



PROCURADORIA LEGISLATIVA

PARECER AO PROJETO DE LEI N.º 79/2021

INICIATIVA: PODER EXECUTIVO

À MESA DIRETORA

**Poder Executivo. Servidor Público.
Contratação Temporária por
excepcional interesse público (art. 37,
inciso IX da Constituição Federal) .
Comentários.**

Senhor Presidente,

1. O presente projeto, de autoria do Poder Executivo Municipal *“DISPÕE SOBRE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL PARA FAZER FRENTE À PANDEMIA DA COVID-19 NO MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM, E ALTERA DISPOSITIVO DA LEI MUNICIPAL N° 7.764, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2019 ”.*

2. Sob o aspecto formal, é possível afirmar que a regra no âmbito da Administração Pública é o ingresso no serviço público de candidatos aprovados em regular concurso público de provas ou provas e títulos, nos termos do art. 37, inciso II da Constituição Federal. As **principais exceções** à indigitada regra da obrigatoriedade do concurso público encontram-se no mesmo art. 37, a saber: os

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





cargos comissionados (inciso V) e a contratação temporária de excepcional interesse público (inciso IX). As demais serão abordadas adiante.

Tema complexo nas hostes constitucionais/administrativas, merece pois, breve introdução conceitual, a título de diferenciação.

Empregado público

A denominação conferida aos agentes estatais é extremamente confusa, tanto no texto legal positivado como na conceituação doutrinária. A própria Constituição Federal Brasileira de 1988 utiliza **cinco** expressões diversas: agente político, no art. 37, XI; servidor público, no Título III, Capítulo VII, Seção II; titular de emprego público, no art. 37, I; contratado por tempo determinado, presente no art. 37, IX e militar, mencionado principalmente no art. 42.

É possível tomar como premissa inicial a seguinte classificação: **agente público**, algumas vezes utilizada como sinônimo de agente estatal, e em outras, em sentido mais restrito, como servidor público; **agente político**, como o agente investido de função política, seja em razão de mandato eletivo ou pelo desempenho de função auxiliar imediata, como os ministros de Estado; **servidor público**, que em seu sentido amplo é relacionado aos agentes públicos que possuem com o Estado um vínculo jurídico de Direito Público; **empregado público** como o agente estatal não subordinado ao regime estatutário, mas sim disciplinado pela legislação trabalhista comum¹.

Agente público pode ser definido como toda pessoa física que atua como se fosse órgão estatal, produzindo ou manifestando a vontade do Estado. Dessa maneira, percebe-se que o agente não é representante do Estado, pois há

1 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 708.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





uma única atuação jurídica, no sentido de que o Estado produz atos jurídicos por meio de seu agente, que possui a responsabilidade de formar e exteriorizar, para fins jurídicos, a vontade estatal². Ou seja, mais do que apenas executar as atividades estatais o agente público é o responsável por formar a vontade estatal e por designar essas atividades e, conseqüentemente, as exteriorizar de modo formal e tecnicamente jurídico.

Sobre a generalidade dessa expressão, para fins de não ocorrer qualquer confusão, cabe também afirmar que o conceito de servidores públicos, quando utilizado em seu sentido amplo, é qualquer indivíduo que esteja em serviço civil remunerado nas pessoas jurídicas de Direito Público: União, Estados, Distrito Federal e Município, além dos Territórios quando existentes, incluídas as Autarquias e as Fundações Públicas com natureza autárquica³.

Portanto, é o vínculo jurídico entre Estado e o agente o critério diferenciador quanto à classificação dos agentes públicos em agentes públicos com vínculo jurídico de natureza privada, agentes públicos com vínculo jurídico de natureza pública, agentes políticos, militares, servidores públicos e empregados públicos.

As relações jurídicas de natureza pública, ao contrário das de natureza particular, são marcadas pela existência de prerrogativas e de Poder de Império de uma parte sobre a outra, não existindo, portanto, autonomia de vontade tanto quanto à celebração do negócio jurídico ou quanto à possibilidade de modificação das cláusulas pactuadas.

² Idem, p. 705.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 321.





Os agentes estatais com vínculo jurídico de Direito Privado são aqueles que mantêm com o Estado uma relação de prestação de serviços sujeita ao regime de direito privado, sendo, portanto, denominados de empregados públicos.

Dessa maneira, é importante observar que o Estado, como empregador, adota o regime de trabalho (estatutário ou celetista) segundo as funções do cargo, mas, em nenhuma das duas hipóteses, se exime de realizar concurso público para selecionar o contratado.

