

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
RECDO.(A/S) : **CÂMARA MUNICIPAL DE BERTÓPOLIS**

EMENTA

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. 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, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na **internet** e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”.

2. 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.

3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é

RE 658026 / MG

preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja 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.

4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. 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. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal.

5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de **la culture de gestion**, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para 'cultura de gestão estratégica') que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva.

6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito **ex nunc**, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em dar provimento ao recurso para julgar procedente a ação e

RE 658026 / MG

declarar a inconstitucionalidade do inciso III do art. 192 da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, vencido o Ministro Roberto Barroso, que dava parcial provimento para dar interpretação conforme à Constituição. Acordam, ademais, os Ministros, por maioria de votos, nos termos do voto do Relator, em modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos já firmados até a data do julgamento, não podendo os referidos contratos exceder 12 (doze) meses de duração, vencido o Ministro Marco Aurélio que não modulava a decisão.

Brasília, 9 de abril de 2014.

MINISTRO DIAS TOFFOLI
Relator

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

RELATOR : **MIN. DIAS TOFFOLI**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
RECDO.(A/S) : **CÂMARA MUNICIPAL DE BERTÓPOLIS**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Ministério Público do Estado de Minas Gerais interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional, contra acórdão da Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proferido, por maioria de votos, nos autos de ação direta de inconstitucionalidade, o qual foi assim ementado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA - ATIVIDADES DE CARÁTER EVENTUAL OU PERMANENTE - INDIFERENÇA - SITUAÇÕES DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO EVIDENCIADAS - ARTIGO 22 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS - INCONSTITUCIONALIDADE - INOCORRÊNCIA. I - A excepcionalidade exigida para contratação temporária não está ligada ao caráter da função (temporária ou permanente), mas sim à excepcionalidade da situação evidenciada. A contratação, neste caso, se justificaria pelo tempo necessário ou até um novo recrutamento via concurso público. II - Não há inconstitucionalidade na Lei Municipal que trouxe em seu bojo situações excepcionais que de fato autorizam a administração contratar de forma temporária para evitar perda na prestação educacional” (fl. 101).

RE 658026 / MG

Ofertados os embargos de declaração (fls. 128/135), esses foram rejeitados por unanimidade (fls. 137/140).

No apelo extremo (fls. 144/164), o recorrente sustenta a repercussão geral da matéria versada no feito, dada a importante discussão que nele se trava, concernente às hipóteses de contratação temporária de pessoal previstas no art. 37, XI, da Constituição Federal, destacando que o Supremo Tribunal Federal tem posição firmemente assentada sobre o tema. Argui, também, a inconstitucionalidade da norma questionada, por violação do princípio do acesso à Administração Pública por concurso público (art. 37, II, CF).

Há que se salientar que, na referida ação direta de inconstitucionalidade, não foi concedida a liminar pretendida na exordial (fls. 71/72).

Admitido o recurso extraordinário pelo tribunal de origem, este Relator entendeu que a matéria suscitada no recurso extraordinário acerca da constitucionalidade de normas que dispõem sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos é dotada de natureza constitucional, pois diz respeito ao atendimento dos requisitos constitucionais relativos à configuração das situações excepcionais e temporárias autorizadas da contratação, por prazo determinado, de servidores temporários, em atenção aos comandos constitucionais previstos no art. 37, II e IX, da Carta Magna. Entendeu este Relator, ademais, que a questão posta apresenta densidade constitucional, sendo relevante para todas as esferas da Administração Pública brasileira e para todos os Tribunais de Justiça do país, que podem vir a deparar-se com questionamentos que demandem a apreciação da constitucionalidade das legislações que instituem as hipóteses de contratação temporária de pessoal.

Diversas ações diretas de inconstitucionalidade versando sobre o mesmo tema já foram julgadas no Supremo Tribunal Federal (e.g. ADI nº 3.116/AP; ADI nº 3.430/ES, ADI nº 3.210/PR; ADI nº 3.068/DF), conforme destacado nas razões do recurso extraordinário, a reforçar a conclusão de que se cuida, inegavelmente, de discussão em que sobressai o ponto de

RE 658026 / MG

vista constitucional e que ultrapassa os interesses das partes, em especial, por se tratar de recurso extraordinário interposto em face de ação direta de inconstitucionalidade estadual. O tema tem o potencial de se repetir em inúmeros processos, sendo, portanto, conveniente que esta Suprema Corte profira sobre ele decisão aplicável a todos esses feitos, segundo a sistemática da repercussão geral.

Acompanhando o voto do Relator, o Plenário, em sessão realizada por meio eletrônico, confirmou a existência de repercussão geral da matéria, tendo a ementa do julgado sido redigida nos seguintes termos:

“DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA MUNICIPAL QUE DISPÕE SOBRE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL. DISCUSSÃO ACERCA DOS REQUISITOS DA TEMPORARIEDADE E DA EXCEPCIONALIDADE, JUSTIFICADORES DO INTERESSE PÚBLICO EM QUE FUNDAMENTADA A CONTRATAÇÃO. MATÉRIA QUE ULTRAPASSA OS INTERESSES DAS PARTES, PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.”

O assunto foi inscrito como o Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal.

O feito prosseguiu para a colheita do parecer ministerial. O opinativo da lavra do então Subprocurador-Geral da República Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros (fl. 291) foi pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento. Na oportunidade foi reiterada a manifestação ministerial de fls. 188/193 e destacado o posicionamento no sentido da

“inconstitucionalidade de lei municipal que, dispondo de forma genérica e abrangente sobre os casos de contratação temporária, não especifique o seu prazo de vigência e tampouco a situação de excepcional interesse público que legitime a contratação, de forma a caracterizar burla

RE 658026 / MG

ao art. 37, II e IX, da Constituição Federal” (fl. 291).

É o relatório.

