



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

ELANO LIMA DE OLIVEIRA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES NA SELEÇÃO DE
SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS TEMPORÁRIOS – ANÁLISE DA LEI
8.745/93**

FORTALEZA

2013

ELANO LIMA DE OLIVEIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES NA SELEÇÃO DE SERVIDORES
PÚBLICOS FEDERAIS TEMPORÁRIOS – ANÁLISE DA LEI 8.745/93

Monografia submetida à Coordenação de
Graduação em Direito da Universidade Federal do
Ceará, como requisito para a obtenção do grau de
bacharel em Direito. Área de concentração:
Direito Constitucional e Direito Administrativo

Orientador: Prof. Dimas Macedo

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- O48i Oliveira, Elano Lima de.
A inconstitucionalidade das restrições na seleção de servidores públicos federais temporários: análise da lei nº 8.745/93 / Elano Lima de Oliveira. – 2013.
72 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2013.
Área de Concentração: Direito Administrativo e Constitucional.
Orientação: Prof. Me. Dimas Macedo.
1. Servidores públicos. 2. Inconstitucionalidade das leis. 3. Emprego temporário - Brasil. 4. Serviço público – Seleção e admissão – Brasil. I. Macedo, Dimas (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

ELANO LIMA DE OLIVEIRA

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES NA SELEÇÃO DE SERVIDORES
PÚBLICOS FEDERAIS TEMPORÁRIOS – ANÁLISE DA LEI 8.745/93

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Constitucional e Direito Administrativo

Aprovada em ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. LD Dimas Macedo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Msc. Llm Emanuel de Abreu Pessoa
Harvard University

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

ÉPIGRAFE

*"Uma nação que confia em seus direitos, em vez de confiar em seus soldados, engana-se a si mesma e prepara a sua própria queda."
(Ruy Barbosa)*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dimas Macedo, pelo tempo dedicado a me conceder valiosas orientações, considerando a complexidade temática, sempre se mostrando paciente e acessível às minhas indagações e questionamentos.

Agradeço aos integrantes da Banca Examinadora, Prof. Emanuel Pessoa e ao Prof. Raul Nepomuceno, pelas colaborações e sugestões, tanto no presente trabalho, como ao longo de todo curso de Direito.

Agradeço aos meus familiares, especialmente ao meu pai Agamenon Queiroz, à minha mãe Lúcia Maria e ao meu irmão Aleno Oliveira, por todo o apoio, carinho e compreensão que me foram dados de modo incondicional durante toda minha vida.

Agradeço à Marianna Theali, por todo o companheirismo e amor compartilhados durante todos os anos que estamos juntos.

Agradeço aos professores deste Curso de Direito, pelas grandes lições e ensinamentos que ajudaram na minha formação profissional e pessoal, cada qual à sua maneira.

Agradeço aos amigos, tanto os conquistados ao logo do curso, como os que tenho ao meu lado desde antes, pelos momentos alegres e inesquecíveis que compartilhamos até então.

RESUMO

Nesta monografia buscou-se realizar um estudo bibliográfico e crítico quanto à constitucionalidade das restrições na contratação de servidores federais temporários. A regra da obrigatoriedade da aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, prevista no art. 37, inciso II da Constituição Federal, para o provimento de cargos, emprego e funções públicas admite exceção. No inciso IX do artigo mencionado, existe a previsão constitucional de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, a União editou a Lei nº 8.745/93, para regular a matéria em âmbito federal. Ocorre que o inciso III do art. 9º dessa Lei prevê um período de 24 (vinte e quatro) meses durante o qual o servidor que já fora contratado temporariamente com base nessa lei não pode realizar novo contrato temporário com a Administração Pública. Trata-se de restrição que causa indignação de vários cidadãos que buscam o provimento judicial a fim de solucionar o impasse. As decisões convergem no sentido de que o dispositivo em questão é inconstitucional por violar os princípios da isonomia e amplo acesso aos cargos públicos. Verificar-se-á que o presente problema realmente fere a constituição e os direitos fundamentais nela postos, abordando o tema de acordo com os postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Palavras-chave: Contratação Temporária, União, Restrições, Constitucionalidade, Princípios.

ABSTRACT

This monograph sought to conduct a literature review and critical of the constitutionality of restrictions on hiring temporary federal employees. The rule of mandatory prior approval to tender in art. 37, item II of the Federal Constitution, to the provision of jobs, employment and public functions admits exception. In section IX of the mentioned article, there is a constitutional provision contracting for a specified time to meet a temporary need of exceptional public interest. Because it is a constitutional rule of limited effectiveness, the Federal Government enacted Law n. 8.745/93 to regulate the matter. Occurs that the item III of art. 9º of that Act provides for a period of 24 (twenty four) months during which the person that had been hired temporarily under the law cannot make a new contract with the Public Administration. This is causing outrage constraint several citizens who seek legal provision to resolve the issue. Decisions converge in the sense that the device in question is unconstitutional because it violates the principles of Equality and Broad Access to Public Service. It will be analyzed this problem really hurts the constitution and fundamental rights, addressing the issue in accordance with the postulates of reasonableness and proportionality.

Keywords: Temporary Hiring, Federal Government, Restrictions, Constitutionality, Principles.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	SERVIDORES PÚBLICOS.....	13
2.1	Considerações iniciais.....	13
2.2	Cargo, emprego e função – sentido, alcance e fundamento.....	14
2.3	Classificação.....	17
2.3.1	<i>Servidores públicos civis e militares</i>	18
2.3.2	<i>Servidores públicos comuns e especiais</i>	18
2.3.3	<i>Servidores públicos estatutários, trabalhistas e temporários</i>	19
2.4	Servidor público temporário.....	19
2.5	Contratação por tempo determinado.....	21
3	NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS.....	22
3.1	Considerações iniciais.....	22
3.2	Eficácia dos princípios.....	25
3.3	Força normativa dos princípios.....	27
3.4	Postulados normativos.....	29
3.4.1	<i>Ponderação</i>	31
3.4.2	<i>Concordância prática</i>	31
3.4.3	<i>Proibição de excesso</i>	31
3.4.4	<i>Igualdade</i>	32
3.4.5	<i>Razoabilidade</i>	33
3.4.6	<i>Proporcionalidade</i>	35
3.4.7	<i>Diferenças entre razoabilidade e proporcionalidade</i>	40
3.4.8	<i>Questão terminológica</i>	41
4	SELEÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS TEMPORÁRIOS... 41	41
4.1	Previsão constitucional.....	42
4.2	Provimento.....	42
4.2.1	<i>Concurso público</i>	42
4.2.2	<i>Processo seletivo simplificado</i>	44
4.3	Análise da lei nº 8.745/93.....	45
4.4	Caso prático – contratação de professores substitutos pelas universidades federais.....	49
4.5	Análise da constitucionalidade da restrição prevista no inciso III do art. 9º da lei nº 8.745/93.....	52
4.5.1	<i>Princípios aplicáveis à espécie</i>	52
4.5.1.1	<i>Ampla acesso aos cargos, empregos e funções públicas</i>	53
4.5.1.2	<i>Legalidade estrita</i>	54
4.5.1.3	<i>Moralidade</i>	55
4.5.1.4	<i>Publicidade</i>	58
4.5.1.5	<i>Isonomia</i>	59
4.5.1.6	<i>Razoabilidade e proporcionalidade</i>	63

5	CONCLUSÃO.....	66
	REFERÊNCIAS.....	67
	ANEXO I – LEI Nº 8.745/93.....	69

1. INTRODUÇÃO

A principal ideia de Estado Democrático de Direito funda-se no poder que emana do povo, podendo ser por ele exercido ou não, nos termos do art. 1º, parágrafo único, Constituição Federal.

Atribui-se este poder ao Estado, entendido como o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que exercem o poder público. É certo que o Estado não tem existência concreta por si mesmo, mas através dos atos de pessoas físicas que atuam em seu nome, mostrando determinada vontade, sendo estes atos imputados ao Estado.

Essas pessoas são chamadas de agente públicos, elementos subjetivos do Estado. Pela divisão clássica da doutrina, os servidores públicos são espécies do gênero agentes públicos, sendo aqueles um dos pontos a serem abordados no presente estudo.

Como forma de efetivar o princípio democrático do Estado brasileiro, deve ser indispensável que o povo possa exercer o poder estatal na qualidade de servidores públicos. Surge, então, a principal forma de acesso aos cargos públicos: o concurso público.

O concurso público é o principal instrumento de acesso aos cargos públicos, tendo regramento específico na Constituição Federal. É o método por meio do qual o Estado busca prover os cargos, empregos e funções públicas selecionando os melhores candidatos de acordo com uma abordagem o mais objetiva possível, evitando subjetivismos. De tal sorte, o concurso público é garantidor dos princípios constitucionais da isonomia, moralidade administrativa e eficiência no serviço público, dentre outros.

Há, no entanto, casos constitucionalmente previstos que excetua a regra de provimentos de cargos e funções públicas por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos. Previsto no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, pode o ente público optar por não realizar o certame para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, mas sempre observando os princípios constitucionais da Administração Pública previstos no caput do art. 37, quais sejam: legalidade; impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No âmbito federal, a União, tendo em vista a necessidade de lei regulamentadora para a matéria, editou a Lei nº 8.745/93, que regula os casos de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Por diversas vezes, as universidades federais têm-se utilizado dessa lei para realizar a contratação de professores substitutos temporários, cuja possibilidade encontra-se prevista no art. 2º, IV do referido diploma legal.

O legislador, porém, impôs um prazo de vinte e quatro meses, contados do encerramento do contrato anterior, durante o qual o indivíduo não pode ser contratado novamente para o mesmo cargo com o mesmo fundamento da lei, isto é, para atender necessidade temporária e excepcional interesse público. Parte da doutrina e jurisprudência fundamentam tal restrição, sobretudo, para resguardar a moralidade administrativa, impedindo que esses contratos temporários tornem-se permanentes por via oblíqua, isto é, por reiteradas recontrações.

Deve-se, contudo, olhar com cautela as hipóteses restritivas de acessibilidade aos cargos públicos, entendido com princípio que garante ampla participação nos concursos públicos a brasileiros, de acordo com o requisitos legais, observados a natureza do cargo e a complexidade das funções a serem exercidas.

As limitações legais para acesso aos cargos públicos devem prever critérios razoáveis e legítimos, sob pena de ofensa ao texto constitucional, ganhando relevância, portanto, no presente estudo, o postulado da razoabilidade, juntamente com o princípio da igualdade, buscado garantir iguais chances a todos de ingressarem no cargo público.

Muitos indivíduos, aprovados em processos seletivos simplificados ou concursos públicos para cargos públicos temporários, são, no entanto, impedidos de assumirem os cargos de professor substituto, com fundamento na inobservância do prazo de vinte e quatro meses estabelecido no art. 9º, III da Lei n. 8.745/93.

O que se busca com esse prazo de quarentena é, na verdade, evitar que a Administração Pública perpetue os contratos por tempo determinado, prezando-se para a realização de concursos públicos para provimento de cargos efetivos, haja vista que a necessidade há de ser temporária e excepcional para interesse público.

Percebe-se, assim, que o legislador ao invés de prever a restrição de inúmeras contratações por tempo determinado por parte do poder público, resolveu criar restrições para os candidatos a tais cargos.

Tem-se em vista que tanto o processo seletivo simplificado, como o concurso público (que não é obrigatório, mas pode ser sim feito), são realizados a partir da análise de elementos objetivos e impessoais, a fim de satisfazer o interesse público e rechaçar quaisquer vantagens de ordem individual.

A regra prevista no inciso III do art. 9º da Lei nº 8.745/93, que proíbe nova contratação de pessoal já contratado anteriormente, antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento de seu último contrato, afronta aos princípios da igualdade, amplo acesso aos cargos públicos e aos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, conforme se verá no desdobramento do presente estudo.

Com efeito, muitos professores, inconformados com a restrição, ingressaram com demandas judiciais a fim de buscar o direito de serem contratados novamente, dada a inconstitucionalidade da regra. Tendo em vista a complexidade do tema e a grande divergência entre doutrinadores e julgadores, muitos e contraditórios são os provimentos judiciais.

De tal sorte, dada a insegurança jurídica que se verifica nos Tribunais brasileiros, o presente trabalho mostra sua importância, na busca de uma solução justa e equilibrada, estudando doutrinadores e analisando os fundamentos das decisões judiciais divergentes.

2. SERVIDORES PÚBLICOS

2.1. Considerações iniciais

Servidores públicos, cumpre esclarecer, são espécies do gênero agentes públicos, expressão cujo sentido é bastante amplo. Agente público é “toda pessoa física que exerça, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, [...], mandato, cargo, emprego ou função pública.”¹ Existe, ainda, uma definição de agente público trazida pela lei:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.²

O artigo anterior faz referência à União, Estados, Distrito Federal e Municípios e a qualquer dos Poderes desses entes mencionados. Dada a generalidade do termo, como se pode constatar, a doutrina clássica, Celso Antônio Bandeira de Mello³ e José dos Santos Carvalho Filho⁴, costuma classificar os agentes públicos em: agentes políticos, agentes particulares colaboradores e servidores públicos.

Os agentes políticos são aqueles que exercem função política, de governo, de administração e de comando do Estado. Suas funções estão previstas na Constituição Federal e as exercem, em regra, temporariamente. São investidos, normalmente, por meio de eleição. A título de exemplo, são eles: Chefes do Poder Executivo (Presidente, Governador e Prefeito), seus auxiliares (Ministros e Secretários) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

¹ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 124.

²BRASIL, **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 25 de setembro de 2013.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 247.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 560-562

O vínculo de tais agentes entretêm com o Estado *não é de natureza profissional*, mas de *natureza política*. Exercem um *munus* público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros da *civitas* e, por isto, candidatos possíveis à condução dos destinos da Sociedade.⁵

Os agentes particulares colaboradores “executam certas funções especiais que podem se qualificar como públicas, sempre como resultado de um vínculo que os prende ao Estado.”⁶ Como exemplo, citam-se os jurados, as pessoas convocadas para serviços eleitorais e os concessionários e permissionários de serviços públicos.

A categoria dos servidores públicos é, sem dúvida, a mais ampla, compreendendo “[...] todos os agentes que, exercendo com caráter de permanência função pública em decorrência de relação de trabalho integram o quadro funcional das pessoas federativas, das autarquias e das fundações públicas de natureza autárquica.”⁷

Há, no entanto, quem pense de maneira a incluir na categoria de servidores públicos os empregados das entidades privadas da Administração Indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado).⁸

2.2. Funções, cargos e empregos públicos – sentido, alcance e fundamento

A Constituição Federal utiliza os termos cargo, função e emprego em diversas oportunidades, de tal sorte que é preciso entender o que cada um significa, bem como a relação destes com os servidores públicos.

