Parecer nº 073/2017

Projeto de Lei nº193/2017, que "Dispõe sobre a admissão de pessoal por tempo determinado, a fim de atender necessidades temporárias de excepcional interesse público, consoante o que preceitua o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal e a Lei nº 2.620/1990". Constitucionalidade. Ressalvas.

Trata-se de solicitação de parecer, formulado pelo Vereador Aquiles Pires, datado de 11/12/2017, acerca do Projeto de Lei nº 193/2017, que "Dispõe sobre a admissão de pessoal por tempo determinado, a fim de atender necessidades temporárias de excepcional interesse público, consoante o que preceitua o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal e a Lei nº 2.620/1990". Recebida a solicitação de parecer em 13/12/2017. Devidamente autuado e rubricado até fls. 07.

Em linhas gerais, o PL em voga trata da contratação temporária de servidores públicos. Na solicitação de parecer de fls. 07 são indagados dois aspectos: 1) desnecessidade de processo seletivo para atender situações de calamidade pública; 2) necessidade de contrato administrativo.

Assim dispõe a Constituição Federal sobre os contratos tratados pelo PL nº 193/2017:

> *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;*

Na mesma linha a Constituição Estadual:

> *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 compõe, observará os princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da legitimidade, da participação, da*

> *razoabilidade, da economicidade, da motivação 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;*

E, finalmente, a Lei Orgânica:

> *Art. 23. A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.*

Os contratados temporários exercem a função pública mediante a dispensa de concurso público, mas sujeitos a processo seletivo simplificado sujeito à ampla divulgação, ao menos no âmbito federal, consoante dispõe a Lei nº 8.745/93[1].

O art. 2º do PL traz situações que se consideram como caracterizadoras da necessidade temporária de excepcional interesse público, cabendo algumas considerações:

1) as situações de emergência não podem ser configuradas quando há uma inércia anterior por parte do Poder Público, como, por exemplo, em situação que poderia antever a necessidade de futura contratação e que não foram tomadas as providências necessárias a fim de se evitar a situação excepcional, portanto, fruto da omissão, da ausência de planejamento adequado das necessidades;

2) necessidade de satisfação de necessidades "especiais e sazonais". Há que se explicitar, ainda que minimamente, quais situações são estas para que se alcance o real objeto de normatização, evitando-se que sejam mantidos conceitos "abertos".

Frise-se ser prudente que situações caracterizadas no art. 2º do P, sejam precedidas de decreto.

Vislumbra-se que junto ao §2º do art. 2º consta que "È vedado o desvio de função de pessoa contratada, na forma deste título". Esclareça-se, não deve ser vedado o desvio de função somente na forma especificada, mas em geral em toda a Administração Pública. Ressalte-se que a aceitação de desvio de função poderá gerar consequências patrimoniais negativas à Administração, tal como o pagamento de diferenças salariais[2], causando prejuízo ao erário, além de caracterizar-se como uma situação contrária à lei.

---

[1] Art. 3º O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público.

[2] APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SANTA MARIA. DESVIO DE FUNÇÃO COMPROVADO. 1. O desvio de função, embora não dê ensejo ao reenquadramento do servidor, gera direito às diferenças vencimentais, desde que devidamente comprovado, sob pena de locupletamento ilícito da Administração Pública. 2. O valor pago ao demandante sob a rubrica gratificação regime suplementar de trabalho se refere à carga horária e não às funções exercidas, não servindo

No que se refere à forma de contratação, contrato administrativo em desfavor da contratação celetista, mostra-se calcada no Parecer nº 31/2010, TCE/RS, assim emendado (anexo na íntegra):

> *Consequências da Medida Cautelar na ADI nº 2.135-4, em que o STF determinou o retorno da redação originária do art. 39, "caput", da Constituição Federal, em face de vício formal na votação da nova redação daquele dispositivo dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Acolhimento da Informação nº 031/2010, da Consultoria Técnica deste Tribunal, com exceção ao subitem g.3 do item 5 das conclusões, tendo em vista a impossibilidade de adoção do regime celetista nas contratações por tempo determinado, de excepcional interesse público de que trata o art. 37, IX, da Constituição Federal, em face da jurisprudência consolidada de nossos Tribunais.*

Assim sendo, o parecer, s.m.j., de caráter opinativo[3], é pela constitucionalidade do PL nº 193/2017, com as ressalvas lançadas.

Sant'Ana do Livramento, 15 de dezembro de 2017.