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na **internet** e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”.

Precede o julgamento em testilha uma breve contextualização. A Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.0000.08.475374-8/000, decidiu pela constitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei municipal nº 509/1999, consignando estar a autorização para contratar na área de magistério, sem o devido concurso público, vinculada a uma situação emergencial, cuja necessidade é temporária, configurando hipótese excepcional que, caso declarada inconstitucional, inviabilizaria a prestação do serviço educacional. Entendeu ser a discussão meramente de natureza moral, não podendo o julgamento adentrar no aspecto da (i)legalidade da norma. Ressaltou aquela corte a harmonia da aludida lei com o previsto no art. 22, **caput**, da Constituição do Estado de Minas Gerais e no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal.

O Ministério Público estadual, ao ofertar o recurso extraordinário, atacou a decisão objurgada pelos seguintes fundamentos: a) teria havido violação, pela decisão recorrida, do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, em razão da ausência de fundamentação; b) o art. 192, inciso III, da Lei municipal nº 509/1999 seria inconstitucional, por violar, de forma expressa, o art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal, visto que a lei municipal **sub examine** não atenderia aos pressupostos da excepcionalidade e da temporariedade, previstos constitucionalmente; c) a contratação temporária deve atender ao excepcional interesse público e

RE 658026 / MG

deve ocorrer em situações inesperadas ou imprevisíveis, não podendo ocorrer quando se trata de funções permanentes da Administração Pública, como é o caso da atividade de magistério.

Pugna, por fim, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais

“seja o presente apelo extremo conhecido e provido por esse Excelso Pretório, para o fim de declarar-se a nulidade do acórdão investivado, por ausência de fundamentação (violação ao art. 93, IX, da CF/88), de forma a se determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que outra decisão seja prolatada, sem os vícios nesta oportunidade apontados. Alternativamente, caso se entenda suficientemente prequestionada a matéria, requer seja provido o presente Recurso Extraordinário, para o fim de, reformando-se o v. Acórdão recorrido, declarar-se a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 192 da Lei nº 509, de 8 de setembro de 1999, do Município de Bertópolis, por violação aos ditames constitucionais acerca da contratação temporária de excepcional interesse público” (fls. 163).

De proêmio, há que se salientar estar prejudicada a primeira tese recursal, em virtude do reconhecimento da repercussão geral da matéria por esta Corte Suprema.

Quanto à possibilidade do julgamento do mérito desse recurso extraordinário, note-se que o Tribunal de origem reconheceu como sendo constitucionais os dispositivos da lei do município recorrido por entender inexistir afronta às normas da Constituição do Estado de Minas Gerais, o que seria plenamente possível, uma vez que o art. 22, **caput**, da CE/1989 reproduziu, com as mesmas letras, o enunciado normativo que importa, o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

Portanto, consoante precedente do Supremo Tribunal Federal, tenho que é admissível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra legislação municipal perante o Tribunal de Justiça do Estado, com a possibilidade de recurso extraordinário, se, como já pontou o eminente Ministro **Moreira Alves**, “a interpretação da norma constitucional que

RE 658026 / MG

reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta” (Reclamação nº 383-3/SP, Rel. Min. **Moreira Alves**, DJ 21/5/93).

Cuida-se de matéria há muito pacificada no âmbito desta Corte. **Vide** outro precedente ratificando o referido raciocínio:

“COMPETÊNCIA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DA CARTA DO ESTADO, NO QUE REPETE PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O § 2º do artigo 125 do Diploma Maior não contempla exceção. A competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade é definida pela causa de pedir lançada na inicial. Em relação ao conflito da norma atacada com a Lei Máxima do Estado, impõe-se concluir pela competência do Tribunal de Justiça, pouco importando que o preceito questionado mostre-se como mera repetição de dispositivo, de adoção obrigatória, inserto na Carta da República. Precedentes: Reclamação nº 383/SP e Agravo Regimental na Reclamação nº 425, relatados pelos ministros Moreira Alves e Néri da Silveira, com acórdãos publicados nos Diários de Justiça de 21 de maio de 1993 e 22 de outubro de 1993, respectivamente (...)” (RE nº 199.293/SP, Relator o Ministro **Marco Aurélio**, Tribunal Pleno, DJ de 6/8/04).

Quanto à questão de fundo, há que se explicitar o texto normativo municipal hostilizado, no caso, o art. 192, inciso III, do Estatuto do Servidor Público do Município de Bertópolis, das Autarquias e Fundações Públicas Municipais, o qual assim dispõe:

Lei Municipal nº 509/1999 de Bertópolis/MG:

“(…)

Art. 192 – Consideram-se como necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visem a:

(…)

III – suprir necessidades de pessoal na área do magistério.

RE 658026 / MG

(...)"

Observados os limites objetivos da demanda, postos a julgamento, sublinho que, embora as questões ofertadas não sejam novas nesta Corte, a solução das controvérsias está a exigir maior detalhamento, inclusive porque reconhecida a repercussão geral da matéria.

A Constituição Federal traz, em seu art. 37, inciso II, uma regra impositiva de que todas as admissões de pessoas na Administração Pública sejam precedidas, obrigatoriamente, de concurso público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas, nesse ponto, às mesmas regras da administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Cuida-se, em verdade, de uma regra – eis que não se admite sua ponderação –, a qual se traduz no dever fundamental da Administração Pública de garantir acesso, sob critérios igualitários, imparciais, e de forma eficiente, aos cargos e empregos públicos.

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.”

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,

RE 658026 / MG

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 regra possui finalidades primordiais. Além de visar à efetivação dos valores de igualdade entre todos os interessados e à universalização do acesso aos quadros da Administração, busca a boa e eficiente gestão da coisa pública (cf. MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61) e possibilita a efetiva aplicação do princípio da impessoalidade. Sobre esse princípio, vale observar o escólio de José dos Santos Carvalho Filho:

“A referência a esse princípio no texto constitucional, no que toca ao termo impessoalidade, constitui uma surpresa para os estudiosos, que não o empregavam em seus trabalhos. 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” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 20).

