

dades de economia mista acionariamente controladas pelo Estado do Rio de Janeiro, bem como das fundações por ele instituídas, e que submeto à consideração de V. Exa.

Rio de Janeiro, 16 de novembro de 1979

Hugo de Carvalho Coelho
Procurador Chefe da
Procuradoria de Assuntos Trabalhistas
e Previdenciários

VISTO.

Aprovo o parecer nº 11/79-HCC, de 16 de novembro de 1979, lavrado pelo Senhor Procurador-Chefe da Procuradoria de Assuntos Trabalhistas e Previdenciários, no qual foi examinada, com profundidade, a aplicação, no âmbito estadual, da Lei nº 6.708, de 30 de outubro de 1979.

Restitua-se este processo ao Excelentíssimo Senhor Governador do Estado, para sua elevada decisão, à vista do disposto no artigo 3º do Decreto-Lei nº 411, de 12 de fevereiro de 1979.

Rio de Janeiro, 20 de novembro de 1979

Raul Soares de Sá
Procurador-Geral do Estado

proc. nº E-10/300.040/79

PARECER Nº 12/79-SF

Regime especial de trabalho (art. 106 da Constituição Federal). Minuta do contrato.

Para cumprimento do disposto na Lei nº 239, de 27 de abril de 1979, o Exmo. Sr. Secretário de Administração submeteu ao exame desta Procuradoria, minuta de contrato destinada a traçar a prestação de serviços dos residentes médicos.

Em primeiro passo, cumpre lembrar que a Lei nº 239, acima referida, invocando o artigo 106 da Constituição Federal e o artigo 99 da Constituição Estadual, criou, para a prestação de serviços do residente médico, um regime jurídico especial, diverso do trabalhista e do estatutário.

Reza o artigo 106, prefalado:

“O regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada será estabelecido em lei especial.”

E o preceituado artigo 99 repete, literalmente, o 106, supratranscrito.

O artigo 106 da Constituição Federal, referente ao regime dos agentes administrativos, inova, em relação ao texto original da Constituição de 1967. A Constituição de 1967 rezava, no seu artigo 104, que se aplicava a Legislação trabalhista aos servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada. A Emenda nº 01, de 1969, já diversamente, preconiza que o regime jurídico dos servidores admitidos em serviço de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada será estabelecido em lei especial. Há, portanto, uma radical mudança de forma. Em 1967 aplicava-se a esse tipo de contratação ou admissão a legislação trabalhista. Em 1969 não se diz o que é aplicável; afirma-se, antes, que uma lei especial disporá sobre o assunto, definindo o regime. Dois pontos de magna importância, de imediato, se colocam ao investigador: em primeiro lugar, qual a fonte normativa de competên-

cia, isto é, quem irá ditar essa lei especial? União, Estado, Município, todos eles? Em segundo lugar, ultrapassado esse ponto, caberá saber qual a matéria tratada nessa lei. O problema é da maior relevância para Estados e Municípios, conquanto de reduzida importância para a União Federal (em vista de sua ampla capacidade normativa traçada no art. 89, da Lei Maior). A estatura do tema, para Estados e Municípios, prende-se a alguns pontos de clara angústia, sobre os quais em seguida se discorrerá sucintamente.

Em primeiro ponto, cabe lembrar que a admissão de servidores para a prestação de serviços públicos foi tradicionalmente assentada, entre nós, no chamado regime estatutário, regime legal, ou seja, o regime em que o Estado impõe um contexto de obrigações a quem lhe vai prestar serviços. O servidor adere a esse estatuto, que tem como conotação suprema o dado de ser unilateralmente modificável, pela própria administração pública, o conteúdo da obrigação, a qualquer tempo, sem que se possa invocar direito adquirido.

A esse regime são, de regra, conectadas certas exigências de admissão, como por exemplo, o concurso público, uma tradição do nosso direito público (tradição, infelizmente, quebrada no texto de 67, com abertura perigosa de possibilidade de a lei especial excepcionar sua exigência). Ora, é de indiscutível registro a tendência atual da administração pública, em busca de dinamização. A solução da administração indireta aproximou o Poder Público, formalmente, da empresa privada. Passa a registrar-se profunda inclinação de analogia, na prestação dos serviços públicos, às formas de atuação nos serviços por empresa privada. No momento em que esse casamento se propõe, todas as formalidades de admissão, típicas do direito constitucional e administrativo, se tornam incomodamente coercitivas. Nesse tipo de consideração está a origem de um dos mais profundos males que assolam a administração pública presentemente. Passou-se de um radical extremo, para o outro extremo radical, cristalizado na acelerada contratação de servidores públicos, pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Essa "solução" não embarçou a União, que fez com que todos os litígios entre ela e os seus servidores públicos contratados (do Poder Central e de suas empresas públicas) fossem de competência da Justiça Federal, extraindo-os da competência tutelar da Justiça, por lhe parecer incômoda essa tutela. Mas para os Estados e Municípios, não se estipulou pre-

