

Porto Alegre, 16 de junho de 2021.

Informação nº 1.932/2021

Interessado: Município de Itaqui/RS – Poder Legislativo.
Consulente: Nagielly Mello, Assessora Jurídica.
Destinatário: Presidente da Câmara.
Consultores: Sílvia Pereira Gräf, Viviane de Freitas Oliveira e Júlio César Fucilini Pause.
Ementa: Servidor público. Análise de Projeto de Lei que autoriza a contratação temporária para a função de médico especialista. Ponderações acerca da LC nº 173/2020. Considerações.

Por meio de consulta escrita, registrada sob nº 36.978/2021, é-nos solicitada análise da seguinte questão:

Autoriza o Poder Executivo a proceder a contratação, de excepcional interesse público de médico especialista - infectologista ou pneumologista, para atuar no combate a calamidade pública causada pelo COVID-19. Em anexo, projeto de lei para parecer.

Passamos a considerar.

1. Trata-se de questionamento envolvendo a viabilidade de contratação por excepcional interesse público, na forma do art. 37, IX, da Constituição Federal, para a função de médico especialista – infectologista ou pneumologista. Em anexo, fora-nos enviado o Projeto de Lei para análise. Nenhuma legislação municipal foi fornecida.

2. A contratação de pessoal¹, por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, é prevista tanto no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, como no art. 19, inciso IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul:

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:

[...]

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

Art. 19. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes do Estado e dos municípios, visando à promoção do bem público e à prestação de serviços à comunidade e aos indivíduos que a compõem, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da razoabilidade, da economicidade, da motivação, da transparência e o seguinte:

[...]

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

¹ Conforme já manifestamos em nossas Informações Técnicas nº 408, de 22/02/2021, 436, de 25/02/2021 e 475, de 01/03/2021, citadas exemplificativamente e que, por cópia, vão em anexo.

Trata-se, em verdade, de alternativa ao alcance de todas as unidades da federação. Sobre ela, leciona a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello², indicando que é destinada:

[...] a ensejar o suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos).

Ainda segundo o administrativista:

A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realização de concurso.

O Supremo Tribunal Federal – STF ao julgar, em abril de 2014, o Recurso Extraordinário nº 658.026, assunto correspondente ao Tema 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral, indicou claramente a prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição Federal), estabelecendo que as hipóteses que restringem o cumprimento desse instituto (como no caso do art. 37, inciso IX, da mesma Constituição Federal, acima transcrito), devem ser interpretadas restritivamente.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição, p. 261.

A tese fixada, partindo da disposição constitucional, elenca de forma objetiva os elementos que precisam estar presentes para que uma contratação de pessoal, por tempo determinado, seja considerada válida:

Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, 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 para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração. (grifamos).

Com efeito, além da previsão em lei (a ser editada pelo Município) dos casos excepcionais, do prazo predeterminado da contratação, da necessidade temporária e do interesse público excepcional a ensejar a medida, é necessário que a contratação de pessoal por tempo determinado seja indispensável, não podendo o expediente, na leitura do Supremo Tribunal Federal – STF, ser utilizado para o atendimento dos serviços ordinários do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.

Este último aspecto, que impõe definir se os serviços que se pretende suprir mediante a contratação por tempo determinado são ou não ordinários e, em o sendo, se a necessidade decorre de contingências normais (ou anormais) da Administração, é o que gera, certamente, maior dificuldade de avaliação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS tem sido bastante restritivo na sua avaliação quanto à compatibilidade constitucional em relação às leis municipais que autorizam a contratação de pessoal por tempo determinado, prevalecendo o entendimento de que as funções que a ensejam não podem ser permanentes.

Nesse sentido:

[...] I - A contratação temporária de servidores é exceção prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal e no inciso IV do art. 19 da Constituição Estadual, que dispõem que a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. **Trata-se de admissão provisória, demandada em circunstâncias incomuns, de caráter excepcional, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária, não podendo ser utilizado para substituir o concurso público. Na hipótese, as funções, para as quais as contratações aqui discutidas foram requeridas, são permanentes, contrariando o regramento constitucional, não estando caracterizadas nem a temporariedade nem a excepcionalidade.** [...] (Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 70080426620, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em: 10-06-2019).