O Ministro **Celso de Mello**, ao tratar da obrigatoriedade do concurso público, também ressaltou que este dispositivo respeita o

RE 658026 / MG

princípio da igualdade:

“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 ético-jurídica 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” (RTJ 152/762, Rel. Min. **Celso de Mello**).

A posição consolidada neste Tribunal é no sentido de ser indeclinável a observância do referido postulado constitucional (cf. ADI nº 2.689, Rel. Min. **Ellen Gracie**, Pleno, 9/10/03; ADI nº 1.350-MC, Rel. Min. **Celso de Mello**, Pleno, 3/2/94; ADI nº 951, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, Pleno, 18/11/04), como é possível observar também nos precedentes que seguem:

“É de ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal refletindo o magistério da doutrina (...) **não tem**

RE 658026 / MG

transigido em torno da necessidade de observância, **sempre indeclinável**, do postulado constitucional do concurso público (...).

É por tal razão que esta Suprema Corte ante o **caráter impostergável** desse princípio que faz realizar, em projeção concretizadora, a exigência da isonomia (...) tem censurado a validade constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido.

Em conseqüência dessa rígida interpretação jurisdicional em tudo compatível com a importância do postulado do concurso público, o Supremo Tribunal Federal vetou, em julgamento definitivo ou em sede de delibação cautelar, a aplicabilidade de preceitos normativos, que, desconsiderando a essencialidade do princípio em questão, objetivavam viabilizar, de maneira ilegítima, a investidura funcional de servidores administrativos, mediante utilização de institutos reputados inconciliáveis com a incontornável exigência constitucional do concurso público.

Em todos esse casos e qualquer que fosse o *nomen juris* adotado a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, tendo presente a necessidade de preservar a incolumidade do princípio do concurso público, repeliu a utilização dos institutos (a) da ascensão (...) (b) da transferência e/ou transformação de cargos (...) (c) da integração funcional (...) (d) da transposição de cargo (...) (e) da efetivação extraordinária no cargo (...) (f) do acesso e aproveitamento (...)” (ADI nº 1.350/RO, Rel. Min. **Celso de Mello**, j. 24/2/05).

“O sistema de direito constitucional positivo vigente no Brasil revela-se incompatível com quaisquer prescrições normativas que, estabelecendo a inversão da fórmula proclamada pelo art. 37, II, da carta federal, consagrem a

RE 658026 / MG

esdrúxula figura do concurso *a posteriori*” (ADI nº 1.203-MC, Rel. Ministro **Celso de Mello**, Plenário, DJ de 19/2/95).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE PERMITE A INTEGRAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO QUADRO DE PESSOAL DE AUTARQUIAS OU FUNDAÇÕES ESTADUAIS, INDEPENDENTEMENTE DE CONCURSO PÚBLICO (LEI COMPLEMENTAR Nº 67/92, ART. 56) - OFENSA AO ART. 37, II, DA CARTA FEDERAL - DESRESPEITO AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO, ESSENCIAL À CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. O CONCURSO PÚBLICO REPRESENTA GARANTIA CONCRETIZADORA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, QUE NÃO TOLERA TRATAMENTOS DISCRIMINATÓRIOS NEM LEGITIMA A CONCESSÃO DE PRIVILÉGIOS. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tendo presente a essencialidade do postulado inscrito no art. 37, II, da Carta Política - tem censurado a validade jurídico-constitucional de normas que autorizam, permitem ou viabilizam, independentemente de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, o ingresso originário no serviço estatal ou o provimento em cargos administrativos diversos daqueles para os quais o servidor público foi admitido. Precedentes. - O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético-jurídica 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

RE 658026 / MG

a outros. Precedentes. Doutrina” (ADI nº 1.350-MC, Rel. Min. **Celso de Mello**, Plenário, DJ de 3/2/94).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONCURSO PÚBLICO. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. EFEITOS. SALDO DE SALÁRIO. 1. Após a Constituição do Brasil de 1988, é nula a contratação para a investidura em cargo ou emprego público sem prévia aprovação em concurso público. Tal contratação não gera efeitos trabalhistas, salvo o pagamento do saldo de salários dos dias efetivamente trabalhados, sob pena de enriquecimento sem causa do Poder Público. Precedentes. 2. A regra constitucional que submete as empresas públicas e sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas --- art. 173, § 1º, II da CB/88 --- não elide a aplicação, a esses entes, do preceituado no art. 37, II, da CB/88, que se refere à investidura em cargo ou emprego público. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AI nº 680.939 AgR/RS, Ministro **Eros Grau**, Segunda Turma, DJe-018, de 1º/2/08).

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. Nesse sentido, a Súmula 685 do STF:

RE 658026 / MG

“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Na Constituição Federal existem, **primus ictus oculi**, 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).

A esta altura, não há qualquer dúvida quanto ao entendimento de que a hipótese do art. 37, IX, da CF é uma exceção à regra do concurso público obrigatório, devendo-se dar ênfase à exposição dos seguintes julgados: “as duas (principais) exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional” (ADI nº 2.229, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgada em 9/6/04, Plenário, DJ de 25/6/04.) No mesmo sentido: ADI nº 3.430, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, Plenário, DJe de 23/10/09 e ADI nº 3116, Rel.

RE 658026 / MG

Min. **Cármen Lúcia**, Plenário, DJe de 23/5/11.

Há que se rememorar que, pela Constituição da República, após a sua Emenda nº 19/98, a função administrativa passou a ser exercida por agentes administrativos, ou seja, por servidores públicos, mediante a ocupação de um cargo, emprego ou função autônoma, denominada pela doutrina de “função pública”, ou por contratação.

