

A natureza da contratação prevista no Inciso IX do art. 37 da CF/88

Vera Regina Loureiro Winter

Procuradora do Trabalho na 4ª Região
Mestranda em Direito – PUCRS

Trata-se de matéria controversa entre os autores, que divergem quanto ao regime jurídico a ser adotado para as contratações por tempo determinado para atender a necessidade temporária de “*excepcional interesse público*”, na dicção do referido dispositivo constitucional. A importância do assunto se faz presente em face das repercussões que advêm do posicionamento a ser adotado – contratação administrativa ou celetista – e conseqüente competência jurisdicional para dirimir possíveis irregularidades.

Cabe, inicialmente, partir-se dos dispositivos constitucionais que enfocavam a matéria antes da atual Constituição Federal, especificamente o art. 106 da Emenda Constitucional/69, em cotejo com o art. 104 da Carta Magna de 1967, para, através da conceituação do servidor público, do exame do dispositivo constitucional em comento e da legislação existente na esfera federal (Lei 8745/93, atingir-se aos posicionamentos adotados pelas correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica de tal modalidade de contratação.

1. Dos antecedentes constitucionais

Estabelecia o art. 106 da EC/69: “O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

Tal dispositivo acarretou várias discussões sobre a competência para regulamentar o regime previsto, uma vez que o art. 104 da Constituição Federal de 1967 expressamente dispunha ser a Justiça do Trabalho competente para tais contratações: “Aplica-se a legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada.”

Destacam os autores que o art. 106 enfatizava a distinção entre admissão em serviços de caráter temporário e contratação para funções de natureza técnica especializada, com substancial diferença de conceitos: na admissão, ocorria um ato administrativo unilateral, sujeito a disciplina geral do administrativo e não do

contrato, não criando para o seu destinatário direito de permanência: já na contratação, cogitava-se de ato bilateral, entendendo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, (*in Curso de Direito Administrativo*), tratar-se de contrato público, sujeito à disciplina geral dos contratos administrativos. Tais funções tinham natureza permanente, mas as freqüentes carências na força de trabalho ensejavam seu exercício por tempo determinado. Todavia, “temporário há de ser o serviço ou a função, por via de consequência, temporária será a permanência do servidor na função ou serviço. Em outras palavras, a temporariedade da função tomada em sentido material é que acarreta a temporariedade do servidor, que como temporário não poderá ser havido, se permanente a função”, conforme voto proferido pelo Min. LEITÃO DE ABREU sobre o referido art. 106.

Mais adiante, acrescenta que “quanto às funções de natureza técnica ou especializada, é mister, para que não se estabeleçam regimes paralelos, que a função, técnica ou especializada, não encontre correspondência no serviço público permanente, porquanto nesta hipótese, forçoso é que o exercício dela seja encarregado a funcionário público, submetido ao regime como da função pública”.

Sobre o assunto arremata PAULO EMILIO RIBEIRO DE VILHENA: “neste quadro uma advertência salta à vista: o Supremo Tribunal, ao admitir a competência legislativa do Estado-membro para preencher a vocação programática do art. 106 da Constituição, define *a priori* a natureza jurídica objeto da regulamentação incorporando-a ou afastando-a dos regimes trabalhista e estatutário. Para assim decidir, a Suprema Corte não pode deixar de examinar o conteúdo das relações jurídicas regulamentadas pelo Estado-membro, isto é, deverá dizer se o trabalho que compõe essas relações é *ex-facti*, trabalho temporário e/ou contratado para funções de natureza técnica especializada. Ao declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal reconheceu, implicitamente, que o limite da competência para julgamento do caso ficou retido na Justiça Estadual, restringindo-se à apreciação do aspecto formal da questão, quando somente *a sua substância, a natureza e a espécie do trabalho prestado* é que poderiam definir a legitimidade ou ilegitimidade das leis estaduais a serem examinadas” (grifo nosso).

Vê-se, então, que o problema da competência legislativa, visto sob o ângulo da jurisdicionalidade, diz antes com o problema da natureza da matéria de que é preenchida a relação jurídica. O próprio jogo e cotejo dos preceitos constitucionais leva a essa conclusão, pois nada obsta se admita que o trabalho, a que se refere o art. 106 da Constituição, seja uma subespécie, uma categorização do trabalho, captado *in genere* pelo seu art. 8. (Compete à União: XVII – legislar sobre: “b” – direito...do Trabalho). Tal entendimento deu origem ao Enunciado 123 da Súmula do Col. TST, tendo em vista a aplicação da Lei nº 500/74 de São Paulo e da Lei 6508/73, do Paraná.

