



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD
Curso de Graduação em Direito

SUSANA BOTÁR MENDONÇA

O REGIME JURÍDICO DOS AUXILIARES LOCAIS DAS REPRESENTAÇÕES
BRASILEIRAS NO EXTERIOR

BRASÍLIA

2014

SUSANA BOTÁR MENDONÇA

O REGIME JURÍDICO DOS AUXILIARES LOCAIS DAS REPRESENTAÇÕES
BRASILEIRAS NO EXTERIOR

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito, na Universidade de Brasília, sob orientação do Prof. Me. João Costa Neto

BRASÍLIA

2014

SUSANA BOTÁR MENDONÇA

O REGIME JURÍDICO DOS AUXILIARES LOCAIS DAS REPRESENTAÇÕES
BRASILEIRAS NO EXTERIOR

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do grau de bacharelado em Direito, na Universidade de Brasília, sob orientação do Prof. Me. João Costa Neto

Data da defesa: 21 de agosto de 2014

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. João Costa Neto
UnB

Prof. Dr. Márcio Nunes Lório Aranha Oliveira
UnB

Prof. Me. Lucas Rocha Furtado
UnB

À memória de meu avô, Livius Botár.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à minha família, em especial à minha mãe, Eva Botár, e à minha irmã, Gabriela Botár, as quais aguentaram, sempre com muito amor, compreensão e paciência, as intempéries da convivência diária com uma jovem estudante da Universidade de Brasília.

Em seguida, agradeço ao meu melhor companheiro, Gabriel Maldonado, por estar ao meu lado. Sem ele, que sempre me acolheu quando precisei, não teria encontrado forças para concluir esse trabalho. Obrigada pelo amor, pela paciência, pela imensa contribuição e pelas experiências incríveis que vivemos juntos durante essa graduação.

Agradeço aos meus amigos e às minhas amigas “TLs”, Antonio Borges, Bruna Santos, Daniel Jacó, Laura Senra, Jéssica Guerrieri, Larissa Learth e Lorena Santos, pessoas maravilhosas e muito especiais, que espero ter ao meu lado durante toda a vida.

Também agradeço aos meus queridos amigos e colegas de trabalho do Torreão Braz Advogados, os melhores que poderia ter. Obrigada por há mais de quatro anos, diariamente, me aturarem e me divertirem. Em especial, pelo apoio incondicional e pela paciência, agradeço ao meu grande amigo Artur Carrijo. Obrigada por segurar a barra e me oferecer todas as condições possíveis para que esse trabalho desse certo. Com muito amor, agradeço mais uma vez à querida amiga, e também companheira de trabalho, Laura Senra, pelos conselhos e momentos especiais. Agradeço também ao meu querido amigo Paulo Vítor Liporaci. Obrigada por todo o carinho e apoio. Sei que sempre poderei contar com você. Por fim, agradeço à minha linda e especial amiga e ex-colega de sala Júlia Mezzomo. Obrigada por me ajudar a me tornar uma melhor profissional.

Agradeço aos meus amigos e companheiros Adriano Maia, Sérgio Yanagui e Vitor Lanza. Obrigada por todas as risadas e pelos momentos inesquecíveis. Quando pensei que já não pudesse mais fazer amigos especiais, descobri vocês. “É nós sempre!”.

Pela divertida companhia, agradeço também aos meus queridos amigos da UnB. Em razão do grande número de nomes e do risco de esquecer algum, não será possível citar todos, mas, em especial, agradeço aos amigos Álvaro Chaves e Henrique Felix.

Por fim, gostaria de agradecer aos que, apesar de não me acompanharem na faculdade, contribuíram para que eu chegasse até aqui. Em especial, agradeço às amigas Fabíola Macedo, Maíra Ladeira, Sofia Ruiz e Lais Mitsue, e aos amigos Frederico Lins e Lucas Lyra.

“O mais certo é ser a palavra o melhor que se pôde arranjar, a tentativa sempre frustrada para exprimir isso a que, por palavra, chamamos pensamento” (José Saramago)

RESUMO

O presente trabalho analisa o regime jurídico de fato aplicável aos Auxiliares Locais, pessoal contratado para a prestação de serviços de apoio pelas representações diplomáticas, consulares e militares do Brasil no exterior, sem vínculo de emprego ou cargo público, sob a regência das leis trabalhistas e previdenciárias locais. Inicialmente, faz-se um arcabouço histórico de toda a legislação atinente a essa categoria. Em seguida, é feita uma divisão dos Auxiliares Locais em grupos e subgrupos, de acordo com a legislação vigente à época da admissão, para se avaliar qual o regime jurídico que se entende aplicável e, conseqüentemente, qual deveria ser a atual situação de cada um dentro da estrutura de pessoal da Administração Pública. Por fim, é feita uma avaliação, com base no ordenamento jurídico, da constitucionalidade das leis atualmente aplicáveis à categoria e das conseqüências impostas a esse grupo pelo Poder Público.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Auxiliares Locais; regime jurídico.

ABSTRACT

This undergraduate thesis endeavors to analyze the legal framework in fact applicable to “Local Assistants”, the name commonly given to the support staff hired by diplomatic, consular and military Brazilian representations in foreign countries, who provide work without an employment relationship or under any public office and are subject to local labor and social security legislation. Initially, an overview is provided of the historical framework under which the entire legislation relating to this particular category of workers is based. Then, Local Assistants are divided into groups and subgroups according to the legislation in force at the time of their hiring in order to ascertain the legal framework understood to have been applicable to them, and, consequently, to determine what should be the current status of members of each such groups and subgroups within the personnel structure of Brazil’s Public Administration. Finally, an assessment is conducted, based on current legal understanding, of the constitutionality of the laws currently applicable to this particular category of workers and the consequences imposed upon it by the Public Power.

Keywords: Administrative Law; Local Assistants; legal framework.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

AGU – Advocacia-Geral da União

art. – artigo

arts. – artigos

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CR/88 – Constituição da República de 1988

CTPS – Carteira de Trabalho e da Previdência Social

EC – Emenda Constitucional

FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

LOPS – Lei de Orgânica da Previdência Social

MRE – Ministério das Relações Exteriores

MS – Mandado de Segurança

REsp – Recurso Especial

RJU – Regime Jurídico Único

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	Introdução.....	10
2	Histórico dos Auxiliares Locais	11
2.1	A categoria originária dos Auxiliares Contratados.....	11
2.2	Do surgimento da categoria denominada de Auxiliares Locais na legislação pátria	14
2.3	Da omissão da Lei 3.917/61 a respeito da legislação trabalhista e previdenciária aplicável aos Auxiliares Locais e a previsão da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS	15
2.4	Das atribuições dos Auxiliares Locais e da criação da série de classes de Oficial de Chancelaria.....	16
2.5	A edição da Lei 7.501/86: da instituição do regime jurídico dos funcionários do exterior e da gênese expressa dos Auxiliares Locais pela legislação brasileira	17
2.6	A edição das Leis 8.028/90 e 8.745/93: a incidência de legislação estrangeira aos Auxiliares Locais	22
2.7	Da criação das Carreiras do Serviço Exterior Brasileiro pela Lei 8.829/93	28
3	Da divisão dos Auxiliares Locais em grupos	30
3.1	Dos Auxiliares Locais admitidos antes da promulgação da Constituição da República de 1988	31
3.2	Dos Auxiliares Locais em exercício há mais de cinco anos antes da promulgação da CR/88	35
3.3	Da possível inconstitucionalidade do art. 243 da Lei 8.112/90	40
3.4	Dos Auxiliares Locais em exercício há menos de cinco anos antes da promulgação da CR/88	45
3.4.1	Dos contratados por tempo indeterminado	47
3.4.2	Dos contratados por tempo determinado	47
3.5	Dos Auxiliares Locais admitidos após a promulgação da Constituição da República de 1988	49
3.5.1	Dos contratados até a edição da Lei 8.112/90.....	49
3.5.2	Dos contratados após a edição da Lei 8.112/90	50
4	Conclusão	62
5	Referências Bibliográficas	64

1 Introdução

Este trabalho tem por objeto as relações jurídicas entre o Estado brasileiro e os Auxiliares Locais, que podem ser conceituados como pessoas físicas, brasileiras ou estrangeiras, admitidas pelas representações diplomáticas, consulares e militares do Brasil no exterior, sem vínculo de emprego ou cargo público, sob a regência das leis trabalhistas e previdenciárias locais, para prestar serviços ou desempenhar atividades não eventuais e remuneradas de apoio que exijam familiaridade com as condições de vida, usos e costumes do país onde esteja sediada a representação.¹

Pelo fato de esse tema ser praticamente inexplorado pela doutrina e pouco aprofundado pela jurisprudência, é importante descrever e analisar, de forma detalhada, o arcabouço legal atinente à matéria construído no decorrer da história, que ajuda a montar o quebra-cabeças que a legislação brasileira formou entorno dos Auxiliares Locais.

Assim, no primeiro capítulo deste estudo serão elencados os diplomas normativos que regularam a relação entre esses profissionais e o poder público, indicando as consequências das flutuações das diferenças de tratamento que dão o tom das dificuldades enfrentadas pelos Auxiliares Locais atualmente.

No segundo capítulo, aprofundando o estudo sobre as diversas categorias de auxiliares locais, será feita uma divisão desses profissionais em grupos e, posteriormente, em subgrupos, funcionando como parâmetro para esse fracionamento a situação fática do Auxiliar Local e a legislação - analisada na etapa anterior - vigente à época da admissão.

Feita essa separação, serão analisados, com respaldo nas normas e princípios da ordem constitucional, os regimes jurídicos que se entendem aplicáveis a cada categoria e, a partir disso, qual deveria ser a situação atual de cada um desses grupos.

Diante dos valores e regras que a Constituição Federal consagra, o trabalho se encerra na análise da legitimidade das normas infraconstitucionais atinentes à matéria, investigando as dificuldades e os prejuízos impostos pelo Estado brasileiro a esses trabalhadores.

¹ Esse conceito foi desenvolvido a partir do disposto no art. 51 da Lei n. 11.440, de 29 de dezembro de 2006, o qual dispõe: “Art. 56. Auxiliar Local é o brasileiro ou o estrangeiro admitido para prestar serviços ou desempenhar atividades de apoio que exijam familiaridade com as condições de vida, os usos e os costumes do país onde esteja sediado o posto”.

2 Histórico dos Auxiliares Locais

2.1 A categoria originária dos Auxiliares Contratados

Fora do plano jurídico, as relações de fato típicas estabelecidas entre legações brasileiras no exterior e os prestadores de serviços contratados diretamente por elas sugere que a existência dos Auxiliares Locais é tão remota quanto as primeiras representações diplomáticas de nosso país.

A norma mais antiga ao que viria dar origem à categoria ² – o grupo dos “Auxiliares contratados” – é o Decreto 23.669, ³ de 2 de janeiro de 1934.

Nesse Decreto, faz-se alusão a duas categorias distintas: a dos Auxiliares de Consulado e a dos “Auxiliares contratados”, ambas vinculadas ao Ministério das Relações Exteriores. Enquanto determinava a extinção de cargos daqueles, a norma transferiu o saldo orçamentário resultante de tal supressão para a verba destinada a estes, os quais, do que se infere, já existam anteriormente.

Entende-se que, ao longo do tempo, as funções do cargo público de Auxiliar de Consulado, o qual aos poucos era extinto, foram transferidas aos Auxiliares Contratados, que não eram detentores de cargos ou pertencentes ao quadro de funcionários fixos do Ministério das Relações Exteriores, mas simplesmente subordinados contratados para a prestação de serviços nas representações brasileiras no exterior.

Frise-se que a lei não dispunha a respeito da legislação que regeria as relações de trabalho destes profissionais. ⁴

² A expressão categoria será utilizada no presente trabalho em sua forma genérica, não vinculada àquela de “categoria profissional” específica do Direito do Trabalho.

³ Art. 1º As vagas que ocorrerem no quadro dos Auxiliares de Consulado efetivos não serão preenchidas, ficando automaticamente extintos os respectivos lugares, até o quadro ficar reduzido ao número de cinquenta (50) auxiliares, conforme foi estipulado no referido art. 13 do decreto número 19.597.

Art. 2º O saldo orçamentário resultante da supressão de tais cargos, ao corrente ano, será transferido para a verba 3ª, "Auxiliares contratados", do orçamento do Ministério das Relações Exteriores.

⁴ A despeito do silêncio da norma, o regime jurídico que mais se enquadraria à época aos Auxiliares Contratados era o dos Extranumerários, definidos pelo art. 2º do Decreto-lei 240, de 4 de fevereiro de 1938, como pessoal “sempre admitido, ou reconduzido a título precário, com funções determinadas, e salário fixado, dentro dos limites das dotações orçamentárias próprias da verba pessoal, parte variável.” Segundo Themistocles Cavalcanti, esse pessoal seria “a parte oscilante, instável, variável do funcionalismo” (CAVALCANTI BRANDÃO, Themistocles. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Batos, 1961. Volume IV, p. 87), o que se adequaria aos Auxiliares Contratados. Nos termos do art. 3º do referido Decreto-lei⁴, os Extranumerários se dividiriam em: i) Contratados; ii) Mensalistas; iii) Diaristas; e iv) Tarefeiros. Mais do que em razão da nomenclatura sinônima, os Auxiliares estariam mais próximos dos Contratados, uma vez que o vínculo de trabalho era de menor provisoriedade. Ocorre que, ao se analisar o conceito de Contratado, definido pelo art. 8º do Decreto-lei

A título elucidativo, o cargo de Auxiliar de Consulado pertencia a um quadro suplementar e constituía o posto inicial da carreira consular, nos termos do Decreto 12.996, de 24 de abril de 1918.⁵

As atribuições dos Auxiliares de Consulado não eram bem delimitadas pela legislação à época. Nos termos do art. 22 do Regulamento do Corpo Consular Brasileiro, a que se refere o Decreto 14.058, de 11 de fevereiro de 1920,⁶ esses profissionais executariam os serviços que lhes fossem atribuídos pelo chefe do consulado.

Pelo que se verifica, os Auxiliares de Consulado exerciam funções gerais dentro das representações consulares. Provavelmente, de natureza administrativa, já que esses cargos foram depois transformados em Oficiais de Administração, conforme consta do art. 1º, alínea *b*, do Decreto do Conselho de Ministros 737-A, de 16 de março de 1962.⁷

O exercício dessas atividades gerais não significava qualquer desprestígio aos auxiliares, pois era possível que esses profissionais substituíssem o Consul Geral e o Consul, caso fossem os funcionários mais graduados na repartição, por força do que dispunha o art. 14, alínea *a*, do referido Regulamento.⁸ Essa substituição chegou a ocorrer em vários consulados, conforme se observa dos Decretos 19.658,⁹ de 3 de fevereiro de 1931, e 21.058,

como aquele “admitido, mediante a assinatura de um contrato bi-lateral, registrado no Tribunal de Contas, para o desempenho de função reconhecidamente especializada, e para a qual a critério da Comissão de Eficiência, não haja nos quadros do funcionalismo pessoa devidamente habilitada e disponível na respectiva locação”, torna-se complicada tal aproximação, visto que é questionável que os Auxiliares Contratados desempenhavam funções reconhecidamente especializadas ou para as quais não haveria nos quadros da Administração pessoa devidamente habilitada e disponível na respectiva locação. Ademais, como será demonstrado, os Auxiliares Contratados e a sua categoria sucessora não tinham um vínculo de formalidade como exigido pelo Decreto-lei 240/38, que requeria registro no TCU e aprovação da proposta de contratação pelo Presidente da República. Tais fatos comprovam desde então a natureza *sui generis* do vínculo dos Auxiliares Contratados.

⁵ Art. 9º O início da carreira consular será pela classe dos auxiliares de Consulado, para a qual ninguém poderá ser nomeado sem provar ser brasileiro, ter capacidade physical, ter caderneta de reservista, ter a idade de 18 a 30 annos e prestar exame de habilitação na Secretaria de Estado das Relações Exteriores.

⁶ Art. 22º. - Os Auxiliares de Consulado executarão os serviços que lhes forem distribuídos pelo chefe do consulado.

⁷ Art. 1º - A representação mensal a que se refere o artigo 1º do Decreto nº 35.101, de 23 de fevereiro de 1954, para a ser a seguinte:

a) os Cônsules Privativos, nível 18: Cr\$ 95.000,00

b) os ex-Auxiliares de Consulado, padrão “N”, hoje Oficiais de Administração nível 16 – C: Cr\$ 102.148.00

⁸ Art. 14º. - Serão substituídos:

a) - o Consul Geral e o Consul pelo funcionario mais graduado do Consulado, ou, não o havendo, por quem o Ministro designar;

⁹ Decreto nº 19.658, de 3 de Fevereiro de 1931 Confia a auxiliares de consulado a direção de alguns consulados honorários

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, tomando em apreço o que lhe expôs o ministro de Estado das Relações Exteriores sobre a vantagem de recompensar os serviços dos auxiliares de consulado que se tenham distinguido ao desempenho de suas funções e, no intuito de nacionalizar, quando possível, o serviço e arrecadação da renda consular,

DECRETA:

Art. 1º A direção dos consulados honorários em Alicante, Dundee, Halifax, Hong-Kong, Hull, Malmo, Puerto Mexico e Sevilha, será confiada a auxiliares de consulado.

¹⁰ de 17 de fevereiro de 1932. Portanto, os Auxiliares de Consulado, além de suas atribuições gerais, também podiam assumir funções de maior importância.

De toda forma, a extinção paulatina do quadro de Auxiliares de Consulado, com a consequente transferência das verbas resultantes para o orçamento destinado aos Auxiliares Contratados, corrobora o entendimento de que as funções daqueles, ao menos as de menor complexidade, passaram a ser de responsabilidade destes. Também contribui para isso o fato de que as atribuições dos Auxiliares Contratados foram futuramente fixadas pela legislação como de apoio administrativo, as quais seriam de responsabilidade dos Auxiliares de Consulado.