Conforme escólio de José Afonso da Silva, “assumir uma dessas posições corresponde a ter acesso à função administrativa, para desempenhar uma atividade ou prestar serviços à Administração como servidor público” (**Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 338).

O Supremo Tribunal Federal já chegou a, em alguns feitos, extrair o conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, e definir o alcance dos elementos exigidos pela Constituição Federal para a contratação temporária. Já chegou a reconhecer, inclusive, a inconstitucionalidade de normas similares como a que está sendo objeto de interpretação. Segue o texto de nossa Constituição:

“Art. 37 - (...)

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Algumas considerações devem ser feitas, antes de se analisar o alcance dos termos “necessidade temporária” e “excepcional interesse público”.

A primeira, quanto à exigência formal da existência prévia de um enunciado normativo para a aplicação do referido dispositivo. O constitucionalista José Afonso da Silva chegou a fazer este importante questionamento: a que “lei” a Constituição se fere, nesse texto? Nas suas próprias palavras:

“(...) será a lei da entidade contratante: lei federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, de acordo com as

RE 658026 / MG

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 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 federais. 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 do processo seletivo simplificado para o recrutamento do pessoal a ser contratado (art. 3º), o tempo determinado e improrrogável da contratação (art. 4º)” (SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 340).

No caso, embora essas três diretivas, no entender deste Relator, não sejam vinculantes, ou seja, não sejam fundamentos de validade de normas estaduais, distrital ou municipais que disponham sobre a contratação temporária por excepcional interesse público, partem os dispositivos federais, na verdade, da interpretação do próprio texto constitucional, como se discorrerá a seguir.

Em segundo lugar, há que se salientar que não se deve confundir a contratação temporária por excepcional interesse público prevista no dispositivo constitucional com o contrato de trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/1974 ou, ainda, com a contratação extraordinária de pessoal por meio de locação de serviços, espécie de ajuste bilateral disciplinado pelo Código Civil brasileiro, a qual se sujeita às normas de licitação pública (art. 37, XXI, da CF).

O fato é que, como exceção à regra do concurso público obrigatório, o inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretado de foma restritiva.

Portanto, a lei, ao restringir a aplicação da regra da obrigatoriedade do concurso público, não pode ser genérica, como bem salientado pelo

RE 658026 / MG

Ministro **Carlos Velloso**, ao lembrar precedente anterior, sendo oportuno destacar do respectivo voto o seguinte:

“Com propriedade, escreveu o eminente Ministro **Paulo Brossard**, no voto que proferiu na ADI 890/DF, que ‘a regra é o concurso público, e as duas exceções são para os cargos em comissão referidos e as contratações de pessoal, mas estas estão subordinadas simultaneamente às seguintes condições: a) deve existir previsão em lei dos casos possíveis; b) devem ter tempo determinado; c) devem atender a necessidade temporária; d) a necessidade temporária deve ser de interesse público; e e) o interesse público deve ser excepcional” (ADI nº 1.219 PB - MC).

Nessa mesma linha de raciocínio, a exigir que a lei, para que seja válida, preveja a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, temos também a seguinte decisão, conduzida pelo voto do Ministro **Carlos Velloso** na ADI nº 3210/PR, julgada em 11/11/04:

“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 autorizados 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,

RE 658026 / MG

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.” (vide Informativo STF nº 369/2).

Prevedo 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.

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, como veremos a seguir.

A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello bem salientou que o interesse público, nesses casos, deve ser excepcional, bem como que não se coaduna com a índole do referido dispositivo “contratar pessoal senão para evitar o declínio do serviço ou para restaurar-lhe o padrão indispensável mínimo seriamente deteriorado pela falta de servidores” (**Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 82-83).

Embora seja corrente a distinção entre interesse público primário do Estado, qual seja, o interesse público propriamente dito, e o interesse secundário, mais especificamente do ente administrativo, conforme disseminado pela doutrina italiana, na aplicação do dispositivo constitucional em testilha, há de se exigir, sempre, a presença das duas

RE 658026 / MG

espécies de interesse, pois como já discorreu Renato Alessi, o interesse secundário do Estado só pode ser buscado quando esses são coincidentes com o interesse público propriamente dito (ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: A. Giuffrè, 1960, p. 197).

Feitas essas considerações, há que se compreender o sentido do comando “**necessidade temporária**” inscrito no texto.

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 se salientar que esse comando constitucional não confere ao legislador ordinário ampla liberdade para pontuar os casos suscetíveis de contratação temporária. Nesse sentido, reproduzo excerto da obra de Hely Lopes Meirelles, atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, o qual, por seu turno, está fundado em precedentes desta Corte:

“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

RE 658026 / MG

processo seletivo quando o interesse público assim o permitir”
(**Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 501).

As necessidades que não se enquadrem estritamente no conceito de excepcionalidade e transitoriedade são insuficientes para legitimar a contratação a que se refere o dispositivo constitucional, como já decidiu esta Corte, tendo o Ministro **Maurício Corrêa**, no julgamento da cautelar da ADI nº 2.125, salientado que

“(…) a regulamentação, contudo, não pode autorizar contratação por tempo determinado, de forma genérica e abrangente de servidores, sem o devido concurso público (CF, artigo 37, II), para cargos típicos de carreira, tais como aqueles relativos à área jurídica” (DJ de 29/09/2000).

A norma deve prever que a contratação somente seja admissível quando a necessidade se manifestar em situações temporárias e urgentes, e desde que a contratação seja indispensável. Esse é, aliás, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello: “[é necessário que a contratação temporária seja indispensável], vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes” (**Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 83).