A atual Constituição, porém, regulou de forma diversa a situação: não refere *regime jurídico* ou *lei especial*, mas apenas “a lei estabelecerá” (norma de eficácia limitada, no dizer de JOSE AFONSO DA SILVA, *in Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pág. 72); igualmente não menciona “servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou controlados para funções de natureza técnica especializada”, mas em “casos de contratação por tempo determinado” ressaltando o atendimento à necessidade temporária de excepcional interesse público.

2. Do servidor público

Necessário, então, se faz, examinar a conceituação atual de servidores públicos, distinguindo, dos detentores de cargo, os que exercem emprego ou função pública.

Na sistematização proposta por OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *in Princípios de Direito Administrativo*, pp. 277 e ss.), os agentes públicos compreendem *agentes políticos, servidores públicos e particulares em atuação colaboradora com o Poder Público*.

Restringindo-nos aos *servidores públicos*, temos que tal designação abarca os titulares de cargos públicos (*servidores públicos civis*, anteriormente denominados funcionários públicos), sob regime estatutário e os *empregados públicos*, ocupantes de empregos na Administração Direta e Indireta, sob regime celetista, entre os quais, se incluem os contratados nos termos do art. 37, inc. IX da Constituição, conforme CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *(in Curso de Direito Administrativo*, pág. 124).

Quanto a estes, expressamente refere este último autor que, "*sujeitam-se a uma disciplina jurídica que, embora sofra algumas inevitáveis influências advindas da natureza governamental da entidade contratante*, basicamente, é a que se aplica aos contratos trabalhistas em geral, portanto a prevista na Consolidação das Leis do Trabalho". (ob. cit., pág. 127). Acrescenta, ainda, que "*as disposições constitucionais, por dizerem respeito a quaisquer servidores públicos, introduzem particularidades no regime trabalhista aplicável aos empregados do Poder Público. Logo, o que se há de concluir é que embora o regime de cargo tenha que ser o normal, o dominante, na Administração Direta, autarquias e fundações de direito público, há casos em que o regime trabalhista (nunca o puro, mas afetado pela interferência de determinados preceitos de direito público)* (grifo nosso) é admissível para o desempenho de algumas atividades, cujo desempenho sob o regime laboral não compromete os objetivos que impõem a adoção do regime estatutário como o normal, o dominante." (grifos do original).

Mais adiante, conclui: "Terá de haver um regime jurídico único", ainda que, na intimidade de cada órgão, tais servidores possam estar sob dois regimes diversos (cargos, como regra, e empregos). Obedecido tal critério, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, adstritos apenas às disposições constitucionais sobre servidores públicos, legislarão cada qual para as respectivas órbitas e decidirão, livremente, se pretendem adotar exclusivamente o regime de cargos ou se instituirão empregos para as atividades materiais subalternas. *O que não poderão fazer, sem afrontar a Lei Magna, é deixar de acolher o regime de cargos como regra geral ou instituir o regime de emprego para atividades que não o comportem*" (grifo do autor, ob. cit. pág. 145).

No mesmo sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS, *(in Comentários à Constituição Federal*, art. 37, pp. 95 e ss.), afirma a existência de dualidade no funcionalismo: "de um lado, aquele que era nomeado para prover cargo público em caráter permanente, dependente integralmente de concurso público, o que por sua vez, gerava o direito por parte do servidor de se estabilizar na função; de outro, um funcionalismo em princípio precário, às vezes admitido para ocupar função e não cargo público e sem concurso. É certo que essas situações surgiram da alegada

necessidade emergencial ou às vezes para atrair-se um técnico de cuja especialização funcional estivesse a Administração carecida". Há certas funções que não comportam integração no quadro mais restrito dos funcionários públicos, daí porque, nossas últimas Constituições têm, sempre referido circunstâncias sob as quais o regime estatutário é de ser afastado".

