

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULIANA PEREIRA CLEMENTINO**

**A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A  
EXIGÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA**

**BRASÍLIA - DF  
AGOSTO/2015**

**JULIANA PEREIRA CLEMENTINO**

**A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A  
EXIGÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA**

Trabalho de Dissertação apresentado ao  
Curso de Pós-Graduação em Direito como  
requisito parcial para obtenção de título  
de Especialista em Direito na linha de  
pesquisa em Direito Administrativo.

**BRASÍLIA - DF  
AGOSTO/2015**

**JULIANA PEREIRA CLEMENTINO**

**A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A  
EXIGÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA**

Trabalho de Dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito na linha de pesquisa em Direito Administrativo.

Brasília, 31 de agosto de 2015.

---

Membro da Banca Examinadora

---

Membro da Banca Examinadora

## RESUMO

Este trabalho tem por escopo analisar o instituto da contratação temporária prevista no art. 37, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial, quanto ao requisito da exigência de autorização legislativa para que a Administração possa contratar trabalhadores temporários. Com vistas ao cumprimento do objetivo traçado, serão examinados os pressupostos exigidos na Carta Magna e o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre os casos concretos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Contratação Temporária. Requisitos. Exigência legal. Obrigatoriedade.

## **ABSTRACT**

This work has the scope to analyze the institute of temporary contracts provided for in art. 37, IX of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, in particular on the requirement of the requirement for legislative authorization for the Board to hire temporary workers. In order to comply with the established objective, the assumptions required in the Constitution and the doctrinal and jurisprudential understanding of the specific cases already tried by the Supreme Court will be examined.

**Keywords:** Temporary Employment. Requirements. Legal requirement. Mandatory.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....</b>	<b>9</b>
1.1 DAS EXCEÇÕES AO CONCURSO PÚBLICO PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL .....	13
1.1.1 Dos cargos comissionados.....	13
1.1.2 Da contratação de agentes de combate às endemias.....	15
1.1.3 Dos agentes políticos.....	16
1.1.4 Do excepcional acesso aos tribunais e tribunais de contas.....	17
1.1.5 Da exceção prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.....	17
1.1.6 Da contratação temporária.....	18
<b>2 A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS REQUISITOS.....</b>	<b>20</b>
2.1 DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES TEMPORÁRIOS.....	21
2.2 DOS REQUISITOS PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA.....	22
2.2.1 Do tempo determinado.....	23
2.2.2 Da necessidade temporária.....	24
2.2.3 Do excepcional interesse público.....	29
<b>3 DA EXIGÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.....</b>	<b>32</b>
3.1 A PUBLICAÇÃO DE LEI COM CONCEITOS ABERTOS OU INDETERMINADOS.....	33
3.2 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL .....	35
<b>4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EXIGÊNCIA DE LEI PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA.....</b>	<b>39</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>47</b>

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 definiu como regra que a investidura em quaisquer cargos ou empregos públicos só ocorrerá por meio de concurso público. Essa regra é louvável e atende aos princípios consagrados no atual Estado Democrático de Direito.

Ela autorizou também no próprio texto constitucional algumas exceções a essa regra do concurso público, com vistas ao atendimento das necessidades dos administradores na gestão pública, entretanto, as quais só podem ser utilizadas na forma prevista.

Dentre as exceções permitidas, destaca-se a possibilidade de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme previsão no artigo 37, inciso IX, da Carta Política.

Nesse sentido, a utilização desse instituto dá alternativa ao gestor público para a contratação de pessoal nos casos em que a nomeação por concurso público não é a melhor opção indicada.

Essa contratação, entretanto, traz controvérsias na doutrina e na jurisprudência quanto à interpretação dos requisitos exigidos pela Constituição Federal e em quais situações ela poderá ser utilizada.

Dentre as divergências, pode-se apontar como a principal, a interpretação quanto ao tipo de lei necessária para a utilização do instituto exigida pela expressão constitucional “a lei estabelecerá os casos de contratação temporária”.

Em parte da doutrina e em alguns votos da Suprema Corte verifica-se o entendimento de que a lei exigida pode ser geral, abstrata, uma vez que é

impossível ao legislador prever todos os casos em que incidirá a contratação temporária.

A outra parte, que tem se mostrado dominante nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, entendem que a interpretação deve ser restritiva e que o objetivo do constituinte foi de estabelecer a necessidade de prévia lei prevendo os casos específicos em que poderá ser utilizada a contratação temporária.

Esse entendimento, entretanto, tem levantado uma preocupação quanto ao que deverá ser feito pelo gestor público na prática administrativa ao se deparar com situações em que exista uma necessidade temporária para a realização de uma atividade de excepcional interesse público, mas por omissão do legislador não tenha ainda sido editada lei prevendo a possibilidade de contratação temporária ou quando a lei já existente não preveja aquela situação específica.

Com esse enfoque, este trabalho tem como objetivo, conceituar a contratação temporária e seus requisitos essenciais de acordo com a doutrina e jurisprudência, analisar os princípios interligados ao instituto e ao final, verificar se há ou não possibilidade da contratação de profissionais temporários para atender a necessidades temporárias de interesse público, ainda que na ausência ou deficiência de legislação.

O tema foi escolhido após a necessidade de execução de um plano de trabalho de convênio assinado entre a União e o Distrito Federal que tinha como uma das metas a contratação de profissionais para experimentar um novo modelo de atendimento aos autores de violência doméstica contra a mulher, em um serviço já existente e a dificuldade experimentada de inserir essa necessidade nas hipóteses já definidas pela Lei Distrital nº. 4266/2008, surgindo a dúvida acerca da possibilidade da contratação mesmo sem previsão legal ou fora das hipóteses nela definidas, ainda que existente a necessidade.

Este tema possui relevância política, social e acadêmica. Isto porque os administradores públicos precisam dar continuidade na prestação dos serviços públicos, sendo necessária a contratação de profissionais com vistas a atender as

necessidades da sociedade, não podendo ficar, nesse caso, submetidos à vontade do legislador em estabelecer ou não lei para a contratação temporária.

Possui, ainda, relevância acadêmica, pois a doutrina ainda não trata do tema de forma direta, podendo este estudo agregar informações e conceitos para que pesquisas mais aprofundadas sejam feitas no futuro.

O Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, está pendendo cada vez mais pela obrigatoriedade da previsão legal específica para autorizar a contratação temporária, o que será demonstrado neste trabalho.

Este trabalho não possui a finalidade de retificar conceitos ou uniformizar entendimentos acerca da temática. Em verdade, o que se pretende é verificar o entendimento da doutrina e dos tribunais quanto à exigência legal para concluir se a Administração Pública pode ou não contratar de forma temporária nos casos em que não exista previsão legal ou em situações não determinadas pela lei existente.

Para isso, ele se desenvolverá a partir da análise das excepcionais formas de contratação de pessoal previstas na Constituição da República, as quais não se exige o concurso público.

A partir desse aspecto, o trabalho irá abordar as características, requisitos e regime jurídico da contratação temporária de pessoal pela administração pública, sob o enfoque legal, doutrinário e jurisprudencial sobre os requisitos.

O terceiro capítulo traz separadamente o requisito da exigência de previsão legal e aborda o princípio da continuidade da atividade estatal e a possibilidade de publicação de leis com conceitos abertos ou indeterminados com objetivo de demonstrar a viabilidade de publicação de lei para contratação temporária de pessoal pela administração pública nesse formato.

Por fim, o último capítulo traduz o entendimento atual da Suprema Corte sobre o assunto que direciona para a obrigatoriedade de publicação de lei específica para que a administração proceda a essas contratações.

## 1 A CONTRATAÇÃO DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A obrigatoriedade do concurso público foi exigida pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, a qual se baseou em lei que implantou o sistema de mérito nos Estados Unidos da América de 1872.<sup>1</sup>Ela dispunha nos artigos 168 a 170 que:

Art 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.