Provavelmente por questões de praticidade na contratação e por resultarem em menores custos, para o exercício de funções gerais e administrativas optou-se pelos Auxiliares Contratados, não pertencentes ao quadro de funcionários públicos do MRE, em detrimento aos Auxiliares de Consulado. Essa substituição demonstrou-se por meio da legislação que, ao longo do tempo, cada vez mais se referiria aos Auxiliares Contratados.¹¹

A importância dos Auxiliares Contratados foi confirmada pela edição da Lei 3.917, de 14 de julho de 1961, que reorganizou a estrutura do Ministério das Relações Exteriores e foi um grande divisor de águas para os Auxiliares Locais.

Art. 2º Os auxiliares que forem designados para esses postos terão, unicamente para os fins de obtenção do exequatur, o título de vice-cônsules, enquanto neles servirem.

¹⁰ Decreto nº 21.058, de 17 de Fevereiro de 1932

Confia a auxiliares de consulado a direção do consulado honorário na Corunha e a do vice-consulado em Villefranche sur Mer.

O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, tomando em apreço o que lhe foi exposto pelo ministro de Estado das Relações Exteriores sobre a conveniência de confiar a auxiliares de consulado a direção do consulado honorário na Corunha e a do vice-consulado em Villefranche sur Mer, nos termos do decreto n. 19.658, de 3 de fevereiro de 1931,

DECRETA:

Art. 1º A direção do consulado honorário na Corunha e a do vice-consulado em Villefranche sur Mer será confiada a auxiliares de consulado.

¹¹ Esses foram ganhando tamanha importância dentro do Ministério das Relações Exteriores que se tornou possível que ingressassem na carreira de Diplomata, mediante a aprovação em um exame de suficiência, o qual supriria o curso de preparação, por força do Decreto-Lei 9.032, de 6 de março de 1946, o qual dispunha:

Art. 5º Os Auxiliares contratados das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares poderão ser submetidos, em épocas que o Ministro de Estado queira fixar, a um exame de suficiência de todas as matérias do 'Curso de preparação à carreira de Diplomata', mediante simples requerimento ao Diretor do Instituto Rio-Branco.

§ 1º Esse exame de suficiência será realizado no Instituto Rio-Branco.

§ 2º O Ministério das Relações Exteriores deverá permitir a vinda dos Auxiliares contratados ao Rio de Janeiro, para prestação do exame de suficiência.

§ 3º Aprovados no exame de suficiência, os Auxiliares contratados terão direito ao certificado de aprovação, independentemente de frequência ao 'Curso de preparação à carreira de Diplomata', desde que satisfaçam as demais condições estabelecidas no art. 2º e apresentem prova de conclusão do curso secundário por um dos regimes vigentes a partir do Decreto nº 16.182-A, de 18 de Janeiro de 1925.

Art. 6º Os Auxiliares contratados das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares serão submetidos ao concurso de provas, ou à seleção a que se refere o art. 1º, na época própria e em igualdade de condições com os demais candidatos.

Nos termos do art. 43 dessa Lei, os Auxiliares Contratados, brasileiros, admitidos até 30 de junho de 1960, passariam a condição de funcionários do Quadro do MRE, sendo enquadrados como Oficial de Administração (carreira dos ex-Auxiliares de Consulado), Escriturário e Escrevente-Datilógrafo.¹²

Portanto, os Auxiliares Contratados admitidos até a edição da referida lei tornaram-se funcionários públicos, vinculados ao Quadro de Pessoal Permanente do MRE, e foram enquadrados em carreiras de atribuições administrativas.

2.2 Do surgimento da categoria denominada de Auxiliares Locais na legislação pátria

Em que pese a transformação dos Auxiliares Contratados em funcionários públicos pela Lei 3.917/61, a categoria não deixou de existir propriamente. O artigo 44, localizado nas disposições gerais e transitórias dessa norma, previu a contratação pelas representações no exterior de outros auxiliares, também não vinculados ao quadro de funcionários, assim como os Contratados na origem, denominados, pela primeira vez, de “auxiliares locais”:

Art. 44. Os Chefes das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares poderão admitir, a título precário, auxiliares locais demissíveis "ad nutum".

Parágrafo único. Para os fins dêste artigo serão anualmente atribuídas importâncias globais a cada Missão Diplomática ou Repartição Consular que submeterão à confirmação da Secretaria de Estado a relação de seus auxiliares locais.

Vê-se que a norma disciplinou a forma de contratação dos Auxiliares Locais, que se daria a título precário.¹³ Também foi disciplinada a dispensa, a qual seria *ad nutum*, que significa “à vontade”, ou, “às ordens”.¹⁴

Portanto, os Auxiliares Locais, não detentores de cargos públicos, contratados precariamente, seriam demissíveis por ato de ofício da Administração, a qualquer tempo.

¹² Art. 43. Os Auxiliares Contratados, brasileiros, das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares, admitidos até 30 de Junho de 1960, passarão a condição de funcionários do Quadro do Ministério das Relações Exteriores, enquadrados como Oficial de Administração, Escriturário e Escrevente-Datilógrafo na forma da legislação anterior que amparou outros Auxiliares Contratados dessas mesmas Missões e Repartições.

¹³ Tal expressão, originária do latim *precarius*, significa algo “concedido por mercê revogável”, ou “pouco durável”, “insustentável” (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. Ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009.)

¹⁴ FELLIPE, Donaldo J. *Terminologia Latina Forense: do latim para o português*. Campinas: Péritas Editora, 1997. p. 39.

O Regulamento do Pessoal do Ministério das Relações Exteriores, aprovado pelo Decreto 2, de 21 de setembro de 1961, que regulamentou as disposições da Lei 3.917/61, praticamente repetiu os termos desta, acrescentando apenas a exigência de que o Auxiliar Local tivesse pelo menos dois anos de residência no país sede da representação.¹⁵

Destaca-se o parágrafo único do art. 44, que previa a obrigatoriedade de missões diplomáticas e representações consulares submeterem à confirmação da Secretaria de Estado a relação de seus Auxiliares Locais. Disso infere-se que o Ministério das Relações Exteriores era quem autorizava a admissão desses funcionários. Assim, todos os Auxiliares Locais eram vinculados ao Itamaraty.

2.3 Da omissão da Lei 3.917/61 a respeito da legislação trabalhista e previdenciária aplicável aos Auxiliares Locais e a previsão da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS

Em nenhum momento, a Lei 3.917/61 ou o Regulamento do Pessoal do Ministério das Relações Exteriores dispuseram a respeito de qual seria a legislação aplicável às relações trabalhistas e previdenciárias dos Auxiliares Locais: se a brasileira ou a estrangeira. Portanto, as normas foram omissas nesse ponto.

Destaca-se que, em 10 de dezembro de 1981, foi editada a Lei 6.887, a qual, ao alterar a Lei 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, incluiu no rol de segurados obrigatórios, na categoria de **empregado**, os brasileiros civis que trabalhassem no exterior para organismos oficiais brasileiros, ainda que lá domiciliados e contratados, salvo se segurados obrigatórios da previdência do país estrangeiro.¹⁶

¹⁵ Art. 69. Os Chefes das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares poderão admitir, a título precário, pessoas que tenham pelo menos dois anos de residência no país, como auxiliares locais, demissíveis *ad nutum*, e, para esse fim serão anualmente distribuídas dotações globais a cada Missão Diplomática e Repartição consular.

§ 1º A admissão dos Auxiliares locais deverá ser confirmada pela Secretaria de Estado.

§ 2º Somente em condições excepcionais e no estrito interesse do serviço poderá ser dispensada a exigência de residência de que trata este artigo.

¹⁶ Art. 1º A Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social, com as modificações posteriores, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 5º.....

I - como empregados:

(...)

d) os brasileiros civis que trabalhem, no exterior, para organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliados e contratados, salvo se segurados obrigatórios na forma da legislação vigente no país de domicílio;

Os Auxiliares Locais brasileiros que não eram segurados obrigatórios das previdências locais se enquadravam nesse conceito. Portanto, deveriam estar vinculados à previdência do Brasil desde a edição da Lei 6.887/81, por força do art. 5º, I, *d*, da LOPS.¹⁷

Ora, se a Lei 3.807/60 obrigava a inscrição dos Auxiliares Locais como empregados na previdência social do Brasil, aplicava-se a esses, além da legislação previdenciária pátria, a lei trabalhista brasileira. Isso porque, pelo ordenamento jurídico brasileiro, empregado é *“toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”*,¹⁸ sujeito às disposições da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1942).¹⁹

Portanto, em face da omissão da Lei 3.917/61 a respeito da legislação aplicável e da existência de previsão da Lei Orgânica da Previdência Social que enquadra os Auxiliares Locais como segurados obrigatórios da previdência brasileira, na qualidade de empregados, ao menos desde 10/12/1981, data de edição da Lei 6.887, esses funcionários locais deveriam ser submetidos, em suas relações previdenciárias e trabalhistas, à lei pátria.

2.4 Das atribuições dos Auxiliares Locais e da criação da série de classes de Oficial de Chancelaria

A Lei 3.917/61 e o Regulamento do Pessoal do MRE também foram silentes sobre quais seriam as atribuições dos Auxiliares Locais. Na prática, esses eram contratados pelas embaixadas e consulados para preencher funções que, em geral, não estavam ligadas à atividade diplomática em si, como, por exemplo, de auxiliares administrativos, motoristas, telefonistas, arquivistas, mensageiros, recepcionistas, empregados domésticos, etc (anexo I).

Frise-se que o Quadro de Pessoal Permanente do Ministério das Relações Exteriores, conforme consta do Anexo I da Lei 3.917/61, contava à época com funcionários detentores de

¹⁷ Posteriormente, o Decreto-Lei 2.253, de 4 de março de 1985, alterou o art. 5º, I, *d*, da LOPS, para manter na categoria de empregado somente os brasileiros civis que trabalhassem para a União, no exterior, nos organismos oficiais brasileiros, ou internacionais dos quais o Brasil fosse membro efetivo, colocando os demais na categoria de trabalhador-autônomo. Uma vez que as representações diplomáticas e repartições consulares do MRE são vinculadas diretamente à União, os Auxiliares Locais mantiveram-se na mesma condição.

¹⁸ Art. 3º da CLT.

¹⁹ O art. 7º, alínea *a*, da CLT, prevê que não se aplicam os preceitos dessa Consolidação aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviços nas próprias repartições. Ocorre que, como demonstrado, os Auxiliares Locais, regidos pela Lei 3.917/61, não eram considerados como funcionários públicos, mas meros contratados não integrantes do quadro de pessoal do Ministério das Relações Exteriores. Portanto, não incide essa vedação prevista na alínea *a* do art. 7º da CLT, sendo possível a aplicação das disposições do Decreto-lei 5.452/42 aos Auxiliares Locais.

cargos públicos de Telefonista (código CT-214), Motorista (código CT-401), Arquivista (código EC-303) e outros, que desempenhavam as atribuições dos Auxiliares Locais.

Mesmo assim, a legislação permitiu a admissão de pessoal não vinculado ao quadro de funcionários para o exercício dessas funções. Tal fato mais uma vez leva a crer que seria mais vantajosa e prática a simples contratação desses profissionais do que a alocação de funcionários públicos para o exercício de atividades de menor complexidade²⁰.

Ainda na reestruturação do Ministério das Relações Exteriores, a Lei 3.917/61 criou a denominada série de classes de Oficial de Chancelaria.²¹ Segundo o Regulamento, esses teriam como principal atribuição assegurar a continuidade dos serviços administrativos nas Missões Diplomáticas e Repartições Consulares.²² Suas funções seriam exercidas no exterior²³ e somente após seis anos de trabalho no estrangeiro é que poderiam servir no Brasil pelo período de dois anos²⁴. O ingresso no cargo se dava mediante um concurso de provas²⁵ e não era exigido grau de escolaridade específico.

2.5 A edição da Lei 7.501/86: da instituição do regime jurídico dos funcionários do exterior e da regência expressa dos Auxiliares Locais pela legislação brasileira

²⁰ Tal fato comprova que os Auxiliares Locais não poderiam se enquadrar na qualificação de Extranumerários, categoria de Contratados, visto que suas funções reconhecidamente especializadas, conforme exigido pelo Decreto-lei 240/38.

²¹ Art. 41. Além dos Oficiais de Chancelaria criados por esta Lei (Anexo I), poderá o Ministério das Relações Exteriores designar outros servidores administrativos que contem mais de cinco anos de efetivo exercício na Secretaria de Estado, para exercer suas funções nas Missões Diplomáticas e Repartições Consulares.

(...)

Art. 45. Os servidores do Ministério das Relações Exteriores, desde que brasileiros, poderão optar dentro do prazo de noventa (90) dias, a partir da publicação desta Lei, pelo enquadramento na série de classes de Oficial de Chancelaria, satisfeitas as seguintes exigências: (...)

a) Gozar de boa saúde, provada mediante inspeção médica;
b) inexistência em seus assentamentos de punição em processo administrativo ou de nota desabonadora do conceito funcional;
c) Contar no mínimo dois (2) anos de efetivo exercício no serviço público;
d) Conhecimento de idioma espanhol, inglês ou francês;
e) Bom conceito funcional, atestado pelo Chefe Imediato

²² Art. 62. Os Oficiais de Chancelaria têm como atribuição principal a de assegurar a continuidade dos serviços administrativos nas chancelarias das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares.

²³ Art. 64. Os Oficiais de Chancelaria exercerão suas funções no exterior e terão os vencimentos constantes do Anexo I da Lei nº 3.917, acrescidas de gratificação de representação fixada em tabela aprovada por Decreto do Executivo.

²⁴ Art. 64 (...)

§ 4º Depois de seis anos de serviço consecutivo no exterior, os Oficiais de Chancelaria poderão servir dois anos na Secretaria de Estado.

²⁵ Art. 65. O ingresso na Carreira de Oficial de Chancelaria far-se-á sempre na classe inicial, mediante concurso de provas.

Passaram-se, então, quase vinte e cinco anos até que a legislação pátria viesse novamente dispor a respeito dos Auxiliares Locais, o que ocorreu por meio da Lei 7.501, de 27 de junho de 1986, que instituiu o regime jurídico dos funcionários do Serviço Exterior e revogou expressamente a Lei 3.917/61.²⁶

Esta nova norma definiu o conceito de Serviço Exterior e quem seria o seu corpo de funcionários permanente, tal como se observa dos artigos colacionados abaixo:

Art. 1º O Serviço Exterior, essencial a execução da política exterior do Brasil, constitui-se do corpo de funcionários permanentes, capacitados profissionalmente como agentes do Ministério das Relações Exteriores, no Brasil e no exterior, organizados em carreira e categoria funcional definidas e hierarquizadas e sujeitos ao regime desta Lei.

Art. 2º O Serviço Exterior é composto da carreira de Diplomata e da Categoria Funcional de Oficial de Chancelaria.

O Serviço Exterior seria composto apenas da carreira de Diplomata e da categoria funcional de Oficial de Chancelaria, os quais seriam regidos pelo regime jurídico então estabelecido. Os Auxiliares Locais, ao contrário, não foram incluídos no corpo de funcionários permanentes do MRE.

Nesta lei, as funções dos Oficiais de Chancelaria foram um pouco alteradas. Segundo o art. 4º, incumbiriam a essas tarefas de apoio administrativo às atividades de natureza diplomática e consular.²⁷

Ademais, a Lei 7.501/86 criou a categoria de Oficial de Chancelaria de nível superior, colocando a antiga classe, que não requeria grau de escolaridade específico, em extinção. Também se tornou obrigatória a aprovação em concurso público para a ocupação do cargo, permitindo apenas o aproveitamento dos antigos ocupantes da categoria funcional, mediante habilitação em processo seletivo específico.²⁸

²⁶ Art. 93. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as Leis nºs 3.917, de 14 de julho de 1961, 5.887, de 31 de maio de 1973, e 6.859, de 24 de novembro de 1980.

²⁷ Art. 4º Aos funcionários da categoria funcional de Oficial de Chancelaria incumbem tarefas de apoio administrativo às atividades de natureza diplomática e consular, na Secretaria de Estado e no exterior.

²⁸ Art. 57. A categoria funcional de Oficial de Chancelaria, de nível superior, código NS- . . . , criada por esta Lei, é constituída pelas classes Especial, "C". "B" e "A", em ordem hierárquica funcional decrescente, cujas respectivas referências de vencimentos estão estipuladas no Anexo II desta Lei.

(...)

Art. 58. A primeira composição da categoria funcional de Oficial de Chancelaria será efetivada mediante o aproveitamento dos atuais cargos efetivos e empregos permanentes, com os ocupantes da categoria funcional de

Sobre os Auxiliares Locais, a Lei 7.501/86 dedicou um capítulo exclusivo a eles, com três artigos: 65 a 67.

No primeiro deles, a norma os coloca somente como pessoal integrante dos postos no exterior, admitidos na forma do art. 44 da Lei 3.917/61:

Art. 65. Além dos funcionários do Serviço Exterior, integram o pessoal dos postos no exterior Auxiliares Locais, admitidos na forma do art. 44 da Lei nº 3.917, de 14 de julho de 1961.

No art. 66, de forma inédita, a lei traz a definição e as funções do Auxiliar Local:

Art. 66. Auxiliar Local é o brasileiro ou o estrangeiro admitido para prestar serviços ou desempenhar atividades de apoio que exijam familiaridade com as condições de vida, os usos e os costumes do país onde esteja sediado o posto.

Observa-se que a primeira definição da categoria destacou que o Auxiliar Local seria uma pessoa de qualquer nacionalidade, que tivesse familiaridade com as condições de vida, os usos e os costumes do país no qual estivesse sediado o posto diplomático.