Tal tipo de servidor suscita dois grandes problemas: de um lado, saber-se quando pode se dar essa admissão por tempo limitado; de outro, quais os direitos e deveres a que estará sujeito, visto que não são os mesmos do servidor estatutário ou pelo menos, do regime comum dos servidores públicos.

3. Do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal

Não define a Lei Magna atual quais as situações que ensejam a contratação temporária, identificando ADILSON DALLARI algo que a lei não poderá fazer: "está absolutamente claro que não mais se pode admitir pessoal por tempo indeterminado (*sic*, determinado, *rectius*) para exercer funções permanentes, pois o trabalho a ser executado precisa ser, também eventual ou temporário, além do que a contratação somente se justifica para atender a um interesse público qualificado como excepcional, ou seja, uma situação extremamente importante, que não possa ser atendida de outra forma" (*in Regime Constitucional dos Servidores Públicos*, pág. 124).

Mais adiante, afirma o autor que: "Em se tratando de um regime jurídico de pessoal, de trabalhadores, é certo que esse regime deve atender às garantias conferidas pela Constituição a todos os trabalhadores". Somando-se isso à competência exclusiva da União para legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I), entendemos que o regime jurídico do pessoal contratado pela Administração Pública para desempenhar, temporariamente, serviços de excepcional interesse público, somente pode ser o regime da CLT. Esse entendimento traz uma grave decorrência: a proscrição dos atuais terceiros regimes. Na prática, retornou-se ao regime prescrito pela Carta Constitucional de 1967, art. 104.

IVAN BARBOSA RIGOLIN (*in Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Civis*) embora discorde da obrigatoriedade da adoção do regime celetista, concorda em que não mais poderão vigorar as leis especiais, instituidoras que um terceiro regime, de caráter estatutário (como a Lei 500 e a Lei 9160, respectivamente, do Estado e do Município de São Paulo). Para ele, tais leis "perderam o fundamento constitucional de validade", tornando inconstitucional a manutenção dos servidores nelas enquadrados, situação essa que deverá ser resolvida no prazo concedido pelo art. 24 das Disposições Transitórias (dezoito meses, a contar de 05.10.88, ou seja, até 05.04.90). Todavia, a Lei 8112, dispondo sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações de direito público, foi editada apenas em 11.12.90.

Afirma, ainda, DALLARI (ob. cit., pp. 124/125) que "Se esse regime estatutário é único e deve ser único, está excluída a possibilidade de criação de um outro regime estatutário, por isso, obviamente, quebraria a unicidade."

"Em consequência, diante da impossibilidade de se criar um segundo regime jurídico especial para o pessoal contratado, resta apenas a possibilidade de utilização, para contratações temporárias, do regime celetista."

Neste mesmo sentido, ressalta CELSO RIBEIRO BASTOS, (ob. cit. pág. 98), que "seria importante que a futura lei" (quando ainda não editada a Lei 8745/90) "também deixasse certo que esta situação de excepcionalidade resulta de circunstâncias imprevisíveis pela Administração e não que pela sua inércia tenha dado causa a uma hipótese de emergência, exemplificando com a omissão em realizar concurso público para suprir cargo necessário".

Quanto ao regime a ser adotado, afirma RIBEIRO BASTOS que "a presente Constituição suprime a possibilidade deste terceiro regime (existente no art. 106 comentado). Ao referir-se à contratação, a Lei maior não deixa dúvidas quanto a tratar-se da CLT como o documento adequado para reger as relações jurídicas deste pessoal, uma vez que o traço fundamental do regime estatutário é a sua unilateralidade, inadmitindo a negociação ou a transação. Esta forma de acerto das cláusulas que vão compor a relação empregatícia é própria do regime privado traduzido na CLT."

Enfatiza, ainda, que *"a aplicação da legislação trabalhista há de sofrer, evidentemente, alguma refração advinda de preceitos de aplicação forçada a todos os servidores públicos. O Estado nunca pratica atos integralmente regidos pelo direito privado. Há certas imposições que condicionam e orientam a atuação estatal e que não podem deixar de penetrar no próprio ato de natureza privada. Este continua a ser assim considerado pela predominância das regras privattsticas"* (ob. cit. pág. 99, grifos nossos).