Portanto, caso a Administração tenha meios ordinários, regulares, para atender aos ditames do interesse público, ainda que em situação de urgência, qualificada pela temporariedade, não se poderá admitir a contratação temporária. É o caso, por exemplo, quando há concursados aprovados aguardando serem nomeados para cargos vagos. Nesse sentido segue o seguinte julgado:

“Agravo regimental em recurso ordinário em mandado de segurança. Concurso público. Contratação precária de

RE 658026 / MG

terceirizados. Preterição de concursados. Não comprovação da existência de vagas de caráter efetivo. Ausência de direito líquido e certo. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. É posição pacífica desta Suprema Corte que, havendo vaga e candidatos aprovados em concurso público vigente, o exercício precário, por comissão ou terceirização, de atribuições próprias de servidor de cargo efetivo faz nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inciso IV, da Constituição Federal. 2. O direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso vigente somente surge quando, além de constatada a contratação em comissão ou a terceirização das respectivas atribuições, restar comprovada a existência de cargo efetivo vago. Precedentes. 3. No caso em questão, não ficou comprovada, nos documentos acostados aos autos, a existência de vaga efetiva durante a vigência do concurso, sendo necessário, para tanto, que haja dilação probatória, o que não se admite em via mandamental. Ausência de direito líquido e certo do agravante. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (RMS nº 29.915/DF-AgR, de **minha relatoria**, Primeira Turma, DJe de 26/9/12).

No julgamento da ADI nº 2.380, Min. **Moreira Alves**, DJ de 24/5/02, esta Corte suspendeu a eficácia de lei federal que considerou haver necessidade excepcional e temporária relativamente à atividade de registro de marcas e patentes pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), tendo o pronunciamento jurisdicional sido pela inconstitucionalidade do dispositivo, em razão da natureza permanente das atividades que deveriam ser desempenhadas por servidores admitidos por concurso público. No mesmo sentido: ADI nº 1.500, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ de 16/08/02; e ADI nº 3.430, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 22/10/09.

Segundo Lucas Rocha Furtado, a “contratação de servidores temporários constitui – ou deveria constituir – hipótese de utilização bastante restrita no serviço público”, na medida em que

RE 658026 / MG

“(…) a legitimidade para contratação temporária prevista na Constituição pressupõe que a necessidade da contratação seja temporária, e não apenas que o contrato firmado com o servidor tenha prazo limitado. Exemplo de evidente equívoco ocorre com a contratação de professores substitutos em universidades federais. Não obstante a contratação desses professores seja feita no prazo determinado, a necessidade da Administração é permanente, o que não autoriza a utilização do regime previsto no mencionado art. 37, IX” (FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 893).

Sobre a necessidade de se realizar interpretação restritiva a esse texto constitucional, há razões de ordem pragmática e histórica, a saber:

“A Constituição da República de 1969, em seu art. 106, previu a figura dos ‘servidores admitidos em serviço de caráter temporário’, bem como dos ‘contratados para função de natureza técnica especializada’ (...) Os servidores extranumerários ou extraquadro e o pessoal temporário ‘ficaram incluídos na categoria de empregados salarizados’, sendo regidos pela CLT. Já os contratados ficavam ‘na categoria dos prestamistas de serviço’, regidos pelas disposições referentes à locação de serviço.

Entendia-se que a aprovação prévia em concurso público só era exigida para os servidores estatutários. Assim, o regime jurídico celetista vinha sendo tratado pelo Estado como a grande brecha para a admissão de prestadores de serviço sem que o candidato se submetesse a exame de mérito. Ou seja, a contratação de pessoal pelo regime trabalhista passou a ser a maneira encontrada pelo administrador público para burlar a exigência de concurso público.

Preenchendo o comando previsto no art. 106 da Constituição de 1969, a Lei nº 6.185, de 11.12.1974, estabeleceu o regime jurídico estatutário para os servidores que desempenhem atividades inerentes ao Estado como Poder

RE 658026 / MG

Público, e o regime trabalhista para os demais prestadores de serviço. Como os contratos temporários eram utilizados para as funções que nada tinham a ver como o exercício da soberania, deveriam ser-lhes aplicados os dispositivos da CLT e respectiva legislação complementar.

Tendo em vista esses constantes abusos cometidos pela Administração no que se refere à ‘efetivação no serviço público’ de trabalhadores que deveriam prestar serviços apenas temporariamente, a Constituição de 1988 foi extremamente restritiva: condicionou a contratação temporária à existência de excepcional interesse público. Além disso, o art. 37, IX, da Constituição, não abrangeu a contratação de servidores, para exercer função de natureza técnica especializada, que não sejam vinculados a necessidades transitórias excepcionais (...)” (MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. **Contratação temporária por excepcional interesse público: aspectos polêmicos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 104).

Portanto, a transitoriedade das contratações de que trata o art. 37, inciso IX, da CF, com efeito, não se coaduna com o caráter permanente de atividades que constituem a própria essência do Estado, como já descrito no julgados colacionados, dentre os quais figuram, com destaque, os serviços de saúde e de educação, serviços públicos essenciais e sociais previstos no art. 6º, **caput**, da Constituição da República.

Na espécie, fica evidente o caráter essencial e permanente da atividade prevista na norma municipal objurgada, o que nos leva a inferir que somente há de ser prestada por servidores admitidos em caráter efetivo, mediante competente concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal; inclusive porque não estão descritas nessa lei, de forma detalhada, as situações de transitoriedade, como seria de todo exigível.

Também, neste caso concreto, não se mostra suficiente para o afastamento da tese da inconstitucionalidade a simples menção de que a contratação se dará com o fito de “suprir necessidades de pessoal na área do magistério” (art. 192, inciso III) ou, ainda, que isto só ocorrerá nas

RE 658026 / MG

situações em que houver “vaga nos cargos” (art. 191).

