

2 — Do desvirtuamento do contrato por tempo determinado

A Justiça do Trabalho, por sua vez, vem entendendo que, quando tais contratos temporários estabelecidos com a administração, mesmo com a existência de lei específica, são desvirtuados dos parâmetros previstos, tal situação levaria à aplicação da CLT e também da competência da Justiça do Trabalho. Isto porque o direito do trabalho é regido pelo princípio do contrato realidade, de modo que não basta um nome jurídico, ou mesmo o que disposto em um contrato para desvincular o modo real e prático como a relação é desenvolvida verdadeiramente.

A expressão desvirtuamento inclui uma série de situações como, por exemplo, a ausência de concurso público ou processo seletivo; duração excedente dos contratos além dos períodos previstos em lei; utilização dos contratos temporários em situações não excepcionais, dentre outras.

Veja-se que o dispõe a OJ 205 da SBDI I do TST:

OJ 205 COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. ENTE PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. (nova redação, DJ 20.04.2005)

I – Inscreve-se na competência material da Justiça do Trabalho dirimir dissídio individual entre trabalhador e ente público se há controvérsia acerca do vínculo empregatício.



II – A simples presença de lei que disciplina a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF/1988) não é o bastante para deslocar a competência da Justiça do Trabalho se se alega desvirtuamento em tal contratação, mediante a prestação de serviços à Administração para atendimento de necessidade permanente e não para acudir a situação transitória e emergencial.

A própria redação da Súmula 363 do TST também reconhece, de forma implícita, tal competência da Justiça laboral para julgar tais lides, uma vez que para adentrar-se ao mérito de uma demanda, é necessário, primeiro, deter a competência para analisá-la:

SÚMULA 363 CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) — Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 — A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.

Uma vez nulo o contrato, o servidor ou obreiro, situa-se em uma situação de vácuo jurídico, pois ante a irregularidade no momento da contratação ou do desenvolvimento do contrato, a nulidade implica na ausência de um regime jurídico efetivamente aplicável a este servidor. Nem é preciso repetir que este verdadeiro limbo a que este servidor está submetido causa-lhe enormes prejuízos, sonogando-lhe direitos constitucionais garantidos aos servidores públicos e aos trabalhadores em geral.

Nesse passo, a CLT, por ser o regime geral legal aplicável a todo trabalhador, bem como por especificar vários direitos garantidos como sociais e previsto no artigo 7º da CF de 1988, é utilizada como parâmetro, mesmo porque não se pode admitir o enriquecimento e prejuízo do trabalhador em face de nulidade que não causou, e nem sequer a inexistência total de um regramento aplicável ao caso.

Frise-se, por oportuno, que a Medida Provisória 2.164-41/2001, que acrescentou o artigo 19-A à Lei 8.036/90 assegura, nestes casos, ao menos, o pagamento dos depósitos do FGTS devidos durante a duração do labor aos obreiros, parcela que somente seria possível ser liberada acaso seja a Justiça do Trabalho competente para julgá-la.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, em vários conflitos de competência também se inclinou no mesmo sentido por meio dos julgados proferidos nos seguintes processos:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDORA MUNICIPAL. ADMISSÃO MEDIANTE CONTRATO ADMINISTRATIVO POR PRAZO DETERMINADO. CONTINUAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEM A PRÉVIA PRORROGAÇÃO DO PACTO. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO IRREGULAR. REGIME CELETISTA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.



1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a justiça comum é competente para o julgamento de lides que envolvam contratação temporária de servidor público por prazo determinado, disciplinada por lei especial, por ser estatutário o vínculo com a administração.
2. Na situação em apreço, todavia, a reclamante laborou para o Estado por aproximadamente 13 (treze) anos, de forma ininterrupta, sem que o contrato temporário primitivo fosse regularmente prorrogado.
3. Embora inicialmente a relação entre o poder público e a funcionária tenha cunho administrativo, a continuada prestação de serviços de forma habitual pela reclamante, com a anuência do Estado, desnatura o primitivo contrato administrativo por tempo determinado, passando o vínculo entre as partes a ser regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.
4. Além disso, a admissão da servidora não foi precedida do necessário concurso público, a também evidenciar a irregularidade na sua contratação.
5. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Santarém/PA, ora suscitado. (CC 70226 / PA CONFLITO DE COMPETENCIA2006/0206148-5, Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 26/03/207)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA
ESTADUAL - ADMISSÃO DE SERVIDOR DE FORMA IRREGULAR
- INEXISTÊNCIA DE CONCURSO - VÍNCULO CELETISTA - COMPETÊNCIA DA
JUSTIÇA DO TRABALHO

Em se tratando de relação de trabalho que decorre de contratação irregular, sem prévio concurso público, a competência para processar e julgar a demanda é da Justiça do Trabalho, não obstante tenha o município adotado Regime Estatutário, sob pena de competência do Juízo da Vara do Trabalho de Ipiaú/BA". (CC 66030 / BA CONFLITO DE COMPETENCIA 2006/0147402-2, Rel. Min. Carlos Fernando Mathia

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPE
COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as demandas que envolvem servidor público contratado irregularmente devem ser processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho.