Christiano Fagundes da Silva

Procurador Jurídico

---

para remunerar as atividades desempenhadas em desvio de função. APELAÇÃO IMPROVIDA (Apelação Cível Nº 70075623819, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 11/12/2017)

[3] STF. MS 24073.

PARECER 31/2010

Consequências da Medida Cautelar na ADI nº 2.135-4, em que o STF determinou o retorno da redação originária do art. 39, "caput", da Constituição Federal, em face de vício formal na votação da nova redação daquele dispositivo dada pela Emenda Constitucional nº 19/98. Acolhimento da Informação nº 031/2010, da Consultoria Técnica deste Tribunal, com exceção ao subitem g.3 do item 5 das conclusões, tendo em vista a impossibilidade de adoção do regime celetista nas contratações por tempo determinado, de excepcional interesse público de que trata o art. 37, IX, da Constituição Federal, em face da jurisprudência consolidada de nossos Tribunais.

O Excelentíssimo Conselheiro Victor Faccioni encaminha, para fins de emissão de parecer, consulta formulada pela Câmara Municipal de Vereadores de São Francisco de Paula, levando em consideração as dúvidas que decorrem de projetos relativos a reforma administrativa naquele Município em face da adoção, por aquele Município, do regime celetista para seus agentes, nos seguintes termos:

> Diante do exposto, e para melhor analisar as referidas propostas, e entendendo que é possível ocorrer esta situação em outros Municípios do Estado, consultamos este e. Tribunal de Contas sobre as seguintes dúvidas:
>
> A) Atualmente, é possível manter o regime Celetista, ou é OBRIGATÓRIA a implementação de REGIME JURÍDICO ÚNICO, ou seja, com vínculo administrativo, regido por ESTATUTO PRÓPRIO, para os servidores, nos Municípios?
>
> B) É possível a realização de CONCURSO PÚBLICO, quando o

regime de trabalho dos Municípios ainda for regido pela CLT?

A consulta foi enviada à Consultoria Técnica deste Tribunal que, competentemente, expediu a Informação nº 031/2010, em que fez minuciosa e adequada consolidação dos entendimentos constantes nesta Corte sobre a matéria objeto da consulta. No item 5, trouxe as conclusões relativas a esses entendimentos, nos seguintes termos:

> **5.** Assim, a partir da Decisão do STF exarada na **ADIn nº 2.135-4**, publicada no Diário da Justiça Eletrônico – DJe no dia **07-3-2008**, no que se refere ao "*Pedido de medida cautelar deferido*," "*quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal,* ***ressalvando-se****, em decorrência dos efeitos ex nunc da decisão,* ***a subsistência****, até o julgamento definitivo da ação, da* ***validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações*** **eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso**", em cotejo com o **Parecer Coletivo nº 4/2008**, e com a **Promoção MPC nº 0124/2010**, emitida no **Processo nº 7.736-02.00/09-3** e **respectivo Despacho do Conselheiro-Relator**, podemos **concluir** que:
>
> **a)** *ficou assentada a eficácia ex nunc da decisão liminar concedida, razão pela qual foi ressalvada "a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da* ***validade dos atos anteriormente praticados*** *com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.*"; (Grifamos.)
>
> **b)** "*não mais subsiste, portanto, o duplo regime jurídico previsto pela Emenda Constitucional nº 19, que revogou a norma constitucional originária para dar-lhe nova redação, por sua vez agora suspensa, com retorno ao texto original que enfatiza a existência de um regime jurídico único para servidores públicos da administração direta, suas autarquias e fundações públicas*";
>
> **c)** "***a partir da decisão do STF****, os entes federados, Estados e Municípios inclusos, não mais podem elaborar leis regulando contratações no serviço público pelo regime celetista. Todavia, todas as leis desta natureza, editadas durante a vigência da Emenda nº 19,* ***são válidas para fundamentar contratações pelo regime celetista efetuadas até a decisão proferida na ADIn em comento***", ou seja, até 06-3-2008 (dia imediatamente anterior ao da publicação dessa decisão no DJe). "*A partir daí, no entanto, perderam sua validade*

porque não mais respaldadas pelo texto constitucional". Nos autos do Processo nº 10.002-02.00/07-9 (no qual foram emitidas a Informação nº 031/2007 e o Parecer nº 25/2007 da Auditoria), restou consignada a data como sendo 13-8-2007, que correspondia ao dia precedente ao da publicação da mencionada Decisão no Diário Oficial da União. Contudo, essa Decisão foi republicada, desta feita, no DJe de 07-3-2008, com adendos, dando enfoque distinto do anterior;

d) "*na forma da Constituição da República, a admissão em cargos, empregos e funções públicas se faz por concurso público. Por ora, e enquanto não decidido o mérito da ADIn nº 2135-4, o recrutamento de pessoal,* ***de forma ordinária****, se fará para* ***o regime jurídico único (estatutário)***";

e) havendo lei local que tenha sido editada (incluída a respectiva publicação) no período entre **04-06-1998**, data da promulgação e entrada em vigor da EC nº 19/98, e o dia imediatamente anterior (**06-03-2008**) ao da publicação da mencionada Decisão do STF, no DJe, criando empregos (regime celetista) para determinadas funções, tal norma subsiste "*mas apenas* ***para preservar a validade****, no mínimo até a decisão de mérito,* ***dos atos admissionais até então praticados sob o regime celetista***". A partir de ***07-3-2008, as normas "perderam sua validade porque não mais respaldadas pelo texto constitucional***"; (Grifos nossos.)

f) afora as exceções adiante ventiladas, as ***admissões ocorridas a partir de 07-3-2008***, cujos empregos foram criados e os concursos realizados antes da referida data, não poderão subsistir nesse regime, cabendo à autoridade responsável as devidas providências, no que diz com a alteração do regime jurídico;

g) a partir de 07-3-2008, o entendimento a vigorar seria o anterior à EC nº 19/98, no que tange ao regime jurídico único, no caso, o **estatutário, ressalvadas**:

g.1) a contratação para "*Programas Temporários de Governo, de qualquer nível da federação*", os quais, considerando sua transitoriedade e "*singularidade (...) permitem* ***exceção à regra*** *- ainda que transitória decorrente da decisão do STF - de admissibilidade no serviço público por regime jurídico único e que permite a contratação pelo regime celetista, precedido de processo seletivo, desde que tais Programas tenham vinculação às Ações e Serviços Públi-*

cos de Saúde previstos na Emenda Constitucional nº 51/2006 e regulamentados pela Lei nº 11.350, de 05/10/2006, porque o texto constitucional e sua lei regulamentadora autorizam esta forma de admissão de pessoal destinada a estes Programas."

"A Lei Federal nº 11.350/06, por sua vez, é, da mesma forma que a EC 51/06, norma especial, precípua à regulamentação deste comando constitucional e deixa claro, em seu art. 8º, que os ***Agentes de Saúde e de Endemias*** *são admitidos pelo regime celetista, regulado pela Consolidação das Leis do Trabalho,* ***salvo se Estados, Distrito Federal e Municípios disponham ser outro o regime, no caso, o estatutário"***;

g.2) ***"contratação de pessoal para o Programa PIM - Primeira Infância Melhor, do Governo do Estado do RS.***

"O Programa PIM, criado pela Lei Estadual nº 12.544, de 03/07/2006, ***enquadra-se no conceito de Programa Temporário de Governo, sem prazo definido de duração, sujeito a alteração/extinção repentina,"*** desta forma, *"infere-se que o Programa PIM se insere nas ações de proteção à saúde compatibilizando-se, assim, com o objetivo posto na EC 51/2006, que é dar atendimento ao comando constitucional do art. 198 da CF, segundo o qual as ações e serviços públicos de saúde constituem um sistema único. Para isso prevê aquela Emenda a contratação de agentes públicos específicos, admitidos para um regime jurídico celetista.*

"Como assim é, não parece despropositado aceitar que servidores públicos admitidos para atuarem em Programas Temporários de Governo possam ser regidos pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, admitidos por processo seletivo, nos mesmos moldes aplicados aos Agentes de Saúde e Agentes de Endemias, desde que tais Programas de Governo tenham vinculação com a concretização do direito constitucional à saúde, ficando assim excluídos, a latere, da decisão do STF, prolatada em sede cautelar na ADIn nº 2535-4. (...)";

g.3) a contratação temporária por excepcional interesse público, nos estritos termos do **art. 37, inciso IX da Constituição Federal,** contratação esta que pode ocorrer sob o regime consolidado;

h) a teor do entendimento firmado no Parecer nº 30/99 da Auditoria, que fora exarado após a edição da EC nº 19/98 (**e antes, portan-**

to, de 07-3-2008) e tratara também de situação envolvendo a então alteração do *caput* do art. 39 da Constituição Federal, regime jurídico e "*carreiras de Estado*", remanesceria "*a prevalência do regime jurídico estatutário sobre o regime celetista para a regulação dos servidores públicos, relegando-se a contratação pelo regime celetista tão-somente para aquelas atividades não típicas de Estado*". É claro que, após a decisão do STF em comento, a admissão de servidores para o exercício de atividades não típicas de Estado somente poderia ocorrer pelo regime jurídico estatutário. A possibilidade de submissão ao regime celetista abarcaria tão-somente os servidores que houvessem sido admitidos anteriormente à aludida decisão;

i) a partir de 07-3-2008, observadas as ressalvas feitas nos subitens "**g.1**" e "**g.2**" das presentes conclusões, não mais poderiam ser realizados concursos públicos para o preenchimento de empregos públicos pelo regime celetista e nem admitidos servidores por esse regime, embora aprovados em concurso público realizado antes da citada data;

j) conforme o contido no Parecer Coletivo nº 4/2008, "***alerta-se para o fato de que todas as questões abordadas (...) deverão ser revistas quando for proferida a decisão de mérito - definitiva - na ADIn nº 2.135-4, pelo Supremo Tribunal Federal***".(Grifamos.)

Finalmente, registramos que, consoante o **Processo nº 2.250-02.00/10.7**, que tramita e pende de decisão, o **Executivo Municipal de São Francisco de Paula** formulou consulta referente à transposição de regime jurídico e instituição de Regime Próprio de Previdência Social. Assim, embora os temas lá tratados não sejam idênticos aos abordados neste Expediente, sugerimos que seja dado conhecimento da decisão a ser exarada no presente Processo ao referido **Executivo**, bem como aos **Executivos Municipais de Porto Xavier** e **Pejuçara**, haja vista que anteriormente cientificados do teor da Informação nº 031/2007, ora alterada neste Expediente. Propomos, ainda, a ciência a todos os demais jurisdicionados da Corte, em cuja Administração o tema aqui tratado possa ter algum reflexo.

É o relatório.

A Informação nº 031/2010, da douta Consultoria Técnica, por refletir adequadamente o entendimento jurisprudencial sobre a matéria, pode ser acolhida como orientação técnica a ser dada por este Tribunal, até porque reflete a orientação que, sobre o tema vem sendo construída por esta Corte.

O único reparo a ser feito diz respeito à conclusão do subitem g.3 do item 5, que afirma que a contratação temporária de excepcional interesse público, a que se refere o art. 37, IX, da Constituição da República, poderia ser feita por contrato celetista. A afirmação assim feita transforma a exceção em regra. A regra é que a contratação se dá por vínculo especial, de natureza administrativa, estabelecido em lei, **sem que se trate de contrato de trabalho.** Não é por outra razão que a jurisprudência consolidada no Tribunal de Justiça afirma a submissão à Justiça comum, e não à Justiça laboral, a resolução das lides que decorram dessas contratações, conforme se vê, entre outros, pelo acórdão cuja ementa é a seguir transcrita:

> **EMENTA:** APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES. DISPENSA ANTECIPADA. 1. Verificando-se que o vínculo entre as agentes temporárias e o ente público possuía natureza administrativa, e não trabalhista, não há que se falar em competência da Justiça do Trabalho para julgamento do feito. 2. Mostra-se regular a dispensa antecipada de agente contratado por prazo determinado, desde que possua fundamento em relevante razão de interesse público, como ocorreu na hipótese sob comento, não se podendo falar em irregularidade da conduta do Detran. Precedentes desta Corte e do STJ. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70030636492, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 30/07/2009)

A contratação submetida à legislação trabalhista somente será possível nas hipóteses em que se trate de contratação temporária em que o vínculo previsto para a entidade contratante possa ser o trabalhista, tal como ocorre para empresas públicas e sociedades de economia mista, "ex vi" do art. § 1°, II, da Constituição da República, bem como as decorrentes de contratação dos agentes a que se refere o art. 198, §§ 4° a 6°, da mesma Carta.

Em conclusão, deve ser acolhida a Informação nº 031/2010, da Consultoria Técnica, por retratar adequadamente o entendimento deste Tribunal e dos Tribunais judiciários sobre a matéria, com a ressalva que aqui se faz.

É o parecer, s.m.j.

Auditoria, 24 de novembro de 2010.

Pedro Henrique Poli de Figueiredo
Auditor Substituto de Conselheiro

Processo nº 06185-0200/10-7