Sobre as atribuições funcionais da categoria, dispôs que os Auxiliares Locais prestariam serviços ou desempenhariam atividades de apoio. Frise-se que os Oficiais de Chancelaria também exerceriam tarefas de apoio, porém administrativas. Observando tais disposições, parece complicado diferenciar as atribuições das duas classes apenas pelo termo “administrativo”, uma vez que funções de telefonista, recepcionista e outras, exercidas pelos Auxiliares Locais, também podem ser consideradas de natureza administrativa.

Oficial de Chancelaria, códigos SA-803 e LT-SA-803, que tenham sido habilitados em processo seletivo específico.

(...)

§ 3º Os ocupantes de empregos que não desejarem ter o regime jurídico alterado poderão optar, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da entrada em vigor desta Lei, pela permanência na situação em que se encontram, caso em que não serão incluídos no Serviço Exterior.

§ 4º Os optantes de que trata o parágrafo anterior serão mantidos, na categoria funcional de Oficial de Chancelaria, código LT-SA-803, ora considerada em extinção, sem prejuízo das progressões funcionais a que fizerem jus, observada a legislação respectiva.

Art. 59. O ingresso na categoria funcional de Oficial de Chancelaria far-se-á, ressalvado, o disposto no artigo anterior, na classe inicial, mediante concurso público de provas realizada pelo Instituto Rio Branco.

Art. 60. São requisitos para inscrição no concurso de provas para a categoria funcional de Oficial de Chancelaria: (Revogado pela Lei nº 9.888, de 1999)

I - possuir certificado de conclusão de curso de nível superior de estabelecimento de ensino oficial ou reconhecido:

II - contar mais de 18 (dezoito) e menos de 51 (cinquenta e um) anos de idade.

A maior distinção, certamente, está no fato de que aos Oficiais passou-se a exigir o diploma de nível superior, o que faz entender que esses realizariam atividades intelectuais e de maior complexidade. Ademais, a referência da norma em seu art. 4º a “*tarefas de apoio administrativo às atividades de natureza diplomática e consular*” leva a crer que as atribuições estariam mais próximas da atividade fim, e não meio, das embaixadas e consulados.

Voltando aos Auxiliares Locais, as exigências mínimas para admissão foram dispostas no parágrafo único do art. 66 da Lei 7.501/86,²⁹ que eram, basicamente, escolaridade compatível com as atribuições e domínio do idioma local ou estrangeiro de uso corrente no país.

Sobre a legislação aplicável a esses profissionais, **a Lei 7.501/86 previu expressamente que o Auxiliar Local seria regido pela legislação brasileira**, conforme se verifica da redação do art. 67, transcrito abaixo:

Art. 67. O Auxiliar Local será regido pela legislação brasileira que lhe for aplicável, respeitadas as peculiaridades decorrentes da natureza especial do serviço e das condições do mercado local de trabalho, na forma estabelecida em regulamento próprio.

Pela primeira vez legislação que dispunha especificamente a respeito dos Auxiliares Locais estabeleceu de forma expressa que esses seriam regidos pela legislação brasileira. De toda forma, como demonstrado, entende-se que esses estavam submetidos à legislação pátria previdenciária e trabalhista desde a edição da Lei 6.887, de 10/12/1981, que alterou a LOPS para incluir no rol de segurados obrigatórios, como empregados, profissionais como os Auxiliares Locais.

Ocorre que a Lei 3.917/61 não discriminou qual das legislações brasileiras que regiam as relações de trabalho à época se imporia aos Auxiliares Locais, dispondo apenas que se trataria da que lhes fosse aplicável. Da mesma maneira, o Decreto 92.325, de 1º de outubro

²⁹ Parágrafo único. Os requisitos da admissão de Auxiliar Local serão especificados em regulamento, atendidas as seguintes exigências:

I - possuir escolaridade compatível com as tarefas que lhe caibam; e

II - ter domínio do idioma local ou estrangeiro de uso corrente no país, sendo que, no caso de admissão de Auxiliar Local estrangeiro, dar-se-á preferência a quem possuir melhores conhecimentos da língua portuguesa.

de 1986, o qual regulamentou as disposições da Lei 7.501/86, não dispôs quanto à legislação brasileira aplicável.³⁰

Na prática, as representações diplomáticas não aplicavam integralmente quaisquer das legislações brasileiras existentes ou mesmo as leis locais, deixando os Auxiliares Locais em desamparo jurídico. A depender da embaixada ou do consulado, alguns direitos previstos na lei trabalhista brasileira ou local eram concedidos, enquanto outros não.

Corroborava também o caso posto no MS 8802/DF,³¹ apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que a Auxiliar Local impetrante nunca teve o resguardo de qualquer legislação, tal como afirmou em seu voto o ministro relator Arnaldo Esteves Lima, no julgamento de embargos de declaração,³² com trecho transcrito abaixo:

Ressalto que a condição jurídica da impetrante foi devidamente exposta no acórdão embargado. Foi consignado, expressamente, que o Poder Público deixou-a ao desamparo de legislação trabalhista e previdenciária. Ou seja, não há notícia, nos autos, de que ela tenha sido submetida ao regime da CLT ou, eventualmente, ao equivalente do país no qual exercia a função de Auxiliar Local.

Portanto, apesar da previsão de incidência da legislação brasileira aos Auxiliares Locais, essa nunca foi aplicada de fato pelas representações diplomáticas e representações consulares do Brasil.

Em conclusão, a Lei 7.501/86 estabeleceu que o Serviço Exterior seria composto apenas pela carreira de Diplomata e pela categoria funcional de Oficial de Chancelaria, ambas de nível superior, regidas pelo regime jurídico definido pela Lei 7.501/86. Também definiu os Auxiliares Locais como pessoal integrante dos postos no exterior, não considerados como funcionários permanentes, contratados para prestação de serviços e exercício de atividades de apoio, sem grau de escolaridade definido, regidos pela lei brasileira.

³⁰ Art. 87. - O Auxiliar Local será regido pela legislação brasileira que lhe for aplicável, respeitadas as peculiaridades decorrentes da natureza especial do serviço e das condições do mercado local de trabalho, na forma estabelecida em regulamento próprio.

³¹ Frise-se que nesse momento ainda não será analisada a jurisprudência dos tribunais pátrios a respeito do tema, tratando-se tal julgado de caso específico escolhido para meramente comprovar situação fática de desamparo jurídico dos Auxiliares Locais.

³² EDcl no MS 8802/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 79.

A discussão a respeito de qual seria a legislação pátria aplicável aos Auxiliares Locais, com a edição da Lei 7.501/86, será posta mais à frente.

2.6 A edição das Leis 8.028/90 e 8.745/93: a incidência de legislação estrangeira aos Auxiliares Locais

A próxima norma que veio disciplinar especificamente a respeito dos Auxiliares Locais foi a Lei 8.028, de 12 de abril de 1990, que dispôs sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, além de dar outras providências.

Em seu art. 40, determinou a alteração de diversos artigos da Lei 7.501/86, dentre os quais o art. 67, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 67. O Auxiliar Local será regido pela legislação que lhe for aplicável, respeitadas as peculiaridades decorrentes da natureza especial do serviço e das condições do mercado local de trabalho, na forma estabelecida em regulamento próprio.

Vê-se que a única modificação no artigo foi a retirada da expressão “brasileira”. Com essa alteração, o Auxiliar Local deveria ser regido pela legislação que lhe fosse aplicável, o que certamente significou algo muito vago. Tal disposição repetiu o histórico de dúvidas a respeito da lei incidente aos Auxiliares Locais.

A primeira norma específica que dispôs de forma clara sobre qual a legislação aplicável aos Auxiliares Locais foi curiosamente a Lei 8.745, de 9 de dezembro de 1993, que disciplinou a contratação por tempo determinado para atender necessidade de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição da República 1988,³³ além de dar outras providências.

Os arts. 13, 14 e 15 da referida lei, que dispõem sobre os Auxiliares Locais, parecem destoantes dos demais artigos, os quais regem apenas matéria atinente ao inciso IX do art. 37 da CR/88. Ora, as atividades prestadas pelos Auxiliares Locais não se enquadravam naquelas

³³ Art. 37 (...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

consideradas de necessidade temporária de excepcional interesse público, listadas no art. 2º da Lei 8.745/93.³⁴

De toda forma, o art. 13 da Lei 8.745/93 alterou a redação do art. 67 da Lei 7.501/86, já modificado pela Lei 8.028/90, para definir que as relações trabalhistas e previdenciárias dos Auxiliares Locais seriam regidas pela legislação vigente no país em que estivesse sediada a representação, conforme se observa da transcrição abaixo:

Art. 13. O art. 67 da Lei nº 7.501, de 27 de julho de 1986, alterado pelo art. 40 da Lei nº 8.028, de 12 de abril de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 67. As relações trabalhistas e previdenciárias concernentes aos Auxiliares Locais serão regidas pela legislação vigente no país em que estiver sediada a repartição. (...)"

Ademais, acrescentou ao art. 67 os parágrafos 1º e 2º, com redação abaixo:

§ 1º - Serão segurados da previdência social brasileira os Auxiliares Locais de nacionalidade brasileira que, em razão de proibição legal, não possam filiar-se ao sistema previdenciário do país de domicílio.

§ 2º - O Poder Executivo expedirá, no prazo de noventa dias, as normas necessárias à execução do disposto neste artigo.

Vê-se que a Lei 8.745/93 tornou em exceção o que era regra pela Lei Orgânica da Previdência Social. Como demonstrado, o art. 5º, I, *d*, da LOPS, determinava que os brasileiros civis que trabalhassem para a União, no exterior, em organismos oficiais nacionais, ou internacionais, dos quais o Brasil fosse membro efetivo, seriam **obrigatoriamente** segurados da Previdência Social, como empregados, salvo se segurados obrigatórios na forma da legislação vigente do país de domicílio. Já o § 1º da Lei 8.745/93 coloca como segurado da previdência brasileira somente aqueles que não possam se filiar ao sistema previdenciário local, em razão de proibição legal.

³⁴ Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

I - assistência a situações de calamidade pública;

II - combate a surtos endêmicos;

III - realização de recenseamentos;

IV - admissão de professor substituto e professor visitante;

V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI - atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender a área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia.

É clara a intenção do legislador de cada vez mais afastar a aplicação da legislação pátria dos Auxiliares Locais, deixando-os à mercê da lei do país sede da representação do Brasil no exterior. Essa redução do espectro da lei brasileira leva a crer que a origem dessas mudanças foi mais uma vez o pensamento de redução de custos, uma vez que a legislação pátria trabalhista e previdenciária é de fato bastante protetiva, em comparação à boa parte das leis estrangeiras.

Frise-se que as referidas normas que o Poder Executivo deveria expedir para executar o disposto no art. 67, conforme previsto no seu § 2º, não foram editadas no prazo posto pela norma. A primeira norma veio a ser publicada mais de um ano após a edição da Lei 8.745/93, conforme será explicado posteriormente, o que confirma o descaso do Poder Público com a situação dos Auxiliares Locais, visto que, apesar da existência de previsão legal desde 1981, ainda não havia sido regularizada a situação previdenciária destes.

O art. 14³⁵ da Lei 8.745/93 estendeu o disposto no art. 67 da Lei 7.501/86, com a redação dada pelo art. 13, aos Auxiliares Civis, espécie de Auxiliares Locais que prestavam serviços aos órgãos de representação das Forças Armadas no exterior.

A situação destes Auxiliares Civis era bem mais crítica do que a dos Auxiliares Locais, uma vez que não estavam amparados por qualquer legislação legal anteriormente, com exceção do art. 5º, I, *d*, da LOPS, pois as Leis 3.917/61 e 7.501/86 referiam-se somente ao Ministério das Relações Exteriores. Portanto, a Lei 8.745/93 teria sido a primeira a dispor especificamente a respeito dos Auxiliares Civis, em que pese há muito integrem as representações militares no estrangeiro.

Por fim, o art. 15 da Lei nº 8.745/93 disciplinou:

Art. 15. Aos atuais contratados referidos nos arts. 13 e 14 desta Lei é assegurado o direito de opção, no prazo de noventa dias, para permanecer na situação vigente na data da publicação desta Lei.

Teria sido então oferecido aos Auxiliares contratados até a edição da referida lei o direito de opção, no prazo de noventa dias, para permanecer na situação vigente na data de publicação da lei.

Conclui-se da Lei 8.745/93 que a legislação aplicável às relações trabalhistas e previdenciárias dos Auxiliares, sejam Locais ou Civis, seria a do país sede da representação,

³⁵ Art. 14. Aplica-se o disposto no art. 67 da Lei nº 7.501, de 27 de julho de 1986, com a redação dada pelo art. 13 desta Lei, aos Auxiliares civis que prestam serviços aos órgãos de representação das Forças Armadas Brasileiras no exterior.

sendo possível a inscrição na previdência social brasileira apenas em caso vedação pela lei estrangeira à filiação no sistema previdenciário local.

Posteriormente, atendendo com atraso a previsão do § 2º do art. 67 da Lei 7.501/86, foram editados os Decretos 1.339, de 20 de dezembro de 1994, 1.570, de 21 de julho de 1995, 2.299, de 13 de agosto de 1997, 2.301, de 14 de agosto de 1997, e 2.597, de 18 de maio de 1998, os quais regulamentaram a contratação de Auxiliares Locais no âmbito dos Ministérios da Marinha, das Relações Exteriores, da Aeronáutica, do Exército e do Estado-Maior das Forças Armadas, respectivamente.

Os decretos referentes aos ministérios militares também passaram a designar os seus Auxiliares, antes Civis, como Locais. E todos adotaram um conceito similar para Auxiliar Local, que, de uma forma geral, seria o seguinte: brasileiro ou estrangeiro contratado localmente para prestar serviços técnicos, administrativos e de apoio que exijam familiaridade com as condições de vida, os usos e os costumes do país onde estiver sediada a representação para a qual foi contratado.

Também é comum às referidas normas os pontos abaixo:

- i) Contratação mediante processo seletivo público simplificado;
- ii) Dependência de disponibilidade orçamentária para admissão;
- iii) Contrato por tempo determinado;
- iv) Exigência de declaração de não ocupação de outros cargos, empregos ou funções públicas;
- v) Divisão dos Auxiliares Locais em categorias distintas, a depender das atividades desempenhadas e/ou do grau de escolaridade;
- vi) Relações trabalhistas e previdenciárias regidas pela legislação local;
- vii) Possibilidade de filiação ao sistema previdenciário brasileiro, na qualidade de empregado, em caso de proibição pela lei estrangeira de inscrição na previdência local.

Quantos aos tópicos *iv* e *vii*, destaca-se que os decretos previram, com base no art. 15 da Lei 8.745/93, o direito dos Auxiliares contratados até a edição dessa Lei de optarem por permanecer regidos pela legislação brasileira trabalhista e previdenciária, tendo inclusive direito à inscrição retroativa na previdência social, com o respectivo recolhimento das contribuições devidas.

Todos os referidos decretos previram que o prazo para tal opção, antes de 90 (noventa) dias a contar da Lei 8.745/93, iniciar-se-ia somente a partir das suas publicações, o

que demonstra mais uma vez que, apesar da previsão legal, a Administração Pública não agiu tempestivamente para regularizar a situação dos Auxiliares Locais.

De toda forma, para aqueles que já estavam regidos pela legislação do Brasil à época da edição da Lei 8.745/93, foi permitida a permanência neste regime jurídico, mediante opção.

Para fins exemplificativos, colaciona-se o art. 20 do Decreto 2.299/97:

Art. 20. O prazo de noventa dias para o exercício do direito de opção de que trata o art. 15 da Lei nº 8.745, de 1993, começa a ser contado três meses após a data da publicação deste Decreto.

§ 1º direito de opção citado no caput deste artigo refere-se aos regimes trabalhista e previdenciário.

Já para os contratados após a edição da Lei 8.745/93, seria obrigatória a submissão à lei local. Inclusive, com exceção do Decreto 1.399/94, todos os outros previram que a situação destes Auxiliares Locais deveria ser regularizada, isso é, eventuais benefícios e vantagens percebidos de acordo com a legislação brasileira deveriam ser suprimidos.

Também a título exemplificativo, transcreve-se a seguir o art. 22 do Decreto 1.570/95:

Art. 22. Até 30 de dezembro de 1995, serão regularizadas as situações dos Auxiliares Locais que vinham percebendo vantagens e benefícios não previstos na legislação trabalhista do país em que estiver sediada a Repartição.

Em conclusão, a Lei 8.028/90, ao alterar a redação do art. 67 da Lei 7.501/86 para dispor que o Auxiliar Local seria regido pela legislação que lhe fosse aplicável, não retirou a possibilidade de incidência da lei brasileira. Foi somente a partir da Lei 8.745/93 que se tornou obrigatória a regência dos Auxiliares Locais pela legislação estrangeira.

Da alteração da Lei 8.028/90 poder-se-ia inferir que o legislador intencionou que a lei brasileira não mais constituísse a regra geral de aplicação aos Auxiliares Locais, oportunizando que outras legislações, que não a do Brasil, regessem esses profissionais.

O fato de ter sido mantida a frase “respeitadas as peculiaridades decorrentes (...) das condições do mercado local de trabalho” no art. 67 da Lei 7.501/86 torna um pouco contraditória esta interpretação. Ora, uma vez entendido que é possível a aplicação da legislação estrangeira ao Auxiliar Local, por que a ressalva de que deveriam ser respeitadas

as condições do mercado local de trabalho? Tal redação tinha sentido quando a norma dispunha que seria aplicada a legislação brasileira, respeitando-se as peculiaridades do país estrangeiro.

Entende-se que essa modificação na redação do art. 67 da Lei 7.501/86 pela Lei 8.028/90 tão somente abriu as portas para que outras legislações pudessem vir a ser aplicadas, sem excluir a possibilidade de incidência da lei brasileira aos Auxiliares Locais, o que foi reconhecido na Lei 8.745/93 ao permitir a permanência na legislação trabalhista e previdenciária brasileira pelos contratados até a edição dessa norma.