As competências administrativas são definidas em lei e distribuídas em três planos distintos: entre as *peçoas jurídicas* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios e suas respectivas entidades da administração indireta), entre os *órgãos públicos* (Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e entre os *agentes públicos*. Os agentes públicos, por sua vez, ora titularizam cargos públicos, ora ocupam empregos públicos, ora exercem simplesmente funções públicas. Essas competências, portanto, empós [?] partidas entre as pessoas jurídicas estatais e administrativas, são distribuídas *in genere*

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 248.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 561.

⁷ *Ibid.*, p.564.

⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 1993, p. 306, e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Op. Cit.**, p. 250.

entre os órgãos e repassadas *in specie* entre seus cargos e empregos, ou repassadas diretamente a agentes sem cargo e sem emprego.⁹

José dos Santos Carvalho Filho assim define cargo público:

[...] lugar dentro da organização funcional da Administração Direta e de suas autarquias e fundações públicas que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente.¹⁰

A conceituação trazida por Fernanda Marinela merece ser transcrita, dada a sua clareza e precisão, entendendo o cargo público como “[...] a mais simples e indivisível unidade de competência a ser expressa por um agente público para o exercício de uma função pública.”¹¹

Por fim, Alexandre Mazza traz uma definição bem didática:

Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor, sendo criado por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (art. 3º da Lei n. 8.112/90). Estando o cargo vago, poderá ser extinto por decreto (art. 84, VI, da CF).¹²

Em suma, cargo público é o conjunto de atribuições/funções, criado por lei, que um servidor público estatutário ocupa, ingressando este mediante concurso público de provas ou provas e títulos ou nomeação.

O emprego público trata-se, à semelhança do cargo público, de um conjunto de atribuições específicas que determinado agente público desenvolve. A diferença reside, principalmente, no vínculo jurídico destes com a Administração Pública. Ao passo que os servidores ocupantes de cargo público têm um vínculo estatutário e institucional com o ente público (na União, Lei nº 8.112/90¹³), aquele ocupante de emprego público tem uma relação jurídica de natureza contratual/trabalhista, sendo regido, portanto, pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas).

Emprego público é a terminologia utilizada para identificar uma relação funcional de trabalho; é um núcleo de encargo de trabalho permanente a ser preenchido por agente

⁹ CUNHA JR., Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. Bahia: Jus Podivm, 2012, p. 275.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 581.

¹¹ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012, p. 613.

¹² MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 420.

¹³ BRASIL, **Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

contratado para desempenhá-lo, portanto, também conta com um conjunto de atribuições e responsabilidades, distinguindo-se das relações anteriores pelo regime adotado.¹⁴

Cumprir fazer uma breve observação sobre o emprego público. Muito embora nesse regime se apliquem as regras da CLT, é cogente, também, a aplicação de normas de regime público. A título de exemplo, a União editou a Lei nº 9.962/00¹⁵, que tem aplicação simultânea à CLT. Dentre as outras normas previstas nesse diploma legal, previu-se a regra da obrigatoriedade de concurso público, da acumulação ilegal de cargos, proibição de rescisão unilateral do contrato de trabalho etc.

Função pública, por sua vez, é “[...] atividade em si mesma, ou seja, é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos.”¹⁶

Fernanda Marinela é brilhante ao definir função pública:

Função pública consiste no conjunto de atribuições e responsabilidades assinaladas a um servidor; é a atividade em si mesma, ou seja, corresponde às inúmeras tarefas que devem ser desenvolvidas por um servidor. A criação e a extinção dessas funções também devem ser feitas por meio de lei.¹⁷

A função pública pode compreender dois significados. Pode corresponder às funções de chefia, direção ou assessoramento, que devem ser ocupadas por servidores efetivos da carreira. Tratam-se de cargos de confiança de livre provimento e exoneração, nos termos do inciso V do art. 37 da Constituição Federal.¹⁸

O termo função pública pode corresponder, também, a função exercida pelo servidor contratado temporariamente, com fito no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.¹⁹ São esses servidores contratados para atender à necessidade temporária e de excepcional interesse público.

¹⁴ MARINELA, Fernanda. **Op. Cit.**, p. 617.

¹⁵ BRASIL, **Lei nº 9.962 de 22 de fevereiro de 2000**. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 581.

¹⁷ MARINELA, Fernanda. **Op. Cit.**, p. 614.

¹⁸ CF, 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: [...] V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento

¹⁹ Art. 37. [...] IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público

A função pública nessa acepção da palavra será objeto do presente estudo, portanto, sempre que se falar em função pública estar-se-á referindo-se à função pública do servidor público contratado temporariamente.

De tal sorte, cumpre explicitar que a União editou a Lei nº 8.745/93, dispondo acerca da contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

Após a análise desses institutos (cargo, emprego e função), percebe-se que todo cargo ou emprego público, tem função, mas a recíproca não é verdadeira, tendo em vista que pode haver o exercício de determinada função pública sem a ocupação de cargo ou emprego, conforme explicação acima.

Em virtude do que foi exposto, cumpre esclarecer que a obrigatoriedade do concurso público não se aplica para o provimento das funções públicas, mas sim para cargos e empregos, é o que se depreende da leitura do inciso II do art. 37 da Constituição Federal, abaixo transcrito:

Art. 37. [...]

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; (grifo nosso)

Se for o caso de funções de confiança (chefia, assessoramento e direção), estas são de livre provimento e exoneração, ao passo que as funções temporárias são providas por meio e procedimento de seleção simplificado, nos termos da legislação de cada ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

2.3. Classificação

Para melhor visualizar cada grupo que compõe a categoria dos servidores públicos, utiliza-se a classificação proposta por José dos Santos Carvalho Filho²⁰, dado seu caráter didático e sua clareza explicativa.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 565.

2.3.1. Servidores públicos civis e militares

Essa classificação em servidores públicos civis e militares tem escopo na própria Constituição Federal, que se preocupou em dividir esses dois agrupamentos, estabelecendo para cada um deles normas específicas.

As normas concernentes ao servidores públicos civis da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive autarquias e fundações públicas, estão previstas do art. 39 ao art. 41 da Constituição Federal. Estes, embora a Emenda Constitucional nº 18/98 tenha alterado a nomenclatura²¹, são os servidores públicos civis.

No que toca aos militares, um novo sistema foi introduzido pela EC nº 18/98, de acordo com a qual se dividiu estes em militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios e dos militares da União, isto é, as Forças Armadas. O primeiro grupo está regulado pelo art. 42 da Constituição Federal, ao passo que o segundo tem regramento nos arts. 142 e 143 do mesmo diploma.

2.3.2. Servidores públicos comuns e especiais

Com a clareza da exposição de seus pensamentos, Carvalho Filho assim define os servidores públicos comuns: “Servidores públicos comuns são aqueles a quem incumbe o exercício das funções administrativas em geral e o desempenho das atividades de apoio aos objetivos básicos do Estado.”²²

²¹ Existe controvérsia doutrinária quanto ao uso do termo servidor público militar, em virtude da EC nº 18/98 ter abolido o termo servidor público civil e servidor público militar das seções a eles destinados, substituindo para servidores públicos e militares dos Estados, Distrito Federal e Territórios, respectivamente. Admitem o termo: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 2 ed. São Paulo: Editora RT, 1998, p. 308, e FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 617. Em sentido diverso: GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1992, utiliza a expressão “agentes militares”, e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p.482, entende abolido o termo pela modificação constitucional.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 566.

Os servidores públicos especiais, por sua vez, são aqueles que, dada sua relevância nas funções do Estado, têm seu estatuto definido por diploma legal específico regulador da carreira funcional, com suporte Constitucional. Nessa categoria se inserem os magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, membros dos Tribunais de Contas e membros da Advocacia Pública.

2.3.3. Servidores públicos estatutários, trabalhistas e temporários

Os servidores públicos estatutários, com o perdão de poder soar redundante, são aqueles servidores cuja relação de trabalho é disciplinada por estatutos. O estatuto é um diploma legal específico para o quadro funcional ao qual o servidor está vinculado. Nele contém as regras incidentes na relação jurídica entre servidor e Estado.

Os servidores públicos trabalhistas são aqueles submetidos ao regime de trabalho disciplinado pela CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), o que os deixam muito próximos dos empregados no campo privado.

Por fim, a categoria mais importante, para o presente estudo, é a dos servidores públicos temporários. A Constituição Federal previu a possibilidade de contratação de servidores públicos temporários em seu inciso IX, art. 37, com o intuito de atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Em virtude de ser essa categoria de servidores públicos objeto do presente trabalho, será analisada pormenorizadamente em tópico próprio a seguir.

2.4. Servidor público temporário

O servidor público temporário é aquele contratado, em caráter temporário e excepcional, para exercer função pública, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal.

Diferentemente do servidor público que ocupa cargo público efetivo, o servidor público temporário tem regime jurídico diverso daquele. O regime estatutário é característica

do primeiro, compreendendo o conjunto de regras que regulam a relação jurídica funcional entre o servidor e o Estado. A título de exemplo, o estatuto dos servidores públicos federais é a Lei nº 8.112/90.

Os servidores temporários tem um regime jurídico especial, dependendo de lei própria para tanto, nos termos do inciso IX do art. 37 da CF, uma vez que o texto constitucional utilizou-se da expressão “a lei estabelecerá”.

De tal sorte, bebendo da fonte doutrinária da aplicabilidade das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva, trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, vez que depende de lei regulamentadora para que possa realizar o objetivo nela posta.

Levando em conta a autonomia dos entes públicos federativos, é correto entender que compete a cada ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) a tarefa de editar lei reguladora dessa matéria, dispondo sobre a contratação dos servidores públicos temporários. Não podendo, portanto, nenhum ente público valer-se da lei de outro para inclusão dessa categoria de agente público nos seus quadros funcionais.

Cumpra também enfatizar o termo utilizado pela Constituição Federal, nela constando que a lei estabelecerá os casos de “contratação” desses servidores públicos temporários. Isso quer dizer que o constituinte já optou pela natureza contratual dessa relação funcional entre servidor temporário e Estado. José dos Santos, discorrendo sobre o assunto, diz que:

Cuida-se, de fato, de verdadeiro **contrato administrativo** de caráter **funcional**, diverso dos contratos administrativos em geral pelo fato de expressar um vínculo de trabalho subordinado entre a Administração e o servidor. Não obstante essa qualificação, a lei instituidora do regime certamente poderá incluir algumas normas que mais se aproximem do regime estatutário, que, inclusive, em aplicação subsidiária no que couber.²³

Percebe-se, então, que a natureza da relação jurídica é essencialmente contratual, podendo ter semelhanças com o próprio regime estatutário.

Em razão desse vínculo contratual firmado entre o servidor público temporário e Administração Pública, não se vislumbra a presença de vínculo trabalhista disciplinado pela CLT, sendo, portanto, a Justiça Federal competente para conhecer e julgar as causas relativas a questões entre o servidor público temporário e a União. Assim entendeu o Superior Tribunal de

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 574.

Justiça²⁴, o que implica que, quando se tratar de servidor público estadual contratado nesses termos, é o juízo estadual fazendário competente para julgar tais ações.

2.5. Contratação por tempo determinado

Como já afirmado anteriormente, a contratação por tempo determinado tem fundamento constitucional no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal brasileira, só podendo servir para suprir necessidade temporária de excepcional de interesse público. Nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

O inciso IX do art. 37 da Constituição de 1988 prevê outra forma de admissão de agentes públicos pela administração pública, diversa do provimento de cargos efetivos e do preenchimento de empregos públicos mediante concurso público e diversa da nomeação para cargos em comissão. Trata-se da contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.²⁵

Cabe, neste momento, explicitar quais são os requisitos que devem ser preenchidos a fim de dar ensejo a aplicação dessa norma. A transcrição do texto constitucional tornará essa tarefa mais fácil.

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

Primeiramente, é preciso que o ente público interessado em utilizar dessa norma constitucional (de aplicabilidade limitada) edite norma legal regulamentadora, conforme expressamente estabelecido pelo Carta Magna (“*a lei estabelecerá*”). De tal sorte, tendo em vista que o objeto do presente estudo se refere à seleção dos servidores públicos federais temporários, é imperioso analisar a regulamentação da matéria pela União.

²⁴ Agr. Regim. no Confl. Compet. 38459-CE, 3ª Seção, Rel. Min, José Arnaldo da Fonseca, em 22/10/03 (Informativo “Jurisprudência STJ” nº 189, out/03. Também: STJ, Conflit. Compet. nº 16.209-RJ, 3ª Seção, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ de 14.04.97.

²⁵ PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010, p. 284.

Cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988, a União editou a lei 8.745/93, que dispõe especificamente sobre a contratação temporária de servidores públicos nos termos do art. 37, IX, CF.

Essa lei, no entanto, sofreu várias modificações ao longo dos anos, notadamente pelas Lei nº 9.849/99 e Lei nº 10.667/03. No intuito de deixar o presente estudo mais didático, o referido diploma legal, com suas alterações, será analisado mais profundamente adiante. Ater-se-á, a princípio, nos aspectos gerais da contratação por tempo determinado.

O segundo requisito é a temporariedade da contratação, isto é, o contrato entre esses servidores e Administração Pública tem prazo determinado, termo certo para acabar (“*por tempo determinado*”). Diferença existe quanto aos regimes estatutários e celetistas, haja vista que estes são, em regra, de prazo indeterminado. Ora, é de toda lógica que essa contratação tenha prazo determinado pelo fato de ter o caráter de suprir necessidade temporária apenas, devendo, portanto, ter o contrato prazo predeterminado de validade.

Em terceiro lugar, embora guarde semelhanças com o requisito anterior, com este não se confunde, é preciso que a função a ser exercida seja temporária (“*necessidade temporária*”). O requisito anterior diz respeito a determinabilidade temporal do contrato, ao passo que este refere-se a temporariedade da função em si. Não pode a Administração Pública valer-se desse instrumento de admissão de agente públicos para suprir demandas permanentes, haja vista expressa determinação constitucional, sob pena de desvio de finalidade.

Por fim, é preciso que haja excepcionalidade do interesse público (“*excepcional interesse público*”) que enseje a contratação de pessoal nesse regime. José dos Santos ensina que: “Empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situação administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores.”²⁶²⁷

3. NORMAS JURÍDICAS: PRINCÍPIOS, REGRAS E POSTULADOS

3.1. Considerações iniciais

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit**, p. 576.

²⁷ Cármen Lúcia Antunes Rocha acentua que o interesse público deve ter natureza singular, ímpar, extraordinária e que a “excepcionalidade do interesse deve corresponder à contratação ou ao objeto do interesse”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 244.