O fato é que o texto normativo municipal regulou a contratação temporária de profissionais da área da educação, atividade essencial e permanente, sem descrever situações excepcionais e transitórias (como seria o caso de calamidade pública, surtos endêmicos que tenham atingido os profissionais da educação, demissões ou exonerações em massa, situações de greve dos profissionais da educação que perdurem por tempo irrazoável ou de greve que tenha sido considerada ilegal pelo Poder Judiciário etc.), o que não se coaduna com as exigências constitucionais.

Não se olvide que, recentemente, na ADI nº 3.247/MA, sob a relatoria da Ministra **Cármem Lúcia**, foi decidido, pela maioria deste Pleno, que as contratações destinadas às atividades essenciais e permanentes do Estado não conduziriam, por si sós, ao reconhecimento da inconstitucionalidade, bem como que sempre é possível realizar-se o exame sobre a transitoriedade da contratação e a excepcionalidade do interesse público que a justifique (julgamento em 26/3/14).

É evidente que a decisão desta Corte é soberana e deve ser respeitada. Entretanto, há um ponto nevrálgico a ser debatido e aclarado pelo Supremo Tribunal Federal na leitura da Constituição Federal, o que, com a devida vênia, acabou não ocorrendo no referido julgamento.

Isso porque, embora a natureza da atividade pública, por si só, não afaste, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira, não há dúvida de que a nossa Carta Magna não permite que a Administração se utilize da contratação temporária para suprir, de forma artificial, atividades públicas de natureza permanente.

É sabido que a omissão de alguns gestores públicos, ou mesmo a má gestão dos entes da Administração Pública direta e indireta, vêm criando artificialmente as necessidades, que de temporárias não se tratam. É também notório que o interesse público, que deveria ser excepcional para a contratação temporária, muitas vezes acaba por se tornar permanente, em razão das contingências já descritas, em especial pela omissão abusiva

RE 658026 / MG

da Administração Pública.

Por essa razão, o provimento a este recurso extraordinário mostra-se de rigor, visto que a lei específica (federal, estadual, distrital ou municipal) não pode prever hipóteses genéricas como a desses autos, bem como que a nossa Constituição Federal exige que a contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários, permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.

A propósito, esta Corte já se pronunciou no sentido do descabimento da contratação temporária de servidores para o exercício de funções burocráticas, conforme decidido na ADI nº 2.987/SC, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, havendo que se destacar trecho de sua ementa:

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

Não foi por outro motivo que a Constituição do Estado de Minas Gerais, de forma expressa, no parágrafo único do art. 22, excluiu expressamente a possibilidade de contratação na área do magistério, prevendo que “o disposto neste artigo (22) não se aplica a funções de magistério”, inexistindo nos autos fundamento jurídico a indicar que tenha esse dispositivo sido declarado inconstitucional.

O fato é que a lei, ao estabelecer os casos de contratação por tempo determinado, deve regular de forma detalhada as hipóteses em que houver “necessidade temporária de excepcional interesse público”, pois na esteira do posicionamento doutrinário prevalente:

“(…) cabem alguns cuidados evidentes, tanto no reconhecimento do que seja a situação excepcional ensejadora do contrato a ser feito, quanto na caracterização de seus requisitos, sem o que estar-se-ia desconhecendo o sentido da regra interpretada e favorecendo a reintrodução de ‘interinos’,

RE 658026 / MG

em dissonância com o preceito em causa.

Desde logo, não se coadunaria com a sua índole, contratar pessoal senão para evitar o declínio do serviço ou para restaurar-lhe o padrão indispensável mínimo seriamente deteriorado pela falta de servidores. Vale dizer: tais contratos não podem ser feitos simplesmente em vista de aprimorar o que já existia e tenha qualidade aceitável, compatível com o nível corrente a que está afeita a coletividade a que se destina.

Em segundo lugar, cumpre que tal contratação seja indispensável; vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes.

Em terceiro lugar, sempre na mesma linha de raciocínio, não pode ser efetuada para instalação ou realização de serviços novos, salvo, é óbvio, quando a irrupção de situações emergentes os exigiria e já agora por motivos indeclináveis, como os de evitar a periclitada da ordem, segurança ou saúde" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 82-83).

A Corte Suprema, inclusive, já se debruçou sobre a questão e, salientando os cuidados necessários que a lei restritiva deve respeitar, diante do conteúdo jurídico da norma do inciso IX do art. 37 da Constituição da República, decidiu o seguinte, conforme os votos dos Ministros **Maurício Corrêa e Cármen Lúcia**, respectivamente:

"Necessidade temporária de excepcional interesse público não pode ser escudo a justificar a contratação temporária ampla e irrestrita de servidores, a pretexto da permissão prevista no inciso IX do artigo 37 da Carta de 1988, em evidente usurpação de cargos específicos e típicos de carreira. No mínimo a norma atacada teria que ser específica, designando as atividades a serem ocupadas por contratação temporária, e não genérica e abrangente como acabou por ser redigida, tornando letra morta a salutar disposição constitucional, que exige, para o ingresso

RE 658026 / MG

no serviço público, submeta-se o candidato ao devido concurso público” (ADI nº 2.125-MC – Plenário – Rel. Min. **Maurício Corrêa** – julgada em 6/4/2000).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei amapaense nº 765/2003. Contratação por tempo determinado de pessoal para prestação de serviços permanentes: saúde; educação; assistência jurídica; e, serviços técnicos. Necessidade temporária e excepcional interesse público não configurados. Descumprimento dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição da República. Exigência de concurso público. Precedentes. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI nº 3.116, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe de 23/5/11).

Portanto, podemos concluir que o conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se dessa forma, o entendimento desta Corte Suprema no sentido 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 predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários, permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.

Ausentes os requisitos desenvolvidos neste voto, a norma será inconstitucional e/ou a contratação estará eivada de ilegalidade, o que autorizará a decretação de sua nulidade ou sua anulação.