visão idêntica. Ora, o Estado não está aparelhado materialmente, em regra, para a vivência, para a pragmática da relação trabalhista. Daí resulta que o escopo tutelar da Justiça do Trabalho se tem traduzido num dado de sucumbência generalizada para o Estado-Membro e para o Município.

Por último, refira-se a própria disparidade de critérios: sentados lado a lado, numa repartição pública, há, por exemplo, um escriturário regido pela CLT, e um escriturário do Estado, com os mesmos deveres e obrigações, mas com vantagens diferentes, o que, realmente, é difícil de explicar: a um nível lógico e racional.

Esses tipos de problemas têm um remédio preconizado no artigo 106, mas, como quase tudo que há de novidade na Constituição de 67 e 69, é preconizado com a maior timidez e até imprecisão técnica. O resultado é que em 1979, anos depois da Emenda nº 1, ainda se discute se a lei, aludida no artigo 106, é federal, municipal ou estadual. Aqueles que sustentam que a lei deve ser necessariamente federal, raciocinam com dois tipos fundamentais de argumentação. A primeira delas é centrada no próprio artigo 89, XVII, da Constituição, que traça o regime básico de competência normativa, fixando a competência das competências, em terreno normativo. Nele se registra uma letra "a", que reza competir à União legislar sobre cumprimento da Constituição e execução de serviços federais. Raciocinam alguns: cumprir constituição é implementar aquelas disposições que, no próprio texto constitucional, se reservam à existência de lei especial, para seu detalhamento. O segundo argumento repousa na suposição de que essa lei especial terá necessariamente, por força de imperativo lógico, que disciplinar matéria de prestação de serviços, sob uma das duas formas: ou a subordinação (e portanto estaríamos caindo no regime trabalhista de competência da União), ou a autonomia, (estaríamos no campo da locação de serviços, direito civil, também competência normativa da União).

Vale salientar que a divergência também teve guarida nesta Procuradoria: à nossa opinião, pela competência estadual (e municipal), partilhada pelo ilustre Procurador Nelson Nascimento Diz, opunha-se a corrente dos doutos Procuradores Roberto Richelette Freire de Carvalho, Pedro Paulo Cristófar e Manuel Niederauer Tavares Cavalcanti (pela competência federal exclusiva) — e foi esta segunda a acatada pe-

la Administração, até que, em tempos recentes, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se, maciçamente, no sentido por nós difundido.

Vamos tentar, em cotejo, e repetindo trabalho pioneiro (publicado, entre outros, na *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, volume 17, ano 1977, p. 117), alinhar quais sejam os argumentos que, a nosso ver, devem ser opostos aos acima referidos. (Um primeiro alicerce, primacial: nosso regime é federativo. É uma federação um tanto "sui generis", talvez, mas uma federação. E mais, até, uma federação protegida constitucionalmente (a Constituição, ao tratar do processo legislativo, em particular ao disciplinar o problema da emenda constitucional, afirma taxativamente, não se admitirem projetos de emendas à Constituição, tendentes a abolir a federação). No texto maior, coerente com o sistema, cabe remissão, como preceito da maior relevância, ao artigo 13, que afirma a capacidade de os Estados se organizarem e regerem pelas Constituições e Leis que adotarem, ressalvados os princípios contidos na Constituição Federal. O artigo 13, pois, afirma a autonomia estadual, da mesma maneira que o art. 15 proclama a autonomia municipal. Por conseqüência, afirmar-se que cabe à União legislar sobre o cumprimento da Constituição, só pode significar que cabe à União legislar sobre o cumprimento e execução da Constituição Federal, e não da Constituição Estadual. Cada ente federativo age dentro de sua esfera normativa de competência, e quando existe entrelaçamento ou superposição, a regra de composição do conflito tem de estar traçada no próprio texto constitucional. Assim, a letra "a", do artigo 89, XVII, trazida a lume, como argumento contra a possibilidade de lei especial estadual, há que ser entendida, nos seus devidos termos, necessariamente, por causa da própria sistematização federativa em que vivemos: sua incidência limita-se a temas em que se reconheça, inequivocamente, tratar-se de matéria de competência federal.

