

O CONTRATO TEMPORÁRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO FORMA DE BURLAR O CONCURSO PÚBLICO

Rafael dos Santos Sá

A República Federativa do Brasil passou a ser erigida, com o advento da Constituição Federal de 1988, sob a forma de Estado Democrático de Direito, no qual o aspecto democrático reside no fato da titularidade do poder pertencer ao povo, ao passo que a forma de Estado de Direito se consubstancia na submissão de todos ao império da norma jurídica, inclusive, o Estado, não havendo exceção a quem deve se submeter ao ordenamento jurídico, fato que outrora poderia ser observado no período denominado de absolutismo, no qual vigorava o brocardo “The King Can't do no wrong”, ou seja, o Estado poderia tudo, pois, não estava submetido a nenhum limite, notadamente ao ordenamento jurídico.

A essência do Estado de Direito é justamente submeter o Estado ao ordenamento jurídico e, para tanto, ao longo de sua consolidação, especialmente em nosso ordenamento, vem sendo utilizadas formas de limitação do poder estatal, a exemplo dos direitos fundamentais, o princípio da separação das funções estatais, o sistema dos freios e contrapesos, enfim, uma série de institutos que vem a determinar a submissão e observância ao ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, como corolário da democracia e do Estado de Direito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando trata do Estado e dos agentes, órgãos e pessoas jurídicas que desempenham as funções estatais, buscou de diversas maneiras evitar a personificação do Estado, mantendo a igualdade de participação e formação da estrutura orgânica estatal, garantindo o livre acesso aos cargos e empregos públicos e, quando necessário, a mitigação desse acesso, mas sempre atendendo ao interesse público, a exemplo dos cargos de comissão e funções de confiança.

Com o fito de alcançar o livre acesso, o constituinte originário determinou, por meio do artigo 37, II da CRFB/88, que: “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”.

Infere-se da redação do dispositivo supra que a regra para a investidura em cargo ou emprego público deve ser precedida por concurso público e ressalva algumas situações que a própria constituição prevê, *exempli gratia*, ministros do Supremo Tribunal Federal, um quinto constitucional e ministros do Tribunal de Contas da União. Além disso, prevê que as funções de confiança e cargos de comissão são de livre nomeação, o que também enseja a investidura, nestes cargos, sem a prévia aprovação em concurso público.

Afora essas situações, a Constituição também prevê em seu artigo 37, IX que: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Segundo a doutrina, cada ente estatal tem a competência para elaborar a lei que estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado (MORAES, 2007, p. 327)

Demonstra-se que a contratação temporária no âmbito da administração pública deve preencher três requisitos, quais sejam, prazo determinado, necessidade temporária e excepcional, e existência de lei autorizativa, sendo que, a meu ver, também deve ser acrescentada nesse rol a adequação desta contratação ao princípio do devido processo legal substantivo, consubstanciado pela doutrina como a razoabilidade.

A lei que regulamenta este tipo de contratação no âmbito Federal foi editada em 09 de dezembro de 1993, é a lei 8745, a qual define em seu artigo 2º que será considerado de necessidade temporária de excepcional interesse público, dentre outros, a assistência a situações de calamidade pública; assistência a emergências em saúde pública; - realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE; admissão de professor substituto e professor visitante e admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro.

O Estado de Sergipe, por exemplo, editou a lei nº 6691/09 que define em seu artigo 2º as hipóteses de contratação temporárias, são elas: calamidade pública; inundações, enchentes, desabamentos, incêndios, epidemias e surtos de doenças; campanhas de saúde pública; força maior ou caso fortuito que ocasione descontinuidade na prestação de serviço público essencial; caso de emergência, desde que caracterizada a urgência e/ou inadiabilidade de atendimento de situação que possa comprometer a realização de eventos de interesse público, ou, ainda, prejudicar a prestação de serviços ou ocasionar prejuízos quanto à saúde, à educação ou à segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou privados, ou mesmo à execução de medidas preventivas e sócio-educativas de atenção a crianças e adolescentes; necessidade de pessoal, em decorrência de dispensa, demissão, exoneração, falecimento e aposentadoria, nas unidades de prestação de serviços essenciais, estando em tramitação processo ou procedimento para realização de concurso.

Pois bem, infere-se que as situações previstas na lei 8745/93, definem atividades que são essencialmente temporárias, ou seja, estão ligadas a uma atividade temporária ou a uma situação excepcional.