Art 170 - O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

1º) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma do pagamento;

2º) a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos;

3º) salvo os casos previstos na Constituição, serão aposentados, compulsoriamente os funcionários que atingirem 68 anos de idade;

4º) a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará a aposentadoria ou reforma, que, nesse caso, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço público efetivo, nos termos da lei, será concedida com os vencimentos integrais;

5º) o prazo para a concessão da aposentadoria com vencimentos integrais, por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos que a lei determinar;

6º) o funcionário que se invalidar em consequência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, qualquer que seja o seu tempo de serviço; serão também aposentados os atacados de doença contagiosa ou incurável, que os inabilite para o exercício do cargo;

---

<sup>1</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658026. Minas Gerais. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. DJ 9.4.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

- 7º) os proventos da aposentadoria ou jubilação não poderão exceder os vencimentos da atividade;
- 8º) todo funcionário público terá direito a recurso contra decisão disciplinar, e, nos casos determinados, à revisão de processo em que se lhe imponha penalidade, salvo as exceções da lei militar;
- 9º) o funcionário que se valer da sua autoridade em favor de Partido Político, ou exercer pressão partidária sobre os seus subordinados, será punido com a perda do cargo, quando provado o abuso, em processo judiciário;
- 10) os funcionários terão direito a férias anuais, sem descontos; e a funcionária gestante, três meses de licença com vencimentos integrais.<sup>2</sup>

Pela leitura, verifica-se que inicialmente foi exigido o concurso público somente para a primeira investidura do servidor nos quadros de carreira do serviço público. Apenas com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, em seu artigo 95, é que passou a ser exigido o concurso público para a ocupação de qualquer cargo público. Esse dispositivo constitucional estabelecia que:

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.  
§ 3º - Serão providos somente por brasileiros natos os cargos da carreira de Diplomata, os de Embaixador e outros previstos nesta Constituição.<sup>3</sup>

Seguindo essa mesma orientação estabelecida na Constituição de 1967, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, então vigente, disciplina que todos os cargos, empregos e funções devem ser preenchidos por brasileiros ou estrangeiros, na forma da lei.

Ela dispõe ainda que, para o provimento de quaisquer cargos ou empregos na Administração Direta e Indireta, inclusive para o preenchimento de empregos nas

---

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em julho de 2015.

<sup>3</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br/). Acesso em julho de 2015.

empresas públicas e Sociedade de Economia Mista, faz-se necessária a prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos.

Assim, a regra adotada pela Carta Magna é a da obrigatoriedade do concurso público, consoante disposto em seu artigo 37, inciso II:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

(...)

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;<sup>4</sup>

A obrigatoriedade do concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos confirma principalmente os princípios administrativos da igualdade, impessoalidade e moralidade, expresso na Constituição Federal.

Essa regra garante a igualdade de competição dos interessados em ingressar no serviço público e evita a entrada de pessoas que não possuem conhecimento e aptidão para o trabalho, evitando da mesma forma o atendimento de interesses pessoais e de terceiros com o uso da máquina pública. Nesse sentido é o magistério de Nagib Slaibi Filho:

A exigência constitucional abrange, assim, o ingresso em cargo e em emprego público das Administrações direta e indireta de qualquer dos níveis federativos. É regra ou preceito constitucional, impondo competição para a investidura em cargo ou em emprego, em atenção aos princípios gerais insculpidos no caput do art. 37, este em conformidade com o Estado Democrático de Direito que se espera resultante do princípios fundamentais e estruturantes constantes do Título I da Constituição.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em julho de 2015.

<sup>5</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 759.

O autor José dos Santos Carvalho Filho, ao interligar o princípio da impessoalidade com a exigência do concurso público destaca o objetivo de igualdade de tratamento dado aos particulares e estabelece que:

Impessoal é o que não pertence a uma pessoa especial, ou seja, aquilo que não pode ser voltado especialmente a determinadas pessoas. O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros.<sup>6</sup>

Destaque também é dado aos princípios da igualdade e da moralidade administrativa que afastam a prática de nepotismo e de interesses pessoais em detrimento do interesse público. Nesse sentido é a lição do Ministro Celso de Mello:

O concurso público representa garantia concretizadora do princípio da igualdade. O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação éticojurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina (...) O postulado constitucional do concurso público, enquanto cláusula integralizadora dos princípios da isonomia e da impessoalidade, traduz-se na exigência inafastável de prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, para efeito de investidura em cargo público. Essa imposição jurídico-constitucional passou a estender-se, genericamente, com a promulgação da Constituição de 1988, à investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas, unicamente, as exceções previstas no próprio texto constitucional.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

<sup>7</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança 30016. Distrito Federal. Voto Ministro Celso de Mello. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. RTJ 152/762. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

Nesse sentido, a regra da obrigatoriedade do concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos é essencial para garantir os princípios gerais expressos e implícitos na Constituição Federal de um Estado Democrático de Direito.

Qualquer outra regra diferente da aplicação de provas ou de provas e títulos que se imagine para o ingresso de pessoal na administração pública para a prestação de serviço é incompatível com o atual estágio de garantia de direitos que o país se encontra, o que seria um total retrocesso.

## 1.1 DAS EXCEÇÕES AO CONCURSO PÚBLICO PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Apesar da essencialidade do concurso público, o próprio constituinte originário reservou no texto constitucional, de forma taxativa, as exceções possíveis de ser utilizadas, não sendo permitidas outras modalidades de contratação além das já previstas, sob pena de serem consideradas inconstitucionais.

### 1.1.1 Dos cargos comissionados

Assim, a primeira exceção ao concurso público prevista pelo constituinte foi a da ocupação de cargos comissionados e funções de confiança, consoante previsto no art. 37, II e V, da Constituição, a seguir transcrito:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
(...)

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;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;<sup>8</sup>

O dispositivo constitucional excepciona a exigência do ingresso por concurso público apenas nos casos de cargos em comissão, já que exige que os ocupantes de função de confiança sejam servidores efetivos, o que denota o prévio ingresso mediante concurso público. Nessa linha, válida é a leitura do disposto pelo autor Nagib Slaibi Filho:

Diz o art. 37, V, que as funções de confiança serão exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, serão preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, que se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento, serão preenchidos não só por servidores de carreira, que, no entanto, nos casos, condições e percentuais mínimos previsto em lei, nos termos desta poderão ter a eles reservado uma parcela. Só se dispensa o concurso, como pressuposto para o exercício de cargo público, quando se tratar de investidura em cargo em comissão.<sup>9</sup>

Essa exceção se justifica frente à necessidade do gestor administrativo possuir profissionais de sua confiança e autoridade, que estarão imediatamente subordinados a ele.

Nesse ponto, é válido destacar a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 579.951 do Rio Grande do Norte acerca da impossibilidade da prática de nepotismo, até mesmo cruzado<sup>10</sup>, independentemente de lei vedando o ato, por ferir sobremaneira os princípios

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em julho de 2015.

<sup>9</sup>SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.p. 760.

<sup>10</sup> Nepotismo: considerado como sendo a nomeação de parentes, consangüíneos ou por afinidade. Nepotismo cruzado: ocorre quando dois agentes públicos, em conluio, nomeiam familiares um do outro.

constitucionais da administração pública, em especial os da moralidade administrativa e da impessoalidade. Segue trecho do voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski que afirmou que:

(...) Ora, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios abrigados no caput do art. 37 da Constituição, não há como deixar de concluir que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa reprovável conduta. (...).

A Constituição de 1988, em seu art. 37, caput, preceitua que a Administração Pública rege-se por princípios destinados a resguardar o interesse público na tutela dos bens da coletividade.