Princípio do concurso público

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros e aos estrangeiros, sempre que, nesse último caso, exista lei ordinária específica estabelecendo as condições para o seu provimento e, em ambos os casos, dependendo de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a disposição do art. 37, II, da CF/1988.

Confira-se, para certeza das coisas, o art. 37, inciso II, da CF, in verbis:

“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.”

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





A Constituição Republicana de 1891, em seu art. 73, previu, pela primeira vez, em sede constitucional, a acessibilidade de todos os brasileiros aos cargos públicos civis ou militares, desde que observadas as condições e os requisitos impostos pela lei ordinária.

Somente com a Constituição de 1934, diante do que restou disposto no art. 170, § 2º, é que se consagrou, em nosso país, a obrigatoriedade do concurso público como condição de ingresso em cargos estatais, inspirado no *merit system* (sistema de mérito) instituído em lei editada nos Estados Unidos em 1872, sob a inspiração do Partido Liberal Republicano, apesar de a exigência valer apenas para os quadros de carreira e para a primeira investidura, detalhe esse que só veio a ser modificado pelo art. 95, § 1º, da Constituição de 1967, com a exigência de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos para a nomeação para qualquer cargo público.

Essa necessidade de realização de concurso público para o ingresso nos quadros públicos brasileiros pode ser traduzida como uma garantia concretizadora do princípio da igualdade, já que possibilita que os cidadãos brasileiros compitam em condições de igualdade para ingressar nos quadros do funcionalismo público⁴.

Pode-se afirmar que o acesso a qualquer cargo público dos quadros administrativos brasileiros depende de aprovação em concurso público, salvo as próprias exceções presentes no texto constitucional.

Ainda, caso essa regra seja desrespeitada, o ato administrativo que tornou possível o preenchimento do cargo público por pessoa não aprovada em concurso público será nulo e, em consequência, não produzirá qualquer efeito jurídico válido, nos termos do art. 37, § 2.º, da CF/1988. As exceções a essa regra

4 AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Forense, 2008. p. 341.





somente serão admissíveis caso previstas na própria Constituição Federal, sob pena de nulidade .

Na Constituição da República existem, à primeira vista, cinco exceções ao princípio da acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas por meio de prévio concurso público:

- a) nas nomeações para cargo em comissão declarado em lei como sendo de livre nomeação e exoneração, conforme previsto no art. 37, inciso II, in fine, da CF;
- b) quanto aos cargos eletivos a serem preenchidos pelos agentes políticos (arts. 77, 46, 45, 28, 27 e 29, inciso I, da CF);
- c) nas hipóteses excepcionais de acesso e de nomeação junto aos tribunais estaduais e federais, aos tribunais superiores e também aos tribunais de contas da União e dos estados, respectivamente, com fundamento nos arts. 94; 73, § 2º; 71 e 75 da CF;
- d) nas situações de estabilização previstas no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de garantir a segurança jurídica dos servidores públicos civis que, na data da promulgação da Constituição, contavam com pelo menos cinco anos de exercício nas funções públicas; e, por fim,
- e) *nas contratações por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX, da CF)*, tema ora abordado.

Ressalta-se então, por oportuno, que, ante o princípio da legalidade, expresso no art. 37, caput, da Constituição Federal, e por ser **o art. 37, inciso IX, norma constitucional de eficácia limitada**, somente será factível a **contratação temporária** com a existência de lei municipal definidora do regime jurídico aplicável. Impende salientar que as situações de permissividade previstas na lei devem limitar-se às hipóteses de necessidade excepcional e temporária, de modo

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





a não ensejar situação fraudadora da obrigatoriedade de certame isonômico e impessoal para o exercício de funções públicas permanentes.

Haja vista que os Municípios gozam de autonomia político-administrativa, a contratação temporária de servidores públicos em âmbito municipal deverá estar regulada em lei local, de iniciativa do Chefe do Executivo, na forma do art. 61, § 1º, inciso II, alínea "c", da Lei Maior. Desse modo, compete ao Poder Executivo a iniciativa de lei municipal, definindo necessariamente o regime jurídico-administrativo em que se dará a contratação por excepcional interesse público, bem como os casos em que será admitida. O contrato, por sua vez, deverá ser obrigatoriamente a termo e delimitado no tempo.

Prosseguindo, temos que os contratados temporariamente seguem um regime jurídico administrativo e não são considerados servidores públicos, possuindo tão somente os direitos previstos na lei que regula a contratação e no contrato celebrado. Por conseguinte, os contratados temporariamente por excepcional interesse público somente farão jus aos direitos e vantagens expressamente estabelecidos na lei local que verse acerca do tema, bem como no contrato celebrado.