[...] 1. Padece de inconstitucionalidade Lei Municipal que dispõe sobre a contratação temporária de 13 (treze) assistentes sociais e 07 (sete) psicólogos para suprir a necessidade imediata e supostamente emergencial de pessoal, pelo prazo certo e determinado de 01 (um) ano. **Tratando-se de cargo de natureza permanente e não havendo especificação que revele o excepcional interesse público de cada uma das contratações, manifesta a afronta aos artigos 8º, 19 “caput” e inciso IV, e 20, “caput”, da Constituição Estadual.** 2. A Constituição Federal, assim como a do Estado do Rio Grande do Sul autorizam, modo excepcional, a contratação sem concurso público para o acesso a cargos em comissão, chefia, direção e assessoramento e por tempo determinado, a fim de atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX). **3. A contratação temporária de servidores, nesse contexto, representa exceção entre exceções expressamente previstas no texto constitucional, que estabelece a necessidade de lei justificando o excepcional o interesse público e prevendo prazo determinado para a contratação.** 4. Requisitos que não foram atendidos pelo Município de Sapucaia do Sul, que deixou de justificar a excepcionalidade do interesse público por ocasião da edição legislativa dos dispositivos cuja inconstitucionalidade se reconhece. [...] (Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 70078398666, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em: 17-12-2018).

[...] Trata-se de admissão provisória, demandada em circunstâncias incomuns, de caráter excepcional, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária. Na hipótese, mesmo que se considere que houve inércia da Administração anterior ao não providenciar a realização de concurso público, não se pode ignorar que as funções para as quais as contratações aqui discutidas foram requeridas, são permanentes, contrariando o regramento previsto no art. 19, IV, da Constituição Estadual e no art. 37, IX, da Constituição Federal, não estando caracterizadas nem a temporariedade, nem a excepcionalidade. **De fato, o regime de contratação emergencial deve servir apenas para suprir situações temporárias e excepcionais, não podendo ser utilizado para substituir o concurso público.** [...] (Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 70073381352, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em: 11-12-2017). (grifamos)

Há casos, porém, em que apesar de ser, a função desenvolvida pelo contratado, voltada ao atendimento de uma demanda permanente da Administração, a circunstância que a determina configura uma necessidade temporária. Podemos citar vários exemplos, entre outros tantos: professora, titular de cargo efetivo, em gozo de licença maternidade; médico, titular de cargo efetivo, em licença para tratamento de saúde; contador, titular de cargo efetivo, em licença para concorrer a mandato eletivo, etc.

Nas situações acima exemplificadas, a necessidade da Administração é permanente, inegavelmente, mas a circunstância que impôs o afastamento do servidor é temporária, configurando, em nossa avaliação, casos típicos em que pode o Gestor lançar mão da contratação por tempo determinado, sem que isso possa vir a ser tido como uma forma de burla ao concurso público.

O Supremo Tribunal Federal – STF, por exemplo, em maio de 2014, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.649, em que declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 4.599/2005 do Estado do Rio de Janeiro sob o principal argumento do caráter genérico da norma diante da ausência de uma delimitação precisa das hipóteses de contratação temporária, ressaltou que:

[...] A realização de **contratação temporária** pela Administração Pública **nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, verbi gratia, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne.** [...] (grifamos).

No mesmo sentido foi o julgamento, ainda em abril de 2011, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.386, em que a Suprema Corte reconheceu como viável a contratação temporária efetuada pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE mesmo para atendimento da sua demanda permanente, exatamente pelo argumento de que a intensidade e o volume dos trabalhos de pesquisa desenvolvidos não são os mesmos todo o tempo.

Transcrevemos a ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INC. III, DA LEI N. 8.745/93: NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO, PARA FINS DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL; REALIZAÇÃO DE RECENSEAMENTOS E OUTRAS PESQUISAS DE NATUREZA ESTATÍSTICA EFETUADAS PELA FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **1. É de natureza permanente a atividade de estatística e pesquisa desenvolvida pelo IBGE; sua intensidade e o volume dessas pesquisas não são os mesmos todo o tempo. 2. Possibilidade de contratação temporária, nos termos do art. 37, inc. IX, da Constituição da República, para atender à necessidade temporária de pessoal necessário à realização de trabalhos em determinados períodos.** Observância dos princípios da eficiência e da moralidade. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (grifamos)

Com efeito, amparados no exposto, é defensável a utilização da contratação de pessoal por tempo determinado mesmo nos casos que envolvem demandas permanentes, desde que as circunstâncias que a ensejam possam ser classificadas como temporárias, como por exemplo, entre outros casos, enquanto é

providenciada a realização de concurso público ou nas hipóteses de combate a surtos epidêmicos, o que pode restar caracterizado no cenário de pandemia que é enfrentado atualmente.

A avaliação quanto a estes aspectos cabe, no entanto, de modo soberano, ao Gestor Municipal, que certamente levará em consideração as peculiaridades envolvidas.

3. Superado este aspecto inicial, no momento atual a legalidade da contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, na forma do art. 37, IX, da Constituição Federal, deve ser analisada, ainda, à luz da Lei Complementar – LC nº 173/2020, que estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus, e que veda a prática de diversos atos **a partir de 28/05/2020**.

4. No tocante à LC nº 173/2020, é preciso destacar as seguintes disposições envolvendo a admissão de servidores:

Art. 8º Na hipótese de que trata o art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios afetados pela calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19 ficam proibidos, até 31 de dezembro de 2021, de: [...]