2. *Hipótese em que, pela extensa duração do vínculo, infere-se que a contratação do demandante foi irregular, uma vez que não foi realizada com vistas ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal.*

3. *Agravo regimental improvido. (AgRg no CC 86575 / MG, AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 2007/0121885-5, Relator Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 01/02/2008)*

Vê-se, portanto, que a competência da Justiça do Trabalho é inafastável nestes casos de desvirtuamento, contratações sem concurso público, e que somente demandariam a formação do vínculo de natureza estatutária, ou como se queira, “administrativa especial”, se os pressupostos de legalidade próprios estivessem efetivamente preenchidos.

3 — Das reclamações ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal

Não obstante tal raciocínio já consagrado tanto pelo TST, como pelo próprio STJ, o STF na Reclamação 5.381/AM entendeu pela anulação de decisão da Justiça do Trabalho que, analisando ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, determinava o desligamento de milhares de servidores temporários contratados sem concurso público e que já prestavam serviços há vários anos seguidos vinculados ao município de Manaus, isto em razão da suposta ausência de competência da Justiça do Trabalho para julgar tal demanda.

Além dos fundamentos já expostos, há que se acrescentar, como contraponto à decisão proferida pelo STF, que a definição de competência de qualquer ramo do Judiciário tem relação direta com a causa de pedir e pedido, sendo que a única Justiça competente para avaliar pedido em que se pleiteia reconhecimento de relação de emprego, ou mesmo pagamento de verbas fundiárias vinculadas à relação é a Trabalhista Especializada. Ou seja, é a causa de pedir e pedido que definem a competência, pois, se a Justiça do Trabalho entender que o contrato não envolve pedidos de índole trabalhista e sim, estatutário ou “administrativo”, julgaria improcedente o pedido ao invés de declinar de sua competência.

Em razão disto, o próprio STF em outras Reclamações[4], e contradizendo o que afirmado na Reclamação anterior negou a concessão de liminares requeridas e que buscavam a suspensão do trâmite de ações na Justiça do Trabalho que envolviam tal matéria, afirmando, por exemplo, na Reclamação 4.951 que:

Não concorre a pertinência do pleito. A liminar concedida na citada ação direta de inconstitucionalidade ficou restrita ao afastamento de interpretação do inciso I do artigo 114 da Carta Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que implique reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para apreciar conflitos atinentes a regime especial, de caráter jurídico-administrativo. Conforme se observa nos documentos juntados ao processo, há, em síntese, o envolvimento de conflitos trabalhistas, tendo em conta a articulação, como causa de pedir, da regência do vínculo pela Consolidação das Leis do Trabalho.

4 — Do regime do emprego público



Interessante também analisar a situação do servidor celetista com contrato com a administração pública.

Veja-se que, embora o STF tenha julgado, em sede cautelar, inconstitucional o artigo 39, “caput”, da Constituição Federal, com a redação dada pela da Emenda Constitucional 19/2008 na ADI-MC 2.135/DF, restabelecendo o texto anterior, isto por vício formal em relação ao trâmite da emenda na Câmara dos Deputados[5], tal circunstância não implica na derrubada imediata e inexorável de tais contratos celetistas. Primeiramente, porque ainda vigem várias Leis Federais que tratam da contratação celetista no âmbito da Administração, como, por exemplo, as Leis 9.962/2000 (regime celetista no âmbito da Administração Federal) e 10.357/2007 (agentes comunitários de saúde), em clara demonstração da coexistência fática dos regimes jurídicos celetista e estatutário no âmbito da Administração Pública, seja Federal, Estadual ou Municipal, de modo que a adoção prática e a volta ao regime jurídico único ainda é uma utopia jurídica.