Os chamados direitos sociais são assegurados pela Constituição Federal a todo trabalhador, seja ele urbano ou rural, temporário ou efetivo. Assim, encontramos entendimento no âmbito do STF no sentido de que os servidores sucessivamente contratados temporariamente pela Administração Pública com base no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal possuem o direito ao recebimento das referidas verbas, na forma do art. 7º, VIII e XVII, c/c art. 39, § 3º da Lei Maior:

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





*"Agravo de Instrumento. Constitucional. Direitos sociais. Décimo terceiro e terço de férias. Aplicabilidade a temporários sucessivamente prorrogados. Julgado recorrido em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Agravo ao qual se nega seguimento."*⁵

Mais recentemente, em 2012, o STF reconheceu a **repercussão geral** do tema da aplicabilidade dos direitos sociais dos trabalhadores estendidos aos servidores públicos aos contratados temporários por excepcional interesse público, em processo **ainda pendente de julgamento**⁶:

"SERVIDOR PÚBLICO - FUNÇÃO TEMPORÁRIA - EXTENSÃO DE DIREITOS DECORRENTES DA OCUPAÇÃO DE CARGO PÚBLICO - REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA.

Possui repercussão geral a controvérsia acerca da extensão dos direitos sociais previstos no § 3º do artigo 39 da Constituição Federal aos servidores e empregados públicos contratados na forma do artigo 37, inciso IX, do Diploma Maior, sob vínculo trabalhista, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público."

5 STF. AI 637.339, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 16.12.09

6 Recurso Extraordinário com Agravo nº 646.000/MG, Rel. Min. Marco Aurélio
"Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor"





No que tange à contratação temporária de **médicos e profissionais de saúde** em terras capixabas, houve julgado da Corte Suprema⁷, pugnando pela impossibilidade. É o que se extrai do seguinte acórdão:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE. I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha. II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade. III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade. V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos. VI - Ação que se julga procedente.”

7 ADI 3.430, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 12-8-2009, Plenário, DJE de 23-10-2009
“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





A contratação temporária das chamadas “**funções burocráticas**” também não encontrava amparo constitucional no STF. Citamos à guisa de exemplo⁸:

Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes.

Esse entendimento, **ressalte-se**, “sofreu temperamentos” no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.068/DF⁹”, quando o Supremo inaugurou divergência e passou a admitir a possibilidade da contratação temporária para as chamadas “funções permanentes”, considerando-se a supremacia do interesse público e a continuidade de serviços, e desde que estivessem caracterizadas a transitoriedade e a excepcionalidade da contratação¹⁰.

O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente. A alegada inércia da administração não pode ser punida em detrimento do

8 ADI 2.987, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 19-2-2004, P, DJ de 2-4-2004

9 Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia, no voto do julgamento da ADI 3.247, pg. 9/34.

10 ADI 3.068, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, j. 25-8-2004, P, DJ de 23-9-2005, e mais recentemente, no mesmo sentido, ADI 3.247, rel. min. Cármen Lúcia, j. 26-3-2014, P, DJE de 18-8-2014.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal.

Por fim, apenas duas semanas após o julgamento retro, a Corte Suprema, após diversas provocações, e dando prosseguimento à interpretação dos requisitos constitucionais relativos à configuração das situações excepcionais e temporárias, autorizadas da contratação, por prazo determinado de servidores temporários, **proferiu julgamento com repercussão geral¹¹, fornecendo o balizamento das hipóteses de contratação temporária, que deverão doravante ser obedecidas:**

Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da CF. (...) Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, II e IX, da CF.

Descumprimento dos requisitos constitucionais. (...) Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. O conteúdo jurídico do art. 37, IX, da CF pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja

11 RE 658.026, rel. min. Dias Toffoli, j. 9-4-2014, P, DJE de 31-10-2014, com repercussão geral.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da administração. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a CF. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Ausentes os requisitos desenvolvidos neste julgado, entre eles, alguns deles **devendo ser verificados “no solo” por esta Casa de Leis**, a uma; a norma seria inconstitucional; a duas, a contratação estaria eivada de ilegalidade, o que autorizaria a decretação de sua nulidade ou a sua anulação. Note-se que o acórdão, de obediência obrigatória pelos entes jurisdicionados, condiciona a validade da norma à presença de sete requisitos:

- 1) casos excepcionais previstos em lei;
- 2) prazo de contratação predeterminado;
- 3) necessidade temporária;
- 4) interesse público excepcional;
- 5) necessidade de contratação indispensável;
- 6) vedada a contratação para serviços permanentes do estado;
- 7) que estes serviços permanentes estejam sob o espectro de contingências normais da administração.