Cumprir realizar um breve introito antes de adentrar no estudo do conteúdo e aplicação dos princípios e postulados, dado a importância destes no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de tudo, há de se explicitar que texto legal (dispositivo normativo) e a norma não se confundem, são distintos, porém interligados entre si. A norma é fruto da interpretação dos sentidos extraídos do texto, é o conteúdo semântico do dispositivo. Interpretação essa que é atividade construtiva de significados. Importante lição é dada por Humberto Ávila:

[...]é preciso subsistir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de julgar negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.²⁸

Ora, a partir disso, percebe-se que o intérprete reconstrói o sentido da norma a partir do texto/dispositivo, tendo em vista a realização dos fins e preservação dos valores e bens jurídicos que o ordenamento jurídico busca guardar.

Depois de perceber que dispositivo e norma não são palavras sinônimas, é preciso destacar que dentro do gênero norma sobressaem duas espécies: regra e princípio. Ambas presentes no ordenamento jurídico, destacam-se por desempenharem papéis distintos, devem, por isso, serem também definidas e diferenciadas.

Muito embora seja notória a dificuldade, por diversas vezes, de definir institutos jurídicos, é importante para a melhor compreensão do tema expor uma definição do que sejam princípios.

Uma primeira definição de princípio pode ser encontrada no dicionário, cujo autor é Aurélio Buarque de Holanda Ferreira:

s.m. Começo, origem, fonte. / Física. Lei de caráter geral que rege um conjunto de fenômenos verificados pela exatidão de suas consequências: princípio da

²⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37.

equivalência. / &151; S.m.pl. Regra da conduta, maneira de ver. / Regras fundamentais admitidas como base de uma ciência, de uma arte etc.²⁹

Caminhando para a seara jurídica, vale a pena transcrever a definição de princípio proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³⁰

Cumprido expor também a definição proposta pelo grande mestre José Afonso da Silva: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais.”³¹

Na busca de definir o que são os princípios, Roque Antônio Carrazza propõe o seguinte:

Segundo nos parece, princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.³²

Partindo para uma análise mais profunda, sem a intenção, no entanto, de debruçar-se sobre ela, visto que não é o objetivo do presente estudo, Humberto Ávila propôs a brilhante conceituação:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

²⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995. p. 529

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 747

³¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 96

³² CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 33

Analisadas as definições acima, percebe-se que princípios são normas jurídicas dotadas de alta carga finalística, que buscam atingir um estado ideal de coisas idealizado, por meio de uma conduta tida como necessária para a persecução do fim proposto.

Não é escopo do presente estudo uma distinção exaustiva da diferenciação entre regras e princípios.³³ O que se busca aqui é uma breve explicação para melhor se entender o conteúdo, aplicação e conflito entre princípios, e a relação destes com as regras.

No tocante às regras, predomina o conteúdo descritivo, isto é, prescrevendo obrigações, permissões e proibições, nos princípios o que prevalece é o conteúdo finalístico. Em outras palavras, os princípios jurídicos são normas que visam a realização de um fim jurídico relevante, ao passo que as regras preveem comportamentos.

Cumprir destacar, também, outra diferença entre essas duas normas. A regra, para ser interpretada e aplicada, depende de uma avaliação a fim de verificar a correspondência entre o fato, a construção fática prevista na norma e finalidade que lhe dá fundamento. Por outro lado, para a interpretação e aplicação de princípio, é preciso que a avaliação recaia sobre o fim almejado pelo princípio em tela e os efeitos decorrentes da conduta havida com necessária para a persecução desse fim.

3.2. Eficácia dos princípios e das regras

Os princípios são dotados de eficácia, isto é, aptidão de gerar efeitos jurídicos, devendo ser observados plenamente, sob pena de eventual demanda judicial para reparar inobservância.

Divide-se essa eficácia em interna e externa. A eficácia interna caracteriza-se pela relação desta com as outras normas do mesmo sistema jurídico, definindo, em suma, seu sentido e valor na busca para se compreender, notadamente, o sentido das regras.

A eficácia externa dos princípios diz respeito à atuação destes sobre a compreensão dos próprios fatos e provas. São elementos utilizados para a interpretação dos fatos, tendo, por isso, o caráter de selecionar os fatos relevantes para a aplicação do princípios, bem como sua valoração, com o fim de proteger o bem jurídico a que se propôs.

³³ Nesse sentido ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, cap. 2.

Faz-se preciso abordar, também, a eficácia das regras, ao passo que se caracterizam, ao lado dos princípios, como normas jurídicas. Tendo em vista que as regras já oferecem uma solução já visualizada de antemão pelo Poder Legislativo, carecem de livre ponderação principiológica.

Sobressai, então, a função bloqueadora das regras, na medida em que estas, por já apresentarem conteúdo decisório sobre determinada situação, excluem razões que poderiam ser consideradas caso não se houvesse optado pela produção da própria regra. Em outras palavras, vale dizer que, por já ter sido a questão “resolvida” pela construção de uma regra, não pode o intérprete optar por outras razões, haja vista que a própria regra já impôs um razão.³⁴

Frisa-se, no entanto, que tal função não é absoluta, podendo ser superada, desde que por razões excepcionais.

[...] as regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, quer na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí por que as regras só podem ser superadas (*defeasibility of rules*) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade, adiante analisado.³⁵

São chamadas de condições de superabilidade as razões extraordinárias que autorizam a desobediência de uma regra em virtude de um princípio. Para tanto, é imperiosa a presença de uma justificativa condizente.

É preciso que se demonstre a incompatibilidade entre a hipótese prevista na regra e o fim que busca atingir, bem como o seu impacto no sistema jurídico no tocante aos valores de segurança jurídica (excesso de incertezas, arbitrariedades e outros problemas de conhecimento).

Em suma, deve-se orientar a superação da regra levando em consideração tanto a falta de compatibilidade entre ela e o fim ao qual se dispôs a proteger, como a segurança jurídica inerente ao próprio formalismo descritivo das regras.

Ademais, além de uma cristalina fundamentação que permita o controle dessa superação, é preciso demonstrar que houve graves problemas de conhecimento, o que gera controvérsias, incertezas e problemas de coordenação.

³⁴ A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a *função eficaz de trincheira das regras*. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 111

³⁵ Idem. p. 110

Cuida-se por evitar o uso desmensurado de princípios sem se observar critérios de interpretação, aplicação e convivência entre as normas (regras e princípios), defendendo-se, aqui, a ponderação, ao passo em que se apresentam critérios controláveis para sua aplicação, evitando, assim, sua utilização excessiva e arbitrária.

3.3. Força normativa dos princípios

Os princípios possuem normatividade, vez que são espécies de normas jurídicas. Nas palavras de José Afonso da Silva, as normas jurídicas são assim definidas:

[...] preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem.³⁶

Devem, por isso, ser os princípios observados em sua plenitude, aplicados diante de um caso concreto mediante a técnica da ponderação. A essa força normativa dá-se o nome de *prima facie*, irradiando força provisória, porém dissipável em razão de outros princípios contrários.

O caráter de normatividade *prima facie* dos princípios deve ser aplicado por meio da técnica de ponderação, assim definida por Humberto Ávila: “E a ponderação, no sentido restrito adotado, é o balanceamento concreto entre princípios por meio do qual eles são realizados em vários graus [...] diante de determinada situação particular”.³⁷ Trata-se de um confronto horizontal entre princípios.

Ocorre que, ao contrário do que muitos pensam, esse elemento não serve para todos os princípios, embora a muitos sejam comuns. A ponderação pressupõe que exista entre dois princípios uma relação de horizontal, isto é, paralela entre si, o que nem sempre ocorre, tendo em vista a diversidade de princípios.

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 95.

³⁷ ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.** p. 131.

Essa diversidade, que prejudica a relação de horizontalidade entre princípios e, portanto, a ponderação, pode ser verificada em razão de três pontos: a função, o nível hierárquico e a eficácia dos princípios.

Nem todos os princípios exercem a mesma função, alguns se ocupando do *âmbito* e do *modo* de atuação do Estado (princípios republicano, federativo, democrático etc.), outros cujos objetos são o *conteúdo* e os *fins* da atuação estatal (princípios do Estado Social, da propriedade etc.). Entre eles não há relação de concorrência, mas sim de complementariedade.

Há casos, também, em que os princípios ocupam níveis hierárquicos distintos entre si, isto é, um se subordina ao outro, como ocorre no caso do devido processo legal e a ampla defesa, este sendo um desdobramento daquele, não podendo ensejar uma ponderação em que se afaste o devido processo legal em favor da ampla defesa.

Por fim, nem todos os princípios desempenham o mesmo papel, havendo princípios cuja função eficaz pode ser interpretativa (interpreta-se um princípio de acordo com outro); integrativa (quando princípio suprindo lacuna da lei); e bloqueadora (princípio afastando norma com ele incompatível).

Exposto isso, pode falar-se que existe, ao lado da força normativa *prima facie* dos princípios, a força normativa *pro tanto*, por sua aplicação ser sempre necessária ou servir de contraponto permanente.

Embora possa parecer distante do foco do presente estudo, todo esse caminho percorrido acima é de fundamental relevância para compreender o tema. A partir da ideia de que a força normativa dos princípios é tão-somente *prima facie*, no sentido de provisória, restringível e afastável, por meio da técnica de ponderação, tem conduzido a um relativismo axiológico, em que qualquer princípio pode ser afastado, até aqueles considerados fundamentais.

Eros Grau já apontava tal problema, afirmando que essa noção torna estéril o caráter jurídico-normativo definidor dos princípios como normas jurídicas que são.³⁸ Esse mesmo pensamento é dividido pelo notório Humberto Ávila, afirmando “em que tudo parece ser digno de relativização, especialmente aquilo que é fundamental, e por isso mesmo inafastável, para determinada concepção de Direito e de Estado.”³⁹⁴⁰

³⁸ GRAU, Eros Roberto. “**O perigoso artifício da ponderação entre princípios**”, Sobre a prestação jurisdicional – Direito Penal, São Paulo: Malheiros, 2010. p. 40.

³⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 140.

⁴⁰ **Ibid.** p. 138[...] há princípios que se ombream com outros, assim como a (sic) princípios que fundam e instrumentalizam a eficácia de outros; há princípios cuja eficácia é gradual e móvel, assim como há princípios cuja eficácia é estrutural e imóvel e que não podem ter seu o afastamento compensado com a promoção de outro

Os princípios instituem, verdadeiramente, um dever de realização de um determinado estado de coisas ideal, por meio de comportamentos tidos como necessários para esse fim, não sendo, portanto, um simples conselho ou opinião desprovida de normatividade, tendo em vista a crescente relativização feita sobre os princípios em face de outros.

3.4. Postulados normativos

Os postulados normativos são as condições essenciais de interpretação e aplicação do direito. São normas, ao lado dos princípios e das regras, mas não se confundem com eles.

São classificadas como normas de segundo grau, isto é, metanormas, uma vez que instituem critérios metódicos de aplicação de outras normas. É preciso esclarecer que os postulados normativos não se confundem com os sobreprincípios, ao passo que estes atuam no âmbito semântico e axiológico das normas, aquelas atuam sobre o âmbito metódico (método de aplicação).

Cuidam, basicamente, os postulados normativos de estabelecer diretrizes e critérios racionais, metódicos e precisos, para uma complexa interpretação e aplicação do Direito. Muito embora seja clara a diferença deste com os princípios, muito autores os chamam de princípios. Com a devida vênia, no presente estudo, utilizar-se-á a denominação entendida como a mais precisa, qual seja, postulado. Cumpre frisar a tendência do Supremo Tribunal Federal em utilizar o termo postulado.⁴¹⁴²

princípio. Os princípios constitucionais não formam, portanto, uma massa homogênea ou um bloco monolítico. Em outras palavras, o que distingue os princípios não é sua defectibilidade, mas a sua indeterminação estrutural: eles não enumeram exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica e demandam a concretização por outra norma, de modo diversos e alternativos. As capacidade de ponderação e, por consequência, de restrição e de afastamento não são elementos essenciais dos princípios jurídicos. Princípios não são necessariamente meras razões ou simples argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis.

⁴¹ Incorporando a definição dos deveres de unidade e de concordância prática como postulados normativos, ver a decisão sobre a denominada “lei da ficha limpa”, STF, Pleno, RE 633.703, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-219, 18.11.2011, notadamente o voto o Ministro Luiz Fux: “Os postulados da unidade e da concordância prática das normas constitucionais, que impõem a vedação a que o intérprete inutilize comandos normativos estabelecidos na Carta Constitucional de 1988, têm por consequência jusfilosófica que mesmo o melhor dos direitos não pode ser aplicado contra a Constituição”.

⁴² “Para usar uma metáfora: quem define a proporcionalidade como um princípio confunde a balança com os objetos que ela pesa! E, ao fazê-lo, perde de vista a diferença entre o que deve ser realizado (princípios/regras) e o que serve de parâmetro para a realização (postulados)”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 160.

Os postulados normativos dividem-se em: postulados hermenêuticos e postulados aplicativos. Devido à importância de cada um, faz-se mister tecer algumas breves considerações sobre eles.

Os postulados hermenêuticos servem para compreender, interna e abstratamente, o ordenamento jurídico, de modo que suporte essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. O postulado da unidade do ordenamento jurídico é o mais prezado, nos ensinamentos de Humberto Ávila:

Dentre os mais importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e unidade (Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p.16). Subelemento desse postulado, é o *postulado da coerência*, a impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhe são formal ou materialmente superiores.⁴³

Continuando a seguir os ensinamentos de Humberto Ávila, o postulado da coerência anda ao lado do postulado da hierarquia, que se trata da relação existente entre as normas, entre duas fontes normativas, uma em cima e outra embaixo.

O postulado da coerência serve para melhor compreender a graduabilidade do relacionamento entre as normas. O emprego do critério hierárquico normalmente conduz a uma alternativa exclusiva: a norma inferior é “compatível ou incompatível” com a norma superior. O emprego do critério da coerência complementa a noção de hierarquia para demonstrar que o relacionamento entre as normas, no tocante ao aspecto substancial, pode ser gradual, isto é, “maior ou menor”.⁴⁴

Os postulados normativos aplicativos são utilizados para resolver questões que surgem quando da aplicação do Direito em caso concreto. Os principais são: proporcionalidade, razoabilidade e proibição de excesso. Todos esses três são de grande valia para a presente obra, principalmente quando da confrontação de princípio que fundamenta regra posto em confronto com outro princípio. Segundo Ávila, “os postulados [...] estruturam a aplicação do dever de promover um fim; [...] modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos.”⁴⁵

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 145.

⁴⁴ Nel McCormick, **Rhetoric and the Rule of Law**: a Theory of Legal Reasoning. p. 90 apud ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 145.

⁴⁵ ÁVILA. Op. cit., p. 157.

Continuando a seguir a doutrina de Humberto Ávila, passa-se para um estudo detalhados das espécies de postulados.

3.4.1. Ponderação

Para Ávila: “A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. Fala-se [...] em ponderação de bens, valores, de princípios, de fins e de interesses.”⁴⁶

O importante nesse postulado é identificar cada objeto da ponderação (bens jurídicos, interesses, valores e princípios), para que se possa, depois, analisar os elementos e argumentos possíveis, fundamentando porque se deu primazia a determinado elemento em detrimento de outro.

