



Brasília, 06 de agosto de 2009.

NOTA TÉCNICA Nº. 09/2009

Assunto: Projeto de Emenda Constitucional nº 294/2008, que modifica o inciso I do art. 114 da Constituição da República, para afirmar a competência material da Justiça do Trabalho nos dissídios decorrentes da contratação irregular na administração pública em inobservância ao disposto no art. 37, incisos II, V, e IX da CRFB.

Trata-se de projeto de emenda constitucional que modifica o inciso I do art. 114 da Constituição Federal, para afirmar a competência material da Justiça do Trabalho nos dissídios decorrentes da contratação irregular na administração pública em inobservância ao disposto no art. 37, incisos II, V e IX da Carta Magna.

Sob o fundamento de que o vínculo estabelecido entre a administração pública e servidores públicos contratados irregularmente é de natureza trabalhista, ou seja, contratual, e não estatutária, o projeto defende a reafirmação expressa da competência da Justiça do Trabalho para dirimir os dissídios trabalhistas decorrentes desse vínculo.

Entre outros, o projeto invoca, especialmente, os seguintes fundamentos: antiga jurisprudência a embasar essa orientação; ganhos sensíveis para a classe dos empregados públicos contratados irregularmente, em razão da abertura de um maior leque de direitos laborais; ganho de rapidez na solução dos litígios judiciais, decorrentes da “simplicidade das formas, celeridade de ritos e da própria efetividade das execuções perante a Justiça do Trabalho”; maior facilidade na coibição de fraudes em contratações irregulares, decorrentes da rápida e definitiva atuação do Ministério Público do Trabalho.



Embora traduza objetivos louváveis, em especial o de propiciar segurança jurídica nas disputas afetas à competência jurisdicional, que tanta morosidade trazem aos processos judiciais, o projeto, em razão de sua abertura semântica e de propósitos, padece de vício de inconstitucionalidade, que deve ser reconhecido por essa comissão.

Nos termos do projeto, o art. 114, inciso I, da Constituição Federal passaria a ter a seguinte redação:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas das relações de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive aquelas decorrentes de contratação temporárias (art. 37, IX), de comissionados (art. 37, V) ou as irregularmente estabelecidas ante a ausência de prévio concurso público, em violação ao disposto no art. 37, incisos II, V e IX (art. 37, §2º);

Atualmente, essa é a redação do citado dispositivo constitucional, decorrente da alteração implementada pela EC 45/2004:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

De início, é importante afastar qualquer tentativa de reacender discussões travadas, logo após a entrada em vigor da EC 45/2004, no sentido de que “relação de trabalho”, conteúdo veiculado no atual inciso I do art. 114 da CF, teria maior abrangência, para fins de competência, do que a idéia de relação de emprego, constante da redação original do dispositivo constitucional em discussão.

Nessa linha, já após a EC 45/2004, o STJ editou o enunciado número 363 de sua Súmula, firmando que “*Compete à Justiça Estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente*”. Esse entendimento deixa evidente que mera relação de trabalho, sem características especiais, não gera relação de emprego e competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, I, do CF.

Assim, continua a Justiça do Trabalho com competência para julgar as ações oriundas das relações de trabalho, assim consideradas as de natureza contratual, sobre as quais as partes podem dispor acerca de seus termos, marcadas, sempre, pela não eventualidade, subordinação e remuneração, com regência pela CLT ou leis trabalhistas específicas. Ou seja, qualquer vínculo que não possua essa configuração,



em especial os decorrentes de relação estatutária, mantida entre os entes públicos e seus servidores, não estará no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho.

Nesse sentido, inclusive, são fartos e contundentes os pronunciamentos do STF, que podem ser resumidos pelo entendimento formado quando do julgamento de medida liminar nos autos do ADI 3395 MC / DF, que reafirmou a posição já externada na ADI 492/DF, julgada em 12/11/1992, assim ementado:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. (ADI 3395 MG / DF – Distrito Federal; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade; Relator Min. César Peluso; julgamento 05/04/2006; órgão julgador Tribunal Pleno; Publicação DJ 10/11/12006 pp 00049).

Dentro desse contexto, o primeiro grande vício de inconstitucionalidade do projeto é querer atribuir à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações oriundas do vínculo estabelecido entre a administração pública e os servidores ocupantes de cargo em comissão ou comissionados.

Esses servidores, como todos os ocupantes de cargos públicos efetivos, mantêm vínculo estatutário com a administração pública, e não contratual, conforme configuração acima traçada. Assim, é certo que o seu regime jurídico é de direito administrativo, com regência por normas estritamente de direito público, previstas em lei, em regra denominada de Estatuto do Servidor Público. Nesse sentido é o disposto no art. 37, V, da CF, que atribuiu a esses servidores a titularidade de “cargos em comissão” e não de emprego público. Nesse sentido, também, o disposto na Lei 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais (art. 2º e 3º).

Bem resumindo a questão, assim se expressa a respeitada administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Os da primeira categoria submetem-se a regime estatutário, estabelecido por lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato de posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes, não derogáveis pelas partes.

Os da segunda categoria são contratados sob regime de legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal; (...). Embora sujeitos à CLT, submetem-se a todas as normas constitucionais referentes a requisitos para a investidura, acumulação de



cargos, vencimentos, entre outras previstas no Capítulo VII, do Título III, da Constituição” (Direito Administrativo, 22ª Ed., Editora Atlas S.A., 2009, pp513).

Dentro desse contexto, é inegável que servidores públicos ocupantes de cargos em comissão não são empregados públicos, não mantendo com a Administração Pública contrato de trabalho regido, ainda que subsidiariamente, pela CLT. Com isso, é certo que a competência para o processo e julgamento de suas disputas com os entes públicos é da Justiça Comum, Estadual ou Federal, e não da Justiça do Trabalho, na linha do já reconhecido pelo STF na ADI 3395 MC / DF.

Destaque-se que, fazendo bem essa distinção entre servidores públicos sob regime estatutário e empregados públicos sob regime da CLT, a Constituição Federal foi expressa e enfática. Ao mandar aplicar, no art. 39, § 3º, aos servidores ocupantes de cargos públicos, alguns dos direitos trabalhistas atribuídos aos trabalhadores urbanos e rurais no art. 7º, restou evidenciado que tais agentes possuem regime jurídico próprio, diverso dos empregados regidos pela CLT. Caso contrário, não seria necessária tal remissão expressa. Lado outro, no art. 173, § 1º, II, a Constituição Federal determina a aplicação da legislação trabalhista (CLT) a entes da administração indireta, em especial empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim sendo, quando entendeu pertinente, a Carta Magna foi clara ao atribuir regime jurídico celetista a agentes (empregados) públicos.

No âmbito da União, também a lei ordinária fez bem essa distinção, ao instituir, por meio da Lei 9.962/2000, o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, indireta, autárquica e fundacional, determinando, aos agentes (empregados) contratados com base nela, a aplicação da CLT e legislação trabalhista correlata (art. 1º), e vedando a sua aplicação aos ocupantes de cargo de provimento em comissão (art. 1º, § 2º, I). Ou seja, no âmbito federal existe previsão expressa para a contratação de empregados públicos pela CLT, cujos litígios judiciais, aí sim, serão dirimidos pela Justiça do Trabalho.

O segundo vício da proposta é querer atribuir à Justiça do Trabalho, genericamente, a competência para as ações decorrentes de servidores contratados temporariamente, com escora no art. 37, IX, da CF. É que se engana quem pensa que tais servidores são sempre contratados pelo regime da CLT, não estando regidos por regime jurídico de direito administrativo, a ser apreciado, sempre, pela Justiça Comum. Explico.

No caso, ante à ausência de disposição constitucional específica, é necessário, para se saber a natureza jurídica do vínculo mantido entre tais agentes e a administração pública, investigar as disposições da lei que, com base no art. 37, IX, do texto constitucional, permitiu e regulamentou a “contratação”. Essa lei, a ser editada por cada ente público, é que determinará se o vínculo formado será de direito administrativo (estatutário) ou de direito trabalhista (contratual).



No caso da União, por exemplo, na ausência de previsão expressa pela Lei 8.745/1993 – que regulamentou a contratação temporária em seu âmbito de atuação - de que tais contratações implicam vínculo trabalhista, na forma da lei 9.962/2000, é de se reconhecer, até mesmo pela peculiaridade do ente público envolvido e das atividades públicas a serem desenvolvidas pelos contratados (professores universitários, pesquisadores, combate a surtos endêmicos etc), que a relação formada é estatutária e de direito administrativo, semelhante à dos ocupantes de cargos efetivos e em comissão.