Da mesma forma, afirma MARIO CAMMAROSANO, que "se o regime dos servidores temporários não pode ser o mesmo dos servidores permanentes, o regime só pode ser o trabalhista, já que é de competência da União legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, I). O próprio termo *contratação*, utilizado no inc. IX, constitui um indicador de que aos servidores temporários aplica-se a CLT regime esse que, na Administração Direta, autárquica e fundacional pública, deve ser mesmo restrito aos servidores temporários.

"Quanto à *competência* para editar referida lei é de cada pessoa jurídica de direito público, com capacidade política, interessada. Cada qual, no exercício de sua autonomia, é que dirá, em face das peculiaridades de seus serviços, quais as situações ensejadoras de contratação de pessoal temporário, observados os parâmetros estabelecidos no mesmo inciso IX do art. 37, devendo a lei indicar as situações e às autoridades administrativas, a verificação diante da situação concreta de sua aplicação a previsão abstrata na hipótese da norma. O prazo de vigência deve ser o estritamente necessário ao atendimento da necessidade temporária, especialmente qualificada."

"A necessidade é de excepcional interesse público quando for premente, imperiosa para que determinado serviço funcione em condições satisfatórias mínimas, seja ele essencial ou não".

Conceituando interesse público, temos no magistério de FREDERICO MARQUES que "evidencia-se pela natureza da lide em causas em que a aplicação do direito objetivo não pode ficar circunscrita às questões levantadas pelos litigantes, mas, ao contrário, deve alcançar valores mais relevantes que tenham primado na resolução processual do litígio", o que cabe ao Ministério Público resguardar, dentro das funções a que foi alçado pela atual Constituição Federal.

Sustentava finalmente Cammarosano, que, antes mesmo de editada lei que estabelecesse os casos de contratações, (na esfera federal, já foram regulados, através da Lei 8745/93) poderiam estas ser levadas a efeito desde que presentes os requisitos citados, no que diverge CELSO RIBEIRO BASTOS (e com inteira razão, em nosso entendimento), uma vez que trata-se de norma tipicamente de eficácia limitada, necessitando a superveniência de norma integradora para conferir-lhe plena eficácia.

4. Da Lei 8.745/93

Dispõe tal diploma legal sobre a hipótese em foco, no âmbito da Administração Federal Direta, autarquias e fundações públicas, considerando como de necessidade temporária de excepcional interesse público, a assistência a situações de calamidade pública, combate a surtos endêmicos, realização de recenseamentos, admissão de professor substituto e professor visitante, de professor e pesquisador visitante estrangeiro e atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia (art. 2º).

O recrutamento há de ser mediante processo seletivo simplificado, (art. 3º), salvo para atender calamidade pública ou mediante análise de *curriculum vitae* para admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro ou para obras e serviços de engenharia, estabelecendo prazos, (art. 4), formas de remunerações, (art. 7º), vedações, (art. 9º), alguns dos direitos e obrigações previstos na Lei 8112/90 (art. 11) e, ainda a indenização a ser paga pela extinção do contrato por iniciativa do órgão contratante, por conveniência administrativa (art. 12 e parágrafos).

Confrontando-se tais disposições com as previstas nos parágrafos 1. e 2. do art. 443 da CLT, para as hipóteses de contrato por prazo determinado, verifica-se uma certa similitude, uma vez que há previsão de serviços (itens I a V) e atividades transitórias, (item VI), justificados pela natureza própria. Por consequência, o término do contrato não importa em pagamento de qualquer indenização, como característica da predeterminação de prazo. Igualmente o pagamento de indenização por metade do que seria devido até o término do prazo (parágrafo 2. do art. 12 da lei em comento) se coaduna com o disposto no art. 479 consolidado.

Naturalmente que o prazo maior (até quatro anos) para as hipóteses de admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro, assim como nas atividades especiais na área industrial, obras e serviços de engenharia, se justifica pela própria natureza destas.

Por outro lado, a previsão de dotação orçamentária e a responsabilidade administrativa, sem prejuízo da nulidade contratual, não desnatura o regime privado adotado, constituído as influências decorrentes da presença do Estado, como empregador.

Por último, a revogação dos artigos 232 a 235 da Lei 8112/90 que dispunham sobre a matéria, regulada pela Lei 8745/93 é mais um argumento para se demonstrar que o regime não é o estatutário, mas o celetista, necessariamente.