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





Com relação às chamadas “quarentenas” entre uma contratação e outra, não vislumbramos óbices legais. São, antes, opções do legislador local para assegurar a regra constitucional encartada no inciso II do art. 37. É muito comum nas leis que disciplinam a contratação temporária por excepcional interesse público, no afã da preservação do postulado da obrigatoriedade do concurso público, igual previsão. O art. 9º, III, da Lei nº 8.745/1993, que versa acerca desta modalidade de contratação no âmbito da União, por exemplo, dispõe neste sentido.

Importante, também, salientar que a LC nº 173/2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus – SARS-CoV-2 (Covid19), dentre suas muitas disposições transitórias, mais precisamente em seu art. 8º, IV, proibiu as contratações a qualquer título até 31 de dezembro de 2021, **salvo para reposição de vacâncias e contratação temporária por excepcional interesse público.**

3. De outro modo, mas não menos importante, temos que a redação do art. 7º, não indica a dotação orçamentária específica. No tocante ao aspecto orçamentário, a **jurisprudência mais atual tem se posicionado no sentido de que a ausência de previsão orçamentária não conduz à inconstitucionalidade da lei**, mas, tão somente, à **inexequibilidade da lei no exercício para o qual não houve a dita previsão**, sendo consignada, também, em várias decisões a possibilidade de remanejamento das dotações orçamentárias. Neste sentido, mencionem-se, a título ilustrativo os segmentos dos arestos abaixo:

Do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





4. Por fim, a genérica previsão, ou a falta de especificação, de dotação orçamentária não implica a existência de vício de inconstitucionalidade, mas apenas a inexecutabilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada.

É pacífico o entendimento segundo o qual a falta de especificação da fonte de recursos pode resultar apenas a não implementação da norma no mesmo exercício em que posta em vigor, mas desde logo providenciada a inserção de recursos no exercício seguinte.

Como mencionado no acórdão deste C. Órgão Especial, acima citado (ADI 2166854-57.2017.8.26.0000), repito, “a genérica previsão orçamentária não implica a existência de vício de constitucionalidade, mas, apenas, a inexecutabilidade da lei no exercício orçamentário em que aprovada.”

No mesmo sentido, decide em última instância a Corte Suprema:

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





“4. Ainda que assim não fosse, a ‘ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro’ (ADI 3.599/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes). Ressalvada, naturalmente, a possibilidade de aprovação de créditos adicionais” (RE 770.329-SP, Relator Ministro ROBERTO BARROSO, j. 29.05.2014).

Ausente, assim, violação aos artigos 25 e 167, I, da Constituição Federal. (TJSP, ADI 2174291-18.2018.8.26.0000, Rel. Des. João Carlos Saletti, j.06.02.2019).

A ausência de dotação orçamentária prévia em legislação específica não autoriza a declaração de inconstitucionalidade da lei, impedindo tão-somente a sua aplicação naquele exercício financeiro. 8. Ação direta não conhecida pelo argumento da violação do art. 169, § 1º, da Carta Magna. Precedentes : ADI 1585-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, unânime, DJ 3.4.98; ADI 2339-SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, unânime, DJ ”

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”





Concluindo objetivamente, não há óbices formais à propositura, que encontra amparo constitucional para a sua materialização infra-constitucional no art. 37, IX da CF, norma esta, de eficácia limitada. Eventual inconstitucionalidade, se existir, decorrerá de interpretação sistêmica que conjugue o texto com a real necessidade administrativa.

A interpretação da excepcionalidade e da necessidade temporária dos casos referidos no texto fogem à interpretação estrita do parecer técnico, confundindo-se com aspectos administrativos e discricionários de políticas públicas. Pode-se até afirmar que os dois, ou três primeiros requisitos de exigência obrigatória pelo STF estão contemplados no texto sob análise. **A verificação prática dos demais requisitos, principalmente, do binômio excepcionalidade/necessidade deve ser feita pelos Legisladores**, no seu papel constitucional de Controle Externo do Executivo, no que poderão, inclusive, solicitar novas informações aos setores competentes da administração, que podem levar, ou não, a modificações no texto em comento.

É o parecer para decisão de V. Ex^{as}.

Cachoeiro de Itapemirim-ES, 10 de setembro de 2021.

Pt/gmc/pe.

Gustavo Moulin Costa

Procurador

OAB ES 6339

“Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor”