Esses princípios, dentre os quais destaco o da moralidade e o da impessoalidade, exigem que o agente público pautar sua conduta por padrões éticos que têm como fim último lograr a consecução do bem comum, seja qual for a esfera de poder ou o nível político-administrativo da Federação em que atue.

Nesse contexto, verifica-se que o legislador constituinte originário, bem assim o derivado, especialmente a partir do advento da Emenda Constitucional 19/1998, que levou a cabo a chamada “Reforma Administrativa”, instituiu balizas de natureza cogente para coibir quaisquer práticas, por parte dos administradores públicos que, de alguma forma, pudessem buscar finalidade diversa do interesse público. Uma dessas práticas, não é demais repisar, consiste na nomeação de parentes para cargos em comissão ou de confiança, segundo uma interpretação equivocada ou, até mesmo, abusiva dos incisos II e V, do art. 37 da Constituição.<sup>11</sup>

Verifica-se, portanto, que as nomeações aos cargos em comissão excepcionadas pela Constituição da República não está livre da observância obrigatória dos princípios inerentes à atividade administrativa.

#### 1.1.2 Da contratação de agentes de combate às endemias

---

<sup>11</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951. Rio Grande do Norte. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Plenário. DJ 20/08/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

Deve ser destacada como outra exceção ao concurso público a previsão constitucional para a contratação de agentes de combate às endemias prevista no artigo 198, que trata do sistema único de saúde. Esse dispositivo prevê que:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

(...)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.<sup>12</sup>

Como visto, esse dispositivo prevê que a contratação desses profissionais ocorrerá por processo seletivo público e não por concurso público de provas ou de provas e títulos como é a regra.

### 1.1.3 Dos agentes políticos

A figura dos agentes políticos se apresenta como outra exceção à regra do concurso público, eis que ocupam cargos eletivos mediante eleição pública.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, os agentes políticos são:

Aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.<sup>13</sup>

A função desses agentes é transitória e política e possuem direito a um mandato derivados da própria democracia e república.

<sup>12</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 17 de agosto de 2015.

<sup>13</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 538.

#### 1.1.4 Do excepcional acesso aos tribunais e tribunais de contas

Como exceção à regra do concurso público consta a possibilidade de acesso a cargos nos tribunais federais, estaduais e superiores e aos tribunais de contas dos Estados e da União. Essa previsão está nos artigos 71; 73, § 2º; 75 e 94, todos da Constituição da República.

Dentro dessa exceção é que se encaixa a previsão do quinto constitucional, que é conceituado pelo Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinícius Furtado Coêlho, como:

(...) a garantia expressa da Constituição de recrutamento e seleção de um quinto dos membros dos Tribunais dentre os advogados e membros do Ministério Público, guardando coerência com a definição de indispensabilidade e essencialidade ao Judiciário conferida a estas carreiras pela Carta Federal.<sup>14</sup>

#### 1.1.5 Da exceção prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Outra hipótese que pode ser entendida como exceção à regra do concurso público é a prevista no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que prevê que:

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.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. **A defesa do quinto constitucional**. 25.04.2014. Disponível em: <http://www.oab.org.br/>. Acesso em julho de 2015.

<sup>15</sup> BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Provisórias. Constituição. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em agosto de 2015.

Assim, por liberalidade do poder constituinte originário foi prevista a efetividade dos profissionais que já exerciam a atividade pública há pelo menos cinco anos continuados antes da data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Esses profissionais não precisaram ser aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos para ocuparem cargos públicos, razão pela qual são considerados como exceção à regra.

#### 1.1.6 Da contratação temporária

A última exceção trazida pela Carta Magna encontra-se prevista no inciso IX do artigo 37, que é a possibilidade de contratação temporária para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público nos casos estabelecidos em lei. A Constituição dispõe que:

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.<sup>16</sup>

Essa exceção à regra constitucional do concurso público exige pressupostos específicos e autorizadores para sua utilização, não podendo ser utilizada na ausência das situações apontadas, sob pena de ser apurada a responsabilidade do gestor que a utilizar.

Nesse sentido, por se tratar de exceções à regra geral do concurso público, a utilização deve ser de forma restrita, nos exatos termos autorizados pela Carta Magna, sendo inadmissível a criação de outras exceções distintas das previstas no texto constitucional.

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em julho de 2015.

Com relação à interpretação restritiva, válidas são as palavras do Ministro Dias Toffoli:

As exceções a essa regra somente serão admissíveis caso previstas na própria Constituição Federal, sob pena de nulidade. Essa obrigatoriedade do concurso público se aplica tanto aos cargos e empregos já existentes como àqueles que vierem a ser criados. Portanto, a investidura em cargos ou empregos públicos depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, não sendo admissível a edição de lei que, inclusive, mediante agrupamento de carreiras, venha a operar transformações em cargos, permitindo que os ocupantes dos cargos originários sejam investidos em cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público, sem a observância dos requisitos constitucionais já delineados.<sup>17</sup>

Apesar da interpretação restritiva que deve ser utilizada para análise das exceções apresentadas ao concurso público, recomenda-se que o intérprete tenha cautela para não restringir mais do que o determinado no texto constitucional, sob pena de inutilizar os próprios institutos autorizados pelo constituinte originário.

---

<sup>17</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658026. Minas Gerais. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. DJ 9.4.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

## 2 A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SEUS REQUISITOS

A leitura do dispositivo constitucional não apresenta dificuldades ao estabelecer os pressupostos para a contratação temporária, quais sejam necessidade de lei, existência de prazo determinado e a configuração da necessidade temporária de excepcional interesse público.

Os agentes temporários compõem uma categoria própria, diferentemente dos servidores estatutários ou celetistas, que ocupam cargo e emprego público, respectivamente. Diógenes Gasparini classifica-os como:

Agentes públicos que se ligam à Administração Pública, por tempo determinado, para o atendimento de necessidades de excepcional interesse público, consoante definidas em lei.<sup>18</sup>

A respeito dessa classe de profissionais, o autor José dos Santos Carvalho Filho os classifica como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos:

A última categoria é a dos servidores públicos temporários, os quais, na verdade, se configuram como um agrupamento excepcional dentro da categoria geral dos servidores públicos. A previsão dessa categoria especial de servidores está contemplada no art. 37, IX, da CF, que admite a sua contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. A própria leitura do texto constitucional demonstra o caráter de excepcionalidade de tais agentes. Entretanto, admitido o seu recrutamento na forma da lei, serão eles considerados como integrantes da categoria geral dos servidores públicos.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 161.

<sup>19</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 545.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ao disporem sobre a contratação temporária afirmam que esses profissionais “exercem função pública remunerada temporária em determinado órgão ou entidade da Administração”<sup>20</sup>.

## 2.1 DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES TEMPORÁRIOS

A discussão acerca do regime jurídico aplicado aos servidores temporários está longe de acabar no âmbito doutrinário e jurisprudencial. É fato que a Constituição Federal utiliza a expressão “contratação”, o que leva a concluir que haverá uma relação contratual administrativa. José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar sobre esse tema afirma que:

(...) cuida-se, de fato, de verdadeiro contrato administrativo de caráter funcional, diverso dos contratos administrativos em geral pelo fato de expressar um vínculo de trabalho subordinado entre a administração e o servidor.<sup>21</sup>

A existência de contrato administrativo é compatível com as regras previstas tanto no regime jurídico estatutário como no regime celetista, não ficando afastada a possibilidade de utilização de nenhum desses dois institutos. Nesse sentido é a doutrina de Gustavo Alexandre Magalhães:

Revedo a concepção tradicional do regime estatutário, concebida diante da teoria contratual desenvolvida no Estado Liberal, conclui-se que o vínculo de natureza estatutária tem natureza contratual, sendo, pois, sinônimo de contrato administrativo de trabalho. Portanto, é igualmente admissível que o regime dos agentes temporários assumam natureza estatutária, sendo instituído pelas respectivas pessoas políticas.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3 Ed. São Paulo: Método. 2008. p. 347.