Caso fosse a intenção do legislador excluir a aplicação da legislação brasileira com a edição da Lei 8.028/90, deveria ter atuado da mesma forma como agiu na Lei 8.745/93, isso é, colocando expressamente na norma que deveria ser aplicada a lei local. Uma vez que foi disposto somente que o Auxiliar Local seria regido pela legislação que lhe fosse aplicável, poderia este continuar a ser regido ou mesmo admitido pela lei brasileira.

Inclusive, esse foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao analisar a questão no julgamento dos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança 8.802/DF, pela Terceira Seção, em 28 de setembro de 2005.³⁶

Abaixo, segue trecho do voto do relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, que confirma a tese de que somente a partir da edição da Lei 8.745/93 os Auxiliares Locais passaram a ser regidos obrigatoriamente, nas relações trabalhistas e previdenciárias, pela legislação estrangeira:

Ademais, ao contrário do entendimento exposto pela União, impõe-se afirmar que a modificação introduzida pela Lei 8.028/90 não excluiu dos auxiliares locais a aplicação do regime da CLT, uma vez que tão-somente determinou a observância da "legislação que lhe for aplicável". Assim, a

³⁶ PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXILIAR LOCAL. SITUAÇÃO JURÍDICA. SUBMISSÃO AO REGIME DA LEI 8.112/90. MODIFICAÇÃO INTRODUZIDA NO ART. 67 DA LEI 7.501/86 PELA LEI 8.028/90. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO.

1. A condição jurídica da impetrante foi devidamente exposta no acórdão embargado. Foi consignado, expressamente, que o Poder Público deixou-a ao desamparo de legislação trabalhista e previdenciária.

2. Nos autos, não há discussão a respeito de direito adquirido à manutenção de regime jurídico. Ao contrário, funda-se a impetração no direito líquido e certo de a impetrante ser submetida a regime jurídico, qual seja, o da Lei 8.112/90.

3. O fato de ter sido excluída a expressão "legislação brasileira" do regime a ser aplicado ao auxiliar local, por força da redação conferida ao art. 67 da Lei 7.501/86 pela Lei 8.028/90, não excluiu dos auxiliares locais a aplicação do regime da CLT, uma vez que tão-somente determinou a observância da "legislação que lhe for aplicável".

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS 8.802/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/09/2005, DJ 07/11/2005, p. 79)

situação jurídica da impetrante não restou alterada, considerando que não haveria óbice legal para a manutenção do regime da CLT, muito embora tenha sido excluída a expressão "legislação brasileira".

Conforme exposto no acórdão embargado, apenas com a superveniência da Lei 8.745/93, que também alterou o art. 67 da Lei 7.501/86, os auxiliares locais passaram a ser submetidos, nas relações trabalhistas e previdenciárias, à legislação vigente no país em que exercia suas atividades, ressalvado, de qualquer modo, para os brasileiros, o direito de opção à legislação brasileira.

Esse entendimento foi reiterado pela Terceira Seção do STJ nos julgamentos dos MS 12358/DF, em 26/02/2014, MS 9698/DF, em 12/06/2013, MS 13117/DF, em 14/11/2012, e do AgRg no REsp 964260/DF, em 26/06/2012.

Portanto, os Auxiliares Locais só passaram a ser obrigatoriamente regidos pela legislação estrangeira com a edição da Lei 8.745/93, expressa em afastar a lei brasileira.

2.7 Da criação das Carreiras do Serviço Exterior Brasileiro pela Lei 8.829/93

Em 22 de dezembro de 1993, foi editada a Lei 8.829, que criou as carreiras de Oficial de Chancelaria, em que pese essa existir como série de classes desde a Lei 3.917/61, e de Assistente de Chancelaria.

Nos termos do art. 2º da Lei 8.829,³⁷ os Oficiais de Chancelaria mantiveram-se como carreira de nível superior, aos quais incumbiriam tarefas de natureza técnica e administrativa. Vê-se que esses perderam as funções de apoio administrativo, como previa a Lei 7.501/86. Tais atribuições passaram a ser de responsabilidade dos Assistentes de Chancelaria, carreira de nível médio, conforme dispôs o art. 3º da Lei 8.829/93.³⁸

O Serviço Exterior Brasileiro então passaria a ser composto pelas carreiras de Diplomata, de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria.³⁹ Em nenhum momento a Lei 8.829/93 fez menção aos Auxiliares Locais.

³⁷ Art. 2º Aos servidores integrantes da Carreira de Oficial de Chancelaria, de nível de formação superior, incumbem tarefas de natureza técnica e administrativa.

³⁸ Art. 3º Aos servidores integrantes da Carreira de Assistente de Chancelaria, de nível de formação média, incumbem tarefas de apoio técnico e administrativo.

³⁹ Art. 1º Constituem parte integrante do Serviço Exterior Brasileiro as Carreiras de Diplomata, regulada pela Lei nº 7.501, de 27 de junho de 1986, de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria.

Mais de uma década depois, a foi editada a Medida Provisória 319, de 24 de agosto de 2006, posteriormente convertida na Lei 11.440, de 29 de dezembro de 2006, que instituiu o novo regime jurídico dos servidores do Serviço Exterior Brasileiro e revogou a Lei 7.501/86.

No que tange aos Auxiliares Locais, não ocorreram mudanças significativas. O conceito da categoria, disposto no art. 56 da Lei 11.440/06,⁴⁰ repetiu aquele do art. 66 da Lei 7.501/86.

Também foram mantidas, pelo art. 57, *caput* e § 1º,⁴¹ as regras de que os Auxiliares Locais seriam regidos pela legislação vigente no país em que estiver sediada a representação e que só seriam segurados da previdência social do Brasil aqueles Auxiliares, de nacionalidade brasileira, que, em razão de proibição legal, não puderem se filiar ao sistema previdenciário local. Quanto a estas últimas disposições, elas também seriam aplicáveis aos Auxiliares Locais que prestam serviços aos órgãos de representação das Forças Armadas brasileiras no exterior, por força do § 2º do art. 57 da Lei 11.440/06.⁴²

Esta lei permanece em vigor e foi a última editada a dispor a respeito dos Auxiliares Locais.

⁴⁰ Art. 56. Auxiliar Local é o brasileiro ou o estrangeiro admitido para prestar serviços ou desempenhar atividades de apoio que exijam familiaridade com as condições de vida, os usos e os costumes do país onde esteja sediada o posto.

⁴¹ Art. 57 As relações trabalhistas e previdenciárias concernentes aos Auxiliares Locais serão regidas pela legislação vigente no país em que estiver sediada a repartição.

§ 1º Serão segurados da previdência social brasileira os Auxiliares Locais de nacionalidade brasileira que, em razão de proibição legal, não possam filiar-se ao sistema previdenciário do país de domicílio.

⁴² Art. 57 (...)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se aos Auxiliares civis que prestam serviços aos órgãos de representação das Forças Armadas brasileiras no exterior.

3 Da divisão dos Auxiliares Locais em grupos

Em uma análise simplória e focada apenas na legislação referente ao tema, é possível concluir que os Auxiliares Locais constituiriam um único grupo, que se congregaria no conceito disposto no art. 56 da Lei 11.440/06 e que teria as relações trabalhistas e previdenciárias regidas pela legislação vigente no país em que estiver sediada a representação, nos termos do art. 57 do mesmo diploma legal, como defendido por Renato Souza Oliveira Junior.⁴³

Segundo esse autor, em artigo publicado a respeito do tema, toda a categoria poderia ser definida a partir do conceito seguinte: “*auxiliares locais são profissionais, nacionais ou estrangeiros, contratados no exterior, nos termos da legislação local, para auxiliar as repartições brasileiras no desempenho de suas funções institucionais*”.

Ocorre que, através de uma perspectiva profunda do ordenamento jurídico, muito além das leis referentes à matéria, a conclusão é diferente. Ao analisar as sucessivas alterações legislativas atinentes aos Auxiliares Locais sob a luz da Constituição da República de 1988 e de outras normas infraconstitucionais, compreende-se que esses profissionais não se enquadram em um grupo homogêneo, regido por um mesmo tipo de regime. Pelo contrário, dividem-se em grupos distintos, com vínculos distintos. E a definição da natureza de cada um destes vínculos é complexa e exige um exercício de interpretação sistêmica do ordenamento pátrio.

Por essas razões e também por questões didáticas, será feita uma divisão dos Auxiliares Locais em grupos, tomando-se como fatores determinantes para essa separação a situação fática do Auxiliar Local e a legislação vigente à época de admissão.

Abaixo, segue a forma de divisão::

I) Admitidos antes da promulgação da Constituição da República de 1988:

I.I) em exercício há mais de cinco anos antes da promulgação da CR/88;

I.II) em exercício há menos de cinco anos antes da promulgação da CR/88:

I.II.I) contratados por tempo indeterminado;

I.II.II) contratados por tempo determinado;

⁴³ OLIVEIRA JUNIOR, Renato Souza. *Intrusos no Serviço Público? A questão dos Auxiliares locais: Confronto da Legislação com a Jurisprudência*. In.: Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, v. 1, n. 4, p. 14-31, ago/set 2011.

II) Admitidos após a promulgação da Constituição da República de 1988:

II.I) admitidos antes da Lei 8.112/90:

II.I.I) admitidos até a Lei 8.028/90;

II.I.II) admitidos após a Lei 8.028/90;

II.II) admitidos após a Lei 8.112/90:

II.II.I) admitidos até a Lei 8.745/93;

II.II.II) admitidos após a Lei 8.745/93.

A seguir, cada grupo será explorado separadamente, com a análise de seus subgrupos, explicando-se a situação fática, qual o regime jurídico aplicável e o entendimento da jurisprudência.

3.1 Dos Auxiliares Locais admitidos antes da promulgação da Constituição da República de 1988

Antes da promulgação da CR/88, vigia no Brasil a Constituição de 1967, editada durante o período de ditadura militar, que foi praticamente reformulada de forma integral pela Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, a qual, por essa razão, é considerada como uma nova constituição.

Segundo Fabrício Macedo Motta,⁴⁴ ao comentar a atual redação do inciso II, do art. 37, da CR/88,⁴⁵ a Constituição de 1967 foi aquela que mais se aproximou da atual sistemática a respeito da investidura em cargo público. Isso porque, em seu art. 95, parágrafos 1º e 2º, dispôs que a nomeação para cargo público exigiria a aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos, excetuando-se de tal regra a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, como de livre nomeação e de exoneração.⁴⁶

⁴⁴ MACEDO MOTTA, Fabrício. Comentário ao artigo 37, inciso II. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 827.

⁴⁵ Art. 37 (...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

⁴⁶ Art 95 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer.

§ 1º - A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

§ 2º - Prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

Observa-se que tal exigência impunha-se somente às hipóteses de provimento de **cargo público**, sendo possível a investidura em emprego público, independentemente de prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos.

Com a edição da EC 1/67, tornou-se possível a dispensa de concurso público para a primeira investidura em cargo público, nos casos excetuados em lei,⁴⁷ o que, segundo Manoel Jorge e Silva Netto,⁴⁸ “*abriu insidioso precedente para, na prática, tornar letra morta a referida exigência*”.

Feito esse breve histórico, destaca-se que, antes da promulgação da CR/88, os servidores civis que prestavam serviços ao Estado, na Administração Pública Federal Direta ou Indireta, enquadravam-se em cinco modalidades, quais sejam: i) os funcionários públicos, legalmente investidos em cargos públicos, na forma do art. 97, § 1º, da CF/69;⁴⁹ sujeitos ao regime estatutário da Lei 1.711/52; ii) os funcionários públicos nomeados para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração, para os quais prescindia a aprovação em concurso público;⁵⁰ iii) os admitidos para serviços temporários ou contratados para funções de natureza técnica especializada, sujeitos a regime jurídico especial, que deveria ser instaurado por lei complementar, nos termos do art. 106 da CF/69;⁵¹ iv) os servidores autárquicos, titulares de cargos nas autarquias, também sujeitos ao regime estatutário, por força do art. 252, II, da Lei 1.711/52⁵² e, por fim, v) os contratados para ocupar empregos públicos, independentemente da aprovação prévia em concurso público, submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, do Decreto-Lei 5.452/43.

Uma vez que a Lei 7.501, de 27 de junho de 1986, por meio de seu art. 67, determinou **expressamente** a incidência aos Auxiliares Locais da legislação brasileira que lhes fosse

⁴⁷ Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

⁴⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*: atualizado até a EC. n. 71, de 29 de novembro de 2012, e Súmula Vinculante n. 32, de 24 de fevereiro de 2011 (com comentários às Leis n. 11.417/2006 – Súmula Vinculante – e 11.418/2006 – Repercussão Geral de Questões Constitucionais). 8. ed. Saraiva, 2013. p. 509.

⁴⁹ Art. 97. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei

⁵⁰ Art. 97 (...)

§ 2º Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração.

⁵¹ 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.

⁵² Art. 252. O regime jurídico dêsse estatuto é extensivo:

I – aos extranumerários amparados pelo art. 23 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição;

II – Aos demais extranumerários, aos servidores das autarquias e aos serventuários da Justiça, no que couber.

aplicável, e que o art. 5º, I, *d*, da LOPS, previa, desde 1981, a inscrição desses profissionais como segurados obrigatórios na categoria de empregados, cabe indagar qual seria essa a legislação incidente, dentro das cinco possibilidades oferecidas pela Constituição vigente à época.

Entende-se então que, ao invés de omissa, a lei apenas não foi específica a respeito de qual seria a legislação incidente sobre os Auxiliares Locais. A partir do comando de que esses seriam regidos pela legislação brasileira, é possível um exercício de interpretação sistemática das normas, de maneira a encontrar qual seria a lei regente da categoria.

Sobre a modalidade disposta no tópico *i*, certamente não poderiam os Auxiliares Locais nela serem enquadrados. Isso porque, conforme destacado, esses não eram detentores de cargos públicos, pois sequer pertenciam ao quadro de pessoal do Itamaraty. E, ainda que fossem, para a investidura em cargo público efetivo era imprescindível a aprovação em concurso público, salvo os casos excetuados em lei, o que não ocorria na hipótese dos Auxiliares Locais.

No que tange ao tópico *ii*, destaca-se novamente que os Auxiliares Locais não ocupavam cargos públicos, portanto, não poderiam se enquadrar nessa categoria. Ademais, os cargos em comissão têm qualidade de chefia, pela sua natureza de confiança, que está à base da relação jurídica, como ensina Pontes de Miranda,⁵³ enquanto que as funções dos Auxiliares eram subalternas, como de telefonistas, mensageiros, recepcionistas e outras, não tendo essa relação de confiança. Assim, a natureza do cargo comissionado não se harmoniza com a de um Auxiliar Local, o que também impede o enquadramento desses nessa categoria.

Em relação à modalidade disposta no item *iii*, destaca-se que a Constituição de 1967, em seu art. 104, previa que a esses servidores admitidos temporariamente para obras, ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada, aplicar-se-ia a legislação trabalhista. Sobre essa categoria, Pontes de Miranda explica:

Entenda-se que se trata de servidores de caráter temporário, para os quais haja relação jurídica especial entre eles e o Estado, ou de contratados com funções de natureza técnica especializada; e não de quem presta como se fosse do *Estado. e. g.*, o consertador de aparelhos de ar condicionado, que foi chamado emergencialmente.⁵⁴

⁵³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo III, 2 ed. rev. São Paulo: RT, 1970. p. 479.

⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo III, 2 ed. rev. São Paulo: RT, 1970. p. 541-542.

Vê-se que a natureza da relação jurídica dessa categoria também não se aplica aos Auxiliares Locais, que não tinham vínculo de caráter temporário e não exerciam funções de natureza técnica especializada, como o referido consertador de aparelhos de ar condicionado, utilizado como exemplo.

Com a alteração promovida pela EC 1/69, que passou a tratar desses servidores no art. 106 da Constituição, esses seriam agora regidos por um regime jurídico específico, que seria disciplinado em lei especial. Ocorre que essa lei nunca chegou a ser editada, pelo o que inexistiram servidores vinculados a essa modalidade, não podendo, portanto, os Auxiliares Locais estar vinculados a ela.

Sobre o item *iv*, sua exclusão é mais simples, tendo em vista que as representações diplomáticas e consulares do Brasil são vinculadas ao Ministério das Relações Exteriores, pertencente à Administração Direta, o que impossibilita o enquadramento dos Auxiliares Locais como servidores autárquicos, ligados à Administração Indireta.

Por fim, tem-se o item *v*, que dispõe sobre os servidores contratados para a ocupação de empregos públicos. Certamente, essa é a modalidade que mais se adequa aos Auxiliares Locais, tendo em vista que: a) a nomeação de emprego público prescindia de concurso público; b) empregados podem ser admitidos para funções subalternas; c) era possível a admissão de empregados públicos pela Administração Direta; d) o conceito de empregado, previsto no art. 3º da CLT⁵⁵, adequa-se perfeitamente aos Auxiliares Locais.

Portanto, interpretando o art. 67 da Lei 7.501/86 de acordo com as disposições constitucionais e infraconstitucionais então vigentes, conclui-se que os Auxiliares Locais contratados antes da edição da CR/88, uma vez submetidos à legislação brasileira, só poderiam se enquadrar na modalidade de empregados públicos, regidos pela CLT.

Reforça esse entendimento o fato de que a Lei Orgânica da Previdência Social mantém até os dias atuais a redação dada pela Lei 6.887/81, que incluiu profissionais como os Auxiliares Locais no rol de segurados obrigatórios, como empregados, ou seja, profissionais regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Deveria então à época o Ministério das Relações Exteriores ter regularizado a situação de seus Auxiliares, empregados públicos, promovendo o registro em CTPS, o recolhimento do fundo de garantia, o pagamento de horas extras e outros direitos previstos na legislação trabalhista, o que nunca ocorreu.