5. Da corrente administrativa

Cabe, ainda, uma referência aos autores que sustentam a regência básica do contrato previsto no art. 37, IX, como de índole administrativa, consubstanciada nos arts. 44 e ss. do Dec. lei 2300/86.

Assim, TOSHIO MUKAI, (*in Administração Pública e a Constituição de 1988*), CARLOS COELHO DA MOTTA, (*in Contratação de Pessoal Temporário* (RDP nº 98, págs. 115/127) e IVAN BARBOSA RIGOLIN, (*in O Servidor Público na Constituição de 1988*) e DIÓGENES GASPARINI, (*in Direito Administrativo*).

Em síntese, tais autores sustentam que estas contratações são autênticos contratos administrativos de pessoal e que não poderiam leis locais propor outras hipóteses de contratações além das previstas na CLT, como lei trabalhista federal.

Cita, todavia, TOHSIO MUKAI, (*in A Administração Pública na Constituição de 1988*, pág. 54), ao comentar tais contratações, publicação editada pela Fundação Faria Lima, intitulada *A nova Constituição de 1988 – Anulações, em Suplemento ao Diário Oficial do Estado*, na qual se afirma que “a tipicidade do regime será definida em legislação ordinária e o regime certamente será o da CLT” afirmando, ainda, que “as contratações dessa natureza ficarão adstritas a uma regulamentação (federal, estadual ou municipal), desde que fiquem caracterizados os interesses públicos excepcionais...”

Entendemos, assim, que a natureza jurídica destas contratações temporárias permanece sendo de Direito Privado, regidas pela legislação trabalhista, como forma de tutelar de maneira mais eficiente o empregado público, abrangendo, serviços e atividades transitórias, que são particularmente importantes para a realização do bem comum.

De outra parte, a qualificação de excepcional interesse público não desnatura tal natureza, antes a ressalta, tratando-se de uma consequência insita à própria Administração Pública, dentro de sua posição de empregadora.

Pois, conforme ARION SAYÃO ROMITA, (*in Servidores Públicos Temporários ou Contratados para Funções Técnicas ou especializadas*, po. 82/83, “um dado que não pode ser esquecido é, sem dúvida, o da posição de supremacia do Estado, mesmo quando a relação tem natureza contratual”, exemplificando no direito comparado com as situações ocorridas na Alemanha, Espanha e Argentina. Entre nós, ORLANDO GOMES e ELSON GOTTSCHALK comungam dessa opinião: “é, assim, o Estado um empregador equiparado, privilegiado, porque a sua posição preeminente como porta-voz de interesse público que mantém vis a vis dos particulares, reflete-se na situação jurídica destes” (grifos do original, *in Curso de Direito do Trabalho*, pág. 110).

6. Em conclusão

Pelos argumentos expendidos, sustentados em doutrina majoritária, temos que a contratação temporária, prevista no inc. IX do art. 37 da Constituição Federal vigente, apresenta natureza jurídica celetista, sendo a Justiça do Trabalho competente para tutelar o empregado público.

Cabe, finalmente, ressaltar o papel de relevância do Ministério Público do Trabalho, em consonância com as funções institucionais a que foi alçado pela anual

Lei Magna, devendo nestas contratações temporárias, em que o interesse público é exacerbado, por definição, atuar com a intensidade e a profundidade necessárias.
Porto Alegre, agosto de 1994.

Bibliografia consultada

- BASTOS, CELSO RIBEIRO. *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, v. 3, T. III
BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA. *Princípios de Direito Administrativo*.
BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO. *Curso de Direito Administrativo*.
DALLARI, ADILSON. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*
DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*
FERREIRA, WOLGRAN JUNQUEIRA. *Comentários à Constituição de 1988*.
GASPARINI, DIÓGENES. *Direito Administrativo*
GOMES, ORLANDO. *Direito do Trabalho*
MARQUES, FREDERICO. *Direito Processual*
MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo*
MOTTA, CARLOS COELHO DA. *Contratação de Pessoal – RDP 98 98*
MUKAI, TOSHIO. *Administração Pública na Constituição de 1988*
RIBEIRO DE VILHENA, PAULO EMILIO. *O art. 106 CF – LTr 43/1263*
RIGOLIN, IVAN BARBOSA. *Regime Jurídico dos Servidores*
ROMITA, ARION SAYÃO. *Regime Jurídico dos Servidores*
SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*