Outra tese: o texto constitucional fala em lei especial, em mais de uma passagem. Mas quando quer significar que se trata de lei especial federal, afirma-o com todas as letras: lei federal, por exemplo, de competência do Presidente da República, poderá aumentar os casos permitidos de acumulação de cargos. Em contraposição, contudo, afirmariam alguns que a Constituição não é bem elaborada tecnicamente. Ora, o jurista não pode interpretar na base de patologias e defeitos, mas sim em respeito a uma linha de lógica, e dentro de uma proposi-

ção do sistema; pois bem, quando a Constituição pensou em lei especial federal, disse-o taxativamente. Mas no artigo 106 não o fez. Abriu, portanto, ensejo a que o Estado e o Município possam também formulá-la.

Um terceiro vetor, a ser buscado no próprio artigo 89, XVII, da Lei Magna, como já vimos habitualmente trazido a contexto pelos opositores a nosso opinamento: em tema de direito administrativo, a própria Constituição afirma não ser a competência da União excludente da dos Estados e Municípios. Diversamente fosse, não viveríamos numa federação. Cada esfera federativa tem competência normativa, para auto-organizar-se. Legislar sobre direito administrativo é matéria da competência da União, do Estado e do Município: a União para os seus serviços administrativos, o Estado para os seus próprios e os Municípios para aqueles de sua atribuição. Estruturar o regime dos agentes administrativos é, tipicamente, legislar sobre Direito Administrativo, competência, portanto, da União, do Estado e do Município.

Outro aspecto que também deve ser trazido a contexto da maior significação pelo ponto de vista do sistema, é que o artigo 106 é seguido por um outro de grande expressão, e que parece colocar uma linha de muita nitidez no tema. Assim é que o artigo 109 afirma: "... lei federal, de iniciativa exclusiva do Presidente da República (aí está claro, pois, lei especial federal), respeitado o disposto no artigo 97, definirá o regime jurídico dos servidores públicos da União, do Distrito Federal e dos Territórios". Preceito corretíssimo. A União, por lei especial, definirá o regime jurídico dos seus servidores, dos servidores do Distrito Federal e dos servidores dos Territórios, porque Distrito e Territórios não têm autonomia constitucional e funcionam, realmente, como emanção da própria União. Conseqüentemente, circunscreveu o próprio texto constitucional, nesse artigo 109, I, o âmbito de atuação normativa da União, no traçado do regime jurídico dos servidores, e nem poderia fazê-lo diversamente, aos servidores federais. Chega-se à conclusão, em sentido contrário, de que em relação aos Estados e Municípios, a lei que disciplinar a matéria não há de ser federal. Se a lei federal vai tratar do regime jurídico só dos servidores da União, Distrito Federal e dos Territórios, a lei que tratará do regime jurídico dos servidores dos Estados e Municípios será respectivamente, estadual e municipal.

Mais um ponto que merece ponderação: ao contrário do que os opositores afirmam, a lei especial, do artigo 106, não haverá de ser necessariamente trabalhista ou necessariamente civil. Ela pode ser estatutária, com nuances e colorações de direito civil, com nuances e colorações de direito do trabalho e de direito administrativo, criando, assim, um objeto próprio. Mais adiante, voltaremos ao ponto.

Elencados todos esses aspectos, há que ver, também, qual a finalidade do artigo 106. Na realidade, cumpre logo esclarecer que ele não existe, a rigor, para resolver problemas federais. O problema do funcionalismo federal se solve com a maior simplicidade, no campo da própria competência da União para ditar normas de direito administrativo, direito do trabalho e de direito civil, para seus agentes. Também não visa contornar situações litigiosas, na medida em que, com nota de alto caráter utilitário, a própria União, no artigo 110, resolveu o problema dos conflitos com seus servidores não estatutários. Cumpre ver, portanto, que o artigo 106 é endereçado a uma realidade: a prestação de serviços temporários, que não se casa, semântica ou ontologicamente, com a própria idéia do regime legal. Mais ainda, essa prestação do regime temporário; pela própria dinamização que requer, de modificação unilateral que traz ínsita, também não se acomoda com o campo de tutela que a lei trabalhista necessariamente assegura àqueles que dela são beneficiários. A única finalidade do artigo 106 há de ser a de permitir a Estados e Municípios se equipem legalmente, criando um sistema que lhes enseje enfrentar uma nova conjuntura: a dos serviços de alta especialização, dos serviços temporários, sem as peias do regime estatutário para a resposta pronta, sem as peias do regime trabalhista para a desconstituição da relação quando isso se torne necessário ou aconselhável.