⁵⁵ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

3.2 Dos Auxiliares Locais em exercício há mais de cinco anos antes da promulgação da CR/88

Com a nova Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, a situação dos Auxiliares Locais sofreu algumas modificações. A maior delas, certamente, ocorreu em favor daqueles em exercício há mais de cinco anos quando da promulgação da Constituição, os quais receberam o benefício da estabilidade excepcional, por força do art. 19 do Ato das Disposições Transitórias Constitucionais – ADCT, transcrito abaixo:

Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público.

§ 1º - O tempo de serviço dos servidores referidos neste artigo será contado como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração, cujo tempo de serviço não será computado para os fins do "caput" deste artigo, exceto se se tratar de servidor.

§ 3º - O disposto neste artigo não se aplica aos professores de nível superior, nos termos da lei.

Esta estabilidade do art. 19 do ADCT/88, concedida a determinados servidores públicos civis que não foram admitidos na forma regulada no art. 37 da CR/88, isso é, mediante concurso público, é denominada de excepcional porque não é a mesma daquela prevista no art. 41 da CR/88, voltada para os servidores nomeados somente para cargos de provimento efetivo em virtude de concurso público.

A respeito dos conceitos da estabilidade tradicional, prevista no art. 41 da CR/88, e da estabilidade excepcional, do art. 19 do ADCT, Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁵⁶ explica:

Tradicionalmente, a estabilidade, no direito brasileiro, tem sido entendida como a garantia de permanência no serviço público assegurada, após dois

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 594.

anos de exercício, ao servidor nomeado por concurso, que somente pode perder o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa.

Excepcionalmente, a Constituição de 1988, a exemplo de Constituições anteriores, conferiu estabilidade a servidores que não foram nomeados por concurso, desde que estivessem em exercício há pelo menos cinco anos continuados (art. 19 das Disposições Transitórias). O benefício somente alcançou os servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, da **Administração Direta, autarquias e fundações públicas**. Excluiu, portanto, os empregados das fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista. (...)

Isso significa que a Administração Pública possui dois tipos de servidores estáveis: os que foram nomeados por concurso público e cumpriram o período de estágio probatório de dois anos e os que adquiriram a estabilidade excepcional, independentemente de concurso, em decorrência de benefício concedido pelas várias Constituições. As duas categorias têm igual garantia de permanência no serviço público: só podem perder seus cargos, empregos ou funções por sentença judicial transitada em julgado ou processo administrativo em que tenham assegurada a ampla defesa⁵⁷.

Como destacado por Di Pietro, o § 2º das Disposições Transitórias disciplinou que o disposto no art. 19 não se aplicaria aos ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança ou em comissão, nem aos que a lei declare de livre exoneração. Por essa razão, há a tese de que tal artigo não seria aplicável aos Auxiliares Locais, como defende Renato Souza Oliveira Junior,⁵⁸ uma vez que, nos termos do art. 44 da Lei 3.917/61,⁵⁹ esses seriam contratados precariamente e demissíveis *ad nutum*.

⁵⁷ Em seguida, Di Pietro explica as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 19/98, dentre as quais destaca-se: i) a estabilidade passou a ser adquirida somente após três anos de efetivo exercício; ii) a obrigatoriedade de avaliação de desempenho, na forma da lei complementar, assegurada a ampla defesa, para a aquisição de estabilidade; iii) as novas hipóteses de perda de cargo pelo servidor estável (procedimento administrativo de avaliação de desempenho e não cumprimento do limite com despesa de pessoal previsto no art. 169, §4º, da CR/88 e; iv) a expressa menção de que a estabilidade só beneficiará servidores nomeados para cargos de provimento efetivo.

⁵⁸ OLIVEIRA JUNIOR, Renato Souza. *Intrusos no Serviço Público? A questão dos Auxiliares locais: Confronto da Legislação com a Jurisprudência*. In.: Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, v. 1, n. 4, p. 14-31, ago/set 2011.

⁵⁹ Art. 44. Os Chefes das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares poderão admitir, a título precário auxiliares locais demissíveis "ad nutum".

Ocorre que a Lei 3.917/61 foi integralmente e expressamente revogada pela Lei 7.501/86, nos termos do art. 93.⁶⁰ Portanto, quando da promulgação do ADCT juntamente com a CR/88, não mais vigia a disposição do art. 44 daquela norma, que colocava os Auxiliares Locais como trabalhadores demissíveis a qualquer tempo. À época, esses profissionais já eram empregados públicos regidos pela CLT, por disposição do art. 67 da Lei 7.501/86, reforçado pelo art. 5º, I, *d*, da LOPS.

Portanto, os Auxiliares Locais, detentores de empregos públicos, que estavam em exercício há mais de cinco anos quando da promulgação da CR/88, adquiriram o benefício da estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT, de modo que só poderiam ser demitidos pelas hipóteses previstas na Constituição.

Frise-se que tal estabilidade excepcional não garantiu a efetivação em cargo público, conforme se depreende do § 1º do art. 19 do ADCT/88, que previu que o tempo de serviço dos servidores beneficiados seria contado como título quando se submetessem a concurso público para fins de efetivação. Por essa razão, os empregados públicos não se tornaram detentores de cargos públicos efetivos,⁶¹ em que pese a estabilidade.

Posteriormente, em atendimento ao disposto no art. 39 da Constituição de 1988,⁶² foi editada a Lei 8.112, em 11 de dezembro de 1990, que instituiu o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civil da União, das autarquias e das fundações públicas federais, que provocou novas alterações nos vínculos dos Auxiliares Locais.

No capítulo único dedicado às disposições transitórias e finais, o art. 243, em seu *caput* e § 1º, previu:

Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de

⁶⁰ Art. 93. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as Leis nºs 3.917, de 14 de julho de 1961, 5.887, de 31 de maio de 1973, e 6.859, de 24 de novembro de 1980.

⁶¹ Apenas a título de esclarecimento, cargo público efetivo, conforme explica Marçal Justen Filho “*é aquele sujeito a regime jurídico próprio no tocante à exoneração, à remuneração e à futura inativação, cujo provimento é condicionado ao preenchimento de requisitos objetivos, usualmente avaliados mediante concurso público*”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 911).

⁶² Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

1943, exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.

§ 1º Os empregos ocupados pelos servidores incluídos no regime instituído por esta Lei ficam transformados em cargos, na data de sua publicação.

Como se observa, foi determinada a submissão dos empregados dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias e das fundações públicas, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, contratados até a edição da Lei 8.112/90, exceto aqueles cujo contrato coma Administração era por prazo determinado, ao regime jurídico único então instituído, na qualidade de servidores públicos.

Essa norma, ao contrário do art. 19 do ADCT/88, concederia efetividade ao servidor, vez que transformou em cargos públicos os empregos ocupados pelos servidores então incluídos no Regime Jurídico Único, tal como dispõe o §1º do art. 243.

Com isso, os Auxiliares Locais, empregados públicos por força do art. 67 da Lei 7.501/86⁶³ e do art. 5º, I, *d*, da LOPS, com redação dada pela Lei 6.887/81, contratados há mais de cinco anos antes da promulgação da CR/88, assim, já detentores da estabilidade excepcional, adquiriram, com a redação do art. 243 da Lei 8.112/90, a efetividade, tornando-se servidores públicos estáveis e efetivos regidos pelo Regime Jurídico Único.⁶⁴

Essa tese já se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça,⁶⁵ que tem garantido aos Auxiliares Locais contratados até 05/10/1983, e em exercício à época da publicação da Lei 8.112/90, o direito ao enquadramento no Regime Jurídico Único, na qualidade de servidores públicos detentores de estabilidade e efetividade.

A título exemplificativo, segue abaixo transcrição de ementa de julgado a respeito do tema no STJ, no qual são citados outros precedentes:

⁶³ Como já destacado, antes da edição da Lei 8.112/90, foi publicada a Lei 8.028/90, a qual alterou a redação da Lei 7.501/86 para dispor que o Auxiliar Local seria regido pela legislação que lhe fosse aplicável. Conforme exposto, esses profissionais já eram servidores regidos pelas disposições das Consolidações das Leis do Trabalho, inclusive estáveis, portanto, essa seria a legislação aplicável à categoria, não sofrendo esses quaisquer alterações em seu regime de trabalho em razão da alteração sofrida pela Lei 7.501/86.

⁶⁴ Osiris Rocha, ao emitir parecer sobre o tema, defende que, pelo fato da Lei 8.112/90 ter sido omissa quanto à situação dos Auxiliares Locais, essa não poderia ser aplicar à categoria, que seria regida pelas disposições da legislação trabalhista brasileira, por direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CR/88) ao que foi garantido pelo art. 67 da Lei 7.501/86 (ROCHA, Osiris. *Consequências da alteração do regime jurídico de auxiliar local de embaixada brasileira (parecer)*. In.: *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*, v. 8, n. 47, p. 641-646, nov. 1996). Não se concorda com tal tese, uma vez que o fato da Lei 8.112/90 não ter se manifestado expressamente a respeito dos Auxiliares Locais não retira a sua aplicação sobre a categoria. Isso porque o art. 243 dessa Lei submeteu ao Regime Jurídico Único então instituído os servidores dos Poderes da União, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, com contratos indeterminados, o que abarcava os Auxiliares Locais, protegidos pela legislação trabalhista brasileira por força do art. 67 da Lei 7.501/86 e do art. 5º, I, *d*, da LOPS.

MANDADO DE SEGURANÇA. AUXILIAR LOCAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A ÓRGÃO PÚBLICO NO EXTERIOR. CONTRATO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENQUADRAMENTO NO REGIME JURÍDICO ÚNICO. ART. 243 DA LEI 8.112/90. SEGURANÇA CONCEDIDA. PRECEDENTES.

1. Os Servidores Públicos Federais lotados nas Comissões Diplomáticas Brasileiras no Exterior, nominados de Auxiliares Locais, enquadravam-se na categoria de Empregados Públicos, antes da Lei 8.112/90, de sorte que estavam vinculados nos termos da Legislação Trabalhista Brasileira. Na presente hipótese, a impetrante, contratada em 1977, contava, inclusive, com mais de 5 anos de efetivo exercício na data da promulgação da vigente Constituição (1988), adquirindo, assim, a chamada estabilidade especial, na forma do disposto no art. 19 do ADCT da CF/88.

2. Com o advento da Lei 7.501/86, que instituiu o Regime Jurídico dos Funcionários do Serviço Exterior, a categoria dos Auxiliares Locais (prestadores de serviço a órgão público no Exterior) restou legalmente definida, garantindo-se a estes a aplicação da legislação brasileira; posteriormente, o Decreto 93.325/86, ao aprovar o Regulamento de Pessoal do Serviço Exterior, reforçou a previsão de submissão às normas nacionais.

3. Assegurada a aplicação da legislação brasileira aos funcionários do Serviço Exterior, líquido e certo o direito dessa categoria de Servidores ao enquadramento no novo Regime Estatutário, com a respectiva transmutação dos empregos públicos em cargos públicos, na forma do disposto no art. 243 da Lei 8.112/90

4 A alteração do art. 67 da Lei 7.501/86, trazida à lume pela Lei 8.745/93, (ou seja, posteriormente à transformação dos empregos em cargos públicos), sujeitando os Auxiliares Locais à incidência da legislação vigente no País onde se presta o serviço e não mais à legislação brasileira, não retroage a ponto de prejudicar eventuais direitos adquiridos, por força do comando inscrito no art. 5o., inciso XXXVI, da Carta Magna.

5. Precedentes: MS 12.279/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 25.02.2009; MS 12.766/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJU 27.06.2008; MS 12.401/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 25.10.2007.

6. Segurança concedida, para o fim de determinar o enquadramento da impetrante como servidora estatutária, nos termos do art. 243 da Lei 8112/90, com os consectários legais correspondentes.

(MS 14.382/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/03/2010, DJe 06/04/2010)

Inclusive, tal precedente originou a declaração de repercussão geral sobre a matéria no âmbito do Supremo Tribunal Federal em 2011,⁶⁶ que ainda aguarda apreciação. O cerne da questão é a possibilidade de aplicação do art. 19 do ADCT/88 aos Auxiliares Locais, em face do § 2º desse dispositivo, que veda a concessão da estabilidade excepcional aos detentores de cargos, empregos ou funções declarados em lei como de livre exoneração.

Como já demonstrado, entende-se que os Auxiliares Locais à época não mais eram funcionários demissíveis *ad nutum*, por força do art. 93 da Lei 7.501/86, que revogou integralmente a Lei 3.917/61, a qual dispunha sobre possibilidade de demissão a qualquer tempo desses profissionais.

Além da discussão a respeito da aplicação do art. 19 do ADCT/88, a referida repercussão geral põe em pauta a natureza jurídica dos serviços prestados pelos Auxiliares Locais, o que demonstra que esse julgamento será de suma importância.

3.3 Da possível inconstitucionalidade do art. 243 da Lei 8.112/90

Apesar de não constar expressamente como ponto de debate no âmbito da repercussão geral, entende-se que o maior problema a respeito dessa tese é a hipótese de violação ao art. 37, II, da Constituição da República de 1988, pelo art. 243 da Lei 8.112/90. Isso porque tal dispositivo constitucional exige, para a investidura em cargo público efetivo, a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.⁶⁷

⁶⁶ Recurso Extraordinário. 2. Missão Diplomática no Exterior. 3. Contratação de Auxiliar Local anteriormente à Constituição de 1988. 4. Acórdão recorrido que concede a ordem em mandado de segurança para determinar o enquadramento da recorrida em cargo compatível com as funções que exercia. 5. Interpretação do art. 19, parágrafo 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para identificar existência ou não de óbice à estabilidade. 6. Tema que alcança relevância econômica, política e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Questão que reclama pronunciamento jurisdicional deste Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral reconhecida.

(RE 652229 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 29/09/2011, DJe-204 DIVULG 21-10-2011 PUBLIC 24-10-2011 EMENT VOL-02613-03 PP-00443)

⁶⁷ As exceções postas pela Constituição à submissão ao concurso público para provimento de cargo público efetivo são para os casos de “*certos cargos de grande relevo e importância, nos quais a seleção segundo critérios rigorosamente objetivos seria muito problemática*”, tal como explica Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 912.). Isso se aplica para os cargos de alto escalão do Poder Judiciário (Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros dos demais Tribunais Superiores, membros do “quinto constitucional” dos Tribunais Estaduais, do Distrito Federal e Territórios, e dos Tribunais Regionais Federais) e dos Tribunais de Contas (Ministros e Conselheiros).

A respeito da regra constitucional do concurso público, Fabrício Macedo Motta ⁶⁸ explica que essa realiza os princípios consagrados da Constituição da democracia e da isonomia, ao mesmo tempo em que atende o princípio da eficiência, pois, por meio de certame competitivo, seleciona os candidatos mais adequados para ocupar as posições em disputa, mediante critérios objetivos.

Na mesma linha de pensamento, Lucas Rocha Furtado ⁶⁹ ensina que a realização de concurso público para o provimento de cargos públicos realiza o princípio constitucional da isonomia, ou da impessoalidade, dando efetividade à moralidade administrativa, de forma que seleciona aquele que obtém a melhor qualificação em seleção objetiva aberta a todos e impede a utilização dos cargos públicos para nomeação a partir de critérios de indicação política, ou de parentes.

O art. 243 da Lei 8.112/90, ao permitir a direta transformação de empregos em cargos públicos, sem a prévia aprovação dos empregados na forma do art. 37, II, da CR/88, os quais foram contratados de maneira direta ou por processo seletivo simplificado, estaria violando, além da regra do concurso público, os referidos princípios, o que o tornaria inconstitucional.

Ademais, também violaria o disposto no art. 19, § 1º, do ADCT/88, o qual previa que, para os servidores públicos então estabilizados adquirirem efetividade, esses se submeteriam a concurso público. A respeito desse ponto, Ivan Barbosa Rigolin ⁷⁰ afirma a inconstitucionalidade de tal artigo, o qual “*passou sem concurso, por simples determinação de lei, em aberta afronta à exigência constitucional*” os servidores celetistas.

Ao enxergar tal hipótese de incongruência, a Procuradoria-Geral da República ajuizou, no ano de 2003, perante o Supremo Tribunal Federal, ação direta de inconstitucionalidade, autuada sob o n. 2.968 e distribuída para o Ministro Carlos Ayres Britto, para declarar a inconstitucionalidade de tal dispositivo. O parecer que motivou a proposição de tal medida foi expedido justamente no caso de uma Auxiliar Local, nos autos do MS 7355/DF, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça.

A ADI 2.968 é fundamentada no argumento de que o art. 37, II, da Constituição da República de 1988, exige para a investidura em cargo ou emprego público a aprovação em concurso público, enquanto que o art. 243 da Lei 8.112/90 proporcionou a investidura apenas

⁶⁸ MACEDO MOTTA, Fabrício. Comentário ao artigo 37, inciso II. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 830.

⁶⁹ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 759.

⁷⁰ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 442.

pela publicação do Regime Jurídico Único, caindo o legislador em flagrante violação à Carta Magna.

A Advocacia-Geral da União, por outro lado, defende a constitucionalidade do dispositivo impugnado sob a afirmação de que a própria Constituição da República de 1988, por meio de seu art. 39, determinou a instituição do RJU para todos os servidores da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Ademais, argumenta que a inconstitucionalidade do art. 243 da Lei 8.112/90 provocaria grave lesão aos servidores públicos beneficiados por tal dispositivo, visto que seus direitos seriam revistos para conformá-los às disposições da CLT.