Segundo porque a decisão proferida na ADI-MC 2.135/DF e que declarou a inconstitucionalidade da Emenda 19, no particular, (artigo 39, caput) foi adotada com efeitos *ex nunc*, ou seja, dali para frente, sem efeitos retroativos, o que significa dizer, que os entes públicos e a própria legislação infraconstitucional teriam que ser adequados novamente à tal situação, já que a coexistência dos regimes, repita-se, é uma realidade fática inafastável e adotada por todo o país afora, já que a Emenda 19/98, no particular, frise-se, demorou quase dez anos para ser declarada inconstitucional e vários Municípios brasileiros ainda adotam a CLT como regime jurídico aplicável a seus servidores, ou ainda, regime jurídico misto, trabalhista e estatutário.

5 — Conclusão

A discussão envolvendo a competência do Trabalho e o regime temporário, mais do que uma mera discussão envolvendo competência dos ramos do Poder Judiciário, envolve a aplicação dos direitos sociais dos servidores e de princípios administrativos que regem a administração pública.

Se por um lado, a questão merece reprimenda rápida e efetiva do Ministério Público e do Poder Judiciário no sentido da regularização das relações de pessoal no âmbito da Administração, com o afastamento de servidores irregularmente investidos, em atenção aos princípios constitucionais da impessoalidade e da eficiência, inclusive mediante a devida realização dos concursos públicos ou processos seletivos, por outro lado, o trabalhador ou servidor público não pode e não deve restar sem os direitos sociais a ele assegurados pela Constituição, dentre eles o FGTS, uma vez que foi a própria Medida Provisória 2.164-41/2001 que demonstrou a preocupação do governo com tal situação, que tem se alastrado em nosso país em níveis realmente alarmantes.

São vários os Estados e municípios que contratam por meio de regime temporário, de forma sucessiva, ano após ano, visando suprir as mais variadas atividades normais e típicas da Administração, abstendo-se de realizar os devidos concursos públicos ou processos seletivos, e renovando tais contratos após seu fim, em certas ocasiões permitindo até que o “emprego” seja utilizado com moeda de barganha em momentos pré-eleitorais.



Deixar que as legislações locais tratem da questão das mais variadas formas, sem assegurar direitos básicos a estes servidores, apenas enquadrando-os sob o pálio do regime especial administrativo pode representar uma grande lesão social.

Nunca é demais lembrar que tais servidores não possuem estabilidade constitucional ou sequer o pagamento de FGTS, em alguns casos não têm sequer reconhecido o seu tempo de serviço prestado para efeitos previdenciários, olvidando-se, assim, seus direitos sociais e deixando tais obreiros sem qualquer contraprestação ou indenização por anos de trabalho prestado.

Nem é preciso dizer que a experiência nos demonstra que a própria administração pública nos casos levados a juízo questionando tais relações é a primeira a alegar a irregularidade destes contratos, até porque, como tais contratos são nulos pela ausência de concurso público ou processo seletivo, a Administração se beneficia de sua própria torpeza, sonhando direitos rescisórios, já que a declaração de nulidade lhe beneficia e implica em tal restrição aos pagamentos de verbas relativamente a estes contratos.

Portanto, em linhas gerais, a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de tais demandas significa, na prática, e, ao menos, a possibilidade de que tais servidores sejam detentores do direito ao FGTS, e a um reconhecimento mínimo de uma regulação jurídica a eles aplicável, já que o Tribunal Superior do Trabalho já possui um entendimento sumulado sobre a questão, evitando-se as disparidades das diversas leis locais que, via de regra, não prevêm qualquer tipo de direitos a estes servidores, exceto pelo pagamento dos salários.

Necessário, outrossim, e de maneira urgente, que os gestores públicos que incorrerem nas irregularidades relativas à contratação irregular de servidores temporários possam ser alvo de condenações por improbidade administrativa pelo Poder Judiciário, especialmente pela Justiça Especializada, a qual possui contato direto e rotineiro com a questão, medida sem a qual as irregularidades narradas continuarão a acontecer dia a dia, confirmando o ditado popular de que “a corda sempre arrebenta do lado mais fraco”.

[1] Liminar proferida na ADI 3.395 pelo ministro Nelson Jobim, “in” DJU de 04/02/2005

[2] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 16ª edição, páginas 510/511

[3] Inteligência dos entendimentos expostos na Súmula 363, OJ 297 da SBDI I, e decisões proferidas nos processos, todos do Tribunal Superior do Trabalho.

[4] RCL 4.951-GO, RCL 3.799-PA, RCL 4.465-GO, RCL 5.426-SE –STF

[5] ADI/MC 2.135-DF/STF, “in” DJU 07/03/2008

Date Created

01/06/2008