O fato é que muitos administradores, notadamente nas outras esferas de governo, confundem, talvez de modo malicioso, os conceitos de atividade temporária e permanente, bem como a excepcionalidade do serviço, como forma de burlar o concurso público e buscar

de todas as formas agradecer os eleitores mais próximos.

A atividade temporária deve ser entendida como aquela que não está relacionada com as atividades essenciais do estado, e que não necessitam de uma continuidade, pois, uma vez realizada a atividade, se exaure para o ente estatal o objeto que originou a contratação.

Um caso clássico que pode ser tomado como uma atividade temporária é a contratação de pessoal para a realização de pesquisas e estatísticas do IBGE, no qual uma vez realizado o objeto, qual seja, a pesquisa, se exaure o motivo da contratação, pois a atividade é temporária.

Por outro lado, a necessidade excepcional diz respeito a uma situação de imprevisibilidade, ou seja, que não tinha condições de ser percebida pela Administração Pública, decorrente de caso fortuito ou força maior, podendo, dessa forma, abarcar atividades de caráter permanente.

Exempli gratia, pode-se citar o caso de uma epidemia que assolou alguns estados do país. Ora, é notório que a saúde pública é uma atividade permanente dos entes estatais, mas que, neste momento, em razão da imprevisibilidade da situação e da carência de profissionais de saúde que possam atender a população em uma situação que não era previsível, torna-se necessária a contratação temporária de profissionais desta área, com base justamente na excepcionalidade da situação, já que não seria razoável esperar todo o trâmite de um concurso público para que fossem contratados estes profissionais, pois a situação exige medidas urgentes.

Pois bem, feito estes esclarecimentos, passa-se à análise de algumas situações que vem sendo vislumbradas na prática e que vão de encontro às características essenciais para a contratação temporária no âmbito da Administração Pública, acrescentando-se dentro destas características o princípio do devido processo legal substantivo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de considerar que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital, tem o direito público subjetivo à nomeação. No entanto, caso o candidato tenha sido aprovado além do número de vagas previsto no edital, e o concurso não era cumulativo para cadastro de reserva, não tem o candidato direito público subjetivo, mas simples expectativa de direito.

A situação até este ponto é simples, mas, na hipótese bastante corriqueira do candidato com mera expectativa de direito, que teve preterida sua nomeação pelo fato da Administração Pública, dentro de sua discricionariedade, contratar temporariamente um profissional para exercer as mesmas funções para qual o candidato foi aprovado, mas que, pelo fato de ter expectativa de direito, não pode se insurgir contra a contratação e exigir a sua investidura.

Indo mais além, e na hipótese do término da duração de um concurso público para cargos de professores ou profissionais de saúde, e a Administração Pública, logo após o término do

prazo, lança um edital, mas para um processo seletivo simplificado para a contratação temporária de 1500 professores ou 1000 profissionais da área de saúde, será que nesta situação atende-se aos requisitos para a contratação temporária, e até mesmo atende ao princípio do devido processo substantivo?

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar sobre a primeira hipótese, indicando justamente que o candidato aprovado além do número de vagas previsto no edital, não teria o direito à nomeação. No entanto, por ter se tratado de um mandado de segurança, não teve como adentrar no mérito da legalidade do ato da contratação temporária de profissional para a área correspondente ao concurso realizado.

Na situação em apreço, o ajuizamento da ação popular, talvez seja o meio mais adequado ao candidato de se atingir, não o fim da convocação, mas de afastar a contratação esdrúxula por parte da Administração Pública, justamente para questionar a legalidade do ato da contratação temporária, pois, se existia um concurso público em andamento, pode-se concluir facilmente que a atividade é de caráter permanente, sendo que, havendo a excepcionalidade que ensejou a contratação, nada mais razoável que convocar os excedentes do concurso em andamento, em preferência sobre os demais, para que fossem celebrados os contratos temporários.

É justamente no princípio da razoabilidade que podemos encontrar a principal base a ser tomada para afastar a maliciosa discricionariedade da Administração Pública na tentativa de burlar o concurso público, mitigando o livre acesso aos cargos e empregos públicos, fazendo da contratação temporária, instrumento de troca de favores.

As necessidades excepcionais são em muitas das vezes traduzida pelas leis que autorizam a contratação temporária por conceitos vagos, indeterminados, justamente pela imprevisibilidade do legislador de vislumbrar todas as situações que tenham esse aspecto, mas esses conceitos vagos que vão se traduzir em uma discricionariedade por parte da Administração Pública, não pode ser interpretada fora de um devido processo substantivo.

