



Porto Alegre, 20 de julho de 2021.

Informação nº

2.521/2021

Interessado: Município de Itaqui/RS – Poder Legislativo.
Consultente: Nagielly Mello, Assessora Jurídica.
Destinatário: Presidente da Câmara Municipal.
Consultores: Bertholdo Hettwer Lawall e Júlio César Fucilini Pause.
Ementa: Servidor Público. 1. Contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, com fundamento no art. 37, IX, da Constituição Federal. Características do instituto. Tema 612 da Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. 2. Ponderações acerca da Lei Complementar nº 173/2020. Considerações.

Por meio de Consulta registrada sob nº 44.629/2021, é-nos solicitada análise da seguinte questão:

Ementa: Autoriza o Poder Executivo a proceder a contratação temporária, de excepcional interesse público, de Auxiliar de Serviços Gerais, Cozinheiro, Auxiliar de Atividades Sociais, Motorista de Veículo Pesado, Psicólogo e Assistente Social para atuarem na área da Educação do Município.

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, de diversos profissionais, conforme Projeto de Lei nº 37/2021 enviado em anexo.

2. A contratação de pessoal, 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;

Trata-se, em verdade, de alternativa ao alcance de todas as unidades da federação. Sobre ela, leciona a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹, 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).

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição, p. 261.

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.

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, ressalvou 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 víncio, sem prejuízo de eventual ação direta de constitucionalidade. (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. Diante disso temos que, uma vez constada a existência dos requisitos autorizadores da contratação temporária, conforme art. 37, IX, da CF, e jurisprudência do STF, nada impede que se promova nesta forma de admissão.



6. Assim, tendo em vista as considerações até aqui expostas, entendemos pela viabilidade formal das contratações pretendidas através do Projeto de Lei em anexo, que se encontra de acordo com o Plano de Cargos, o Regime Jurídico e a Lei Complementar Federal nº 95/1998.

São as informações.

Documento assinado eletronicamente
Bertholdo Hettwer Lawall
OAB/RS nº 102.510

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: 085333300276758863	
--	--	--