Por fim, a AGU alega que o art. 243 da Lei 8.112/90 é anterior a atual redação do art. 37, II, da CR/88, que sofreu alteração pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998. Assim, não poderia ser alvo de ação direta de inconstitucionalidade.⁷¹

Mais de dez anos após o seu ajuizamento, a ADI 2.968 ainda não foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Provavelmente, tal fato se dá pelo caos jurídico que a declaração de inconstitucionalidade poderia provocar, visto que o dispositivo impugnado foi aplicado à época na administração pública federal direta, autárquica e fundacional sem restrições, de modo que inúmeros contratados pela CLT, não concursados, foram submetidos ao Regime Jurídico Único e tiveram seus empregos transformados em cargos públicos.

Frise-se que o STF, ao analisar caso análogo, nos autos da ADI 4.876, julgou inconstitucional o art. 7º da Lei Complementar 100/2007 do Estado de Minas Gerais, que tornou efetivos empregados públicos que ingressaram na Administração, após 05/10/1988, sem concurso público, modulando os efeitos para resguardar somente os direitos daqueles que preenchiam os requisitos para a aposentadoria.⁷²

⁷¹ De fato, como ensina Luis Roberto Barroso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a de que não cabe ADI contra leis anteriores à Constituição em vigor, que só podem ser questionadas em âmbito incidental, pelo controle concreto de constitucionalidade. (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática de doutrina e análise da jurisprudência. 4 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p.182). Segundo o entendimento do STF (ADI 521, Relator(a): Min. PAULO BROSSARD, Terceira Turma, julgado em 07/02/1992, DJ 24-04-1992 PP-05375 EMENT VOL-01658-01 PP-00047 RTJ VOL-00141-01 PP-00056), inexistiria inconstitucionalidade superveniente, enquanto que do ângulo material, a lei anterior incompatível teria sido revogada. Ocorre que, no presente caso, questiona-se se a alteração provocada pela EC 19/98 no art 37, II, da CR/88, teria retirado a possível incongruência entre esse dispositivo e o art. 243 da Lei 8.112/90, visto que não foi alterada a redação que exige a prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público.

⁷² EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 7º da Lei Complementar nº 100/2007 do Estado de Minas Gerais. Norma que tornou titulares de cargos efetivos servidores que ingressaram na administração pública sem concurso público, englobando servidores admitidos antes e depois da Constituição de 1988. Ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e ao art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Modulação dos efeitos. Procedência parcial. 1. Desde a Constituição de 1988, por força do seu art. 37, inciso II, a investidura em cargo ou emprego público depende da prévia aprovação em concurso público. As exceções a

Entende-se que, ao analisar a ADI 2.968, o STF deve também aplicar o disposto no art. 27 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999,⁷³ por razões de segurança jurídica, em face dos quase vinte e cinco anos transcorridos desde a vigência do Regime Jurídico Único e das situações já consolidadas, de maneira que sejam resguardados os direitos não só daqueles que completaram os requisitos para a aposentadoria, como feito na ADI 4.876, mas de todos os beneficiados pelo art. 243 da Lei 8.112/90, restringindo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Ocorre que, se emprestados efeitos *ex nunc* à decisão que pugnar pela inconstitucionalidade do referido dispositivo somente para resguardar os direitos daqueles já beneficiados por ele, isso é, que efetivamente tiveram seus empregos transformados em cargos públicos, ter-se-á uma situação *antiisonômica*.

Isso porque os Auxiliares Locais, empregados contratados pela União por tempo indeterminado e submetidos às disposições da CLT quando da publicação da Lei 8.112/90, estavam na mesma situação jurídica dos demais servidores públicos celetistas à época. Esses últimos foram devidamente enquadrados no RJU então instituído, enquanto os primeiros

essa regra estão taxativamente previstas na Constituição. Tratando-se, no entanto, de cargo efetivo, a aprovação em concurso público se impõe. 2. O art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias tornou estáveis os servidores que estavam em exercício há pelo menos cinco anos na data da promulgação da Constituição de 1988. A estabilidade conferida por essa norma não implica a chamada efetividade, que depende de concurso público, nem com ela se confunde. Tal dispositivo é de observância obrigatória pelos estados. Precedentes: ADI nº 289/CE, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07; RE nº 199.293/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ de 6/8/04; ADI nº 243/RN-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 24/8/01; RE nº 167635/PA, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 7/2/97. 3. Com exceção do inciso III (que faz referência a servidores submetidos a concurso público), os demais incisos do art. 7º da Lei Complementar nº 100, de 2007, do Estado de Minas Gerais tornaram titulares de cargo efetivo servidores que ingressaram na Administração Pública com evidente burla ao princípio do concurso público (art. 37, II, CF/88). 4. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 27 da Lei nº 9.868/99, para, i) em relação aos cargos para os quais não haja concurso público em andamento ou com prazo de validade em curso, dar efeitos prospectivos à decisão, de modo a somente produzir efeitos a partir de doze meses, contados da data da publicação da ata de julgamento, tempo hábil para a realização de concurso público, a nomeação e a posse de novos servidores, evitando-se, assim, prejuízo à prestação de serviços públicos essenciais à população; ii) quanto aos cargos para os quais exista concurso em andamento ou dentro do prazo de validade, a decisão deve surtir efeitos imediatamente. Ficam, ainda, ressalvados dos efeitos da decisão (a) aqueles que já estejam aposentados e aqueles servidores que, até a data de publicação da ata deste julgamento, tenham preenchido os requisitos para a aposentadoria, exclusivamente para efeitos de aposentadoria, o que não implica efetivação nos cargos ou convalidação da lei inconstitucional para esses servidores, uma vez que a sua permanência no cargo deve, necessariamente, observar os prazos de modulação acima; (b) os que foram nomeados em virtude de aprovação em concurso público, imprescindivelmente, no cargo para o qual foram aprovados; e (c) a estabilidade adquirida pelos servidores que cumpriram os requisitos previstos no art. 19 do ADCT da Constituição Federal. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente. (ADI 4876, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014)

⁷³ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

permaneceram em total desamparo, por culpa exclusiva da Administração Pública, que violou o princípio da legalidade ao não cumprir as disposições da legislação à época.

Haverá então dois grupos de servidores públicos, regidos pelas mesmas disposições legais, que terão situações jurídicas futuras completamente distintas, o que afronta o princípio da isonomia, consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988.

Ademais, o não enquadramento desses profissionais nos termos do art. 243 da Lei 8.112/90 também provocaria verdadeiro caos jurídico. Ora, uma vez não vinculados ao Regime Jurídico Único, os Auxiliares Locais, estáveis pelo art. 19 do ADCT, deveriam permanecer na condição de empregados públicos da Administração Pública Federal, o que atualmente encontra-se vedado pelo Supremo Tribunal Federal, que suspendeu liminarmente, nos autos da ADI 2135,⁷⁴ a vigência do *caput* do art. 39 da Constituição, com a redação dada

⁷⁴ MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEVE A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE. 1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente *caput* do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público. 2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o *caput* desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional. 3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao *caput* do art. 39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso. 4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo esgotamento do prazo estipulado para sua vigência. 5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior. 6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

(ADI 2135 MC, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ELLEN GRACIE (ART.38,IV,b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00081 RTJ VOL-00204-03 PP-01029)

pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 1998, a qual eliminava a exigência do RJU para os servidores públicos.⁷⁵

Por essas razões, caso o STF decida pela inconstitucionalidade do art. 243 da Lei 8.112/90, deve essa Suprema Corte modular os efeitos da decisão, de maneira que sejam resguardados os direitos de todos aqueles que se enquadraram, à época, nos requisitos do dispositivo para fazer jus ao enquadramento no Regime Jurídico Único então instituído.

3.4 Dos Auxiliares Locais em exercício há menos de cinco anos antes da promulgação da CR/88

No caso dos Auxiliares Locais em exercício há menos de cinco anos antes da promulgação da CR/88, ao contrário daqueles contratados antes de 5 de outubro de 1983, esses não estariam abarcados pelo art. 19 do ADCT, portanto, não seriam servidores estáveis, em que pese serem empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Tal fato não seria impeditivo para que esses servidores fossem abarcados pelo Regime Jurídico Único, ao contrário do que defende Renato Souza Oliveira Junior.⁷⁶ Segundo esse autor, em uma interpretação conforme a Constituição, apoiado em julgado do ano de 2003 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região,⁷⁷ o art. 243 da Lei 8.112/90 somente abarcaria os empregados concursados e aqueles estabilizados na forma do art. 19 do ADCT.

⁷⁵ Conforme se observa da ementa da ADI 2135, a liminar concedida com efeitos ex nunc resguarda somente aqueles atos praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo suspenso, o que não abarcaria, portanto, eventual tentativa de alocação dos Auxiliares Locais nessa medida cautelar, visto que esses foram contratados em época anterior a alteração provocada pela EC 19/98.

⁷⁶ OLIVEIRA JUNIOR, Renato Souza. *Intrusos no Serviço Público? A questão dos Auxiliares locais: Confronto da Legislação com a Jurisprudência*. In.: Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, v. 1, n. 4, p. 14-31, ago/set 2011.

⁷⁷ ADMINISTRATIVO. CREA. EMPREGADO CONTRATADO PELO REGIME CELETISTA. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 243 DO RJU EM CONSONÂNCIA COM O ARTIGO 19 DO ADCT. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.112/90. ESTABILIDADE SINDICAL. 1. A determinação legal da sujeição dos quadros de pessoal do CREA ao Regime Jurídico Único, por si só, não tem o condão de atribuir ao autor a condição de servidor público, nem lhe socorre a alegação de incidência do artigo 243 do RJU, já que este dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com a norma constitucional prevista no artigo 19 do ADCT. Para que o autor seja considerado servidor público, com direito às prerrogativas existentes em razão dessa condição, era necessário que o mesmo ostentasse, à época da promulgação da CF/88, a qualidade de celetista concursado ou celetista estabilizado, nos termos do art. 19 do ADCT. 2. O autor apenas demonstrou a sua condição de empregado celetista, com vínculo empregatício mantido com o CREA/PR, por prazo indeterminado, em data posterior à promulgação da CF/88, o que não lhe enseja o direito ao reconhecimento da condição de servidor público, tampouco das prerrogativas inerentes a esta categoria. 3. A contratação do autor pelo CREA/PR, sob regime celetista, após aprovação em um "teste seletivo" não se confunde, em hipótese alguma, com o concurso público previsto no inciso II do artigo 37 da CF/88 como forma de ingresso no cargo público. 4. A estabilidade sindical prevista no inciso VIII do artigo 8º da CF/88 aplica-se exclusivamente aos empregados da iniciativa privada e não aos servidores públicos, razão, pela qual, a tese de ilegalidade na

Primeiramente, esse entendimento é contraditório, uma vez que seria fruto de interpretação conforme a Constituição, quando a própria Carta Magna dispõe, no § 1º do art. 19 do ADCT, que para fins de efetivação dos servidores então estabilizados, esses teriam que se submeter a concurso público. Portanto, permitir a efetivação em cargo público dos servidores estáveis, pelo art. 243 da Lei 8.112/90, violaria da mesma forma a regra do concurso público ao se enquadrar no Regime Jurídico Único os celetistas não estabilizados.⁷⁸

Ademais, a estabilidade extraordinária concedida pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias não é requisito para a garantia da efetividade do art. 243 da Lei 8.112/90. Como se observa da leitura desse dispositivo,⁷⁹ não houve qualquer distinção entre servidores estáveis e não estáveis pelo art. 19 do ADCT, mas apenas entre aqueles contratados por prazo determinado e os por prazo indeterminado, não podendo esses últimos ser abarcados pelo Regime Jurídico Único.

Reforça isso o fato de que, em 10 de dezembro de 1997, foi editada a Lei 9.527, a qual incluiu o parágrafo seguinte ao art. 243 da Lei 8.112/90:

§ 7º Os servidores públicos de que trata o **caput** deste artigo, não amparados pelo art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderão, no interesse da Administração e conforme critérios estabelecidos em regulamento, ser exonerados mediante indenização de um mês de remuneração por ano de efetivo exercício no serviço público federal.

Como se observa, a Lei 9.527/97 reconhece que servidores públicos não abarcados pelo art. 19 do ADCT receberam a efetividade do art. 243, ou seja, tiveram seus empregos transformados em cargos públicos e foram submetidos ao Regime Jurídico Único. Ocorre que, uma vez não agraciados pela estabilidade extraordinária, seria possível à Administração exonerá-los, mediante o pagamento de indenização. Portanto, possível a existência de

demissão do autor dos quadros do CREA, desde que admitida a condição de empregado celetista, deveria ter sido veiculada perante a Justiça Trabalhista, foro especializado para dirimir controvérsias desta natureza. (TRF4, AC 2000.70.00.019198-1, Terceira Turma, Relator Francisco Donizete Gomes, DJ 12/02/2003)

⁷⁸ Nesse sentido, Ivan Barbosa Rigolin afirma: “*ele [art. 243 da Lei 8.112/90] também afrontou, ao transformar emprego em cargo efetivo, o disposto no art. 19, §1o, do ADCT da Constituição Federal, que exigia, como exige, concurso, seja ele publico, seja ele interno, para o fim de efetivação de servidores estabilizados em empregos pela CLT, quando de eventual passagem para o regime jurídico estatutário.*” (RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 442).

⁷⁹ Art. 243. Ficam submetidos ao regime jurídico instituído por esta Lei, na qualidade de servidores públicos, os servidores dos Poderes da União, dos ex-Territórios, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas, regidos pela Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952 - Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, ou pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, **exceto os contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderão ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação.**

servidor público não estável abarcado pelo art. 243 Lei 8.112/90, detentor apenas de efetividade.

Por fim, frise-se que dentro da própria conjuntura normal do serviço público é possível que um servidor seja efetivo, porém não estável. Um servidor em estágio probatório é detentor de cargo efetivo, porém não detém estabilidade, benefício que só é alcançado após três anos de exercício subsequentes à nomeação por concurso, como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello.⁸⁰

Demonstrado que a estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT não constituía requisito para à submissão ao então Regime Jurídico Único criado pela Lei 8.112/90, mas sim a contratação por tempo indeterminado, passa-se agora a dividir o grupo ora em tela em dois subgrupos, quais sejam: i) o dos contratados por tempo determinado; e ii) o dos contratados por tempo indeterminado.

3.4.1 Dos contratados por tempo indeterminado

Tendo-se por pressuposto o que foi colocado no tópico anterior, entende-se que os Auxiliares Locais contratados por tempo indeterminado, há menos de cinco anos da promulgação da Constituição, fazem jus ao enquadramento no Regime Jurídico Único, nos termos do art. 243 da Lei 8.112/90, na qualidade de servidores públicos efetivos e não estáveis.

Uma vez que não detêm estabilidade, a Administração Pública, dentro do seu poder discricionário, poderia exonerá-los, na forma do § 7º do art. 243 da Lei 8.112/90, garantido o contraditório e a ampla defesa, conforme prevê o art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988, e mediante o pagamento de indenização.

3.4.2 Dos contratados por tempo determinado

A princípio, esse grupo de Auxiliares Locais não faria jus ao enquadramento no Regime Jurídico Único, visto que, conforme prevê o *caput* do art. 243, foram excetuados aqueles empregados contratados por prazo determinado, cujos contratos não poderiam ser prorrogados após o vencimento do prazo de prorrogação. Isto é, encerrado o prazo, deveriam

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. rev. atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: 2013. p. 295.

ter sido extintos os contratos de trabalho, com direito ao pagamento de todas as verbas trabalhistas, conforme preveem as disposições da CLT.

Ocorre que muitos dos Auxiliares Locais contratados por prazo determinado permanecem em exercício nas representações brasileiras no exterior, tendo os seus contratos renovados ano após ano. Qual seria então a legislação aplicável a esses? Entende-se que, após a edição da Lei 8.112/90, os Auxiliares Locais nessa situação continuaram regidos pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho, ainda que de forma irregular.

Isso porque, conforme exposto, a própria Lei 8.745/93, em seu art. 15,⁸¹ oportunizou aos Auxiliares Locais contratados até a sua edição a possibilidade de permanecerem regidos pela legislação brasileira. Portanto, os contratados por tempo determinado, uma vez não amparados pelo art. 243 da Lei 8.112/90, permanecem regidos pela lei trabalhista e previdenciária do Brasil.

A discussão a respeito da natureza *sui generis* desse vínculo, do tipo empregatício com a Administração Pública Direta, o que atualmente se encontra vedado por força da medida cautelar concedida na ADI 2135, será posta mais à frente nesse trabalho, quando debatido o caso dos Auxiliares Locais contratados após a Lei 8.112/90 e antes da edição da Lei 8.745/93, os quais se enquadram nessa mesma situação.

Por outro lado, tem-se o caso daqueles Auxiliares Locais contratados por tempo determinado, mas que, antes da vigência do Regime Jurídico Único, tiveram seus contratos transformados, extinguindo-se o termo do acordo de vínculo.

Como explicado, em face da omissão da Lei 3.917/61, que não dispôs a respeito de qual a legislação aplicável aos Auxiliares Locais, considera-se que esses estavam amparados pela legislação brasileira, ao menos desde a edição da Lei 6.887, de 10 de dezembro de 1981, a qual qualificou esses profissionais como segurados obrigatórios, na categoria de empregados.

Uma vez regidos pela legislação brasileira, mais especificamente, conforme demonstrado, pela Consolidação das Leis do Trabalho, aplica-se o disposto nos arts. 451 e 445 da CLT,⁸² os quais dispõem, respectivamente, que, o contrato por prazo determinado não pode ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, e, prorrogado mais de uma vez, tácita ou expressamente, passa a vigorar sem determinação de prazo.

⁸¹ Art. 15. Aos atuais contratados referidos nos arts. 13 e 14 desta Lei é assegurado o direito de opção, no prazo de noventa dias, para permanecer na situação vigente na data da publicação desta Lei.

⁸² Art. 445 - O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.

Art. 451 - O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.