[...]

IV - admitir ou contratar pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal, as contratações de temporários para prestação de serviço militar e as contratações de alunos de órgãos de formação de militares;

V - realizar concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

[...]

VII - criar despesa obrigatória de caráter continuado, ressalvado o disposto nos §§ 1º e 2º;

[...]

§ 1º O disposto nos incisos II, IV, VII e VIII do caput deste artigo não se aplica a medidas de combate à calamidade pública referida no caput cuja vigência e efeitos não ultrapassem a sua duração.

§ 2º O disposto no inciso VII do caput não se aplica em caso de prévia compensação mediante aumento de receita ou redução de despesa, observado que:

I - em se tratando de despesa obrigatória de caráter continuado, **assim compreendida aquela que fixe para o ente a obrigação legal de sua execução por período superior a 2 (dois) exercícios**, as medidas de compensação deverão ser permanentes; e

II - não implementada a prévia compensação, a lei ou o ato será ineficaz enquanto não regularizado o vício, sem prejuízo de eventual ação direta de inconstitucionalidade. (grifamos).

A LC nº 173/2020, como se vê, por força do art. 8º, IV, veda expressamente, a contar de 28/05/2020 até 31/12/2021, a admissão ou a contratação de pessoal a qualquer título, “ressalvadas as reposições de cargos de chefia, de direção e de assessoramento que não acarretem aumento de despesa, as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios, **as contratações temporárias de que trata o inciso IX do caput do art. 37 da Constituição Federal [...]**”. Não há, portanto, vedação para a contratação temporária de servidores na forma do art. 37, IX, da Constituição Federal.

Não é o caso de aplicar, além disso, a vedação contida no inciso VII do art. 8º da LC nº 173/2020, que proíbe, no mesmo período de 28/05/2020 até 31/12/2021, a criação de despesa obrigatória de caráter continuado, afastando a aplicação da vedação, apenas, dada a remissão que faz aos §§ 1º e 2º do mesmo art. 8º, às medidas de combate à calamidade pública, cujos efeitos não ultrapassem a sua duração, bem como aos casos de prévia compensação da despesa.

Isso porque se entende que a contratação temporária de excepcional interesse público não pode ser enquadrada como despesa obrigatória

de caráter continuado, dado o seu caráter temporário, sobretudo pela circunstância de a autorização de contratação em regra não superar dois exercícios. Ainda que detivesse essa característica, **a menção expressa à contratação como uma exceção às vedações, no inciso IV do mesmo dispositivo**, permite concluir que a intenção da LC nº 173/2020 foi **permitir a prática desse ato e seus desdobramentos**.

Nesse sentido também é a Nota Técnica nº 03/2020 do TCE/RS:

De outro lado, quanto ao disposto no inciso IV, vê-se que, afora a possibilidade de contratações temporárias (de que trata o inc. IX do art. 37 da CF/88 e para o serviço militar), é permitida a reposição de servidores, (i) tanto de ocupantes de cargos de provimento efetivo e vitalícios, como, inclusive, (ii) para os cargos comissionados.

5. Passando à análise do Projeto de Lei, mormente frente ao Regime Jurídico local (RJU)³, temos que, quanto à forma, em linhas gerais, está devidamente de acordo com as disposições da Lei Complementar nº 95/1998.

No que tange aos fundamentos para a contratação temporária pretendida, estas foram descritas na exposição de motivos, atendendo o que estabelece o art. 241, III do Regime Jurídico.

6. Não obstante, especialmente porque poderá a despesa ser considerada como expansão ou aperfeiçoamento da ação governamental, recomendamos a juntada do estudo prévio de impacto financeiro-orçamentário e a

³ Lei Municipal nº 1.751/1990, obtida no endereço <https://leismunicipais.com.br/>, a qual se pressupõe vigente e atualizada.

declaração de existência de dotações orçamentárias, como forma de adequar a pretensão aos arts. 169, § 1º, da Constituição Federal, e 16 e 17 e seguintes da Lei Complementar – LC nº 101/2000, como entendemos tenha sido feito, conforme anexos que acompanharam o Projeto de Lei sob análise.

São as considerações.

Documento assinado eletronicamente
Sílvia Pereira Gräf
OAB/RS nº 62.624

Documento assinado eletronicamente
Viviane de Freitas Oliveira
OAB/RS Nº 35.734

Documento assinado eletronicamente
Júlio César Fucilini Pause
OAB/RS nº 47.013

	Este é um documento eletrônico assinado digitalmente conforme o art. 1º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 11.419/2006, de 19/12/2006. Para conferência do conteúdo, acesse, o endereço www.borbapauseperin.adv.br/verificador.php ou via QR Code e digite o número verificador: 673788036826788188	
---	---	---