Há que se decidir, portanto, pela inconstitucionalidade da lei municipal em comento. Aliás, nem se argumente que a ausência desse dispositivo implicaria prejuízos para a população, na medida em que o malferimento ao referido dispositivo constitucional é fundamento bastante para o provimento do recurso.

A imposição constitucional (a regra) é peremptória e tem como objetivo resguardar, como restou fundamentado neste voto, o cumprimento dos princípios constitucionais. Deve-se, nesta, como em

RE 658026 / MG

outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder-se à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Lei das Leis.

Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de “la culture de gestion”, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para “cultura de gestão estratégica”), que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação [econômica] positiva (RUFFAT, Jean. “Quel prix pour le service public? La longue marche vers la vérité des prix” *In*, 30 ans de réforme de L’Etat. Paris: Dunod, 2005, p. 83-97).

Parece-me que se deva presumir que a partir da edição da norma impugnada foram realizadas contratações de pessoal para a prestação de serviços à Administração Pública municipal, salvo prova em contrário, na medida em que os dados e os documentos não se encontram integrados a estes autos. Fato é que a norma, embora viciada, vem gerando efeitos há mais de uma década e meia.

Seria iníquo, portanto, que os contratados ou os próprios contratantes tivessem de repor aos cofres públicos as importâncias recebidas ou pagas por serviços prestados à sociedade com base na referida norma municipal, cujos efeitos não foram, até o presente momento, suspensos, pois militava a seu favor a presunção de constitucionalidade.

Cumprido, diante desses fundamentos, modular de ofício os efeitos da decisão, para que ela não atinja fatos pretéritos constituídos à sombra de um dispositivo presumidamente hígido. Aliás, não de ser respeitados os contratos firmados até a data deste julgamento, a fim de se garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e de se atender ao excepcional interesse social, que se mostra evidente no presente caso. Os contratos firmados não poderão ultrapassar o prazo máximo de 12 (doze) meses, como fixado pelo art. 192, § 1º, II, da referida lei municipal, ficando vedada a recontração, como determinado no seu art. 193.

RE 658026 / MG

É evidente que se está a tratar dos contratos que não se encontrem atingidos de morte pela incidência de outros vícios.

Diante de todo o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação, declarando a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei municipal nº 509/1999, e aplico a modulação da decisão, pelos fundamentos expostos.

É como voto.

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, eu estou de acordo com todas as premissas teóricas e normativas do voto do Ministro Dias Toffoli. Porém, eu estava dando um encaminhamento um pouco diferente, na linha do precedente que nós julgamos aqui, há talvez duas semanas atrás, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, na ADI nº 3.247, cujos fundamentos eu procuro rememorar.

O artigo em questão aqui diz:

"Art. 192 – Consideram-se como necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visem a:

[...]

III – suprir necessidades de pessoal na área do magistério."

Naquela oportunidade, na hipótese de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, discutia-se a validade de uma lei do Estado do Maranhão, e nós entendemos que era possível a contratação de professores pelo prazo máximo de doze meses e com a obrigatoriedade de realizar concurso. Eu penso que a situação aqui é análoga, com a observação de que o artigo 193 dessa mesma lei municipal veda o desvio de função e a recontração.

De modo que, endossando os fundamentos do Ministro Toffoli quanto à exigência de concurso e todos os outros fundamentos que ele invocou, o meu encaminhamento é - e essa é a minha proposta de voto:

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso para dar interpretação conforme a Constituição, ao artigo 192, III, da Lei nº 509/1999, do Município de Bertópolis-MG, no sentido de que as contratações temporárias nele referidas somente possam ocorrer no prazo de doze meses, contados do encerramento do último concurso destinado

RE 658026 / MG

a preencher os cargos cujas atribuições devam ser exercidas excepcionalmente por contratados temporários.

Eu penso que, entendendo todas as razões do eminente Relator, este é o encaminhamento mais compatível com o precedente que nós julgamos há duas semanas.

Portanto, Presidente, eu estou dando parcial provimento ao recurso para explicitar essas restrições a eventuais contratações temporárias: prazo máximo de doze meses e obrigatoriedade de abrir o concurso. Porque nós discutimos, naquela ocasião, as hipóteses em que, no meio do semestre, por exemplo, houvesse uma falta de professor, ou um afastamento definitivo ou até mesmo temporário, que houvesse necessidade de uma contratação apenas para completar o ano letivo. De modo que, fiel ao precedente, presentes as mesmas razões, eu estou adotando a mesma solução.

É como voto, Presidente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Barroso, apenas uma observação: eu tenho a impressão de que a lei que nós julgamos na última sessão não era tão genérica quanto essa; essa é muito genérica. A outra previa alguns casos e aí então nós fizemos...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós estamos julgando só o inciso III, que fala em "suprir necessidades de pessoal na área do magistério".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas sem nenhuma condicionante, nada, não tem nenhum caso específico, não tem nada aqui que menciona, quer dizer, é em aberto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O que não impede que, naqueles casos referidos, venha a ter. Como eu coloquei no meu voto, quando tiver, realmente, uma justificação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - A limitação está no artigo 193, que impede você de desviar de função e impede a recontração.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É que essa lei torna o excepcional a regra.

RE 658026 / MG

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, mas aí a interpretação conforme a Constituição impede que você deixe de realizar concurso para fazer a contratação temporária. Você só pode contratar no intervalo entre um concurso e outro.

Eu achei, Ministro Fux, que era a mesma circunstância anterior. Tal como o Ministro Toffoli, também eu acho que a regra geral tem que ser a do concurso público, mas eu acho que, no caso de magistério, por exemplo, se não houver uma válvula de escape e você não puder fazer uma reposição temporária, você pode obrigar o conjunto de alunos a ficar sem a assistência de um professor.