Dessa feita, aqueles Auxiliares Locais que tiveram seus contratos com termo prorrogados por mais de uma vez passaram a ser empregados por prazo indeterminado e, caso isso tenha se concretizado antes da edição da Lei 8.112/90, esses servidores fazem jus ao enquadramento no Regime Jurídico Único, como aqueles contratados por tempo indeterminado, nos termos do tópico anterior.

3.5 Dos Auxiliares Locais admitidos após a promulgação da Constituição da República de 1988

3.5.1 Dos contratados até a edição da Lei 8.112/90

3.5.1.1 Dos contratados até a edição da Lei 8.028/90

Para os contratados até a edição da Lei 8.028/90, regidos, portanto, pela legislação brasileira por força da Lei 7.501/86, entende-se que, em que pese as discussões a respeito da hipótese de inconstitucionalidade do art. 243 da Lei 8.112/90, esses Auxiliares Locais, exceto aqueles com contrato por tempo determinado, devem ser enquadrados no Regime Jurídico Único, na qualidade de servidores públicos efetivos e não estáveis, conforme o comando do art. 243 da Lei 8.112/90, ainda que após a edição da Constituição da República de 1988, pelas mesmas razões expostas no tópico 2.1.1.1 do presente trabalho.

Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça, em suas turmas responsáveis pelo julgamento de matérias de direito público, 1ª e 2ª, admite de forma pacífica o enquadramento de Auxiliares Locais contratados por tempo indeterminado até a edição da Lei 8.112/90,⁸³ com fundamento no art. 243 desse diploma legal.

⁸³ PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXILIAR LOCAL. COMISSÃO DIPLOMÁTICA BRASILEIRA NO EXTERIOR. ENQUADRAMENTO. LEI 8.112/90. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que é assegurado a quem desempenha a função de Auxiliar Local mediante contrato firmado anteriormente a 11 de dezembro de 1990 a submissão ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Cíveis da União, tendo em vista o disposto no art. 243 da Lei 8.112/90. Precedentes: AgRg no REsp 1.118.312/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 8/3/2010; AgRg no REsp 1.036.820/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 13/10/2009; e AgRg no REsp 588.087/RJ, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 21/5/2007.

2. É descabido o sobrestamento do recurso especial em decorrência do reconhecimento da repercussão geral de matéria constitucional pelo STF, pois o art. 328-A do Regimento Interno daquela Corte determina o sobrestamento, tão somente, do juízo de admissibilidade dos Recursos Extraordinários e dos Agravos de Instrumento contra o despacho denegatório a eles relacionados. Precedente: AgRg nos EREsp 1.142.490/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 8/11/2010.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 42.414/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 17/04/2012)

3.5.1.2 Dos contratados após a edição da Lei 8.028/90

Como explicado, a Lei 8.028/90 abriu as portas para que outras leis pudessem incidir sobre os Auxiliares Locais. Dessa feita, no caso dos profissionais contratados expressamente sob as disposições da lei do país sede da representação no exterior, a esses não caberia o enquadramento pela Lei 8.112/90, visto que não eram regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho quando da publicação dessa Lei.

A esses Auxiliares Locais se aplicará a mesma situação daqueles contratados após a edição da Lei 8.745/93, discutida em tópico seguinte.

3.5.2 Dos contratados após a edição da Lei 8.112/90

Os Auxiliares Locais deste grupo têm em comum o fato de se encontrarem em uma situação jurídica totalmente *sui generis* dentro do serviço público. Isso porque há uma extrema dificuldade ou, até mesmo, uma inviabilidade de enquadrá-los dentro da estrutura de pessoal da Administração Pública. Por essa razão, em primeiro lugar, tentar-se-á qualificá-los dentro do conceito jurídico mais amplo possível, o de agente público.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,⁸⁴ “*quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público*”. Vê-se que esse conceito é bastante amplo, o que não costuma ser incomum na teoria do Direito Administrativo, como se observa, por exemplo, em um paralelo com a doutrina portuguesa, da definição trazida por Marcello Caetano,⁸⁵ que qualifica o que denomina de agente da Administração como “*todo*

ADMINISTRATIVO. AUXILIAR LOCAL. COMISSÃO DIPLOMÁTICA BRASILEIRA NO EXTERIOR. ENQUADRAMENTO. LEI 8.112/90. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é assegurada a quem desempenha função de auxiliar local mediante contrato firmado anteriormente a 11 de dezembro de 1990 a submissão ao Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, tendo em vista o disposto no art. 243 da Lei 8.112/90.

2. Descabe sobrestar Recurso Especial em decorrência do reconhecimento da repercussão geral de matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pois o art. 328-A de seu Regimento Interno determina o sobrestamento tão somente do juízo de admissibilidade dos Recursos Extraordinários e dos Agravos de Instrumento contra o despacho denegatório a eles relacionados.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 151.817/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 15/06/2012)

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. rev. atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: 2013. p. 249.

⁸⁵ CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003. p. 285.

*aquela que exerça uma atividade implicando prestação pessoal de serviços à Administração Pública sob a direção dos respectivos órgãos”.*⁸⁶

Em uma definição um pouco mais fechada, Lucas Rocha Furtado dispõe que “*agente público é toda pessoa que fala em nome do Estado e exerce competência atribuída a entidade ou a órgão da Administração Pública*”.⁸⁷

De toda forma, atravessando todos essas conceituações, é possível enquadrar os Auxiliares Locais dentro da categoria de agente público, uma vez que: i) que desempenham funções estatais perante as repartições oficiais brasileiras no exterior; ii) exercem atividades que implicam a prestação pessoal de serviços nas representações diplomáticas, consulares e militares do Brasil, sob a direção desses; e, por fim, iii) falam em nome do Estado brasileiro no estrangeiro e exercem competências atribuídas a essas repartições oficiais.

Tendo-se como pressuposto que os Auxiliares Locais são agentes públicos, cabe indagar em quais das modalidades existentes poderiam se enquadrar. Para tanto, utilizar-se-á a divisão proposta por Di Pietro,⁸⁸ que separa os agentes públicos nas categorias seguintes: i) agentes políticos; ii) servidores públicos; iii) militares; e iv) particulares em colaboração com o Poder Público.

De pronto, excluem-se os agentes políticos, que, apesar da inexistência de uniformidade pensamento entre os doutrinadores a respeito do assunto, não abarcam os Auxiliares Locais, que não exercem atividades ligadas à função política ou à de governo. Também se excluem os militares, posto que a natureza do vínculo entre os Auxiliares Locais e as representações oficiais brasileiras, ainda que ligadas às Forças Armadas, é civil.⁸⁹

A respeito dos particulares em colaboração com o Poder Público, esses ficam afastados pelo fato de que são pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem **vínculo empregatício**.

Destaca-se que a expressão vínculo empregatício, ora utilizada, não significa necessariamente àquela regido pelas disposições da Consolidação das Leis de Trabalho, em

⁸⁶ Posteriormente, Marcello Caetano faz uma diferenciação entre agentes da Administração e agentes Administrativos, o que poderia ser comparado no direito brasileiro aos agentes públicos e servidores públicos estatutários, respectivamente.

⁸⁷ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 736.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 596.

⁸⁹ A legislação atual sobre os Auxiliares Locais contratados pelas Forças Armadas destaca a natureza civil de seus vínculos, conforme se verifica do §2º do art. 57 da Lei 11.440/06, transcrito abaixo:

Art. 57. As relações trabalhistas e previdenciárias concernentes aos Auxiliares Locais serão regidas pela legislação vigente no país em que estiver sediada a repartição.

(...)

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se aos Auxiliares civis que prestam serviços aos órgãos de representação das Forças Armadas brasileiras no exterior.

que pese ser possível fazer uma aproximação à definição do art. 3º da CLT. Esse artigo define empregado como toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário, características essas que não se harmonizam com o vínculo mantido entre os particulares em colaboração e o Poder Público.

Restariam então os servidores públicos que, segundo Di Pietro, “*são as pessoas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos*”,⁹⁰ único conceito que abrange os Auxiliares Locais. Portanto, deve-se buscar em qual das categorias de servidores públicos, poderiam esses profissionais se enquadrar.

Todas as formas de vínculo empregatício (*latu sensu*) com o Poder Público estão dispostas na Constituição da República de 1988, que prevê os seguintes tipos de servidores públicos: i) servidores públicos, sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos; ii) empregados públicos, contratados pelo regime da legislação trabalhista e ocupantes de empregos públicos; e iii) servidores temporários, contratados por tempo determinado para atender à necessidade de excepcional interesse público, os quais exercem função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público.

No que tange à categoria *iii*, é possível afastá-la desde já, tendo em vista que, conforme explica Alexandre de Moraes,⁹¹ essa modalidade tem três requisitos obrigatórios: i) excepcional interesse público; ii) a temporariedade da contratação; e iii) hipóteses expressamente previstas em lei, exigências essas que não se adequam ao vínculo dos Auxiliares Locais, que prestam atividades que são de necessidade permanente e que não estão previstas no rol taxativo do art. 2º da Lei 8.745/93.

Portanto, como agentes públicos, na modalidade de servidores públicos, restaria aos Auxiliares Locais o enquadramento em uma dessas três categorias. A partir desse ponto, faz-se necessária uma nova divisão em subgrupos: i) aqueles contratados até a edição da Lei 8.745/93.

3.5.2.1 Dos contratados até a edição da Lei 8.745/93

Como visto, para os Auxiliares Locais contratados até a edição da Lei 8.745/93, era possível a contratação pela legislação brasileira ou estrangeira e, com a publicação desse

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 598.

⁹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 151.

diploma legal, foi oportunizada a opção de se manterem no regime jurídico em que se encontravam.

Para aqueles que foram contratados expressamente pela lei estrangeira ou que não optaram pela manutenção da legislação do Brasil aos seus contratos de trabalho, passou-se a aplicar a esses somente a legislação local, de forma que esses estarão na mesma situação dos Auxiliares contratados após a edição da Lei 8.745/93, o que será discutido no tópico seguinte.

No caso dos Auxiliares Locais que permaneceram regidos pela legislação pátria, cabe indagar em qual das categorias possíveis de servidores públicos, expostas no tópico anterior, poderiam esses agentes ser enquadrados.

Em relação aos servidores públicos estatutários, esses podem ser excluídos porque os Auxiliares Locais não ocupam cargos públicos, sejam efetivos ou em comissão. Marçal Justen Filho conceitua cargo público como “*posição jurídica, utilizada como instrumento de organização da estrutura administrativa, criada e disciplinada por lei, sujeita a regime jurídico de direito público peculiar, caracterizado por mutabilidade por determinação unilateral do Estado e por certas garantias em prol do titular*”,⁹² definição essa que não se aplica à posição ocupada pelos profissionais ora em tela.

Por exclusão, os Auxiliares Locais, admitidos pelo Estado brasileiro e submetidos à legislação pátria, enquadrar-se-iam na modalidade de empregados públicos. Ocorre que, como exposto, a Constituição Brasileira de 1988 exige a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a investidura em cargo público, conforme previsto no art. 37, II, o que não é exigido para a contratação dos Auxiliares Locais, os quais se submetem a processo seletivo simplificado.

Ademais, se considerados empregados públicos, os Auxiliares estariam ligados à Administração Direta, o que só foi permitido na ordem jurídica brasileira durante o período de 04/06/1998, data de publicação da Emenda Constitucional 19, a 02/08/2007, quando concedida a medida cautelar na ADI 2.135, ainda vigente, que suspendeu os efeitos da redação do *caput* do art. 39 da CR/88.

Esses Auxiliares Locais, com a situação funcional comprometida por dois vícios graves, se enquadrariam na modalidade chamada por Marçal Justen Filho de “agentes estatais sem vínculo jurídico formal”. Segundo o Autor, determinado agente “*pode assumir a condição de órgão estatal em virtude de circunstâncias, sem a existência de um vínculo*

⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 908.

jurídico determinado e formal”, hipótese na qual é considerado como um funcionário de fato, que se apresenta como um agente estatal, em que pese não ser realmente um.

A maneira encontrada pelo Poder Judiciário para lidar com esses casos, em que empregados públicos foram contratados sem a prévia aprovação em concurso público, foi a de tentar resguardar a boa fé do administrado e a segurança jurídica, de modo que os atos praticados pelo funcionário de fato são considerados válidos, pela aparência de legalidade.

Quanto ao contrato de trabalho, esse é considerado nulo, por força do que dispõe o art. 37, §2º, da CR/88⁹³. Ocorre que, ao dispor sobre os efeitos da declaração de nulidade do vínculo, o Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 363)⁹⁴ e o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 466)⁹⁵ consideram que o empregado faz jus somente aos valores referentes à contraprestação pactuada e aos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, FGTS, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública.

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes na mesma linha de entendimento,⁹⁶ inclusive para declarar a constitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90,⁹⁷ com redação dada pela Medida Provisória 2.164-41/2001, que torna devido o depósito do FGTS na conta de empregado público cujo contrato foi declarado nulo por violação às hipóteses do art. 37, I

⁹³ § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

⁹⁴ Súmula nº 363 do TST

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.

⁹⁵ STJ Súmula nº 466 - 13/10/2010 - DJe 25/10/2010

Conta Vinculada ao FGTS - Direito de Saque do Saldo Respeetivo Quando Declarado Nulo seu Contrato de Trabalho por Ausência de Prévia Aprovação em Concurso Público

O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público

⁹⁶ EMENTA Recurso extraordinário. Direito Administrativo. Contrato nulo. Efeitos. Recolhimento do FGTS. Artigo 19-A da Lei nº 8.036/90. Constitucionalidade. 1. É constitucional o art. 19-A da Lei nº 8.036/90, o qual dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o seu direito ao salário. 2. Mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento. (RE 596478, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2012, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-040 DIVULG 28-02-2013 PUBLIC 01-03-2013 EMENT VOL-02679-01 PP-00068)

⁹⁷ Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.(Incluído pela Medida Provisória nº 2.164-41, de 2001)

e II, da CR/88. A matéria agora se encontra em sede de repercussão geral e aguarda julgamento.⁹⁸

Para o caso dos Auxiliares Locais que se encontram nessa situação, entende-se que a esses não deveria ser garantido apenas o pagamento dos valores referentes aos salários pelos dias efetivamente trabalhados e aos depósitos de FGTS, mas todas as parcelas remuneratórias trabalhistas.

Isso porque, ao contrário daqueles que eventualmente tenham ingressado no serviço público com a consciência de que se trataria de contrato de trabalho irregular, pela inexistência de prévia aprovação em concurso público, os Auxiliares Locais estiveram de boa fé e, ainda por cima, resguardos pela lei.

Para a admissão como Auxiliar Local, nunca foi necessária a prévia aprovação em concurso público. Portanto, não foram esses profissionais que provocaram eventual burla ao regime de emprego público, mas sim o próprio legislador, que previu modalidade *sui generis* de contratação pela Administração Pública, não resguardada pelas formas previstas na Constituição de 1988.

Ademais, esses profissionais calcularam e previram que, ao optarem pela permanência da lei pátria, conforme oferecido pelo legislador, estariam protegidos pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho. Negar a esses trabalhadores o pagamento das demais verbas trabalhistas, por equívoco alheio às suas vontades, significaria verdadeira traição à legítima confiança desses trabalhadores.

Segundo explica J. J. Canotilho,⁹⁹ a proteção da confiança é exigível perante qualquer ato de qualquer poder – seja legislativo, executivo ou judicial. Esse resguardo requer: “1) *fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos de poder*; 2) *de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos*”.

Portanto, não há motivos para excluir esses trabalhadores dos benefícios da norma trabalhista, conquanto o seu vínculo com o Estado foi estabelecido de forma clara e coerente com os princípios da boa fé e da confiança.

⁹⁸ CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE. EFEITOS TRABALHISTAS. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva aos efeitos trabalhistas decorrentes da contratação de pessoal pela Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público. (AI 757244 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 16/09/2010, DJe-058 DIVULG 28-03-2011 PUBLIC 29-03-2011 EMENT VOL-02491-03 PP-00523 RDECTRAB v. 18, n. 203, 2011, p. 109-113)

⁹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Almedina: Coimbra, 2006.

Caso declarada a nulidade de tais contratos de trabalho, por violação ao disposto no art. 37, II, da CR/88, deve ser garantido a esses Auxiliares Locais todas as verbas remuneratórias e indenizatórias a que fazem jus, previstas na legislação trabalhista, e não apenas os valores referentes aos salários e aos depósitos do Fundo de Garantia.

Por fim, sugere-se que os Poderes Executivo e Legislativo busquem alternativas para a regularização desses contratos de trabalho, visto que a declaração de nulidade desses traria enormes prejuízos à própria Administração Pública, que conta em suas representações com centenas de profissionais nessa situação.

3.5.2.2 Dos contratados após a edição da Lei 8.745/93¹⁰⁰

Para os contratados após a edição da Lei 8.745/93, a situação é ainda mais peculiar, pois, uma vez regidos pela legislação do país sede da repartição, esses não estariam abarcados sequer pela modalidade de empregados públicos, que é obrigatoriamente disciplinada pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Isso significa que a Lei 8.745/93, ao dispor que os Auxiliares Locais contratados após a sua vigência seriam regidos pela legislação trabalhista e previdenciária local, criou no ordenamento jurídico forma de admissão de agente público, com vínculo empregatício (*latu sensu*), portanto, servidor público, **não prevista pela Constituição da República de 1988**.

Ora, não é permitido ao legislador ordinário criativamente inovar a ordem jurídica acrescentando nova categoria de servidores públicos ao rol taxativo da Carta Magna, razão pela qual é inconstitucional o art. 13 da Lei 8.745/93.¹⁰¹

Frise-se que a única excepcionalidade às modalidades de emprego e cargo público, prevista na própria Constituição, em seu art. 37, IX, é a contratação para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, a qual não compreende os Auxiliares Locais, como já exposto.

¹⁰⁰ Em que pese este tópico ter como objetivo a análise do atual cenário daqueles contratados após a edição da Lei 8.745/93 e de qual é o regime jurídico de fato aplicável a eles, a realidade é que todos os Auxiliares Locais, com exceção dos que buscaram o Poder Judiciário para ter a sua condição alterada, encontram-se na situação que será aqui descrita, uma vez que a Administração Pública considera esses profissionais como categoria única, compreendida por um mesmo e único regime jurídico.

¹⁰¹ Destaca-se que mesmo que a Lei 8.745/93 tenha sido revogada pela Lei 11.440/06, o teor do seu dispositivo inconstitucional aqui destacado foi repetido pela lei que a revogou, perpetuando, assim, a inconstitucionalidade da regra de aplicação do direito local às relações trabalhistas e previdenciárias entre os Auxiliares e as repartições diplomáticas, consulares e militares do Brasil no exterior.

Mais grave, ainda, do que esse vício, está a discriminação que a Lei 8.745/93 faz ao excluir dos Auxiliares Locais as garantias mínimas que o art. 7º da Constituição da República a todos os trabalhadores protege.

Percebe-se o absurdo dessa disposição quando se imagina o caso de um Auxiliar Local empregado de representação brasileira localizada em um país onde não há, por exemplo, limite razoável para a jornada diária ou proteção contra dispensa arbitrária. Seria possível, dentro da ordem jurídica do Brasil, lastreada na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, CR/88), deixar esse trabalhador, que presta serviços ao próprio Estado brasileiro, em completo desamparo?

Certamente não. O poder público não deve restringir a aplicação de seus fundamentos, objetivos e valores somente quando atua dentro de seu território, principalmente quando se trata de princípio de força jurídica supraconstitucional como é o da dignidade da pessoa humana. Como descreve Paulo Otero,¹⁰² esse princípio submete a “*tudo e a todos submete à sua imperatividade (...)*” de forma que há uma “*obrigação universal de respeito, garantia, proteção e promoção da dignidade humana*”.

A situação de indignidade desses profissionais agrava-se pelo fato de que prestam serviços, às vezes de mesma natureza, lado a lado de servidores públicos brasileiros, os quais gozam de todas as prerrogativas e proteções do ordenamento jurídico estatutário, em que pese esses também estarem em solo estrangeiro.¹⁰³

Destaca-se que, recentemente, a Lei 7.064, de 6 de dezembro de 1982, a qual dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos¹⁰⁴ para prestar serviços no exterior, foi alterada pela Lei 11.962, de 3 de julho de 2009, para determinar aos empregadores que, independentemente da observância da legislação local, apliquem a legislação brasileira de proteção ao trabalho, quando mais favorável do que a legislação territorial.

¹⁰² OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. vol. 1. Almedina: Coimbra, 1963. p. 37.

¹⁰³ A falta de proteção aos Auxiliares Locais constitui verdadeiro incentivo para que a Administração Pública deixe de investir servidores estatutários e se utilize dos serviços dessa mão de obra barata. Comprova isso o fato de que o último concurso público promovido para os cargos de Oficial de Chancelaria e de Assistente de Chancelaria tenha se dado em 2008, isso é, há mais de seis anos.

¹⁰⁴ Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, considera-se transferido:

I - o empregado removido para o exterior, cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro;

II - o empregado cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro;

III - o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior.

Essa alteração levou o Tribunal Superior do Trabalho a cancelar, em 2012, a sua Súmula 207,¹⁰⁵ a qual dispunha que a relação jurídica trabalhista seria regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação,¹⁰⁶ que materializava a regra da *lex loci executionis*.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Súmula nº 207 do TST

CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA "LEX LOCI EXECUTIONIS" (cancelada) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012

A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação.

¹⁰⁶ Destaca-se que, por ocasião do cancelamento da sua Súmula 207, o Tribunal Superior do Trabalho proferiu entendimento pelo qual manteve decisão de Tribunal Regional, aplicando a lei brasileira a uma Auxiliar Local, contratada por embaixada brasileira após a égide da Constituição da República de 1988, não obstante a perplexidade do TST quanto à possível ilegalidade do contrato de trabalho, conforme se depreende da ementa abaixo:

AGRAVO EM EMBARGOS - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA - RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO COM A UNIÃO - TRABALHADORA BRASILEIRA CONTRATADA NO JAPÃO PARA PRESTAR SERVIÇOS À EMBAIXADA BRASILEIRA - SÚMULAS 207 E 363 NÃO CONTRARIADAS - NÃO ENQUADRAMENTO NA EXCEÇÃO DA ALÍNEA A DA SÚMULA 214 DESTA CORTE - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DESACERTO DO DESPACHO AGRAVADO. 1. A decisão ora agravada negou seguimento aos embargos da Reclamada, em face do óbice da Súmula 214 do TST, ao fundamento de que a decisão regional que reconheceu o vínculo empregatício entre as Partes detém caráter interlocutório. 2. A Reclamada pleiteou o enquadramento da controvérsia na exceção prestigiada na alínea -a- da Súmula 214 desta Corte, em face da contrariedade às Súmulas 207 e 363 do TST. 3. No entanto, não haveria mesmo como render ensejo aos embargos pelo prisma da pretendida contrariedade à Súmula 207 do TST, porquanto, além de este verbete ter sido cancelado por meio da Resolução 181/12 desta Casa (divulgada no DEJT em 19, 20 e 23/04/12), de forma que o seu conteúdo não mais se amolda à jurisprudência atual desta Corte, observa-se que a decisão regional, transcrita pela Turma Julgadora, alinhou-se ao entendimento vertido no referido verbete, porquanto deslindou a controvérsia, no que concerne ao vínculo empregatício, à luz da legislação japonesa, país da prestação dos serviços da Reclamante, embora esta determine o cumprimento do contrato firmado entre as Partes, que, no entender do Regional, encontra-se albergado pela legislação brasileira, na medida em que os documentos juntados aos autos comprovariam que a empregadora reconheceu contratualmente a existência de vínculo empregatício, nos termos do art. 3º da CLT. 4. De outra parte, da análise dos precedentes que deram origem à Súmula 363 do TST, observa-se que todos tratam da nulidade do contrato de trabalho firmado entre ente público e trabalhador, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, decorrente de labor em território nacional. Assim, em nenhum momento, a discussão perpetrada em tais arestos abrangeu a complexidade do presente caso, em que se discute a contratação de trabalhadora brasileira, em território estrangeiro, efetuada pela União, para lá prestar os seus serviços. Trata-se, à evidência, de controvérsia de maior complexidade, que se cinge à aplicação das leis no espaço, refugindo ao alcance do entendimento assentado na Súmula 363 desta Corte. 5. De qualquer sorte, quando o processo voltar ao TRT para julgar o mérito das verbas trabalhistas, poderá a União recorrer para o TST, para discutir eventual enquadramento jurídico errôneo dos fatos que levaram ao reconhecimento do vínculo de emprego, com o exercício da ampla defesa e do contraditório, que lhe é constitucionalmente assegurado. 5. Assim, de fato, os embargos não teriam como lograr seguimento, pois esbarravam no óbice da Súmula 214, -caput-, do TST, sendo que o agravo não trouxe nenhum argumento que infirmasse os fundamentos do despacho hostilizado, motivo pelo qual este merece ser mantido. Agravo desprovido. (Ag-E-ED-RR - 207400-12.2000.5.02.0031 , Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 31/05/2012, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/06/2012)

¹⁰⁷ Renato Souza Oliveira Junior (OLIVEIRA JUNIOR, Renato Souza. *Intrusos no Serviço Público? A questão dos Auxiliares locais: Confronto da Legislação com a Jurisprudência*. In.: Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, v. 1, n. 4, p. 14-31, ago/set 2011) destaca em seu artigo que Valetin Carrion (CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22) afirma que a regra da lei do lugar do trabalho estaria universalmente aceita, coroada pela Convenção de Roma de 1980. Quanto a isso, destaca-se que essa Convenção, que é aberta à assinatura dos países da União Europeia, não impõe como única regra a aplicação da lei do local de trabalho, mas também possibilita a aplicação da lei do país onde se encontra o estabelecimento que contratou o trabalhador, ou a lei do país com o qual o contrato de trabalho apresente uma conexão mais estreita.

Vê-se então que a própria legislação brasileira impõe ao empregador privado, que contrata trabalhadores nas mesmas condições que o Poder Público, a aplicação da lei pátria quando essa é mais benéfica ao empregado, enquanto que o Estado pode contratar trabalhadores, sob as leis locais, para a prestação de serviços públicos.

Ora, por que é possível ao poder público impor às relações entre privados, nas quais deveria o Estado, ao menos em princípio, evitar excessiva interferência, de forma a resguardar as liberdades individuais, regras trabalhistas rígidas e protetivas ao trabalhador, como são consideradas as normas brasileiras, enquanto que nas suas relações com privados nega tais direitos?

O Estado brasileiro, simultaneamente fonte e destino de sua ordem constitucional, não pode se negar a cumprir os mínimos direitos que ele mesmo determina como garantias fundamentais - principalmente quando os impõe às relações entre os particulares - unicamente porque os trabalhadores não estariam localizados em seu território.¹⁰⁸

Deve-se entender que, no Brasil, as garantias legais e constitucionais dadas ao trabalhador compõem a gama de proteções que o ordenamento jurídico outorga a todos aqueles cuja sobrevivência pessoal e familiar depende do emprego.

Por conta de nossas vicissitudes históricas e institucionais, os direitos sociais alcançam um patamar diferenciado, condizente com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental do Estado brasileiro, conforme dita o art. 3º, I, da CR/88.¹⁰⁹ Sua proteção não é, portanto, mero discurso, mas, isso sim, um dever da República e pedra mestra dos programas governamentais e normas infraconstitucionais produzidas no Brasil.

Não pode o legislador arriscar-se em uma discriminação que compromete os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana sob nenhuma circunstância, razão pela qual é inadmissível que qualquer lei brasileira aceite que o próprio Estado observe leis inconiventes aos padrões constitucionais de proteção aos direitos sociais e ao trabalhador, mesmo que a relação de trabalho não se perfectibilize no território nacional, sob pena de ver-

(http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133109_pt.htm. Visualizado em 10/08/2014).

¹⁰⁸ Essa atuação perpetrada pelo poder público brasileiro pode ser comparada, guardada as devidas proporções, à atitude do governo estadunidense, durante a gestão do Presidente George W. Bush, que editou o *Military Commissions Act of 2006*, o qual, na tentativa de afastar os direitos daqueles detidos em Guantánamo, suspendeu o direito de impetração de *habeas corpus* dos presos considerados como “inimigos combatentes”. Nesse caso, *Boumediun vs. Bush*, a Suprema Corte americana declarou a inconstitucionalidade de tal ato, garantindo que direito de petição a todos os presos de Guantánamo.

¹⁰⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

se comprometido o valor social do trabalho, substrato axiológico da existência digna, sobre o qual ensina Aldacy Rachid Coutinho:¹¹⁰

O valor social do trabalho é princípio político constitucionalmente conformador, mas ainda constitucionalmente impositivo, além de diretriz constitucional. A existência digna está em perfeita adequação com a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa econômica, sendo sua proteção o rompimento com um perfil meramente altruísta. O valor social do trabalho é cláusula principiológica que, na moldura constitucional, constitui o substrato da República Federativa do Brasil (art. 10, IV), expressa na Ordem Jurídica Econômica pela finalidade de assegurar a todos a existência digna, em conformidade com os ditames da justiça social, mediante a busca pelo pleno emprego (art. 70, caput, VIII) e na Ordem Social (art. 193) pela externalização de uma sociedade justa e solidária.

Dessa feita, entende-se que o art. 13 da Lei 8.745/93, posteriormente revogado, porém repetido pela Lei 11.440/06, ao afastar a aplicação da lei brasileira nas relações de trabalho e previdência dos Auxiliares Locais, determinando unicamente a incidência da lei local do país sede da representação, viola à Constituição da República de 1988 em seus princípios e valores de proteção à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e aos direitos fundamentais do trabalhador.

Verificada a inconstitucionalidade de tal dispositivo e a situação de vulnerabilidade em que se encontram esses Auxiliares Locais, desamparados da legislação brasileira e submetidos unicamente nas relações trabalhistas e previdenciárias à lei estrangeira, é necessária a garantia imediata dos direitos mínimos resguardados pela Constituição a esses trabalhadores, seja pelo Poder Legislativo,¹¹¹ por meio da edição de lei que altere as

¹¹⁰ COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao artigo 7º, I. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 555.

¹¹¹ Frise-se que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado 243/2013, de relatoria do Senador José Sarney, que tem como objetivo principal justamente garantir a aplicação aos Auxiliares Locais, em que pese a incidência da legislação local, os direitos resguardados pelo art. 7º da Constituição da República de 1988. Abaixo, segue ementa desse PLS:

Altera a Lei nº 11440/06 – que institui o Regime Jurídico dos Servidores do Serviço Exterior Brasileiro – para estabelecer que as relações trabalhistas e previdenciárias concernentes aos Auxiliares Locais serão regidas pela legislação vigente no país em que estiver sediada a repartição, sendo-lhes assegurados, no mínimo, os direitos estabelecidos nos incisos do art. 7º da Constituição Federal que especifica; determina que são segurados do

disposições referentes a esses trabalhadores, seja pelo Poder Judiciário, quando devidamente provocado.

Regime Geral de Previdência Social os auxiliares locais de nacionalidade brasileira que, em razão de proibição legal, não possam filiar-se ao sistema previdenciário do país de domicílio; garante ao auxiliar local e aos auxiliares civis remuneração nunca inferior ao salário mínimo vigente no país em que estiver sediada a repartição, assegurada sua revisão anual.

4 Conclusão

O objetivo do presente estudo foi apresentar da forma mais sólida e completa possível um tema pouco conhecido pela doutrina e jurisprudência pátria, o qual, quando explorado, não é estudado em todas as suas várias facetas.

Tentou-se aqui trazer o histórico dos Auxiliares Locais, demonstrando-se que tal categoria sempre ficou às margens na Administração Pública, em situação de total desamparo, vivendo em um limbo jurídico entre a legislação pátria e local.

Percorreu-se o caminho da legislação construída a respeito do tema, o que fez perceber a intenção do legislador ordinário de afastar cada vez mais a legislação brasileira dos Auxiliares Locais, ao ponto de colocá-los em situação de quase total exclusão da lei pátria.

Nessa sucessão de leis, verificou-se que os Auxiliares Locais foram se dividindo em grupos invisíveis, cada um com situações jurídicas distintas, mostrando-se ao final que não existe um único jurídico aplicável a esses profissionais, em que pese a Administração sempre os ter considerado como categoria única, regida pelas mesmas disposições, e, por isso, nunca ter realizado uma aplicação correta da legislação cabível.

Como demonstrado, esses trabalhadores se dividem, inicialmente, entre aqueles admitidos antes e aqueles admitidos depois da Constituição da República de 1988. No primeiro grupo, há a divisão entre aqueles que estavam em exercício no serviço público há mais de cinco anos quando da promulgação da CR/88 e os que estavam em exercício há menos de cinco anos. Para esses últimos, faz-se a divisão entre os contratados por tempo determinado e os contratados por tempo indeterminado.

Em relação ao segundo grupo, dos admitidos após a promulgação da CR/88, a separação ocorreu entre os contratados antes da edição da Lei 8.112/90 e os contratados após a sua edição. Entre os primeiros, foi feita separação entre os admitidos antes e os admitidos depois da edição da Lei 8.028/90. Para os segundos, a divisão se deu entre os admitidos antes e os admitidos depois da Lei 8.745/93.

Independentemente do cenário em que se encontram cada um desses grupos, demonstrou-se que todos estão em situação vulnerável, sem a garantia dos direitos sociais mínimos dos trabalhadores resguardos pela Constituição da República de 1988, o que se provou inconstitucional.

Para uma solução definitiva desse cenário precário, que não mais pode prevalecer, conclui-se que os Auxiliares Locais dependerão de uma atuação perante o Poder Judiciário, que tem grandes decisões em suas mãos a serem tomadas, as quais trilharão o futuro de muitos desses profissionais, ou perante o Poder Legislativo, que também tem ao seu alcance a capacidade de solucionar muitos, senão todos, os problemas aqui colocados.

5 Referências Bibliográficas

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. rev. atual. até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. São Paulo: 2013
- BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática de doutrina e análise da jurisprudência*. 4 ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*. 2ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5 ed. Almedina: Coimbra, 2006.
- CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAVALCANTI BRANDÃO, Themistocles. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Batos, 1961. Volume IV, p. 87
- COUTINHO, Aldacy Rachid. Comentário ao artigo 7º, I. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FELLIPE, Donald J. *Terminologia Latina Forense: do latim para o português*. Campinas: Péritas Editora, 1997.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. Ed. Curitiba: Ed. Positivo, 2009
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed., rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MACEDO MOTTA, Fabrício. Comentário ao artigo 37, inciso II. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo III, 2 ed. rev. São Paulo: RT, 1970.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- OLIVEIRA JUNIOR, Renato Souza. *Intrusos no Serviço Público? A questão dos Auxiliares locais: Confronto da Legislação com a Jurisprudência*. In.: Revista Síntese Administração de Pessoal e Previdência do Agente Público, v. 1, n. 4, p. 14-31, ago/set 2011.
- OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português*. vol. 1. Almedina: Coimbra, 1963.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime jurídico único dos servidores públicos civis*. 6 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Osiris. *Consequências da alteração do regime jurídico de auxiliar local de embaixada brasileira (parecer)*. In.: *Gênese: Revista de Direito do Trabalho*, v. 8, n. 47, p. 641-646, nov. 1996.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional: atualizado até a EC. n. 71, de 29 de novembro de 2012, e Súmula Vinculante n. 32, de 24 de fevereiro de 2011 (com comentários às Leis n. 11.417/2006 – Súmula Vinculante – e 11.418/2006 – Repercussão Geral de Questões Constitucionais)*. 8. ed. Saraiva, 2013.