<sup>21</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 551.

<sup>22</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. São Paulo: LTr, 2005, p. 227.

Por se tratar de integrantes de categoria específica de profissionais que ocupam função pública<sup>23</sup>, o correto seria a existência de regime jurídico distinto dos já previstos para os servidores públicos em sentido estrito e para os empregados públicos. Nesse sentido, a Constituição Federal autorizou que cada ente regulamentasse as normas a serem aplicadas aos empregados temporários.

Nesse sentido Gustavo Alexandre Guimarães defende que “quanto à natureza jurídica do vínculo do servidor temporário, (...) cabe ao legislador dos respectivos entes federativos optar pelo regime trabalhista ou pelo contrato administrativo de trabalho”<sup>24</sup>.

Na mesma linha é o entendimento da conselheira Adriene Andrade exposto na consulta 748.924 do Tribunal de Contas de Minas Gerais:

Pode-se constatar essa permissão pela expressão a lei estabelecerá, contida no dispositivo constitucional em comento, sendo certo que a citada lei visa não apenas estabelecer as hipóteses em que se dará a contratação temporária, conforme anteriormente esclarecido, como também dispor sobre o regime jurídico que regerá essa relação.<sup>25</sup>

Cada ente federado, portanto, terá autonomia para estabelecer o regime jurídico a ser aplicado aos seus contratados temporários ou até mesmo decidir pela aplicação das regras previstas no regime celetista ou no estatutário.

## 2.2 DOS REQUISITOS PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

---

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 551.

<sup>24</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. São Paulo: LTr, 2005, p. 227.

<sup>25</sup> ANDRADE, Adriene. Relora. Voto. Consulta 748.924. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Jul.Ago.Set/2009. V. 72. N. 3. Ano XXVII. p. 150.

Quanto aos requisitos, a contratação temporária exige três considerados essenciais, quais sejam a “determinabilidade temporal”, “temporariedade da função” e a “excepcionalidade do interesse público”.

O autor Pedro Lenza, ao tratar sobre o tema, também prevê esses três requisitos estabelecidos pela Constituição da República para que possa haver a contratação temporária:

A contratação temporária deverá observar os seguintes requisitos mínimos: a) previsão, por lei, de casos específicos de contratação; b) contratação necessária por um prazo determinado; c) necessidade temporária de excepcional interesse público (...).<sup>26</sup>

Nesse sentido, por se tratar de exceção trazida pela Constituição da República à regra geral do concurso público para a contratação de profissionais para a prestação de serviço público, tem-se que os requisitos impostos pela Carta Magna devem ser estritamente observados.

Ainda, não se pode desconsiderar o que dispõe os demais princípios previstos na Constituição Federal e aplicados na atuação administrativa, numa interpretação sistêmica, da mesma forma realizada pela Suprema Corte na análise do nepotismo para a exceção dos cargos em comissão.

### 2.2.1 Do tempo determinado

Por ser exceção à regra do concurso público, a contratação temporária só está autorizada para garantir a prestação de um serviço durante um prazo pré-estabelecido, sob pena de configurar uma burla ao concurso público.

---

<sup>26</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15 Ed. São Paulo:Saraiva. 2011. p. 1176.

Esse requisito distingue dos contratos celebrados com profissionais do regime estatutário ou trabalhista que possuem prazo indeterminado para a prestação dos serviços.

Assim, a contratação desses profissionais deverá ser temporária, ou seja, não poderá existir a contratação por tempo indeterminado. Nos contratos de trabalho a ser assinados deverão constar as datas do início e do término do acordo. Além de não ser permitida cláusula de prorrogação, sob pena de burla à regra geral do concurso público.

Essa também é a conclusão obtida pela conselheira Adriene Andrade em seu voto:

Isso posto, vale dizer que o contrato celebrado entre a administração pública e o servidor deverá ser de cunho temporário, uma vez que a permanência do vínculo entre ambos vai de encontro à ideia de necessidade transitória, à qual se vincula esse tipo de admissão de servidores. Tal condição visa coibir a admissão indiscriminada de pessoal, bem como evitar que a Administração se valha de tal espécie de contratação para esquivar-se à exigência de concurso público.<sup>27</sup>

### 2.2.2 Da necessidade temporária

Além da determinação de prazo determinado para a atividade, exige-se que a necessidade da contratação seja temporária.

Entende-se que o termo temporário é contrário ao que é permanente e é conceituado no Dicionário da língua portuguesa como aquilo que “dura certo tempo; temporal. Que não é definitivo; provisório, transitório. Pertencente ou relativo ao tempo”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> ANDRADE, Adriene. Relatora. Voto. Consulta 748.924. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Jul.Ago.Set/2009. V. 72. N. 3. Ano XXVII. p. 150.

<sup>28</sup> MICHAELIS. Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.michaelis.uol.com.br/>. Acesso em julho de 2015.

Esse termo está vinculado à necessidade da Administração Pública enquanto o da excepcionalidade está diretamente ligado ao interesse público.

No que concerne à temporariedade, Carmem Lúcia Antunes Rocha a vincula diretamente à necessidade da contratação e não à atividade a ser exercida, admitindo, portanto, a contratação temporária para o exercício até mesmo de função permanente. Vejamos:

(...) que se estabeleçam os critérios legais para a definição do que seja a temporariedade e a excepcionalidade. Aquela referente à necessidade, e esta concernente ao interesse público. É temporário aquilo que não tendo a duração ou permanência no tempo. A transitoriedade põe-se como uma condição que indica ser passageira a situação, pelo que o desempenho da função, pelo menos pelo contratado, tem o condão de ser precário. A necessidade que impõe o comportamento há de ser temporária, segundo os termos constitucionalmente traçados. Pode-se dar que a necessidade do desempenho não seja temporária, que ela até tenha de ser permanente. Mas a necessidade, por ser contínua e até mesmo por ser objeto de uma resposta administrativa contida ou expressa num cargo que até mesmo se encontre, eventualmente, desprovido, é que torna aplicável a expressão constitucionalmente manifestada pela expressão 'necessidade temporária'. Quer-se, então, dizer que a necessidade das funções é contínua, mas aquela que determina a forma especial de designação de alguém para desempenhá-las sem concurso e mediante contratação é temporária. (...)<sup>29</sup>

Esse entendimento, entretanto, encontra divergência tanto na doutrina como nos tribunais. O autor José dos Santos Carvalho Filho, afirma que a contratação temporária só está autorizada quando a função a ser exercida pelos profissionais for temporária, descartando a possibilidade de contratação para o exercício de funções permanentes. Vejamos:

Depois, temos o pressuposto da temporariedade da função: a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções

<sup>29</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva. 1999, pp. 241-242.

permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade.<sup>30</sup>

Da mesma forma é o entendimento de Hely Lopes Meirelles:

O STF entende não cabível a contratação temporária para a execução de serviços meramente burocráticos, por ausência de relevância e interesse social. Por tudo, essas leis deverão atender aos princípios da razoabilidade e da moralidade. Não podem prever hipóteses abrangentes e genéricas, nem deixar sem definição, ou em aberto, os casos de contratação. Dessa forma, só podem prever casos que efetivamente justifiquem a contratação, mesmo porque essa contratação sem concurso público é exceção. E, à evidência, somente poderá ser feita sem processo seletivo quando o interesse público assim o permitir.<sup>31</sup>

O Supremo Tribunal Federal nesse tópico entendia inicialmente que a contratação temporária não se aplicaria quando a função a ser exercida fosse permanente, independente da eventual existência de uma necessidade temporária.

Esse entendimento é encontrado em vários julgados mais antigos, tais como, na ADI 2229-6, da relatoria do ministro Carlos Velloso, DJ 25.6.2004, na ADI 2125-7, da relatoria do ministro Maurício Corrêa, DJ 29.9.2000, na ADI 2987-8, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, DJ 02.04.2004 e na ADI 2380-2, da relatoria do ministro Moreira Alves, DJ 24.5.2002, cujo trecho do voto é transcrito:

(...) Quanto à alínea “c” do inciso VI do artigo 2º da Lei nº. 8.745/93, na redação dada pela Lei nº. 9.849/99 (que considera como necessidade temporária de excepcional interesse público a atividade de análise e registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI para que a contratação de pessoal, por doze meses, possa ser efetivada à vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae, tenho como relevante a fundamentação de que essa alínea é inconstitucional por ofender o disposto no artigo 37, IX, da Constituição, porquanto, como, de certa forma, entendeu esta Corte para conceder liminar, na ADIN 2.125, a fim de suspender a eficácia

<sup>30</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 552-553.

<sup>31</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 501.

do artigo 2º da Medida Provisória nº. 2014/2000, esse dispositivo constitucional não permite que a lei que estabelecer os casos de contratação temporária admita que figurem entre eles atividades públicas permanentes que são desempenhadas por servidores públicos devidamente concursados (artigo 37, II, da Carta Magna).<sup>32</sup>

Posteriormente, a corte suprema de forma acertada alterou substancialmente seu posicionamento para determinar que a temporariedade está vinculada à necessidade e não à atividade a ser exercida, aceitando a contratação temporária também para atividades permanentes. Esse entendimento pode ser verificado no voto do ministro Eros Grau na ADI 3068-0, da relatoria do ministro Marco Aurélio, DJ 24.2.2006 que diz:

(...) Assevera-se que o dispositivo autoriza exclusivamente contratações em caráter eventual, temporário ou excepcional.

Como as atividades a serem desempenhadas pelos que viessem a ser contratados nos termos da Lei nº. 10.843/04 são de natureza regular e permanente, o texto seria incompatível com o preceito constitucional.

Não me parece correto esse entendimento. O inciso IX do art. 37 da Constituição do Brasil não separa, de um lado, atividades a serem desempenhadas em caráter eventual, temporário ou excepcional e, de outro lado, atividades de caráter regular e permanente. Não autoriza exclusivamente a contratação por tempo determinado de pessoal que desempenhe atividades em caráter eventual, temporário ou excepcional. Amplamente, autoriza contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público em uma e outra hipótese. Seja para o desempenho das primeiras, seja para o desempenho de atividades de caráter regular e permanente, desde que a contratação seja indispensável ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Portanto, não existe essa discriminação. A autorização, que se encontra no texto constitucional é ampla. Parece-me ser disso que se trata no caso. Pretende-se suprir temporariamente a carência de pessoal da autarquia, enquanto não é criado quadro de pessoal permanente no CADE – este a ser preenchido, necessariamente, mediante concurso público.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2380-2. Distrito Federal. Ministro Relator Moreira Alves. Plenário. DJ 24.5.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

<sup>33</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3068-0. Voto Ministro Eros Grau. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 24.02.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

Ocorre que, no julgamento da ADI 3700, da relatoria do ministro Carlo Ayres Brito, DJ 05.03.2009, o Tribunal retrocedeu ao entendimento anterior não admitindo a contratação de temporários para o exercício de atividades permanentes. Segue transcrito trecho do voto do relator:

Nessa linha de raciocínio, e exatamente por desempenhar uma atividade estatal permanente e essencial à jurisdição, é que a defensoria pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estrutura-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira (...).<sup>34</sup>

Novamente, esse tema foi reanalisado pela Suprema Corte no Recurso Extraordinário 658026 oportunidade em que foi reconhecida a inconstitucionalidade de lei do município de Bertópolis-MG, que dispunha sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos para cargos de magistério.

Nessa decisão foi confirmado o posicionamento mais antigo do Tribunal pela não aceitação da contratação temporária para o exercício de atividades permanentes. Segue trecho do voto do Ministro Relator Dias Toffoli:

Essa cláusula constitucional excepcionadora e autorizativa destina-se aos casos em que, comprovadamente, há necessidade temporária de pessoal, desde que a situação esteja previamente estabelecida na lei. Assim sendo, não há como se admitir possa a lei abranger serviços permanentes de incumbência do Estado, tampouco aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deva criar e preencher, de forma planejada, os cargos públicos suficientes ao adequado e eficiente atendimento às exigências públicas, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade e ineficiência administrativa, sem prejuízo de, havendo omissão abusiva com o preenchimento dos requisitos subjetivos, configurar a conduta a prática de improbidade administrativa.

Há que salientar que esse comando constitucional não confere ao legislador ordinário ampla liberdade para pontuar os casos suscetíveis de contratação temporária.<sup>35</sup>

---

<sup>34</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3700. Rio Grande do Norte. Ministro Relator Carlos Ayres Brito. DJ 05.03.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

<sup>35</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658026. Minas Gerais. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. DJ 9.4.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

A controvérsia sobre o assunto permanecerá existindo, em que pese a Suprema Corte tenha firmado posicionamento pela não aceitação da contratação temporária para atividades permanentes, ainda que presentes os demais requisitos.

Esse entendimento se mostra por demais destoante da realidade da atividade administrativa, na qual, não raras vezes, se depara com situações de necessidade transitória de excepcional interesse público vinculadas à atividades permanentes da Administração Pública.

### 2.2.3 Do excepcional interesse público

A dificuldade em conceituar de forma definitiva o que vem a ser interesse público se dá principalmente pelo seu grau de indeterminabilidade jurídica. Apesar disso, esse atributo deve ser analisado com extrema importância.

Celso Antônio Bandeira de Mello, com pioneirismo, conceituou o interesse público como “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.”<sup>36</sup>

O autor Marçal Justen Filho ao conceituar o interesse público destaca a necessidade de separação do que é interesse público com o que vem a ser interesse do Estado, sob pena de subverter o sentido que lhe é dado:

O conceito de interesse público não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica insuperável e frustração da sua função. Definir o interesse como público porque titularizado pelo Estado significa assumir uma certa escala de valores. Deixa de indagar-se acerca do conteúdo do interesse para dar-se destaque à titularidade estatal. Isso corresponde à concepção de que o Estado é mais importante do que a comunidade e que detém interesses peculiares. O tratamento jurídico do interesse público não seria consequência de alguma peculiaridade verificável quando ao próprio interesse, mas da supremacia estatal. Como o

---

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

Estado é instrumento de realização dos interesses públicos, tem que reconhecer-se que o conceito de interesse público é anterior ao conceito de interesse do Estado.<sup>37</sup>

Com relação ao interesse público na contratação temporária, a doutrinadora Carmem Lúcia Antunes Rocha destaca que ele deve ser único, excepcional para justificá-la. Ela afirma que “a excepcionalidade do interesse pode corresponder à contratação ou ao objeto do interesse”.<sup>38</sup>

Entende-se, portanto, que a análise do interesse público deve levar em conta tanto o interesse primário, que é da própria coletividade como o secundário, vinculado ao Estado, o qual, neste caso deverá ser coincidente com o primeiro. Sobre o tema, válido é o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais (...).

Não iguais, porque os particulares podem defender tais interesses intrínsecos à sua personalidade, quando bem entenderem, enquanto que o Estado somente os poderá tutelar quando não forem contrários ao dito interesse público primário e quando com este possuem coesão.<sup>39</sup>

Caso não haja coincidência entre os interesses primários e secundários, o Estado não terá autorização para utilizar do instituto da contratação temporária para atender exclusivamente o seu interesse secundário, ou seja, aquele exclusivo da administração.

---

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e “personalização do direito Administrativo”**. Disponível em <http://www.justemfilho.com.br/>

<sup>38</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos**. São Paulo: Saraiva. 1999, p. 244.

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Nesse ponto, o ministro Relator Dias Toffoli, no julgamento do Recurso Extraordinário afirmou que:

Quanto à expressão “excepcional interesse público”, não há dúvida quanto ao seu conteúdo jurídico. A atividade deve ser não só de interesse do todo, do conjunto social, mas deve atender ao que se denomina de dimensão pública dos interesses individuais. A Administração, amparada na lei em vigor, só pode efetuar essa contratação temporária quando o interesse público for excepcional e para atender os interesses da população, a fim de que os cidadãos não se vejam prejudicados em seu âmbito material ou moral pelas situações excepcionais portanto, não ordinárias, as quais devem ser temporárias (...).<sup>40</sup>

Por fim, quanto ao requisito de previsão legal para autorizar a contratação temporária, por questões didáticas, o seu estudo será feito em capítulo próprio.

---

<sup>40</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658026. Minas Gerais. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. DJ 9.4.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

### 3 DA EXIGÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

José dos Santos Carvalho Filho, em seu manual de Direito Administrativo, ao analisar esse dispositivo constitucional dispõe que a exceção trazida pela Constituição Federal que autoriza a contratação temporária é uma norma de eficácia limitada, conforme classificação de José Afonso da Silva:

O texto constitucional usa a expressão “a lei estabelecerá”, indicando desde logo que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, na clássica sistematização de JOSÉ AFONSO DA SILVA, porque dependente de lei para que possa consumir o objetivo nela contemplada.<sup>41</sup>

Nesse tópico, o Ministro Dias Toffoli, ainda no Recurso Extraordinário 658026/MG apresenta como sendo um dos requisitos essenciais para a contratação temporária a existência de lei:

(...) as duas principais exceções à regra do concurso público seriam referentes aos cargos em comissão e à contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (CF, art. 37, II, “in fine”, e IX, respectivamente). Destacou que, nesta última hipótese, deveriam ser atendidas as seguintes condições: a) previsão legal dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; e d) interesse público excepcional. Afirmou que o art. 37, IX, da CF deveria ser interpretado restritivamente, de modo que a lei que excepcionasse a regra de obrigatoriedade do concurso público não poderia ser genérica, como no caso (...)<sup>42</sup>

José Afonso da Silva, ao tratar sobre esse requisito, questiona o tipo de lei necessária para cumprir a exigência legal. Ele dispõe que:

---

<sup>41</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 551.

<sup>42</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658026. Minas Gerais. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. DJ 9.4.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

O art. 37,IX, prevê que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. (...) Que lei? Aachamos que será a lei da entidade contratadora: lei federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, de acordo com as regras de competência federativa. Não há de ser lei federal com validade para todas as entidades, porque não se lhe reserva competência para estabelecer lei geral ou especial nessa matéria com validade para todas. A autonomia administrativa das entidades não o permite. A Lei 8.745, de 9.12.1993, está de acordo com essa doutrina, tanto que só regulou a contratação por órgãos da Administração Federal direta, autárquica e fundações públicas. Mas ela traz diretivas que devem ser seguidas por leis estaduais e municipais, como, por exemplo, a indicação de casos de necessidades temporárias (art. 2º), a exigência de processo seletivo simplificado para o recrutamento do pessoal a ser contratado (art. 3º), o tempo determinado e improrrogável da contratação (art. 4º).<sup>43</sup>

Nesse aspecto, deve-se analisar qual é a lei necessária para o cumprimento da exigência constitucional de previsão legislativa.

### 3.1 A PUBLICAÇÃO DE LEI COM CONCEITOS ABERTOS OU INDETERMINADOS

A existência de leis com conteúdos jurídicos indeterminados cada vez melhor atende às necessidades da administração pública que precisa acompanhar os anseios coletivos que são dinâmicos e céleres.

Muitos autores vinculam os conceitos jurídicos indeterminados ao exercício da discricionariedade, apesar destes não se confundirem. Sobre essa ligação, duas linhas de pensamento em relação ao exercício da discricionariedade e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados foram desenvolvidas pela doutrina brasileira.

A primeira entende que não existe distinção alguma entre esses dois conceitos e consideram que necessariamente o conceito aberto levará a uma

---

<sup>43</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 Ed. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 661.

competência discricionária. Nesse sentido é a explicação trazida por Thêmis Limberger ao parafrasear Eduardo García Enterría:

(...) a discricionarietà é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou seja, entre critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não previstos na lei, e conferidos ao critério subjetivo do administrador. Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se em um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal.<sup>44</sup>

A segunda corrente estabelece a distinção entre os dois conceitos e afasta a discricionarietà do administrador na aplicação da lei com conceitos indeterminados, entendendo que não haveria margem alguma de escolha para o administrador quanto a sua interpretação. Nesse sentido é o entendimento de Andrés J. Krell:

Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionarietà, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionarietà são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal.<sup>45</sup>

Sintetizando o tema, o autor Odete Medauar afirma que não há discricionarietà quando houver balizas objetivas para enquadrar o caso concreto à norma com conceito jurídico indeterminado. Veja:

(...) Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionarietà. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas

---

<sup>44</sup>LIMBERGER, Thêmis. **Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.p. 111.

<sup>45</sup>KRELL, Andreas J. **Discricionarietà e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p. 35.

igualmente válidas e fundadas na noção, o poder discricionário se exerce.<sup>46</sup>

Sobre o tema, o professor Flávio Unes defende em seu trabalho que inexistem discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados e destaca, inclusive, a possibilidade da existência de controle jurisdicional sobre os atos administrativos praticados com base nessas leis:

Dessa forma, sustentar a existência de discricionariedade administrativa quando presente “fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma”, nas hipóteses em que se pode admitir mais de um ponto de vista razoável ou que haveria dúvida ineliminável, é ignorar a existência de um plano de justificação (legislação) que se diferencia do plano de aplicação das normas. O fato de o legislador – discurso de justificação – ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade, pois o discurso de aplicação, sob o senso de adequabilidade, resultará na decisão adequada para o caso concreto e não em opções para o administrador público. Com efeito, e ressalvado o âmbito de planificação administrativa (juízos de prognose), a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração, especialmente em processos administrativos sancionadores, não compromete um amplo controle jurisdicional, uma vez que se trata de interpretação e aplicação da norma – juízo de legalidade e não de mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade. Neste, há uma restrição a priori do controle sobre a opção administrativa, enquanto que naquele – juízo de legalidade está em pauta o exame da existência e qualificação jurídica de fatos.<sup>47</sup>

Importante saber que a técnica legislativa de elaboração de leis com conceitos jurídicos indeterminados permite uma maior durabilidade legal e o acompanhamento da rápida evolução da sociedade, não ficando amarrada à espera da previsão legislativa, sob o risco de causar prejuízo à coletividade.

Não há motivos, portanto, para afastar a possibilidade de utilização de leis com conceitos jurídicos abertos para a autorização de contratação temporária, com

---

<sup>46</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 6Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.p. 138-139.

<sup>47</sup> PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa à Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa**. Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007. p. 35-36.

fixação de balizas objetivas de observância obrigatória pelo gestor público na aplicação do caso concreto.

### 3.2 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL

A despeito da dinâmica da atividade administrativa e da elaboração de leis com conceitos jurídicos indeterminados, deve-se acrescentar a necessidade de preocupação da doutrina e da jurisprudência com o atendimento da continuidade da atividade estatal também nos casos de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Sob esse enfoque, é que se apresenta o princípio da continuidade da atividade estatal, que impõe a prestação ininterrupta e regular do serviço público, com vistas a satisfazer e promover o interesse coletivo.

Esse princípio não está expresso na Constituição da República, mas pode ser encontrado implicitamente em diversos dispositivos, quer seja ao tratar sobre a necessidade de regulação do direito de greve, previsto no artigo 37, inciso VII; ou no tratamento da vedação do particular de interromper os contratos administrativos ou alegar a exceção do contrato não cumprido.<sup>48</sup>

Observa-se a ligação intrínseca entre o princípio da continuidade do serviço público e o da eficiência administrativa, previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro.

A preocupação normativa quanto a esses princípios demonstra o cuidado com o cumprimento do interesse público sem que a coletividade sofra qualquer prejuízo de descontinuidade do serviço ou de interesses particulares.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 32.

Nesse sentido, o gestor administrativo em muitas oportunidades se depara com situações de premente necessidade e inadiáveis em que não são permitidas omissões do poder público, obrigando-o à prestação de um serviço excepcional de interesse da coletividade, independente da existência de profissional para a sua execução.

A omissão legislativa não é capaz de afastar a responsabilidade do administrador quanto ao cumprimento das obrigações cotidianas para a satisfação do interesse público.

Por essa razão, é aceitável a possibilidade da contratação temporária até mesmo nos casos em que inexistir legislação, desde que para garantir a continuidade da prestação do serviço público e atender ao interesse coletivo. Nesse sentido é o entendimento de Gustavo Alexandre Magalhães, que fundamenta sua opinião com a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da continuidade do serviço público e a própria função essencial do Estado, de prover as necessidades coletivas, autorizam o Executivo a proceder à contratação, desde que fundamentada a existência do excepcional interesse público. Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, as necessidades públicas excepcionais não aguardam a previsão das hipóteses de contratação pela lei ordinária. Seria formalismo extremo permitir que interesses coletivos de tamanha importância ficassem desguarnecidos em razão da inércia legislativa. (...) Diante de situação de calamidade pública, por exemplo, em que várias pessoas correm risco de vida em decorrência de enchentes ou epidemias, é inadmissível que o formalismo representado pela exigência de lei se sobreponha ao direito à vida ou à dignidade da pessoa humana. Entender que o contrato seria nulo equivale a dizer ao administrador para deixar as pessoas morrerem, sob pena de ser a autoridade responsável pela admissão condenada por ato de improbidade administrativa ou, até mesmo, por crime de prevaricação. Assim, deve ser permitida a contratação temporária nestes casos, ainda que inexistir lei ordinária prevendo as hipóteses consideradas como de excepcional interesse público.<sup>50</sup>

Assim, a necessidade de atuação administrativa em cumprimento aos princípios administrativos, em especial o da continuidade da atividade estatal e o do

---

<sup>50</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. São Paulo: LTr, 2005, pp. 238-239.

interesse público justifica a utilização do instituto da contratação temporária até mesmo sem a exigência de lei.

No mínimo, deve permitir a elaboração de leis com conceitos jurídicos indeterminados a ser aplicada caso a caso. De acordo com esse entendimento é a lição dos professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

(...) quando a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo determinante da prática de um ato administrativo e, no caso concreto, a administração se depara com uma situação em que não existe possibilidade de afirmar, com certeza, se o fato está ou não abrangido pelo conteúdo da norma; nessas situações a administração, conforme o seu juízo privativo de oportunidade e conveniência administrativas, tendo em conta o interesse público, decidirá se considera, ou não, que o fato está enquadrado no conteúdo do conceito indeterminado empregado no descritor da hipótese normativa e, conforme essa decisão praticará, ou não, o ato previsto no comando legal.<sup>51</sup>

Portanto, considerando a impossibilidade da interrupção da atividade estatal e do atendimento ao interesse público, vislumbra-se que a melhor aplicação legislativa para evitar a descontinuidade da atividade estatal é aquela baseada em conceitos jurídicos indeterminados, o que torna a atividade administrativa mais dinâmica e mantém a rigidez e análise quanto ao cumprimento legal, dando mais condições para o alcance da efetividade institucional.

---

<sup>51</sup>ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19 Ed. São Paulo: Método, 2011.p. 217.

#### **4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A EXIGÊNCIA DE LEI PARA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA**

Apesar da crescente utilização de leis com conceitos jurídicos indeterminados, a Corte Suprema não vem admitindo-a para a contratação temporária. Assim, tem-se exigido a obrigatoriedade de existência de lei específica, com previsão de todos os casos autorizadores da contratação temporária, sem apresentar preocupações para as situações de inércia legislativa em casos de efetiva necessidade temporária de excepcional interesse público.

Em várias decisões proferidas foram declaradas inconstitucionais as leis que traziam de forma genérica as hipóteses em que se permitiria a contratação temporária. O voto do Ministro Carlos Velloso na ADI 3210/PR, julgada em 11/11/2004 deixa claro esse entendimento:

No caso, é o chefe do Poder, interessado na contratação de servidores temporários, que terá a atribuição de declarar a necessidade e o excepcional interesse público. Todavia, o comando constitucional, inciso IX, do art. 37, é no sentido de que 'a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.' É dizer, a lei é que estabelecerá os casos de contratação e não o chefe do Poder interessado. No caso, as leis impugnadas estabelecem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência. Na esfera federal, a Lei 8.745, de 1993, alterada pela Lei 9.849, de 1999, especifica os casos de excepcional interesse público autorizadores da contratação por tempo determinado. O ingresso no serviço público pelo mérito pessoal do indivíduo constitui conquista da sociedade brasileira, que a Constituição consagrou (C.F., art. 37, II). A Constituição pretérita também exigia o concurso público. A exigência seria, entretanto, para a primeira investidura. A fraude campeou, inventaram as contratações pela CLT. O Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição deve cuidar do tema com rigor, a fim de evitar que a salutar disposição constitucional seja fraudada mediante

contratações temporárias com invocação do inciso IX do art. 37 da C.F.<sup>52</sup>

Mais recentemente, no julgamento do Recurso Extraordinário 658026/MG, o Ministro Relator Dias Toffoli confirmou o entendimento que prevalece na Suprema Corte, que exige a edição de lei estrita para prever as hipóteses de contratação temporária, sob pena de ser declarada inconstitucional:

Prevendo a lei hipóteses abrangentes e genéricas de contratação, sem definir qual a contingência fática emergencial apta a ensejá-la, ou para o exercício de serviços típicos de carreira e de cargos permanentes de Estado, sem concurso público, ou ainda, sem motivação de excepcional relevância que justifique a referida contratação, essa norma será inconstitucional.<sup>53</sup>

Esse entendimento tende a um casuismo legislativo, que obriga a edição de leis autorizativas dos casos de contratação temporária, sempre que o administrador público se depara com uma situação temporária de excepcional interesse público que ainda pende de previsão legal, causando um engessamento da Administração.

De acordo com Florivaldo Dutra de Araújo, mais interessante seria que a legislação trouxesse conceitos abertos para aplicação pelo administrador ao invés da obrigatoriedade da previsão legal de todos os casos em que possa haver a contratação temporária. Vejamos:

Bem melhor que esse casuismo legislativo seria a edição de leis que trouxessem previsões de contratação mediante conceitos abertos, a serem aplicados pelo administrador em cada caso, pela emissão de atos administrativos motivados.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3210. Paraná. Ministro Voto Carlos VELLOSO. DJ 11/11/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

<sup>53</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658026. Minas Gerais. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. DJ 9.4.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

<sup>54</sup>ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Requisitos Constitucionais para a Contratação de Servidores Públicos**, in, FORTINI, Cristina. (Org). **servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra**. Belo Horizonte: Fórum. 2009.p. 126.

A utilização da lei com conceitos abertos evitaria a publicação de rotineiras leis e medidas provisórias prevendo os casos autorizadores da contratação temporária a partir da necessidade que surgisse durante a gestão, dinamizando a Administração Pública.

Mais do que isso, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do tema, é categórico ao defender a possibilidade de contratação temporária, mesmo na ausência de lei:

(...) Visto que a Constituição as considerou de relevo suficiente para lhes dedicar uma atenção peculiar, seria incabível admitir que a inércia legislativa paralisasse a operatividade imediata do preceito, inibindo se extraísse dele tudo o que fosse, desde logo, aproveitável.<sup>55</sup>

Para ele, a ausência de lei prevendo os casos de possíveis contratações temporárias não pode inviabilizar a Administração Pública nesse aspecto, a ponto de interromper a execução de um serviço público.

Dessa forma, existem argumentos concretos para que a ausência legislativa não inviabilize a contratação temporária, se presentes os demais requisitos previstos na Constituição Federal.

Conclusão similar pode ser obtida com a leitura do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3068-0/DF em que se declarou constitucional, por maioria, a Medida Provisória 136/2003, posteriormente convertida na Lei 10.843/2004.

Por ocasião do julgamento, foi adotada uma interpretação mais ampla do dispositivo constitucional, para declarar a constitucionalidade da lei editada e, portanto, válida a contratação temporária realizada, em vistas a dar continuidade no serviço público prestado à sociedade. Segue trecho do voto de divergência do Ministro Eros Grau:

---

<sup>55</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta**. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991. p. 83.

(...) A autorização, que se encontra no texto constitucional é ampla. Parece-me ser disso que se trata o caso. (...) A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal. (...)<sup>56</sup>

Importante observar que o posicionamento do Ministro, no sentido de dar interpretação ampla ao dispositivo constitucional considerou os princípios do interesse público e da continuidade da atividade estatal para autorizar a contratação temporária.

Esse entendimento é o mais acertado a ser aplicado para a contratação temporária, com vistas a evitar o engessamento da máquina pública frente a necessidades urgentes e excepcionais que não podem deixar de ser realizadas em razão de uma omissão legislativa ou no aguardo de uma legislação casuística que preveja a modalidade de atividade que demonstra necessária.

A interpretação da Constituição conforme o último entendimento da Corte Suprema proferido no Recurso Extraordinário 658026/MG tende a gerar um atraso na prestação do serviço público, o que poderá ir de encontro ao princípio da eficiência, garantido expressamente no artigo 37 da Carta Magna. Acerca desse princípio José Afonso da Silva afirma que:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC – 19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3068-0. Voto Ministro Eros Grau. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 24.02.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

<sup>57</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 Ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 651.

Nesse sentido, exigir a promulgação de lei específica prevendo as situações em que poderá haver a contratação temporária, bem como proibir que essa contratação ocorra em atividades permanentes, ainda que exista uma necessidade temporária de excepcional de interesse público amarra demasiadamente o gestor público, contrariando a tão buscada eficiência administrativa.

Ressalta-se que a omissão legislativa não poderá ser utilizada como justificativa pelo gestor público por eventual impossibilidade de contratar temporariamente profissionais para a execução de atividades em que os exijam.

## CONCLUSÃO

A contratação temporária como exceção prevista na Constituição da República Federativa do Brasil à regra do concurso público é um importante instrumento do administrador público para o atendimento de situações temporárias e excepcionais de interesse público, que necessitem da execução de atividades por profissionais.

Por ser exceção à constituição a sua autorização deve ocorrer com o prévio preenchimento dos pressupostos constitucionais estabelecidos, quais sejam a existência de lei, a necessidade temporária e excepcional de interesse público e a temporariedade da contratação.

O administrador deve cumprir estritamente os requisitos previamente estabelecidos, sob pena de responder pela falha.

A interpretação dada ao disposto na Carta Magna quanto aos pressupostos, entretanto, não pode ser no sentido de inviabilizar a própria utilização do instituto da contratação temporária.

O entendimento que está pacificando no Supremo Tribunal Federal vem sendo nesse sentido, eis que exige o cumprimento de requisitos que não foram impostos pelo constituinte.

Como exemplo disso, pode-se destacar a proibição da utilização da contratação temporária para o exercício de atividades permanentes, ainda que presentes os requisitos constitucionais com a presença de situações temporárias de excepcional interesse público.

Da mesma forma, verifica-se no entendimento de que a lei prevista na Constituição Federal deve ser analisada de forma restrita com exigência da previsão dos casos específicos em que será autorizada a contratação temporária.

Esse entendimento tende a um casuismo legislativo, que obriga a edição de leis autorizativas dos casos de contratação temporária, sempre que o administrador público se depara com uma situação temporária de excepcional interesse público que ainda pende de previsão legal, causando um engessamento da Administração.

Esse engessamento é previsível eis que demonstra ser impossível que o legislador se antecipe e consiga prever todas as possibilidades em que o administrador poderá utilizar da contratação temporária.

Percebe-se, portanto, que a atual interpretação dada ao instituto da contratação temporária destoa da dinâmica social e da necessidade da Administração Pública suprir os anseios da coletividade com a realização do interesse público em tempo útil.

Por outro lado, não se pode permitir a omissão do administrador na realização de determinada atividade por ausência legislativa, o qual será responsável por sua omissão durante a gestão pública.

Razoável seria a aceitação de leis autorizativas com conceitos abertos e conteúdos indeterminados para aplicação pelo administrador caso a caso a partir das diferentes necessidades sociais apresentadas.

Essa interpretação garantiria um maior atendimento aos princípios da continuidade do serviço público, da eficiência administrativa e da realização do interesse público e evitaria o constante atraso na prestação do serviço público hoje existente.

Ademais, vale frisar que essa aplicação não afastaria a regra da acessibilidade pelo concurso público e nem feriria os princípios da moralidade, impessoalidade e da isonomia. Da mesma forma, não afastaria a realização do controle de legalidade pelo poder judiciários, eis que as leis com conceitos abertos não estão na esfera do mérito administrativo do poder discricionário.

Fica levantada, portanto, a preocupação do caminho a ser seguido pela gestão administrativa a partir das restrições feitas com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à impossibilidade de contratação temporária ante a ausência de lei ou com a existência de lei com conceitos abertos a ser aplicada no caso concreto.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>.

BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Provisórias. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 658026. Minas Gerais. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. DJ 9.4.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança 30016. Distrito Federal. Voto Ministro Celso de Mello. Ministro Relator Dias Toffoli. Plenário. RTJ 152/762. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 579.951. Rio Grande do Norte. Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Plenário. DJ 20/08/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2380-2. Distrito Federal. Ministro Relator Moreira Alves. Plenário. DJ 24.5.2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3068-0. Voto Ministro Eros Grau. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 24.02.2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3700. Rio Grande do Norte. Ministro Relator Carlos Ayres Brito. DJ 05.03.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3210. Paraná. Ministro Voto Carlos VELLOSO. DJ 11/11/2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COÊLHO, Marcus Vinícius Furtado. A defesa do quinto constitucional. 25.04.2014. Disponível em: <http://www.oab.org.br/>.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 11 Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3 Ed. São Paulo: Método. 2008.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos. São Paulo: LTr, 2005.

ANDRADE, Adriene. Relora. Voto. Consulta 748.924. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Jul.Ago.Set/2009. V. 72. N. 3. Ano XXVII.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15 Ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MICHAELIS. Dicionário da Língua Portuguesa. Disponível em: <http://www.michaelis.uol.com.br/>.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18 Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de Interesse Público e “personalização do direito Administrativo”. Disponível em <http://www.justemfilho.com.br/>.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 22 Ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

LIMBERGER, Thêmis. Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Flávio Henrique Unês. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa à Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa. Revista CEJ, Brasília, n. 36, p. 30-38, jan./mar. 2007.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Requisitos Constitucionais para a Contratação de Servidores Públicos, in, FORTINI, Cristina. (Org). servidor Público. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum. 2009.