Portanto, novamente no caso em questão, salvo previsão expressa na lei que regulamenta a contratação, a competência para as ações judiciais é da Justiça Comum (federal ou estadual), ficando reservada à Justiça do Trabalho a competência quando determinada a aplicação da CLT. Nesse sentido, inclusive, é firme a jurisprudência do STF:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO TEMPORÁRIO. VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395/DF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. 1. Contrato firmado entre o Reclamante e o Interessado tem natureza jurídico-administrativa, duração temporária e submete-se a regime específico, estabelecido pela Lei sergipana n. 2.781/1990, regulamentada pelo Decreto n. 11.203/1990. 2. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente. (Rcl 4904 / SE - SERGIPE RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento: 21/08/2008; Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

EMENTA: RECLAMAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES - ANATEL. CONTRATO TEMPORÁRIO. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO. DESCUMPRIMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.395. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Contrato firmado entre a Anatel e a Interessada tem natureza jurídica temporária e submete-se ao regime jurídico administrativo, nos moldes do inc. XXIII do art. 19 da Lei n. 9.472/97 e do inciso IX do art. 37 da Constituição da República. 2. Incompetência da Justiça Trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o Poder Público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente. (Rcl 5171 / DF - DISTRITO FEDERAL RECLAMAÇÃO; Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA; Julgamento: 21/08/2008; Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

Por fim, comete nova impropriedade constitucional o projeto, ao tentar transferir à Justiça do Trabalho a competência para julgar todas as ações envolvendo contratação irregular de agentes públicos, seja para cargos comissionados, contratações temporárias ou nos casos de não realização de concurso público. Confunde-se o projeto ao querer alterar a natureza jurídica de determinada relação simplesmente porque estabelecida com vício de legalidade. Ou seja, porque a investidura não



obedeceu aos requisitos formais ou materiais previstos em lei, ela supostamente deixaria de ser estatutária para se tornar trabalhista.

Esse entendimento não encontra respaldo legal ou jurisprudencial, sendo certo que o caso é se extirpar a nulidade, garantido ao agente público os direitos decorrentes da relação jurídica – estatutária ou trabalhista – real e efetiva que estabeleceu com o ente público, com atribuição de responsabilidade, se for o caso, à autoridade que procedeu à contratação ilegal.

Caso contrário, a regência de tais relações por legislações diversas, ou seja, estatuto para os investidos e contratados regularmente e CLT para os irregularmente, pode atrair situações de injustiça e insegurança jurídica, que em nada contribuirão para a afirmação dos direitos dos agentes e servidores públicos e para o resguardo da probidade administrativa e do patrimônio público.

Note-se, inclusive, que a mera não realização de concurso público não implica em investidura ou contratação irregular, uma vez que a Constituição dispensa essa exigência para os casos de cargos em comissão (art. 37, II) e a Lei 8.745/93 a afasta em casos específicos (art. 3º, § 1º).

Em resumo, estando o projeto em linha totalmente oposta à qual já se manifestou por diversas vezes o Supremo Tribunal Federal, ao demarcar o âmbito de incidência da competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Comum (Federal e Estadual), a proposta padece de vício de incompetência, que deve levar à sua rejeição, total ou parcial, nessa comissão.

Por fim, quatro observações. O art. 114, I, da CF foi alterado, substancialmente, com a EC 45/2004. Assim sendo, não se estará contribuindo para a segurança jurídica e para a afirmação da supremacia da Constituição, a promoção de nova alteração constitucional em tão curto espaço de tempo.

O atual art. 114, I, da CF, na parte em que trata da competência da Justiça do Trabalho para dirimir litígios entre administração pública e seus agentes, não se encontra esvaziado, tendo em vista que resta à Justiça Laboral a competência para julgar todas as ações de empregados públicos, aí incluídos os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e empresas controladas, bem como os que, contratados com base em lei específica (Lei 9.962/2000), foram regidos expressamente pela CLT.

O controle de contratações ilegais no âmbito da administração pública vem sendo feito, também, pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, não sendo atribuição exclusiva do Ministério Público do Trabalho a sua efetivação. Assim, não existe prejuízo no afastamento da competência da Justiça do Trabalho para apreciação da matéria em debate.



Finalizando, é se aguardar, definitivamente, a decisão do STF nos autos da ADI nº 3395, no qual será revelado o verdadeiro alcance da regra de competência do art. 114, I, da CF, não sendo o momento, enquanto pende a discussão na Corte Constitucional, de nova alteração de seu conteúdo.

FERNANDO CESAR BAPTISTA DE MATTOS
PRESIDENTE