Cabe destacar também que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já considerou inconstitucional leis que autorizavam a contratação temporária, utilizando-se de situações bastante genéricas, conforme se infere na ementa a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CF, art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná. I. - A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação 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 casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence. III. - A lei referida no inciso IX do art. 37, CF,

deverá estabelecer os casos de contratação temporária. No caso, **as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade.** IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente (ADI 3.210 / PR - Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO - J. 11/11/2004 - Tribunal Pleno). Grifo nosso.

Essa margem de apreciação dos conceitos indeterminados devem ficar dentro de um âmbito seguro, ou seja, do razoável, pois, do contrário, pode o Judiciário apreciar a legalidade em afronta ao princípio do devido processo legal.

Analisando a relatividade da discricionariedade da Administração Pública, e a interferência do Poder Judiciário neste aspecto, Celso Antônio Bandeira de Melo informa que:

Ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbra ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo.

O princípio da razoabilidade e da proporcionalidade é em muitas das vezes utilizados como sinônimos, mas não cabe aqui a discussão sobre essa distinção, devendo-se apenas entender que a necessidade excepcional determinada para a contratação temporária tem que passar por um crivo de razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário zelar por essa observância, pois, não estaria adentrando no mérito administrativo, mas apreciado a sua legalidade, já que a razoabilidade é um direito fundamental, consubstanciado pelo devido processo legal.

A razoabilidade está ligada ao conceito de justiça, coerência, ou o que a doutrina do devido processo substantivo denomina de padrões de escrutínio, definido por Sebastião Tavares Pereira da seguinte maneira (2008, p. 199):

Os padrões de Escrutínio, em geral, envolvem a conjugação da aferição básica da razoabilidade da lei, da decisão ou do ato estatal, com um *plus*, um algo mais, considerado relevante em certo momento histórico pela Doutrina do Devido Processo Substantivo. Este acréscimo definidor de um novo Padrão de Escrutínio depende da Corte, de sua disposição perante determinada matéria, de sua composição transitória(ideologia dos juizes), dos valores e interesses que o momento histórico põe evidência e, até, da conjugação de forças entre os poderes instituídos.

Destarte, as leis e os atos administrativos devem ter uma qualificação, ou seja, serem razoáveis, estarem de acordo com o senso de justiça do povo, que é o titular do poder, não devendo se utilizar da margem de apreciação discricionária, nem tampouco o Judiciário se abster de sua função com base nesta margem, para admitir contratos temporários que fogem ao princípio da razoabilidade.

Ultrapassada a fase do entendimento do princípio da razoabilidade e perquirindo a hipótese acima avançada, percebe-se claramente que sempre que houver um concurso público em andamento e existir contratação temporária por parte da Administração Pública para os

cargos ou funções previstos no edital, o ato é nulo, pois fere demasiadamente o princípio da razoabilidade, ainda que o candidato somente tenha a expectativa de direito, pois, não é justo (razoabilidade) que aquele que se submeteu ao certame, tenha o seu direito de acesso aos cargos e empregos públicos tolhido, por outros que não se submeteram ao mesmo processo, e que, na maioria das vezes, provém de uma escolha subjetiva, cuja eficiência não fora demonstrada como determinada pela Constituição, qual seja, concurso público, pois, se é qualificado para assumir o cargo, também deve ser para passar no concurso.

A segunda hipótese acima mencionada foi do término de validade do concurso ou a finalização da lista dos candidatos aprovados no certame realizado, e a Administração Pública lança um edital para um processo seletivo simplificado para a contratação temporária de 1500 professores e 1000 profissionais de área de saúde, e não se deve abismar com os números mencionadas, pois de fato isso já ocorreu e vem ocorrendo em diversos entes estatais.

Percebe-se que a contratação feita pela Administração Pública fora para as áreas de educação e saúde, que, conforme a Constituição da República são funções essenciais dos entes estatais e, via de consequência, atividade permanente.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar em algumas ocasiões a situação dos contratos temporários, a exemplo da ADIN 890-1 do Distrito Federal, na qual foi apreciada a constitucionalidade da lei distrital de nº 418/03, que tratava sobre a contratação temporária nas empresas públicas e sociedade de economia mista.

O artigo 2º desta lei determinada as situações de necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visavam: I realizar pesquisas de caráter sócio-econômico; II- atender a situações de calamidade pública; III- permitir a execução de serviço profissional de notória especialização; IV executar atividades sazonais; V- desenvolver e implementar projetos especiais com orçamento próprio ou alocação de recursos não oriundos do orçamento do DF; VI- suprir mão-de-obra para a execução de atividades essenciais, quando sua interrupção vier a causar prejuízo direto à comunidade, desde que inexista pessoal concursado no Cadastro de Recurso Humanos; VII- atender a emergências provocadas por intempéries e VIII fornecer suporte administrativo às atividades desenvolvidas na forma dos incisos anteriores.

Na ocasião, o STF entendeu que dessas oito situações, somente a dos incisos II e VII, dizem respeito a situações que se enquadram na possibilidade de contratação temporária, as demais dizem respeito à atividade permanente devendo ser providas por servidores públicos concursados.

Cabe registrar, uma passagem do voto do Ministro Maurício Corrêa, o qual, analisando o dispositivo constitucional que possibilita a contratação temporária afirma que: “com efeito,

a cláusula constitucional – e aqui a interpretação restritiva se impõe-aos casos em que comprovadamente haja necessidade temporária de pessoal. Tal situação não abrange aqueles serviços permanentes que estão a cargo do Estado nem aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deve alocar, de forma planejada, os cargos públicos para isso suficientes, a serem providos pela forma regular do concurso público, sob pena de desídia e ineficiência administrativa”.

Acertada a decisão do STF e coerente com a CRFB/88. Ora, as atividades de educação e saúde fazem parte da atividade administrativa estatal, ou seja, estão dentro da sua esfera de previsibilidade, sendo que em situação normal, é flagrantemente inconstitucional a lei que possibilita a contratação temporária de pessoas para cargos em atividades permanentes.

O entendimento do STF também é seguido pela doutrina, como afirma Hely Lopes Meirelles par ao qual (1997, p.366):

todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço que visam a atender. Daí por que as funções permanentes da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares de cargos, e as transitórias, por servidores designados, admitidos ou contratados precariamente.

Em situação específica de contratação em áreas de atividade permanente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, analisando a contratação temporária de profissionais de saúde por parte de um ente estatal, também entendeu, já consagrando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, da completa inconstitucionalidade de se valer do disposto no art. 37, IX da CRFB/88 para a contratação temporária para atividades típicas do Estado, conforme ementa a seguir transcrita:

EMENTA: LEIS MUNICIPAIS - CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS POR PRAZO INDETERMINADO PARA FUNÇÕES TÍPICAS DA ADMINISTRAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE. - O Supremo Tribunal Federal vem interpretando restritivamente o art. 37, inc. IX, da Constituição Federal, impondo a observância das seguintes condições: 'a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional' (STF, ADI n. 1500/ES, Min. Carlos Velloso). Na ausência desses requisitos, mostram-se irregulares as contratações temporárias. - As normas da Constituição Estadual autorizam a Administração a contratar pessoal por tempo determinado desde que para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, independentemente da realização de concurso público, devendo ser a contratação realizada, de qualquer modo, dentro dos princípios da moralidade e da impessoalidade e sempre por prazo determinado. - Mas não se admite que a lei municipal possa contemplar a possibilidade de contratações precárias em atividades permanentes ou rotineiras da Administração que, com um planejamento adequado, podem ser exercidas satisfatoriamente, sem a admissão de servidores temporários. (ADIN nº 10000.08.482511-6/000, Rel. Wander Marotta, Publicado em 16/04/2010)

Destarte, mais uma vez, na situação acima mencionada, entendo que o cidadão deve pleitear por meio de ação popular a devida anulação do ato administrativo que possibilitou a contratação dos professores e profissionais da área de saúde, pois estas áreas são de atividade permanente e a contratação temporária nesse contexto é uma flagrante burla ao concurso

público, que exige uma medida eficaz por parte dos órgãos fiscalizadores, a exemplo do Ministério Público, Tribunais de Contas e Ordem dos Advogados do Brasil.

A situação é mais grave, pois, configura verdadeiro ato de improbidade administrativa, por afronta direta aos princípios da moralidade e eficiência, devendo haver a sanção adequada, com o fito de inibir essa prática tão corriqueira e uma verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito, possibilitando que todos tenham acesso aos cargos e empregos públicos de maneira igual, sem privilégios ou formas para tentar burlar o regime democrático e a livre investidura no serviço público.

Referência Bibliográfica

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22 edição. Editora Malheiros. São Paulo, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Relatividade da Competência Discricionária. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ –Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 3, junho, 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 29 de janeiro de 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Sebastião Tavares. *Devido Processo Substantivo (Substantive Due Process)*. Florianópolis: Conceito editorial, 2008.