Não diríamos que fosse importante, como pareceu a ADILSON DALLARI, saber, para fixar a competência normativa, qual o conteúdo da lei (e só uma vez conhecido o conteúdo é que se poderia afirmar quem o ente competente). A nosso ver essa colocação inverte os termos da proposição. O que cumpre saber em primeiro lugar é quem pode baixá-la. O que pode baixar em seguida, é, exatamente, a segunda parte desta tentativa. Vamos então ao objeto: sobre o que pode dispor essa lei? O que há de conter? Se tiver um cunho meramente estatutário, será inteiramente inútil, na medida em que já exista o Estatuto. Por outro lado, se a lei pretendesse disciplinar, com definição de con-

torno, uma relação que fosse tutelarmente trabalhista, estaríamos incorrendo em claro e indiscutível vício de inconstitucionalidade. Não poderia realmente, o Estado plasmar um regime trabalhista especial para os seus servidores, pinçando daqui e dacolá, da CLT, uma ou outra forma de tutela ou disciplina, e modificá-la adaptando-a às suas necessidades. Estaria contrariada a fonte normativa do artigo 89. O que pode, então, a lei especial estadual, ou municipal, disciplinar?

Em primeiro lugar, parece-nos que ela pode, sobretudo, estabelecer um regime misto quanto ao ponto de vista material. Poderia sim, esta lei, atribuir aos agentes administrativos, por ela regrados, uma série de vantagens de ordem trabalhista, desde que se limitasse a receber essas vantagens (não a discipliná-las, modificá-las, refundi-las ou redefini-las, matéria de competência federal). Ou, ainda, poderia atribuir a servidores seus algumas vantagens trabalhistas. Note-se, não se trata de atribuir o regime trabalhista, mas algumas vantagens e tutelas da lei trabalhista, transportadas para um regime administrativo.

Em segundo lugar, essa lei poderia também adotar vários institutos e instrumentos das leis estatutárias, redefinindo aqui sim, para um determinado e específico tipo ter um contorno estatutário modificado, até aditado de alguma tutela trabalhista, esta não redefinida, mas tão apenas recebida. Até mesmo da locação de serviços do Código Civil algo poderia ser trazido e colocado nessa lei especial, desde que não houvesse modificações (porque aí novamente, estaríamos entrando num campo de competência exclusiva da União Federal). Qual seria, portanto, o contexto, o conteúdo dessa lei? Claramente definido, aquele que conviesse aos Estados e Municípios. Dentro dessa linha, redefinição dos institutos estatutários; absorção, acolhimento total ou parcial dos institutos trabalhistas; acolhimento, sem redefinição, total ou parcial, de instrumentos do Código Civil; redefinição, se quiserem, de institutos do direito administrativo. Por fim, uma simbiose, uma mescla que tornasse possível, em primeiro lugar, criar regime adaptado à temporariedade e especialização dos agentes; em segundo lugar, uma vinculação ao Estado, ao Município, que fosse abrangente, inclusive, dos aspectos de natureza previdenciária, impedindo que esse grave inconveniente, que hoje se acusa, continuasse a existir e a pesar sobre os Estados e Municípios. Por último, a prevenção dessa simbiose inteiramente indesejável, assistêmica, de Estatuto e CLT, que se assiste hoje em dia por todo o Brasil.

A Lei estadual nº 239, de 1979, teria observado cuidados, supra recomendados? Sem qualquer hesitação, nossa resposta é afirmativa. E a minuta de contrato, de fls. 3/7?

Por primeira abordagem, manifestamos nossa aprovação à aludida minuta, elaborada com minucioso cuidado e atenta aos limites normativos incidentes na espécie, e mais anteriormente estudados. Nossa única reserva prende-se aos itens "d" e "f", da cláusula décima, que cuida da rescisão administrativa.

Nessa cláusula, são estipuladas as seguintes causas de rescisão:

- a) infringência ao contrato, ou pactos nele integrados (itens "a", "b", "c");
- b) força maior ou caso fortuito (item "e");
- c) interesse público (item "d");
- d) recomendação do órgão encarregado da supervisão de execução do contrato (item "f").

Em todos os casos, a ruptura do vínculo se fará sem obstáculos ou conseqüências, para a Administração. Esse dado não parece de clara admissibilidade nos itens "a", "b", "c" e "e", que configuram hipóteses, para cuja ocorrência, o Estado de sorte alguma terá participado. Tal não ocorre, contudo, no que toca aos itens "d" e "f". Na verdade, ali abre-se margem de discricção, à iniciativa rescisória da Administração, que chega a beirar o arbítrio. E, então, um manto de inconstitucionalidade poderá pairar. Isso porque o artigo 165, da Constituição Federal, defere ao trabalhador (expressão textual) uma tutela mínima, que mesmo o regime do artigo 106 não pode ignorar. Dessa tutela mínima deflui a garantia de não ser possível, unilateralmente, pôr fim a uma relação de serviço, imotivadamente, sem qualquer reparação.