De modo que é como eu voto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

De qualquer forma, a minha proposta modula por doze meses...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Mas aí não poderia contratar mais.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não é nem modulação por doze meses, mas manutenção dos contratos - a maioria é de doze meses, ou seja, eles vão até o final deste ano. É tempo suficiente para a questão da excepcionalidade ser tratada numa nova lei no município.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu fiz a observação, porque eu tive a intenção de acompanhar Vossa Excelência quando fez esse paralelismo, até porque, se não me engano, um desses casos foi da minha relatoria, e aí nós demos essa interpretação, levamos em consideração que pode haver um fortuito que retira o professor de sala de aula por um período muito pequeno, e, depois, ele sai e volta o outro. Mas essa redação é diferente daquela.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Ela é diferente, não estabelece nenhum critério.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, eu dou provimento parcial para interpretar conforme a Constituição, estabelecendo que só é possível a contratação temporária se não houver concursados à disposição e pelo prazo máximo de doze meses, com a

RE 658026 / MG

obrigatoriedade de realizar novo concurso, que é a mesma decisão tomada no caso do Maranhão.

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, vejo dificuldade em chancelar a constitucionalidade de uma lei que, genericamente, autoriza contratação para suprir a necessidade de pessoal na área de magistério.

Procedem as preocupações do Ministro Barroso, mas se eliminada essa norma no plano jurídico, isso não inibe de se fazer contratações, desde que devidamente justificadas.

Então, com essas considerações, vou pedir vênias para acompanhar o Relator.

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, entendo que o enunciado é por demais genérico. Por isso, acompanho o voto do Relator, pedindo vênias ao Ministro Roberto Barroso.

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, em regra, tenho, até por uma questão ideológica, pois tivemos, digamos assim, uma formação muito contemporânea, tenho sempre um posicionamento bem próximo ao do Ministro Barroso, aliás, o que faço muito bem. Mas, neste caso específico, tenho a impressão de que a redação é muito genérica. Realmente, não traz nenhuma condição, nenhum requisito.

Num caso anterior, nós tínhamos aí algumas cláusulas, e então demos uma interpretação conforme que se ajustou bem, não ficou assim como se fosse essa carta de alforria. Mas isso não é nem a minha preocupação. A minha preocupação maior é a seguinte, Senhor Presidente: todas as vezes que surgem esses casos - são inúmeros, são inúmeros -, em que há essa contratação temporária, há vários casos em que as unidades da Federação ingressam com uma reclamação pelo descumprimento desse paradigma daquela ação declaratória de constitucionalidade à que Vossa Excelência se referiu também, do Ministro Maurício Corrêa.

Então, eu gostaria, talvez, de sugerir em termos práticos que, depois deste julgamento, nós tivéssemos a possibilidade de, em reclamações, julgarmos monocraticamente, tendo em vista que esta tese já está pacificada da impossibilidade genérica de contratação temporária fora daquela previsão constitucional.

Eu só faria esse *plus*, acompanhando integralmente o Relator.

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, eu acompanho o Relator, porque considero que, a despeito das observações sempre muito ponderadas do Ministro Barroso, também me parece que há uma diferença significativa, relativa exatamente a essa generalidade.

Eu só indagaria ao Ministro-Relator se Vossa Excelência está propondo a modulação pelo período de doze meses.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Não, não são bem doze meses, é que os contratos duram até doze meses. Estou dizendo que ficam em vigor os contratos que estão assinados, os contratos com prazos de até doze meses; aqueles contratos firmados até a data deste julgamento ficam preservados, para não haver descontinuidade no serviço.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ok.

Presidente, acompanho o Relator, com a vênia do Ministro Roberto Barroso.

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu também vou pedir vênua ao Ministro Barroso, que sempre traz uma solução bastante aprofundada, e até sofisticada, mas esse caso me parece simples, muito genérico, e exige também um pronunciamento igualmente singelo, tal como propôs o eminente Relator.

Eu acompanho o Relator, não apenas na solução proposta, mas, também, com relação à modulação que ele apresenta ao Plenário.

09/04/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026 MINAS GERAIS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o mais interessante é que a Carta estadual, sob o ângulo da contratação por tempo determinado, proíbe que assim se faça quanto a funções do magistério. O Município foi adiante e lançou preceito que é abrangente, viabilizando a contratação para suprir necessidade - gênero - de pessoal na área do magistério. O dispositivo não permite interpretação dupla. A interpretação é única, ou seja, a autorização peremptória.

Por isso, acompanho o Relator, declarando a inconstitucionalidade do preceito. Ressalto, sob o ângulo da modulação - e voto contra a modulação -, que a lei já está em vigor desde 1999. Ainda se dará a ela sobrevida de doze meses, no que contraria...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
A proposta é ...

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É manter os contratos assinados até a data.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Os contratos celebrados até a data de hoje.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Um contrato celebrado hoje teria doze meses.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mesmo assim, Presidente, entendo que, celebrados contratos a partir desse preceito, mostraram-se discrepantes da Carta da República e não podem subsistir.

Voto pela inconstitucionalidade, pura e simples, do preceito, ou seja, do inciso III do artigo 192 da Lei do Município de Bertópolis, de nº 509 de 99.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 658.026

PROCED. : MINAS GERAIS

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RECDO.(A/S) : CÂMARA MUNICIPAL DE BERTÓPOLIS

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso para julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do inciso III, do art. 192, da Lei nº 509/1999, do Município de Bertópolis/MG, vencido o Ministro Roberto Barroso, que dava parcial provimento para dar interpretação conforme. Por maioria, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos já firmados até a data deste julgamento, não podendo os referidos contratos excederem a 12 (doze) meses de duração, vencido o Ministro Marco Aurélio que não modulava a decisão. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Falou pelo Ministério Público Federal o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 09.04.2014.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário