

## VOTO-VISTA

### O Senhor Ministro Dias Toffoli:

Adoto o bem elaborado relatório do eminente Min. **Gilmar Mendes**, que ora rememoro, a fim de permitir a retomada do julgamento.

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de mandado de segurança, concedeu a ordem para determinar o enquadramento da recorrida – contratada na qualidade de auxiliar local pelo Consulado do Brasil em São Francisco, nos Estados Unidos da América – no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis da União, com fundamento no art. 243 da Lei 8.112/90, em acórdão assim ementado:

“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”.

Nas razões do recurso extraordinário, aponta-se violação ao art. 19, §2º, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), uma vez que o de auxiliar local, por ser emprego de livre exoneração, enquadrar-se-ia nas exceções à estabilidade extraordinária.

Sustenta-se, em síntese, que a estabilidade concedida aos servidores públicos prevista no caput do art. 19 não poderia ser adquirida pela recorrida, em razão de sua contratação precária, ocorrida sob a égide do art. 44 da Lei 3.917/61, que possui a seguinte redação: “Os Chefes das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares poderão admitir, a título precário auxiliares locais demissíveis ‘ad nutum’”.

Pugna-se pelo provimento do recurso para denegar a segurança pleiteada e declarar a inexistência de direito da auxiliar local à estabilidade no serviço público e ao seu enquadramento no Regime Único dos servidores públicos civis.

Em contrarrazões, a recorrida aduz que foi contratada pelo regime celetista em 25 de abril de 1977 e que presta serviços ao Consulado brasileiro há mais de 30 anos. Argumenta que o art. 443, c/c 445 e 451 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), não admite que o contrato de trabalho por tempo determinado possa vigorar por mais de 4 anos, quando, então, passa a vigorar sem determinação de prazo. Em conclusão, sustenta que não poderia ser demitida ad nutum.

Em sua defesa, alega ainda que, em 1986, a Lei 7.501 – que instituiu o Regime Jurídico Único dos Funcionários do Serviço Exterior – previu, em seu art. 67, a aplicação da legislação brasileira aos auxiliares locais.

Afirma que, com o advento da Constituição, aplica-se a si o disposto no caput do art. 19 do ADCT, bem como o previsto no art. 243 da Lei 8.112/90.

A Procuradoria-Geral da República juntou parecer pelo provimento do recurso extraordinário.

Foi deferido o ingresso da Associação dos Servidores Funcionários do Ministério das Relações Exteriores no Mundo – AFLEX na condição de amicus curiae. A Associação defende, preliminarmente, que a controvérsia foi decidida à luz da legislação infraconstitucional e que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa. No mérito, aduz que a recorrida era submetida à legislação trabalhista brasileira e, por isso, aplica-se a ela o art. 243 da Lei 8.112/90. Pugna pelo não provimento do recurso extraordinário.

Submetida a questão ao Plenário Virtual, o assunto foi inscrito como o tema 481, o qual foi assim ementado:

“Direito de brasileiro contratado no exterior como ‘auxiliar local’, antes da Constituição Federal de 1988, ao regime jurídico estabelecido pela Lei 8.112/90.”

Na ocasião, o Relator se manifestou no sentido de que:

“A questão, em essência, cinge-se à interpretação do artigo 19 do ADCT, com vistas a identificar se brasileiro contratado anteriormente à vigência da Constituição de 1988 para prestar serviços para Missão Diplomática no Exterior tem o direito de obter estabilidade, submetendo-se, em consequência, ao Regime Jurídico estabelecido na Lei 8.112/90.

O tema alcança, portanto, relevância econômica, política e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

A controvérsia reclama deste Supremo Tribunal Federal pronunciamento jurisdicional para definir a situação jurídica de vários brasileiros que, como a recorrente, foram contratados antes da atual Constituição a fim de prestar serviços para a União, em outro país, dando importante contribuição ao Ministério das Relações Exteriores, não raras vezes por mais de décadas, como é o caso dos autos.”.

Em sessão de 12/9/19, todavia, o Ministro **Gilmar Mendes** votou pelo não conhecimento do recurso (sob fundamento de não haver matéria constitucional, nem repercussão geral no caso), no que foi acompanhado pelos Ministros **Edson Fachin**, **Rosa Weber**, **Marco Aurélio** e **Celso de Mello**; de outro lado, os Ministros **Alexandre de Moraes**, **Luiz Fux** e **Ricardo Lewandowski** votaram pelo conhecimento do recurso sob compreensão de haver matéria constitucional relativa ao art. 19 do ADCT, ocasião em que pedi vista dos autos para melhor análise da questão.

Restituo os autos a julgamento destacando, de início, que mantenho minha compreensão, já lançada na ocasião da inscrição do tema sob a sistemática da repercussão geral, acerca da existência de matéria constitucional envolvida na presente celeuma.

De fato, sob meu entender, a questão supera o campo de interpretação de normas infraconstitucionais, dado que há dispositivo na Constituição regulando os efeitos da hipótese restritíssima de investidura em cargo público sem concurso. Trata-se do art. 19 do ADCT, cujo **caput** e parágrafo segundo dispõem:

“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.

(...)

§ 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.”

É, portanto, sob a disposição definida nestas normas que se deve apreciar os efeitos atribuíveis a contratações precárias e sem concurso público, realizadas anteriormente à Constituição Federal, para prestação de serviço em embaixadas.

A matéria, ademais, tem repercussão geral, tendo em vista que possui relevância econômica, política e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa, máxime quando considerado que há, de certo, outras contratações realizadas sob os mesmos critérios para prestação de serviços à Missão Diplomática no Exterior. A própria impetrante, ora recorrida, cita em sua inicial diversas decisões e acórdãos do STJ em apreciação a situações semelhantes.

Divirjo, portanto, do Relator, quanto ao conhecimento do recurso extraordinário, por reconhecer, no caso, a existência de matéria constitucional com repercussão geral.

## Do Mérito

Uma vez que voto pelo conhecimento do recurso, aprecio-lhe o mérito.

De longa data a jurisprudência desta Corte se posiciona no sentido de que, para ter direito às vantagens inerentes ao cargo, necessário que o servidor público possua, além da estabilidade, a efetividade no cargo. Nesse sentido:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ESTABILIDADE DO ART. 19 DO ADCT. GRATIFICAÇÃO DE PRODUTIVIDADE. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. VANTAGENS INERENTES AO CARGO INDEVIDAS A SERVIDOR NÃO EFETIVO. PRECEDENTES. 1. A **jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que é necessário que o servidor público possua, além da estabilidade, efetividade no cargo para ter direito às vantagens a ele inerentes**. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RE nº 558873/ AgR, Relator: Roberto Barroso, **Primeira Turma**, DJe de 11/11/15)

Também é firme a interpretação constitucional segundo a qual a efetividade no cargo decorre da aprovação em concurso público. Nesse sentido:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE. ADCT, art. 19. I. - Estabilidade reconhecida: ADCT, CF/88, art. 19, **ficando o servidor sujeito a concurso para fins de efetividade** (§ 1º do art. 19). II. - Agravo não provido”. (RE 223426-AgR, Relator **CARLOS VELLOSO**, Segunda Turma, DJ de 21/3/03)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL. ART. 19 DO ADCT. VANTAGENS INERENTES AO CARGO EFETIVO. IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I - O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a estabilidade excepcional prevista no art. 19 do ADCT alcança servidores estaduais, mas difere da efetividade, para a qual é imprescindível a aprovação em concurso público. II - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os servidores públicos beneficiados pelo art. 19 do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias - ADCT teriam direito à estabilidade, não se lhes conferindo as vantagens privativas dos ocupantes de cargo efetivo, para o qual se exige concurso público. III - Agravo regimental ao qual se nega provimento." (ARE 1238618-AgR, Relator: **RICARDO LEWANDOWSKI**, Segunda Turma, DJe de 4/3/20)

"I. Servidor Público: estabilidade extraordinária (ADCT/CF/88, art. 19). O Tribunal tem afirmado a sujeição dos Estados-membros às disposições da Constituição Federal relativas aos servidores públicos, não lhes sendo dado, em particular, restringir ou ampliar os limites da estabilidade excepcional conferida no artigo 19 do ato federal das disposições transitórias. II. **Estabilidade excepcional (Art. 19 ADCT): não implica efetividade no cargo, para a qual é imprescindível o concurso público** (v.g. RE 181.883, 2ª T., Corrêa, DJ 27.02.98; ADIns. 88-MG, Moreira, DJ 08.09.00; 186-PR, Rezek, DJ 15.09.95; 2433-MC, Corrêa, DJ 24.8.01). III. **Concurso público: exigência incontornável para que o servidor seja investido em cargo de carreira diversa**. 1. Reputa-se ofensiva ao art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do "aproveitamento" de que cogita a norma impugnada. 2. Incidência da Súmula/STF 685 ("É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido"). IV. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 25, 26, 29 e 30 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Ceará." (ADI 289, Relator: **SEPÚLVEDA PERTENCE**, Tribunal Pleno, DJ de 16/3/07)

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL: ART. 19 DO ADCT-CF/88. EFETIVIDADE: NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO. 1. O preceito do art. 19 do ADCT-CF/88 deferiu a estabilidade aos servidores que não foram admitidos no serviço público na forma do art. 37, II da Carta Federal, mas a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público. 2. A Lei Estadual nº 11.171, de 10 de abril de 1986, que conferiu estabilidade provisória a agentes públicos, tinha como destinatários os servidores efetivos, em exercício de cargo em comissão por oito anos completos, consecutivos ou não. 3. **Promulgada a Constituição Federal de 1988, aos servidores, a quem a lei local conferiu o direito excepcional, aplica-se o preceito do art. 19 do ADCT, sendo estáveis no cargo em que se encontravam se preenchidos os seus requisitos, mas tornar-se-ão efetivos somente após aprovação em concurso público**. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 181883, Relator: **MAURÍCIO CORRÊA**, Segunda Turma, DJ de 27/2/98)

A regra do concurso público tem recebido desta Corte firme proteção como decorrência direta da isonomia e moralidade que devem pautar a formação de vínculos com a Administração Pública, de modo que a prevalência deve ser, em regra, ao comando do art. 37, II e §2º, da CF/88.

Somente quando atendido o critério temporal do **caput** do art. 19 do ADCT (em contratação que não tenha sido de caráter precário - §2º) se atribui a condição de servidor aos contratados anteriormente à Constituição Federal sem concurso público, para lhes garantir apenas estabilidade (não efetividade).

Sob a luz de todos esses precedentes, compreendo que atribuir interpretação a dispositivos legais no sentido de conferir a contratação realizada sem concurso público e em caráter precário os efeitos próprios da efetividade no cargo constitui violação à regra do art. 19, **caput** e §2º do ADCT c/c art. 37, II e §2º, da CF/88.

O que se tem no caso dos autos?

Acerca da situação jurídica a envolver a contratação da autora, o acórdão Recorrido consignou:

“Dessume-se dos autos que a impetrante foi contratada, por tempo indeterminado, na qualidade de Auxiliar Local, sob a égide da Lei 3.917/61, que regulava o trabalho de brasileiro ou estrangeiro contratado localmente para prestar serviços técnicos. **Tais contratações se davam a título precário**, conforme preceitua o art. 44 da referida norma, veja-se:

Os Chefes das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares poderão admitir, a título precário, auxiliares locais demissíveis ‘ad nutum’”. (grifei)

Não obstante sua contratação a título precário (já que em ocupação “demissível ad nutum”), pleiteou a impetrante:

“a) seja por Sentença confirmada a Liminar requerida, concedendo-se a Ordem para seu enquadramento no quadro de servidores do Ministério das Relações Exteriores, como servidora pública federal, Oficial de Chancelaria, nos termos do artigo 243 da Lei nº 8.112/90 e do artigo 37 da Constituição Federal, com a garantia de a ela serem respeitados todos os direitos dos servidores públicos brasileiros;

b) seja determinada a regularização da situação funcional da Impetrante junto ao Ministério das Relações Exteriores, procedendo-se da seguinte forma:

1. Aproveitamento da Impetrante na carreira de Oficial de Chancelaria, com todos os efeitos financeiros retroativos à data da Lei nº. 8.829/93;

2. Efetivação da Impetrante no nível e classe devidos nos termos da Lei nº. 8.829/93;

3. Apuração do tempo de serviço exercido no exterior para efeito de percepção de gratificação por tempo de serviço no exterior, de acordo com o artigo 15 da Lei nº. 5.809/72;

4. Deferimento de todos os direitos garantidos aos Oficiais de Chancelaria, sendo-lhe, inclusive, assegurado o direito à assistência à saúde no exterior;

c) sejam estendidas à Impetrante todas vantagens concedidas aos servidores públicos, Oficiais de Chancelaria, reconhecidas pela Administração, tais como o auxílio familiar e a gratificação no exterior por tempo de serviço;

d) seja efetuado o recolhimento de seus direitos trabalhistas conforme determina a legislação brasileira, objetivando sua futura aposentadoria pelas funções que exercera no Consulado do Brasil em São Francisco por cerca de 32 (trinta e dois) anos.

e) seja julgado integralmente procedente o pedido, condenando-se a União ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20/100 (vinte por cento) sobre o valor da condenação;

f) finalmente, caso Vossa Excelência não entenda procedentes os pedidos acima enumerados, caso não reconheça o Impetrante como servidora pública federal nos termos do artigo 243 da Lei nº 8.112/90, requer, alternativamente, que lhe sejam pagos todos os direitos garantidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, sem prejuízo da multa de 40% do FGTS, bem como a indenização prevista no parágrafo 7º e 8º do artigo 243 da Lei nº 8.112/90 em caso de rescisão contratual.”

Do que se observa, portanto, do pleito autoral, a pretensão se volta ao enquadramento como servidora pública no cargo de Oficial de Chancelaria, com todos os direitos decorrentes (o que equivale ao pedido de atribuição da efetividade no cargo público). Subsidiariamente, requereu (item f), “que lhe sejam pagos todos os direitos garantidos pela Consolidação das Leis do Trabalho”.

Após consignar o caráter precário dessa contratação e sob análise de sucessivas legislações, o Superior Tribunal concedeu a segurança nos termos do pedido principal,

“a fim de determinar o enquadramento da impetrante como servidora estatutária, nos termos do art. 243 da Lei 8112/90, em cargo compatível com as funções por ela desempenhadas, com todos os consectários legais daí advindos”.

Foi o acórdão:

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. 50., 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.”

Ora, como destacado ao longo deste voto, à impetrante não se poderia ter assegurado os efeitos típicos da efetividade (já que não era concursada), máxime tendo sua contratação se dado a título precário (rememore-se que foi contratada nos termos do art. 44 da Lei nº 3.917/61, que dispunha que “os Chefes das Missões Diplomáticas e Repartições Consulares poderão admitir, **a título precário**, auxiliares locais **demissíveis ‘ad nutum’**”).

Inexiste nessas condições, direito de brasileiro contratado no exterior como ‘auxiliar local’, antes da Constituição Federal de 1988, ao regime jurídico estabelecido pela Lei 8.112/90.

É caso, assim, de provimento do apelo extremo. Dado, todavia, que, a impetrante também apresentou pedido subsidiário (constante do item f da inicial), é caso de cassar o acórdão recorrido, para permitir que o STJ prossiga no exame da questão não devolvida à Suprema Corte neste apelo extremo.

Pelo exposto, voto por dar provimento ao recurso da União para cassar o acórdão do STJ, que deferiu o enquadramento da autora como servidora pública, permitindo, todavia, que o STJ, observados os parâmetros estipulados neste julgado, prossiga no exame do pedido subsidiário, constante do item f da inicial do **mandamus**.

Proponho a seguinte tese:

“Inexiste direito de brasileiro contratado no exterior como ‘auxiliar local’, antes da Constituição Federal de 1988, ao regime jurídico estabelecido pela Lei 8.112/90”.