Aliás, outra conseqüência, e também de imprevisíveis contornos, decorre dos itens "d" e "f" pela própria natureza das figuras invocadas, realizável sem ônus para a Administração; mas assim por certo não ocorrerá quanto aos itens "d" e "f", que poderão gerar invocações de abuso de direito, com a imposição de reparações por ato ilícito, sempre significativamente onerosas. Em suma, somos pela supressão dos itens mencionados. Dessa maneira, a rescisão administrativa só se ope-

raria criteriosamente, e qualquer de suas causas determinantes, poderia ser reduzida às outras hipóteses da cláusula décima.

Uma última ponderação: na cláusula décima-sétima, a expedição do "certificado", de que ali se cuida, não poderá ficar adstrita a uma residência obrigatória de dois anos. Isso porque:

- a) na Lei nº 239 dois anos é o período máximo de residência, admitindo-se, pois, que ela se faça em tempo menor. E o artigo 11, da referida Lei, condiciona a concessão do "Certificado" ao cumprimento da residência, sem referência ao prazo de sua duração;
- b) a própria minuta, sob exame, estipula contratações por um ano; a extensão, a dois anos, se fará, discricionariamente, e seguramente por conveniência da Administração. De toda sorte, contudo, se não houver prorrogação, terá ocorrido o período de residência, fato que deverá ser certificado.

Poderá a Administração no aludido "Certificado", se achar oportuno, especificar a duração, em cada caso, do tempo de residência. Mas não, com a devida vênia, restringir sua concessão, como operado na cláusula décima-sétima. Por isso, para ela sugerimos a seguinte redação:

"Findo o período da residência médica, por expiração do prazo contratual, o Residente, se considerado bom, pelo emitente, seu aproveitamento receberá o "Certificado de Residência Médica", que lhe será fornecido pelo . . .".

Salvo melhor juízo,

Sérgio Ferraz
Procurador do Estado

De acordo. Ao Sr. Procurador-Geral

Em 14.8.79

Antonio Carlos Cavalcanti Maia
Proc. Chefe da Procuradoria de
Assuntos do Pessoal

VISTO.

De acordo com o parecer nº 12/79-SF, de 8.8.1979.

Encaminhe-se à Secretaria de Estado de Administração.

Rio de Janeiro, 14 de agosto de 1979

Raul Soares de Sá
Procurador-Geral do Estado

proc. nº E-14/002.971/79

PARECER Nº N-13/79-CGR

Revisão para anular decreto demissório. Influência de decisão criminal absolutória sobre a instância administrativa. Quando não ocorre. Sentença que absolve com fundamento no inciso VI, do art. 386, do Código de Processo Penal — não existir prova suficiente para a condenação.

Não constitui fato novo, capaz de fundamentar processo de revisão, suscetível de justificar a inocência do requerente, depoimento de testemunha, prestado anos depois, negando suas acusações no entanto reiteradamente feitas no auto de prisão em flagrante, em juízo, e no Inquérito administrativo, sem qualquer justificação para alterar sua narrativa, ou revelação de fatos ou circunstâncias, que houvessem exigido dela a primitiva versão dos fatos, naqueles atos judiciais e administrativos. Tal depoimento novo é imprescritível, para anular o decreto presidencial de demissão.

Improcedência da Revisão.

OS FATOS TRAZIDOS A PARECER

1.1 Submete o Excelentíssimo Senhor Presidente da República ao exame e parecer desta Consultoria Geral da República, o processo, a ele encaminhado pelo Ministério do Trabalho, referente à pretensão do ex-Inspetor do Trabalho, Geraldo Faro Castellar, de se ver reintegrado no serviço público, em razão de haver sido absolvido na ação penal a que respondeu, pelos mesmos fatos que teriam servido de base ao decreto de demissão, a bem do serviço público, datado de 7 de outubro de 1968.

1.2 Duas Comissões Revisoras vieram a concluir favoravelmente ao ex-funcionário. A primeira, com relatório publicado a fls. 189, datado de 12 de outubro de 1973; e a segunda, relatada aos 24 de junho de 1977 (Relatório a fls. 293-306). Em ambas, manifestou-se pela manutenção do decreto demissório a Consultoria Jurídica do Ministério