3.4.2. Concordância Prática

Na mesma linha de raciocínio:

Esse postulado surge da coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários. Daí se falar em dever de harmonizar os valores de modo que eles sejam protegidos ao máximo. Como existe uma relação de tensão entre os princípios e regras constitucionais, especialmente entre aqueles que protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado, deve ser buscado um equilíbrio entre eles.⁴⁷

Trata-se, como acima fica evidenciado, da finalidade que deve direcionar a ponderação, a fim de buscar a realização máxima dos valores contrapostos.

3.4.3. Proibição de Excesso

⁴⁶ Ibid., p. 164.

⁴⁷ ÁVILA, *Op. cit.*, p. 166.

O postulado da proibição de excesso⁴⁸ funciona como limite às restrições de direitos fundamentais, em outras palavras, “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia”.⁴⁹

É preciso frisar que este postulado não se confunde com o postulado da proporcionalidade, tendo em vista que no primeiro não há investigação se houve ou não adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito em função da relação entre o meio e o fim empregado. Para sua aplicação, basta que um direito fundamental seja excessivamente restringido. Por fim, vale a pena trazer a brilhante lição proposta por Humberto Ávila:

Para compreender a distinção entre o postulado da proporcionalidade e o postulado da proibição de excesso é preciso verificar que o primeiro opera num âmbito *a partir do qual* o núcleo essencial do princípio fundamental está preservado. Numa representação poderíamos imaginar um grande círculo representando os graus de intensidade da restrição de um princípio fundamental de liberdade, dentro do qual outros círculos concêntricos menores estão inseridos, até chegar ao círculo central menor cujo anel representa o núcleo inviolável. A finalidade pública poderia justificar uma restrição situada da coroa mais externa até aquela mais interna, dentro da qual é proibido adentrar. Pois bem. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito opera entre o limite da coroa mais interna e o da coroa mais externa, e compara o grau de restrição da liberdade com o grau de promoção da finalidade pública, para permitir a declaração de invalidade uma medida que causa restrição *demais* para promoção de menos. Para efeitos didáticos, seria como afirmar que a promoção de finalidade pública equivalente ao grau 1 não justifica uma restrição a um princípio fundamental equivalente ao grau 4. A medida, nessa hipótese, seria desproporcional em sentido estrito. A proibição de excesso apenas indicaria, por suposição, que nenhuma restrição poderia equivaler ao grau 5, pois ele representaria o anel central não passível de invasão, independentemente da sua finalidade justificativa e do grau de intensidade da sua realização.⁵⁰

3.4.4. Igualdade

Uma característica peculiar existe na igualdade, podendo ela ser considerada ora como regra, ora como princípio e ora como postulado.

⁴⁸ Muitas vezes o Supremo Tribunal Federal denomina o postulado da proibição de excesso como se fosse uma das facetas do princípio da proporcionalidade: STF, 2ª Turma, RE. 18.331-SP, rel. Min Orosimbo Nonato, j. 21.9.1951, DJU 8.11.1951, p. 10.865.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 167

⁵⁰ ÁVILA. *Op. cit.*, p. 171.

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade de distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).⁵¹

Dada os inúmeros critérios diferenciadores entre o indivíduos (idade, sexo, capacidade econômica etc.), para se aferir a igualdade, é preciso levar em conta, além do critério diferenciador, a finalidade a ser alcançada.

Na qualidade de postulado, a violação da igualdade leva a crer que houve alguma violação de norma jurídica, implica na violação de algum princípio fundamental a todos assegurados, devendo os sujeitos serem considerados igual em liberdade, propriedade e dignidade.⁵²

3.4.5. Razoabilidade

Muito embora não haja um clara uniformidade na jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca dos critérios de aplicação e de fundamentação, bem como da própria terminologia, isso não impede que se faça um estudo mais aprofundado sobre o postulado da razoabilidade, em que se busca uma melhor definição, investigação dos critérios utilizados, assim como outras particularidades, utilizados, mesmo que implicitamente, pelos aplicadores do Direito.

Para Celso de Mello, de acordo com a razoabilidade, a Administração:

[...] ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer, pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento à finalidades da lei atributiva da discricção manejada.⁵³

⁵¹ Ibid., p. 171

⁵² Nesse sentido, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 ed. 19 tiragem. 2010

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, ed. 27. São Paulo: Malheiros: 2010, p. 108

O clássico administrativista José dos Santos Carvalho Filho assim entende: “Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa.”⁵⁴

Seguindo a linha dos ensinamentos do renomado jurista Humberto Ávila, este propõe o postulado da razoabilidade sobre três principais acepções.

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar como normal geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.⁵⁵

De tal sorte, é importante abordar cada uma dessas acepções, com o intuito de melhor desenvolver a tese objeto do presente estudo.

Ora, como bem se demonstrou acima, pode o postulado da razoabilidade ser entendido como um mandamento que exige harmonização da norma geral ao caso concreto individualizado. Trata-se de acepção cujo objetivo é considerar que as circunstâncias de determinado acontecimento estejam dentro da normalidade, isto é, os fatos são presumidos como se estivessem dentro da normalidade.

Para melhor entender o acima disposto, é de grande valia um exemplo. Para tanto, o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre o tema outras vezes⁵⁶, satisfazendo a intenção do presente estudo a demonstração de apenas um.

Ocorreu quando um Procurador de Estado, ao interpor recurso agravo de instrumento em folha cujo timbre pertencia a uma Secretaria, e não à Procuradoria, foi intimado a comprovar a condição de Procurador por meio idôneo. Na oportunidade do julgamento, considerou-se razoável presumir a existência do mandato no caso em questão, dado o caráter de mandato previsto por lei. Presumiu-se o que normalmente acontece, o ordinário, e não o

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 21. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 36

⁵⁵ ÁVILA. Op. Cit., p. 173.

⁵⁶ STF, 2ª Turma, HC 71.408-1-RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.8.1999, DJU 29.10.1999

extraordinário. Desse modo, por meio do postulado da razoabilidade, preservou-se o princípio da ampla defesa e do devido processo legal.⁵⁷

Ainda sobre a mesma acepção do postulado da razoabilidade instrumento de harmonização da norma geral com o caso individual, esse postulado, nas palavras de Ávila, “[...] exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal”.⁵⁸ Trata-se de atividade em que o aplicador ultrapassa a generalidade da lei, considerando as peculiaridades do caso concreto, o que pode ocasionar que a regra pode ser incidente - adequação entre a hipótese normativa e a situação fática -, não sendo, porém, aplicável.

Recorre-se, novamente, aos exemplos. Dentre as várias condições para uma empresa seja enquadrada como de pequeno porte, está prevista um que estabelece que a empresa de pequeno porte não pode efetuar importações de produtos, sob pena de exclusão desse regime de tributação diferenciado. Ocorre que uma pequena empresa que fabrica sofás foi excluída desse mecanismo por ter efetuado uma importação de quatro pés de sofás, uma única vez e para a confecção de um único sofá. O STF anulou a exclusão, por entender que esta violou a razoabilidade.⁵⁹ Para que haja uma interpretação dentro do razoável, esta deve ser feita em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.

No exemplo acima, muito embora a regra tenha incidido sobre a hipótese, esta não foi aplicada, sob pena de ferir a razoabilidade, tendo em vista que o comportamento da empresa (importação) não comprometeria a promoção do fim a que a norma se justifica (estímulo da produção nacional das empresas de pequeno porte).

De extrema importância é, para o presente estudo, a lição abaixo transcrita:

Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. [...] A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (“Preâmbulo” e art. 3º da CF)⁶⁰

Analisando o postulado da razoabilidade sobre outro ponto de vista agora, ele também exige, nas palavras de Weida Zancaner, “a recorrência a um suporte empírico

⁵⁷ STF, 2ª Turma, RE 192.553-a-SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.1998, DJU 16.4.1999, p. 24

⁵⁸ ÁVILA, Op. Cit., p. 175

⁵⁹ STF, 2ª Turma, ED no RE 199.066-0-PR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.4.1997, DJU 1.8.1997, p. 33.483.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 176.

existente.”⁶¹ Isso quer dizer que, sob pena de ferir o postulado da razoabilidade, toda atuação estatal deve corresponder com a realidade, isto é, é preciso que haja uma causa existente e suficiente para se aplicar a norma.

Um exemplo melhor torna a compreensão da faceta da razoabilidade acima exposta. Uma lei estadual que previa adicional de férias de um-terço para os servidores inativos foi anulada, uma vez que foi considerada que a vantagem (adicional de férias) era destituída de causa. Ora, a causa do adicional de férias é, por óbvio, as férias, o que os servidores inativos não desfrutaram por razões lógicas.⁶²⁶³

Pode verificar, a partir do acima exposto, que o postulado da razoabilidade exige, além da vinculação com a realidade, uma relação coerente/harmônica entre o critério de diferenciação e a medida adotada.

Considerou-se inválida lei estadual que previa a contagem em dobro, para fins aposentatórios, do período de trabalho dos secretários estaduais. Não existe razoabilidade nessa diferenciação, tratando-se de discriminação arbitrária/aleatória. Assim, por meio do postulado da razoabilidade, impediu-se uma distinção que violaria o princípio da igualdade.⁶⁴⁶⁵

Em suma, nas palavras de Ávila, o postulado da razoabilidade exige:

[...] correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. À eficácia dos princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) soma-se a eficácia do princípio da igualdade (art. 5º, caput), que impede a utilização de critérios distintivos inadequados. Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade.

Finalmente, de acordo com o postulado da razoabilidade, é preciso haver equivalência entre a medida adotada e o critério em razão dela utilizado. Isso quer dizer, em outros termos, que é necessário um relação de equivalência entre duas grandezas.

⁶¹ ZANCANER, Weida. **Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do Estado Social e Democrático e Direito**. Revista Diálogo Jurídico 9/4 e ss. Ano I. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, dezembro/2001 (disponível em www.direitopublico.com.br)

⁶² STF, Tribunal Pleno, MC na ADI 1.158-8-AM, rel. Min. Celso de Mello, j. 19.12.1994, DJU 26.5.1995, p. 15.154.

⁶³ Outros casos a esse semelhantes: STF, Tribunal Pleno, MC na ADI 2.667-DF, re. Min. Celso de Mello, j. 19.6.2002, DJU 12.3.2004, p. 36; STF, Tribunal Pleno, ADI 267-RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. 17.6.2002, DJU 26.3.2004, p. 5

⁶⁴ STF, Tribunal Pleno, Mc na ADI 489-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 7.8.1991, DJU 22.11.1991, p. 16.845.

⁶⁵ Nesse sentido, ver: STF, Tribunal Pleno, MC na ADI 1.753-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 16.4.1998, DJU 12.6.1998, p. 51; STF, Tribunal Pleno, MC na ADI 1.813-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.4.1998, DJU 5.6.1998, p. 2.

Um caso real mostra bem a aplicação do postulado da razoabilidade nesse caso. O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional uma lei que determinava um percentual fixo para a taxa judiciária. Ocorre que, em alguns casos, poderia ser cobradas taxas tão altas que impossibilitariam o exercício do direito fundamental de acesso à Justiça, bem como não haveria equivalência entre o serviço que pressupõe a taxa e o valor desta. As taxas, por sua própria natureza, devem ser equivalentes ao serviço prestado.⁶⁶

3.4.6. Proporcionalidade

Inegável é a crescente utilização da proporcionalidade no controle dos atos públicos ultimamente. Ocorre que, em razão disso, também é grande o número de problemas a ele relacionados. Notadamente, há problemas quanto a sua aplicação e ao seu funcionamento. De tal sorte, é preciso esclarecer e cientificar cada um desses elementos, sob pena de transformar o postulado da proporcionalidade em instrumento para o arbítrio.

Cristalina lição é trazida pelo doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, de tal modo se faz preciso transcrevê-la abaixo de modo integral.

Este princípio anuncia a ideia – singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* correspondentes ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhe corresponderiam.

[...]

Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente alvejável são, desde logo, conduta ilógicas, incongruentes. [...] Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário”.⁶⁷

O postulado da proporcionalidade se aplica “[...] apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, [...]”⁶⁸. Isso quer dizer que é preciso que haja uma medida concreta voltada a realização de uma

⁶⁶ STF, 2ª Turma, RE 18.331-SP, re. Min. Orosimbo Nonato, j. 21.9.1951, DJU 8.11.951, p. 10.865

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Op. Cit.**, p. 110.

⁶⁸ ÁVILA. **Op. Cit.**, p. 183.

finalidade. Assim, verifica-se o exame de proporcionalidade a partir de três pontos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Na aplicação, é preciso verificar a relação entre o meio e o fim. O fim, por sua vez, é o estado desejado de coisas, cuja promoção é um dever dotado de normatividade em decorrência dos princípios.

Conforme expressões de Canotilho, a adequação “impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”; o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que “o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível” e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é “entendido como princípio da justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.⁶⁹

O exame da adequação exige que se verifique se o meio utilizado é adequado a promover o fim a que se propôs, deve ser apto a realizá-lo. A partir dessa ideia e trilhando a doutrina de Humberto Ávila, a administração e o legislador têm o dever de escolher o meio que efetivamente promova o fim, sem se ater nas considerações de quais os meios que promovam o fim mais intensamente, melhor ou com mais segurança.⁷⁰

Ora, a administração e o legislador, frisa-se, têm o dever de escolher o meio que simplesmente promova o fim, haja vista que não é possível para a Administração verificar todos os meios disponíveis e imagináveis existentes para promoverem um fim, o que, portanto, inviabilizaria a atuação da Administração.

O exame de adequação pode debruçar-se, também, em três dimensões: abstração/concretude; generalidade/particularidade; antecedência/posteridade. Essas dimensões são importantes para verificar o que se considera adequado. Se o meio adequado é aquele que possivelmente ou concretamente realiza o fim; se o meio adequado é aquele que resolve a maioria dos casos genericamente ou todos individualmente; se o meio adequado é considerado levando-se em conta o momento que se tomou a medida ou levando-se em conta as circunstâncias de momento posterior.

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. Ed. 7. Coimbra: Almedina. 2003, pp. 269 e 270.

⁷⁰ **Ibid.** p. 188.

Uma vez que não se pode impor uma resposta categórica, importante lição é trazida por Ávila:

[...] pode-se afirmar que nas hipóteses em que o Poder Público está atuando para um generalidade de casos – por exemplo, quando edita atos normativos – a medida será adequada se, abstrata e geralmente, servir de instrumento para a promoção do fim. Tratando-se, porém, de atos meramente individuais – por exemplo, atos administrativos – a medida será adequada se, concreta e individualmente, funcionar como meio para a promoção do fim. Em qualquer das duas hipóteses, a adequação deverá ser avaliada no momento da escolha do meio pelo Poder Público, e não em momento posterior, quando essa escolha é avaliada pelo julgador. Isso porque a qualidade da avaliação e da projeção – e, portanto, a atuação da Administração – deve ser averiguada de acordo com as circunstâncias existentes no momento dessa atuação.⁷¹

Em suma, a verificação de adequação do meio deve ser feita de acordo com as circunstâncias existentes no momento da escolha, tendo em vista o modo como contribui para a realização do fim.

Por fim, também é preciso examinar a intensidade do controle das decisões da Administração Pública. O mais adequado é aquele que depende de prova objetiva, evidente e fundamentada de que a medida não realizou o fim. Opta-se por esse entendimento, por obediência ao princípio da separação dos Poderes, segundo o qual as funções legislativas, administrativas e judiciais devem deter certo nível de autonomia e independência.

Para preservar a prerrogativa funcional do Poder Legislativo e do Poder Administrativo, o Poder Judiciário só opta pela anulação das medidas adotadas pelos outros Poderes se sua inadequação for *evidente* e não for, de qualquer modo plausível, *justificável*. Fora esses casos, em atenção ao princípio da separação dos Poderes. Uma mera má projeção, por si só, não leva à invalidade do meio escolhido.⁷²

O Supremo Tribunal Federal costuma resolver a questão da inadequação levando em conta a violação à algum direito ou princípio constitucional, de maneira a declarar a norma inconstitucional quando a inadequação for evidente.⁷³

⁷¹ ÁVILA, **Op. Cit.**, p. 190.

⁷² *Ibid.*, p. 192.

⁷³ Por exemplo, o caso em que o Supremo julgou inadequado, para o exercício da profissão de corretor de imóveis, a comprovação de capacidade mental. STF, Tribunal Pleno, Repr. 930-DF, rel. Min. Cordeiro Guerra, rel. para o acórdão Min. Rodrigues Alckmin, j. 5.5.1976, DJU 2.9.1977, p. 5.969. Ver também decisão sobre “exame de ordem”, STF, Tribunal Pleno, RE 603.583, rel. Min. Marco Aurélio, DJe-102, 25.5.2012, p. 9.

No tocante a necessidade, é importante verificar a existência de meios que sejam alternativos àquele escolhido pela Administração Pública, e que possa igualmente realizar o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.

Isso quer dizer que “o exame de igualdade de adequação dos meios envolve a comparação entre os efeitos da utilização dos meios alternativos e os efeitos do uso do meio adotado pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo.”⁷⁴ O efeito prático do exame da necessidade no postulado da proporcionalidade constitui-se na escolha do meio, dentre os igualmente capazes de promover o fim, que menos restringe direitos fundamentais.

Finalmente, é preciso fazer o exame de proporcionalidade em sentido estrito, quer dizer comparar se a importância da realização do fim é mais importante do que a restrição causada aos direitos fundamentais afetados, isto é, se a promoção do fim justifica a intensidade da restrição causada aos direitos fundamentais, se as vantagens são proporcionais às desvantagens.

Notadamente, essa análise consiste em verificar o meio adotado para se alcançar uma finalidade pública/interesse coletivo e os efeitos causados na esfera dos direitos fundamentais do cidadão.

Isso não quer dizer que pode, às vezes, o interesse particular sobrepujar o coletivo, o que pode acontecer é o meio utilizado para atingir a finalidade pública demonstrar-se inadequado, restringindo de maneira intolerável os direitos fundamentais do cidadão.

3.4.7. Diferenças entre a razoabilidade e a proporcionalidade

Muito embora seja comum o uso de ambas as expressões concomitantemente como se unidas fossem, existem entre as duas diferenças que se fazem necessárias explicitar.

Ao passo que o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meio adequados, necessários e proporcionais (em estrito senso), exigindo para tanto uma relação de causalidade; o postulado da razoabilidade não exige essa relação entre meio e fim.

A razoabilidade ora atua como dever de equidade, ora como dever de congruência e ora como dever de equivalência, conforme em linhas acima exposto. No primeiro caso

⁷⁴ ÁVILA, Op. Cit., p. 193.

(equidade), esse postulado normativo exige que as circunstâncias de fato sejam presumidas estarem dentro da normalidade ou o enquadramento da regra geral no caso concreto. Na segunda hipótese (congruência), exige uma vinculação da norma com a realidade (suporte empírico existente) ou correlação entre o critério de diferenciação e a medida adotada. Por fim (equivalência), de acordo com a razoabilidade, é preciso haver equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nesses casos não existe relação entre o meio e o fim, mas sim relação entre duas grandezas.

O que se quer aqui é demonstrar que os dois institutos não se confundem. Cumpre, no entanto fazer algumas observações a respeito.

Gilmar Ferreira Mendes entende que, se a proporcionalidade em sentido estrito for entendida como amplo dever de ponderação de bens, princípios e valores, inclui-se a proibição de excesso nesse exame de proporcionalidade.⁷⁵

Luís Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Mello ensinam que, se a proporcionalidade em sentido estrito for compreendida como a ponderação de vários interesses em conflito, inclusive pessoais dos titulares de direitos fundamentais restringidos, a razoabilidade como equidade será também incluída nesse exame.⁷⁶

3.4.8. Questão terminológica

De acordo com as considerações feitas no presente capítulo, filia-se o presente trabalho a corrente que considera a razoabilidade e a proporcionalidade como postulados normativos, por sua vez distintos das regras e dos princípios.

É oportuno destacar, que qualquer que seja a terminologia utilizada, os elementos essenciais dos institutos não se modificam.

4. SELEÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS TEMPORÁRIOS

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 66 e ss.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 4, ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, pp. 224 e ss.; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Op. Cit.**, pp. 110 e ss.

4.1. Previsão constitucional

Conforme já exposto anteriormente, a contratação de servidores públicos temporários está expressamente prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, norma de aplicabilidade contida que necessita de norma legal regulamentadora de cada ente político que deseja aplicá-la.

A União editou a Lei nº 8.745/93, a fim de regulamentar tal disposição constitucional a fim de obter aplicabilidade no âmbito federal. Transcreve-se abaixo o art. 1º do referido diploma legal:

Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.

Não resta dúvida quanto ao âmbito de aplicação dessa lei, restando claramente definido por ela própria, assim como previu também o seu caráter excepcional, na medida em que ela somente é aplicada nas hipóteses previstas. Isto é, somente para atender uma necessidade temporária e de excepcional interesse público é que pode ser utilizado dessa modalidade de contratação de servidor público temporário.

4.2. Provimento

Analisar-se-á, neste momento, os meios de provimento de cargos, empregos e funções públicas que interessam ao presente trabalho, por tal razão não se abordará os casos de nomeação para cargo público, apenas concurso público e o processo seletivo simplificado.

4.2.1. Concurso público

O concurso público de provas ou de provas e títulos apresenta-se como o meio de provimento de cargos mais importante presente no ordenamento jurídico brasileiro. Por meio do qual, garante-se a aplicação de inúmeros princípios norteadores da atuação do Estado, bem como de princípios que são direito fundamentais e garantias do cidadão.

Está prevista a obrigatoriedade de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público no art. 37, inciso II, da Constituição Federal.

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.
II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e 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.

Cumpre transcrever a conceituação de concurso público trazida por Fernanda Marinela:

O concurso público é um procedimento administrativo colocado à disposição da Administração pública para a escolha de seus futuros servidores. Representa a efetivação de princípios como a impessoalidade, a isonomia, a moralidade administrativa, permitindo que qualquer um que preencha os requisitos, sendo aprovado em razão de seu mérito, possa ser servidor público, ficando afastados os favoritismos e perseguições pessoais, bem como o nepotismo [...].⁷⁷

José dos Santos Carvalho Filho entende o concurso público como “procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas.”⁷⁸

O concurso público fundamenta-se, segundo a doutrina de Carvalho Filho⁷⁹, em três pilares fundamentais: igualdade, moralidade administrativa e competição. O primeiro diz respeito à possibilidade de todos os candidatos ingressarem no serviço público disputando as vagas em igualdade de condições. Pelo segundo, busca-se evitar os favorecimentos e perseguições, bem como a prática do nepotismo. Por fim, os candidatos colocam-se em situação de competição a fim de conquistar a aprovação, observando sempre a classificação de cada um.

⁷⁷ MARINELA, Fernanda. **Op. Cit.**, p. 633

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 595.

⁷⁹ **Ibid.** p. 597.

Existem autores⁸⁰ que entendem que o concurso público também funda-se no art. 170 da Constituição Federal.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VIII – busca do pleno emprego;

De todo modo, é consenso entre todos que o concurso público constitui-se na via democrática de acesso ao serviço público, procedimento de seleção em que se garante direitos e prerrogativas aos cidadãos, sempre servindo ao interesse público na busca do servidor mais preparado e apto.

4.2.2. Processo seletivo simplificado

Muito embora a regra seja a de obrigatoriedade de aprovação prévia em concurso público para a ocupação de cargos, empregos e funções públicas, o legislador constituinte resolver excepcionalmente tal regra em alguns casos, tendo sempre em vista a supremacia do interesse público, seja pela urgência ou precariedade da situação.

Uma das hipóteses é a trazida pelo tão repetido inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, em que a necessidade temporária e o interesse público excepcional ensejam a não obrigatoriedade do concurso público.

Conforme já visto, cuidou a Lei nº 8.745/93 de regulamentar as condições, prazos e procedimentos para a contratação desses servidores temporários no âmbito federal. Cumpre transcrever o art. 3º do referido texto legal, a fim de melhor entender o método de contratação desses servidores.

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.

⁸⁰ “Insta, por fim, acrescentar que o acesso a cargos e empregos públicos consubstancia uma das vias de implementação por parte do Estado do princípio inerente à ordem econômica, a saber, a busca do pleno emprego (art. 170, VIII, da CF/88)”. JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 7

A fim de compatibilizar a finalidade da lei – atender necessidade temporária de excepcional interesse público -, o legislador optou por um meio de provimento mais célere do que o concurso público de provas ou de provas e títulos.

Isso não quer dizer, todavia, que o procedimento seletivo simplificado não esteja sujeito a todos os princípios a que o concurso público se submete, quais sejam: a isonomia, impessoalidade, amplo acesso, moralidade, publicidade etc. O fato de não ser concurso público, não enseja o pensamento de que é, por isso, menos confiável ou até mesmo sujeito a favorecimento de terceiros ou qualquer coisa do gênero.

Inobstante isso, é preciso se ater a um pequeno detalhe. Ao dizer que o concurso público é prescindível, o art. 3º da Lei afirma que este não é obrigatório, como se vê em regra, muito embora nada impeça que o órgão público que deseja realizar a contratação temporária nos termos da Lei nº 8.745/93 opte por tal meio de provimento.⁸¹

Discorrendo sobre a contratação temporária por meio de processo seletivo simplificado, Maria Sylvia Di Pietro ensina que:

Daí a desnecessidade de concurso, pois somente sendo possível a contratação de servidor temporário para atender à necessidade transitória de excepcional interesse público, a demora do procedimento do concurso público pode ser incompatível com as exigências imediatas da Administração, em caso, por exemplo, de epidemia ou outra calamidade pública.⁸²

Em virtude da semelhança dos processos acima descritos, muitos princípios, que são a eles comuns, serão analisados a posteriori.

4.3. Análise da Lei nº 8.745/93

O dispositivo constitucional, inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, que rege a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional

⁸¹ O fato de o agente ter se submetido ao concurso público não descaracteriza a natureza de contratação temporária e nem é garantido o direito de estabilidade. Nesse sentido: ADI 890/DF – STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ: 06/02/2004, p.00021.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Op. Cit.**, p. 596

interesse público, por ser norma constitucional de eficácia limitada, depende de lei regulamentadora.

Regulamentando o inciso acima no âmbito federal, a União editou a Lei nº 8.745/93, em que buscou prever taxativamente os casos que ensejam a contratação de pessoal nessa modalidade, dentre outros assuntos.

Entendimento também do Supremo Tribunal Federal, que já se manifestou sobre o assunto, ao decidir pela excepcionalidade da contratação temporária, assim como pela necessidade dos casos que a ensejam previstas expressamente na lei reguladora, proibidas previsões genéricas.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., 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: C.F., 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: C.F., 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, C.F., 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. (STF - ADI: 3210 PR, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 10/11/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 03-12-2004 PP-00012 EMENT VOL-02175-02 PP-00203 RDA n. 239, 2005, p. 457-463 RF v. 101, n. 379, 2005, p. 237-242 LEXSTF v. 27, n. 314, 2005, p. 59-71 RTJ VOL-00192-03 PP-00884)

Informativo STF nº 555.

Pandemia: Contratação Temporária de Servidores e Excepcional Interesse Público

Por entender caracterizada a ofensa aos incisos II e IX do art. 37 da CF, o Tribunal julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra a Lei Complementar 300/2004, prorrogada pela Lei Complementar 378/2006, ambas do Estado do Espírito Santo, que dispõem sobre a contratação de servidores, em caráter temporário, para atender as necessidades da Secretaria de Saúde - SESA e do Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP. **Realçou-se que a Corte possui orientação consolidada no sentido de que, para 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; e d) o interesse público seja excepcional.** Entendeu-se que as leis impugnadas fixam hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, sem especificar a contingência fática que, presente, justificaria a edição de lei que indicaria a existência de um estado de emergência, atribuindo-se, ao Chefe do Executivo interessado na contratação, a competência para estabelecer os casos. Tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país em virtude do surto da denominada

“gripe suína” (Influenza A), o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para que ela tenha eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação ao Governador e à Assembleia Legislativa. Vencido, neste ponto, o Min. Marco Aurélio, que simplesmente declarava as leis inconstitucionais, sem adentrar o campo da modulação. Precedente citado: ADI 2987/SC (DJU de 2.4.2004). **ADI 3430/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12.8.2009. (ADI-3430)**

Pelo acima exposto, depreende-se que o STF afirma expressamente o caráter excepcional da contratação sem concurso público, bem como as condições (tempo determinado e necessidade temporário de interesse público excepcional), assim como determina que as leis que regulam o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal prevejam casos específicos de contratação temporária, não podendo os casos dessa modalidade de contratação ficarem condicionadas à vontade do Chefe do Poder Executivo do ente interessado.

Inicialmente, cumpre mostrar os casos em que a União considerou necessidade temporária de excepcional interesse público, para fins de contratação de servidores temporários. Cumpre reiterar que o rol é *numerus clausus*, isto é, taxativo.

Art. 2º. Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

I – assistência a situações de calamidade pública;

II – assistência a emergências em saúde pública;

III – realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;

IV – admissão de professor substituto e professor visitante;

V – admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI - atividades:

a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia;

b) de identificação e demarcação territorial;

d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas;

e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações - CEPESC;

f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana;

g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM.

h) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública.

i) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990;

j) técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea i e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade

l) didático-pedagógicas em escolas de governo; e

m) de assistência à saúde para comunidades indígenas; e

VII - admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação.

VIII - admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa; e

IX - combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica.

X - admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação.

XI - admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de Atenção Básica em saúde em regiões prioritárias para o Sistema Único de Saúde (SUS), mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação.

A lei, então, a fim de cumprir o requisito da temporariedade dos contratos dessa natureza, determina os prazos máximos de cada uma das hipóteses previstas.

Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:

I - 6 (seis) meses, nos casos dos incisos I, II e IX do caput do art. 2º desta Lei;

II - 1 (um) ano, nos casos dos incisos III e IV, das alíneas d e f do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º;

III - 2 (dois) anos, nos casos das alíneas b, e e m do inciso VI do art. 2º;

IV - 3 (três) anos, nos casos das alíneas “h” e “l” do inciso VI e dos incisos VII, VIII e XI do caput do art. 2º desta Lei;

V - 4 (quatro) anos, nos casos do inciso V e das alíneas a, g, i e j do inciso VI do caput do art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos:

I - nos casos dos incisos III e IV, das alíneas b, d e f do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º, desde que o prazo total não exceda a 2 (dois) anos;

II - no caso do inciso VI, alínea e, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda três anos;

III - nos casos do inciso V, das alíneas a, h, l e m do inciso VI e do inciso VIII do caput do art. 2º desta Lei, desde que o prazo total não exceda a 4 (quatro) anos;

IV - no caso das alíneas g, i e j do inciso VI do caput do art. 2º desta Lei, desde que o prazo total não exceda a 5 (cinco) anos;

V - no caso dos incisos VII e XI do caput do art. 2º, desde que o prazo total não exceda 6 (seis) anos; e

VI - nos casos dos incisos I e II do caput do art. 2º desta Lei, pelo prazo necessário à superação da situação de calamidade pública ou das situações de emergências em saúde pública, desde que não exceda a 2 (dois) anos.

Por fim, cumpre-se mostrar as restrições trazidas pela Lei, que serão alvo de análise de constitucionalidade mais adiante.

Art. 9º **O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:**

I - receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato;

II - ser nomeado ou designado, ainda que a título precário ou em substituição, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

III - **ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior**, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei.

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo importará na rescisão do contrato nos casos dos incisos I e II, ou na declaração da sua insubsistência, no caso do inciso III, sem prejuízo da responsabilidade administrativa das autoridades envolvidas na transgressão.

O mais controverso destes é, sem dúvida, o previsto no inciso III do artigo acima. A proibição de nova contratação de servidores, com fundamento na mesma Lei, isto é, temporariamente para atender excepcional interesse público, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento do contrato anterior, merece ter sua constitucionalidade analisada.

4.4. Caso prático – contratação de professores substitutos pelas universidades federais

Utilizando-se da Lei nº 8.745/93, muitas universidades federais vêm contratando professores substitutos, para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público, como assim determina a lei e em obediência ao princípio da legalidade estrita.

Veja o dispõe o diploma legal acima exposto sobre a contratação de professores substitutos:

Art. 2º. Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

(...)

IV – **admissão de professor substituto e professor visitante;**

(...)

§1º. A contratação de professor substituto de que trata o inciso IV do caput poderá ocorrer para suprir a falta de professor efetivo em razão de:

I – vacância do cargo;

II – afastamento ou licença, na forma do regulamento;

III – nomeação para ocupar cargo de direção de reitor, vice-reitor, pró-reitor e direto de campus.

§2º. O número total de professores de que trata o inciso IV do caput não poderá ultrapassar 20% (vinte por cento) do total de efetivos em exercício na instituição federal de ensino.

§9º. A contratação de professores substitutos, professores visitantes e professores visitantes estrangeiros poderá ser autorizada pelo dirigente da instituição, condicionada à existência de recursos orçamentários e financeiros para fazer frente às despesas decorrentes da contratação ao quantitativo máximo de contratos estabelecidos para IFE.

§10. A contratação de professores substitutos fica limitada ao regime de trabalho de 20 (vinte) horas ou 40(quarenta) horas.

A prática das universidades federais, como assim deve obrigatoriamente ser, está pautada dentro da legalidade estrita, uma vez que a Lei autoriza esse tipo de contratação, respeitando também o número máximo de professores substitutos na instituição, a carga horária destes e a dotação orçamentária e financeira apta a suportá-los.

No que tange a seleção desses servidores temporários, a Lei estabelece que: “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.**”

Ora, como se trata de exceção a obrigatoriedade do concurso público, a lei trouxe expressamente que este não é necessário. Ocorre que, embora não seja obrigatório, muitas universidades federais preferem realizá-lo, muito embora não altere a essência do contrato temporário para exercer função pública.

No que toca aos prazos, a Lei nº 8.745/93 também previu expressamente, por obediência à condição de temporariedade do exercício da função. No casos de professores substitutos, o prazo do contrato é de 1 (um) ano, prorrogável por mais 1 (um).

Art. 4º. As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos:

(...)

II – 1 (um) ano, nos casos dos incisos III e IV, das alíneas d e f do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º;

(...)

Parágrafo único: É admitida a prorrogação dos contratos:

I – nos casos dos incisos III e IV, das alíneas b, d e f do inciso VI e do inciso X do caput do art. 2º, desde que o prazo total não exceda a 2 (dois) anos;

Em síntese, os contratos de professores substitutos nas instituições de ensino federais terão o prazo máximo de um ano, admitida uma única prorrogação, desde que não exceda dois anos. É oportuno destacar que essa prorrogação há de ser motivada e justificada.

No que tange às restrições, o art. 9º da Lei 8.745/93 assim prevê:

Art. 9º. O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

I – receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato;

II – ser nomeado ou designado, ainda que a título precário ou em substituição, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

III – ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas

hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei.

Aqui reside o principal problema a ser analisado no presente trabalho. A restrição de que o pessoal já contratado com base na Lei nº 8.745/93 somente poderá ser recontratado, com o mesmo fundamento legal, após transcorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento do contrato anterior, merece ser analisada sob o prisma dos direitos constitucionais, haja vista que o princípio do livre acesso aos cargos públicos está contido na Constituição Federal, precisamente no inciso I do art. 37, assim como a isonomia, previsto no caput do art. 5º.

Diz-se que merece ser analisado, uma vez que a própria Constituição já admite sua relativização, ao estabelecer que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros **que preencham os requisitos estabelecidos em lei**”. Há de se verificar, portanto, se esta restrição está em consonância com as outras normas constitucionais.

Essa dúvida sobre a constitucionalidade do inciso III do art. 9º da Lei nº 8.745/93 merece ser sanada, tendo em vista a problemática que surgiu em torno desta. Muitas universidades federais se utilizam deste instrumento concedido pela Lei, que é a contratação temporária de professores substitutos, seja para suprir falta de professor efetivo em razão de vacância do cargo, afastamento ou licença do professor efetivo ou nomeação deste para ocupar cargo de direção – hipóteses previstas nos incisos I a III do §1º, art. 2º da Lei nº 8.745/93.

Seja por meio de processo seletivo simplificado ou até mesmo por concurso público, candidatos são selecionados para exercer a função de professor substituto.

Ocorre que, muitas vezes, findo o contrato destes professores, a instituição de ensino federal continua com a necessidade de contratar professores substitutos. Daí realiza-se outro processo seletivo ou concurso público e aqueles que já foram contratados para anteriormente para essa função, uma vez aprovados no processo seletivo ou concurso, ficam impedidos de serem novamente contratados, em virtude do inciso III do art. 9º do referido diploma legal, que prevê o período de 24 meses durante o qual não podem ser recontratados.

Insatisfeitos com essa restrição que os impede de exercer novamente a função de professores substitutos, muitos ingressam com demandas judiciais. O resultado são inúmeras decisões em ambos os sentidos, uma vez considerando o dispositivo constitucional, outra vez considerando-o inconstitucional.

Tamanho a celeuma que a matéria já chegou ao Supremo Tribunal Federal, que, por sua vez, já reconheceu a repercussão geral do tema, mas ainda não se manifestou a respeito, estando o processo concluso para decisão.

A repercussão geral foi reconhecida no Recurso Extraordinário 635.648-CE, cuja ementa e voto do relator Min. Gilmar Mendes valem a pena transcrever.

Recurso extraordinário. 2. Análise da constitucionalidade do art. 9º, III, da Lei n. 8.745/93. 3. Vedação da contratação de professor-substituto temporário que tenha sido contratado nos vinte e quatro meses anteriores à realização de concurso público. 4. Princípio da Isonomia. 5. Polêmica que ultrapassa os limites subjetivos da causa. 6. Relevância da questão do ponto de vista jurídico quanto do social. 7. Repercussão geral reconhecida. (STF. RE 635.648-CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 26/03/2012. p. 1)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O presente recurso extraordinário discute a constitucionalidade da vedação estabelecida no art. 9º, III, da Lei n. 8.745/93, para a contratação de professor substituto temporário que já tenha sido contratado no lapso temporal de vinte e quatro meses antecedente à realização de concurso público.

Na espécie, o TRF da 5ª Região declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, afirmando que a norma afronta o princípio constitucional da isonomia.

Verifico que a polêmica ultrapassa os limites subjetivos da causa. A regra em discussão é aplicada por todas as universidades federais no país, afetando milhares de professores substitutos temporários. A questão constitucional de limitação da participação no concurso por quem já exerceu o cargo temporário é relevante tanto do ponto de vista jurídico quanto do social.

Ante o exposto, reconheço a existência de repercussão geral. (STF. RE 635.648-CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 26/03/2012. p. 2)

Ante o exposto, analisar-se-á criteriosamente o dispositivo em questão, para então, por fim, descobrir qual deve ser a posição mais justa que respeite os princípios fundamentais previstos no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente na Constituição Federal.

4.5. Análise da constitucionalidade da restrição prevista no inciso III do art. 9º da Lei nº 8.745/93

Com o fito de verificar a constitucionalidade do dispositivo em questão, é preciso verificar se este está em acordo com o sistema jurídico como um todo, notadamente com os princípios.

4.5.1. Princípios aplicáveis à espécie

Em virtude da força normativa do princípios, estes devem ser analisados juntamente com a regra, a fim de verificar se a regra em questão está atendendo a finalidade a que se propôs.

4.5.1.1. Ampla acesso aos cargos, empregos e funções públicas

A Constituição Federal assegura o direito de acesso aos cargos, empregos e funções públicas, para os brasileiros e estrangeiros, assim determina o inciso I do seu art. 37.

Art. 37. [...]

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

Trata-se essa norma de verdadeiro princípio constitucional, mais precisamente o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas. Nesse sentido, cumpre trazer o ensinamento de Alexandre de Moraes, ao dizer que:

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros, natos ou naturalizados, e aos portugueses equiparados que preencham os requisitos estabelecidos em lei e, desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, em 4-06-1998, aos estrangeiros, na forma da lei, sendo vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, que desrespeite o princípio da igualdade, por flagrante inconstitucionalidade.⁸³

Dirley da Cunha Jr. também se manifesta acerca do assunto:

A Constituição Federal consagrou, portanto, o princípio do acesso universal aos cargos, empregos e funções públicas a todos os brasileiros que cumpram os requisitos fixados em lei e aos estrangeiros na forma da lei. Assim, em face do preceito em tela, (1) não é possível se restringir o acesso aos cargos, empregos e funções públicas a determinados grupos ou categorias e (2) somente a lei pode estabelecer, de modo razoável e proporcional, os requisitos de acesso.⁸⁴

Observa-se que, em respeito ao princípio do livre acesso aos cargos públicos, somente se pode restringir o acesso dos candidatos aos concursos públicos ou processos

⁸³ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 824

⁸⁴ CUNHA JR, Dirley. **Op. Cit.**, p. 277.

seletivos simplificados mediante lei, uma vez procedendo de maneira razoável, proporcional, justificável para tanto, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Trata-se de uma faceta da democracia, uma vez que garante o acesso amplo ao serviço público, devendo, pois, guardar cautela a lei ao prever os requisitos, notadamente no que diz a razoabilidade e proporcionalidade das restrições.

Isso posto, verifica-se que o princípio do livre acesso aos cargos públicos não é absoluto, uma vez que pode sofrer restrições.

Cumprir verificar, portanto, se a restrição imposta pelo inciso III do art. 9º da Lei nº 8.745/93, segundo a qual deve o cidadão aguardar 24 (vinte e quatro) meses do encerramento do contrato temporário anterior, é razoável e proporcional de maneira a preservar o princípio da isonomia e do livre acesso aos cargos públicos.

4.5.1.2. Legalidade estrita

Segundo a doutrina clássica de José dos Santos Carvalho Filho: “O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei.”⁸⁵

Cumprir esclarecer que o princípio da legalidade tem duas facetas: uma destinada aos particulares, e outra à Administração Pública.

Consagrado no inciso II do art. 5º da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, esse sentido é o destinado aos particulares, constituindo em verdadeiro direito fundamental do cidadão, que tem a liberdade de fazer aquilo tudo que não seja defeso por lei, não podendo o Estado impor restrições ou obrigações que não estejam previstos em lei.

Por sua vez, a Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade estrita, previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal. Esse sentido do princípio da legalidade diz respeito a atuação da Administração Pública, que deve estar pautada na lei, podendo somente atuar quando a lei o obriga ou autoriza para tanto.

Feliz nas palavras foi Celso Antônio Bandeira de Mello ao dizer que o princípio “implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que

⁸⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 19.

lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.”⁸⁶

Cumpre, por fim, dizer que a atuação da Administração Pública deve pautar-se não somente à lei, mas também aos princípios fundamentais – força normativa *prima facie* - que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, nas universidades federais em todo País, sob o pretexto de agir de acordo com a estrita legalidade, os candidatos aprovados em concursos públicos ou processos seletivos para exercer a função de professor substituto são impedidos de serem contratados, antes de findo o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, contados do encerramento do contrato temporário anterior.

Não resta outra atuação, senão esta, para os administradores, vez que devem obediência ao princípio da legalidade. Nesse sentido, cumpre transcrever um trecho da decisão da 1ª Instância da Justiça Federal do Ceará, na qual se pode ver a obrigatoriedade do cumprimento do inciso III do art. 9º da Lei.

O Impetrado apresentou as informações de fl. 38-44, argumentando que não violou o direito líquido e certo da Impetrante, uma vez que a Lei nº 8.745/93 preceitua que, em caso de inobservância da restrição imposta no artigo 9º, o ato administrativo será considerado insubsistente e apuradas as responsabilidades administrativas e, na condição de administrador público, está obrigado a agir nos estritos limites da legalidade. (Processo nº: 2006.81.00.014906-6 MANDADO DE SEGURANÇA Classe: 126 IMPETRANTE: ISABEL CRISTINA DAMASCENO TEIXEIRA IMPETRADO: SUPERINTENDENTE DE RECURSOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARA UFC SEN.0005.000143-6/2007 Tipo. A)

Essa situação força, portanto, os candidatos prejudicados a recorrerem ao Poder Judiciário, a fim de ver concretizada a nova contratação.

4.5.1.3. Moralidade

Previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, o princípio da moralidade “impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **RDP n° 90**, pp. 57-58.

em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.”⁸⁷

Dirley da Cunha Jr. assim define o princípio da moralidade:

Deve-se entender por moralidade administrativa um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé.⁸⁸

Esse princípio guarda correlação com o princípio da legalidade, haja vista que uma conduta aparentemente legal, pode ser, assim mesmo, imoral. A título de exemplo, pode-se citar o nepotismo, que consiste na nomeação de familiares para ocuparem cargos em comissão (atualmente considerada ilegal por força da súmula vinculante nº 13 do STF)⁸⁹

Di Pietro afirma que haverá ofensa ao princípio da moralidade:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração Pública ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, ou a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁹⁰

Isso posto, percebe-se que o processo seletivo simplificado e o concurso público são método de escolhas de servidores públicos, pelos quais se buscam aqueles melhor preparados, não submetendo-se a favorecimentos ou perseguições de maneira a preservar a moralidade no serviço público.

Trata-se, também, de um meio de efetivar o princípio da moralidade, tendo em vista que tanto o processo seletivo simplificado como o concurso público são processos de escolha dos candidatos mais bem preparados, ao passo que são livres de favorecimentos ou perseguições.

⁸⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Op. Cit.**, p. 21.

⁸⁸ CUNHA JR. DIRLEY. **Op. Cit.**, p. 41.

⁸⁹ Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal: A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania. **Op. Cit.**, p79.

Muito embora sobre isso não resida controvérsia, há quem defenda que a restrição imposta pelo inciso III do art. 9º da Lei em questão sirva como instrumento de proteção do princípio da moralidade, por impedir que se ocorram inúmeras prorrogações temporárias.

No Parecer nº 8125 do Ministério Público Federal, que faz parte do RE 635.648/CE, em que o STF reconheceu a repercussão geral, foi defendido que o dispositivo em questão é constitucional. Transcrevem-se a ementa e parte do parecer abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. SELEÇÃO DE PROFESSOR TEMPORÁRIO. ART. 9º, III, DA LEI Nº 8.745/93, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.849/99. VEDAÇÃO DE NOVA CONTRATAÇÃO DO SERVIDOR CUJO CONTRATO TEMPORÁRIO COM A ADMINISTRAÇÃO TENHA SE ENCERRADO NOS ÚLTIMOS 24 MESES. PREVISÃO PRÓPRIA, RAZOÁVEL E LEGÍTIMA À NATUREZA DOS CONTRATOS TEMPORÁRIOS. CONSTITUCIONALIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NOS AUTOS.

1. A Constituição reserva à lei, observado o princípio da razoabilidade, prever requisitos e condições ao provimento de cargos, empregos e funções públicas, desde que compatíveis com a natureza do cargo e a complexidade das funções a serem desempenhadas pelo futuro ocupante.
2. O art. 9º, III, da Lei nº 8.745/93, com a redação dada pela Lei nº 9.849/99, visa justamente impedir que os administradores públicos, em evidente desvio de finalidade e burla ao princípio do concurso público, prorroguem indefinidamente os contratos temporários, tornando-os permanentes por via oblíqua.
3. Na hipótese, não se vislumbra ofensa ao princípio da isonomia, pois diante das peculiaridades dos contratos temporários, a norma sob exame não pode ser tida como discriminatória, mas sim como regra própria, razoável e legítima à natureza dessas contratações.
4. Parecer pelo provimento do recurso extraordinário.

Válido trazer à colação a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, no sentido de que as inúmeras prorrogações perpetradas em contratos temporários atentam contra o princípio da moralidade: *“Lamentavelmente, a contratação pelo regime especial, em certas situações, tem servido mais a interesses pessoais do que ao interesse administrativo. Por intermédio desse regime, têm ocorrido contratações ‘temporárias’ com inúmeras prorrogações, o que as torna verdadeiramente permanentes. Ocorre também que a Administração realiza concurso para investidura em regime estatutário ou trabalhista e, ao invés de nomear ou contratar os aprovados, contrata terceiros para as mesmas funções. Trata-se de condutas que refletem desvio de finalidade e que merecem invalidação em face dos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Pode até mesmo concluir-se que semelhantes distorções ofendem o princípio da valorização do trabalho humano, previsto no art. 170, caput, da Carta vigente, até porque têm sido desprezados alguns dos direitos fundamentais dos servidores.”* (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manuel de direito administrativo. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 489.)

Incongruência há na linha de raciocínio exposta pelo Ministério Público Federal, vez que entende o dispositivo em comento como sendo garantidor da atuação moral do Estado. A atuação conforme a moral e a ética deve partir da conduta do administrador, devendo este buscar os meios de provimento das vagas de professores de maneira efetiva por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos.

A conduta imoral reside na própria atuação do administrador ao realizar essas contratações temporárias ao invés de concursos para professores efetivos. O que se vislumbra no presente caso é a imposição de restrições de acesso ao serviço público, mesmo que temporariamente, aos candidatos que lograram êxito no processo seletivo ou concurso para tanto.

4.5.1.4. Publicidade

Ao lado dos outros princípios constitucionais vistos, o princípio da publicidade também está previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal.

Muito feliz foi Francisco Lobello em sua explicação acerca do princípio da publicidade.

É o principal instrumento (o princípio da publicidade) que visa garantir o respeito a todos os demais princípios e normas do ordenamento jurídico, Através da publicidade, a coletividade – titular, em última instância, do interesse público – toma conhecimento e pode controlar o modo como seus representantes exercem o poder que lhes foi outorgado.⁹¹

O princípio da publicidade exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilos previstas em lei.

Fernanda Marinela também traz importante lição sobre o princípio em exame.

O princípio da moralidade nada mais é que a divulgação, tendo como finalidade o conhecimento público. Esse princípio tem como base o fato de que o administrador exerce função pública, atividade em nome e interesse do povo, por isso nada mais justo que o titular desse interesse tenha ciência do que está sendo feito com seus direitos.⁹²

É por meio deste princípio, que os administrados podem exercer o controle dos atos praticados pelo Estado, assim como uma mostra da concretização dos outros princípios.

Ademais, a publicidade exerce papel fundamental na seleção de servidores públicos por meio de concurso público ou processo seletivo, na medida que possibilita controle dos atos

⁹¹ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Op. Cit.**, p. 38.

⁹² MARINELA, Fernanda. **Op. Cit.**, p. 40.

do concurso/seleção pelos administrados, traduzindo o princípio democrático, assim como garante-se a moralidade; por meio da publicação, instrumento que concretiza a publicidade, garante-se uma maior participação de candidatos, ampliando a concorrência e, assim, favorecerá na qualidade dos candidatos aprovados, o que traduz o princípio da eficiência; por fim, garante o amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas.⁹³

A Lei nº 8.745/93, no §10 do art. 2º, garante a efetivação do princípio da publicidade, mesmo prescindindo de concurso público, ao estabelecer que: “O recrutamento do pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusiva através do Diário Oficial da União [...]”.

4.5.1.5. Isonomia

É próprio fundamento do concurso público, bem como do processo simplificado, o princípio da isonomia.

Previsto no caput do art. 5º⁹⁴ da Constituição Federal, o princípio da isonomia é direito fundamental de todos os cidadãos, de modo que o concurso público é o meio através do qual os candidatos se submetem, em igualdade de condições, às provas a fim de selecionar aquele que seja mais apto para entrar no serviço público, sem qualquer favorecimento ou vantagem.

Assim, não poderá subsistir qualquer dúvida quanto ao destinatário da cláusula constitucional da igualdade perante a lei. O seu destinatário é, precisamente o legislador e, em consequência, a legislação; por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da isonomia a primeira e mais fundamental de suas limitações.⁹⁵

Importante lição é trazida por Francisco Lobello, segundo o qual existem três vetores que norteiam as hipóteses de desequiparação entre os candidatos, isto é, relativização

⁹³ JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos Públicos**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 96.

⁹⁴ BRASIL, **Constituição Federal de 5 de outubro de 1988**. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

⁹⁵ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Ed. Freitas Bastos, 1956, vol. II, p. 30. apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. 8ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 11.

do princípio da isonomia. As hipóteses são: objetividade, relevância e correlação lógica entre o critério de desequiparação e o fim pretendido.

“*Objetivo* é tudo aquilo que é incontroverso; diz com fatos/características sobre os quais todas as pessoas têm idêntica percepção. Daí que a objetividade nunca pode decorrer de um juízo de valor, de uma impressão pessoal de quem quer que seja. O que é objetivo não deixa dúvidas. Se existe qualquer dúvida sobre a objetividade de determinado critério, é porque este não é objetivo”.

“*Determinar* o que é relevante não é tão simples. (...) A relevância do critério diferenciador adotado – e, conseqüentemente, sua validade verifica-se sempre diante de sua adequação ao fim pretendido. Fins diversos exigem a utilização de critérios distintos. Tal verificação deve integrar, ainda, os postulados da razoabilidade e proporcionalidade que abordaremos mais adiante”.

“*O critério desequiparador* adotado pela norma, para diferenciação de regimes, deve refletir fato, situação jurídica ou característica pessoal que justifique(m) a desequiparação diante da finalidade pretendida. O critério de altura mínima, por exemplo, não é válido para um concurso público para preenchimento de cargos técnicos ou administrativos, mas pode ser para outro de preenchimento de cargos de agentes de polícia ou bombeiros”.⁹⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, estabelece três critérios de identificação de desrespeito ao princípio da isonomia: *a uma*, elemento tomado como fator de desigualação; *a duas*, correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento diversificado; *a três*, consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.⁹⁷

É preciso investigar o critério eleito como discriminatório, verificando se existe razão lógica para se atribuir tratamento diferenciado em função da desigualdade proposta, e, por fim, analisar se a correlação está, *in concreto*, em consonância com os valores prestigiados pelo sistema normativo constitucional. É necessário que a norma jurídica observe cumulativamente todos os pontos mencionados, sob pena ferir a isonomia.⁹⁸

No caso em tela, é preciso verificar:

- (1) *O fator de desigualação* do inciso III do art. 9º da Lei nº 8.745/93, qual seja, impedir que o pessoal já contratado com fundamento nessa Lei possa ser

⁹⁶ ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime Jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética. 2006. p. 32.

⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. 8ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 21.

⁹⁸ **Ibid.**, p. 22.

recontratado antes de decorridos 24 (vinte e quatro meses), contados do encerramento do contrato anterior.

- (2) *A correlação lógica, in abstracto, entre o discrimén e a disparidade estabelecida pelo tratamento diferenciado, qual seja, impedir que o pessoal já contratado nos termos dessa Lei possa ser recontratado antes do findo o prazo legal, no intuito de resguardar a moralidade administrativa e impedir que o contrato temporário se torne permanente por vias oblíquas, burlando a exigência de prévia aprovação em concurso público.*
- (3) *A consonância desta discriminação com os valores e direitos previstos no sistema normativo constitucional, qual seja, verificar se o tratamento discriminatório imposto pela Lei, ao vedar a recontração desse pessoal antes de findo o prazo legal, não prejudica mais intensamente outros valores prestigiados pelo sistema do que o próprio tratamento diferenciado do que a própria proteção à isonomia, o que acaba por torná-lo inconstitucional.*

O cerne do problema reside no item (3) acima. Ao propor esse tratamento diferenciado, o inciso III, art. 9º da Lei nº 8.745/93 põe em cheque o próprio princípio da isonomia, mediante a análise da proporcionalidade e razoabilidade.

Sobre esse perigo, já escreveu Pimenta Bueno, ainda no tempo que o Brasil era Império: “A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”⁹⁹

Celso de Mello, ao escrever sobre a necessidade de consonância entre o tratamento diferenciado e o sistema normativo constitucional, fala que:

Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexos entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva não de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.

[...]

Deveras, a lei não pode atribuir efeitos valorativos, ou depreciativos, a critério especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento.¹⁰⁰

⁹⁹ BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro, 1857, p. 424 APUD BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. 8ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 18

¹⁰⁰ BANDERIA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 42.

Em síntese, muito embora possa haver uma correlação lógica entre o critério de desigualação e o tratamento diferenciado, isso não é suficiente para analisar se o diploma legal macula ou não o princípio da isonomia. É preciso, também, que esse tratamento diferenciado esteja em conformidade com as normas e valores constitucionais, notadamente os princípios e postulados.

O dispositivo em análise vem sendo considerado inconstitucional reiteradamente, é o que se vê do abaixo exposto:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO. SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR SUBSTITUTO. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA INSERIDA NO ART. 9º, III, DA LEI Nº 8.745/93.

1 - Inconstitucionalidade do artigo 9º, III, da Lei nº 8.745/93, que condicionou a recontração de pessoal por tempo determinado ao transcurso de 24 meses do término do contrato anterior. 2 - **O ordenamento jurídico constitucional impede o tratamento discriminatório quando ausente correlação lógica e razoável entre o cargo e a diferenciação.** 3 - Remessa e apelação improvidas. (TRF da 5ª Região. AMS 87515-AL. Segunda Turma. Relator Des. Federal Francisco Cavalcanti. DJ 17.03.2005, pg. 664).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSOR SUBSTITUTO. PARTICIPAÇÃO DE PROFESSOR JÁ CONTRATADO. VEDAÇÃO. LEI 8.745/93. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. **Atenta contra o princípio constitucional da isonomia a vedação estabelecida em lei para a contratação de professor substituto que já foi contratado dentro do período de 24 meses;** 2. Em de 23 de outubro de 2002, o Pleno deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 9º, III, da Lei n.º 8.745/93, na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n.º 72575-C E; 3. Agravo de instrumento improvido. (TRF 5ª Região. AG 54667/C E. Rel. Francisco Cavalcanti. DJ 23.02.2005, p. 671).

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. LEGITIMIDADE. PROFESSOR SUBSTITUTO. NOVA CONTRATAÇÃO. PERÍODO INFERIOR A 24 MESES. PROIBIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A autoridade coatora, em tema de mandado de segurança, é a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado. 2. Somente poderia existir violação a direito a partir do momento em que a determinação do MARE, no tocante a não nomeação de professores substitutos, fosse aplicada, ato este da alçada da impetrada que, como ordenador de despesas, iria determinar a observância daquela decisão. 3. **A contratação de professor substituto por tempo determinado submete-se aos ditames da Lei nº 8.745/93, com as alterações da Lei nº 9.849/99, que, em seu art. 9º, inciso III, proíbe a celebração de novo contrato, com a mesma parte, antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento do anterior.** 4. **Hipótese já pacificada no âmbito desta Corte que, em sessão plenária do dia 23/10/2002, declarou a inconstitucionalidade do dispositivo legal em foco** (Arguição de Inconstitucionalidade suscitada na AMS nº 72.575-C E). Ressalva do entendimento pessoal do Relator. 5. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF 5ª Região. MAS 88500/C E. Rel. Edílson Nobre. DJ 23.03.2005, p. 296).

ADMINISTRATIVO. SELEÇÃO PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PROFESSOR SUBSTITUTO. PARTICIPAÇÃO DE PROFESSOR JÁ CONTRATADO. VEDAÇÃO. LEI 8.745/93. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ERRO MATERIAL. 1. **Atenta contra o princípio constitucional da isonomia a vedação estabelecida em lei para a contratação de professor substituto que já foi contratado dentro do período de 24 meses.** 2. Em decisão, de 23 de outubro de 2002, o Pleno deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade do art. 9º, III, da Lei n.º 8.745/93, na Arguição de Inconstitucionalidade na AMS n.º 72575-C E, já existindo, portanto, definição em relação à matéria posta em discussão. 3. Correção de erro material (sentença que concedeu totalmente a segurança, a despeito de ter negado um dos pleitos do impetrante - o de obrigar a autoridade coatora a contratá-lo, caso fosse aprovado em primeiro e único lugar no concurso); 4. Remessa oficial parcialmente provida. (TRF 5ª Região. REO 87961/C E. Rel. Paulo Roberto de Oliveira Lima. DJ 08.04.2005, p. 995).

Vale a pena destacar que qualquer limitação ou requisito de acesso aos cargos, empregos ou funções públicas, além de estar necessariamente previsto em lei de maneira razoável e proporcional, é preciso que haja correlação entre a limitação com as atribuições do cargo, emprego ou função.

4.5.1.6. Razoabilidade e Proporcionalidade

A razoabilidade e a proporcionalidade, como se apresentou no capítulo passado do presente trabalho, apesar de não serem propriamente princípios, serem postulados normativos, são a eles complementares, visto que são os meios pelos quais se interpretam e aplicam as outras normas, isto é, as regras e princípios.

Analisar-se-á, primeiramente, a regra contida no inciso III do art. 9º da Lei nº 8.74/93 sob o prisma da razoabilidade, levando em conta tudo aquilo que já fora exposto anteriormente.

A razoabilidade impõe a consideração daquilo que acontece ordinariamente, isto é, presume-se o normal, e não o extraordinário. Isso leva a conclusão que não pode o legislador impor uma restrição àqueles que já foram contratados temporariamente, a fim evitar um possível desvio de finalidade ou afronta ao princípio da moralidade administrativa, haja vista serem situações incomuns na atuação da Administração, por seus atos serem presumivelmente legais e aptos a gerarem efeitos.

O que acontece na restrição trazida pelo inciso é a presunção de que haverá desvio de finalidade, afronta à moralidade ou burla à obrigatoriedade dos concursos públicos, caso o

candidato que já fora contratado anteriormente na condição de temporário volte a ser recontratado antes de findo o “prazo de espera” de 24 (vinte e quatro) meses previsto.

Ademais tudo o que foi dito, se alguma restrição houvesse de existir, esta deveria ser destinada aos administradores, que são os responsáveis pela contratação dos servidores, mas não aos cidadãos que se submetem à processo seletivo ou concurso público para, se lograrem êxito, serem contratados temporariamente.

Também de acordo com a razoabilidade, é preciso que haja “correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada”¹⁰¹. No caso em tela, é necessário que haja correlação entre fato de o cidadão já ter sido contratado anteriormente e a impossibilidade de poder ser recontratado durante o período de 24 (vinte e quatro) meses posterior. É preciso buscar uma correlação lógica entre esse critério adotado e a medida proposta.

Uma possível correlação supostamente existiria, como já foi dito várias vezes, na intenção do legislador em preservar a moralidade administrativa e a obrigatoriedade do concurso público para contratos permanentes.

Ocorre que a medida adotada não atingirá esses fins, pelos seguintes motivos: o fato de restringir o acesso às funções temporárias àqueles que já as exerceram nos últimos 24 (meses) não impedirá que o administrador continue lançando mão de novos processos seletivos ou concursos públicos para a seleção de outros servidores temporários; o desvio de finalidade, o desrespeito a moralidade administrativa e a burla a obrigatoriedade de concurso público para contratos permanentes continuarão acontecendo, visto que ocorrerão sucessivos contratos temporários; ademais, não há que se falar em prorrogação indefinida de contratos administrativos, transformando-os em permanentes por via oblíqua, pelo fato da necessidade de o candidato ter de lograr êxito seja no processo seletivo, seja no concurso público, para exercer a função temporária novamente.

Por todas essas razões, é que o inciso III do art. 9º da Lei nº 8.745/93 é irrazoável em sua essência, além de violar o princípio constitucional da isonomia, gerando, por consequência, sua inconstitucionalidade.

Não termina por aqui a análise desse dispositivo, visto que será adiante abordado sob o prisma da proporcionalidade.

O exame da proporcionalidade verifica-se a partir de três aspectos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. **Op. Cit.**, p. 179.

No tocante a adequação, é preciso que o meio escolhido seja adequado a realizar o fim a que se propôs. No caso sob análise, faz-se mister verificar se a restrição de acesso é adequada para inibir a prática de reiteradas contratações temporárias ao invés de realizar concurso público para cargo efetivo; assim como preservar a moralidade administrativa sem favorecimentos ou perseguições.

Resta claro que, no que toca ao exame de adequação entre meio e fim, a norma do inciso III da art. 9º da Lei não se mostra apta a realizar qualquer um desses fins. Parece apenas restringir, sem qualquer razão de ser, o acesso às funções temporárias.

Verificando a necessidade, busca-se outros meios também aptos a realizar o fim proposto, mas com menores restrições aos direitos fundamentais afetados. Pelo que acima se expôs, o meio sequer se mostra adequado para cumprir a finalidade, por isso nem se ousa falar em necessidade deste. No entanto, se em sentido contrário se fundamentar, há com certeza meios menos onerosos aos direitos fundamentais dos envolvidos. A título de exemplo, uma restrição voltada à Administração Pública, notadamente no que diz respeito a inúmeros contratos temporários realizados sucessivamente, devendo-se apurar as causas, os responsáveis e soluções.

Por fim, cumpre analisar se o meio é proporcional em sentido estrito. Assim se entende o resultado da comparação entre a realização do interesse público e a restrição causada aos direitos fundamentais afetados. No caso sob análise, vislumbra-se afronta aos princípios da isonomia e amplo acesso aos cargos, empregos e funções públicas. Reiterando as ideias acima expostas, o interesse público sequer é realizado, no entanto, vários direitos fundamentais dos cidadãos são restringidos desproporcionalmente.

5. CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto no presente estudo, conclui-se no sentido que a restrição trazida pelo inciso III, art. 9º da Lei nº 8.745/93, que regula a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito federal, é eivada de inconstitucionalidade.

A própria Constituição Federal, em seu art. 37, incisos I e II, permite a possibilidade de prever requisitos e restrições para o ingresso em cargos, empregos e funções públicas, no entanto, tais exigências terão de ser, além de trazidas por lei, pautadas sobre os princípios da isonomia e amplo acesso aos cargos públicos, bem como os postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

No caso analisado, a restrição viola os princípios da igualdade e do amplo acesso aos cargos públicos, assim como também se mostra irrazoável e desproporcional.

O caminho para se proteger a moralidade administrativa, a eficiência nos serviços públicos e, finalmente, uma boa gestão da Administração Pública, é a responsabilização dos administradores pelos frutos de sua má-gestão, seja por não realizar concursos para o provimento de cargos efetivos, seja por, atuando em desvio de finalidade, lançar mão indiscriminadamente da contratação temporária de profissionais.

O que não se pode, por força de tudo o que foi dito, é impor restrições descabidas que terminem por prejudicar os interessados em entrar para o serviço público, pela temporariedade de seus contratos, pelas restrições na nova contratação, pelo não preenchimento dos cargos efetivos necessários a uma boa prestação dos serviços públicos.

Por fim, vale a pena ressaltar que o primeiro passo para expurgar definitivamente esse dispositivo do ordenamento jurídico brasileiro foi dado. Em virtude das inúmeras demandas judiciais ocasionadas por tal inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a repercussão geral da matéria, sob o Recurso Extraordinário 635.648/CE, utilizado como paradigma. Resta a Corte Suprema enxergar o caminho da justiça e dos direitos fundamentais e assim prover a decisão pela inconstitucionalidade do dispositivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 1ª ed, 3ª reimpr. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da república federativa do brasil**. Brasília: IN, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.745/93. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília. IN: 1993.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRAZZA. Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DA SILVA, Vírgilio Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1, São Paulo, volume 1, página 607-630, 2003. Disponível em <http://xa.yimg.com/kq/groups/19604888/1457260705/name/Virg%C3%ADlio%20Afonso%20da%20Silva%20-%20Princ%C3%ADpios.pdf> > Acesso em 04 de janeiro de 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995

JÚNIOR, Agapito Machado. **Concursos públicos**. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, A. de. **Direito constitucional**. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2003

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2010.

ROCHA, Francisco Lobello de Oliveira. **Regime jurídico dos concursos públicos**. São Paulo: Dialética 2006.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1997.

_____. _____. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANEXO

LEI Nº 8.745, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1993.

Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.

Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

I - assistência a situações de calamidade pública;

II - assistência a emergências em saúde pública; (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

III - realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; (Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999).

IV - admissão de professor substituto e professor visitante;

V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI - atividades: (Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999).

a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999). -(Vide Medida Provisória nº 341, de 2006).

b) de identificação e demarcação territorial; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008 Vigência)

c) (Revogada pela Lei nº 10.667, de 2003)

d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999). (Prorrogação de prazo pela Lei nº 11.784, de 2008)

e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações - CEPESC; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).

f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana; (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999). -(Vide Medida Provisória nº 341, de 2006).

g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM. (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).

h) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública. (Incluído pela Lei nº 10.667, de 2003)

i) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no

volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

j) técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea *i* e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade; (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

l) didático-pedagógicas em escolas de governo; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

m) de assistência à saúde para comunidades indígenas; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

VII - admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação. (Incluído pela Lei nº 10.973, de 2004)

VIII - admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa; e (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

IX - combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica. (Incluído pela Lei nº 11.784, de 2008)

X - admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação. (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

XI - admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de Atenção Básica em saúde em regiões prioritárias para o Sistema Único de Saúde (SUS), mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação. (Incluído pela Lei nº 12.871, de 2013)

§ 1º A contratação de professor substituto de que trata o inciso IV do caput poderá ocorrer para suprir a falta de professor efetivo em razão de: (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

I - vacância do cargo; (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

II - afastamento ou licença, na forma do regulamento; ou (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

III - nomeação para ocupar cargo de direção de reitor, viceritor, pró-reitor e diretor de **campus**. (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

§ 2º O número total de professores de que trata o inciso IV do caput não poderá ultrapassar 20% (vinte por cento) do total de docentes efetivos em exercício na instituição federal de ensino. (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

§ 3º As contratações a que se refere a alínea *h* do inciso VI serão feitas exclusivamente por projeto, vedado o aproveitamento dos contratados em qualquer área da administração pública. (Incluído pela Lei nº 10.667, de 14.5.2003)

§ 4º Ato do Poder Executivo disporá, para efeitos desta Lei, sobre a declaração de emergências em saúde pública. (Incluído pela Lei nº 12.314, de 2010)

§ 5º A contratação de professor visitante e de professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput, tem por objetivo: (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

I - apoiar a execução dos programas de pós-graduação stricto sensu; (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

II - contribuir para o aprimoramento de programas de ensino, pesquisa e extensão; (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

III - contribuir para a execução de programas de capacitação docente; ou (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

IV - viabilizar o intercâmbio científico e tecnológico. (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

§ 6º A contratação de professor visitante e o professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput, deverão: (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

I - atender a requisitos de titulação e competência profissional; ou (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

II - ter reconhecido renome em sua área profissional, atestado por deliberação do Conselho Superior da instituição contratante. (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

§ 7º São requisitos mínimos de titulação e competência profissional para a contratação de professor visitante ou de professor visitante estrangeiro, de que tratam os incisos IV e V do caput: (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

I - ser portador do título de doutor, no mínimo, há 2 (dois) anos; (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

II - ser docente ou pesquisador de reconhecida competência em sua área; e (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

III - ter produção científica relevante, preferencialmente nos últimos 5 (cinco) anos. (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

§ 8º Excepcionalmente, no âmbito das Instituições da Rede Federal de Educação Profissional, Científica e Tecnológica, poderão ser contratados professor visitante ou professor visitante estrangeiro, sem o título de doutor, desde que possuam comprovada competência em ensino, pesquisa e extensão tecnológicos ou reconhecimento da qualificação profissional pelo mercado de trabalho, na forma prevista pelo Conselho Superior da instituição contratante. (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

§ 9º A contratação de professores substitutos, professores visitantes e professores visitantes estrangeiros poderá ser autorizada pelo dirigente da instituição, condicionada à existência de recursos orçamentários e financeiros para fazer frente às despesas decorrentes da contratação e ao quantitativo máximo de contratos estabelecido para a IFE. (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

§ 10. A contratação dos professores substitutos fica limitada ao regime de trabalho de 20 (vinte) horas ou 40 (quarenta) horas. (Incluído pela Lei nº 12.772, de 2012)

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.

§ 1º A contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública prescindirá de processo seletivo. (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

§ 2º A contratação de pessoal, nos casos do professor visitante referido nos incisos IV e V e nos casos das alíneas *a, d, e, g, l e m* do inciso VI e do inciso VIII do caput do art. 2º desta Lei, poderá ser efetivada em vista de notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

§ 3º As contratações de pessoal no caso das alíneas *h e i* do inciso VI do art. 2º desta Lei serão feitas mediante processo seletivo simplificado, observados os critérios e condições estabelecidos pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008) (Regulamento)

Art. 4º As contratações serão feitas por tempo determinado, observados os seguintes prazos máximos: (Redação dada pela Lei nº 10.667, de 2003) (Prorrogação de prazo pela Lei nº 11.784, de 2008)

I - 6 (seis) meses, nos casos dos incisos I, II e IX do caput do art. 2º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

II - 1 (um) ano, nos casos dos incisos III e IV, das alíneas *d e f* do inciso VI e do inciso X do **caput** do art. 2º; (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

III - 2 (dois) anos, nos casos das alíneas *b, e e m* do inciso VI do art. 2º; (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

IV - 3 (três) anos, nos casos das alíneas “h” e “l” do inciso VI e dos incisos VII, VIII e XI do caput do art. 2º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 12.871, de 2013)

V - 4 (quatro) anos, nos casos do inciso V e das alíneas a, g, i e j do inciso VI do caput do art. 2º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

Parágrafo único. É admitida a prorrogação dos contratos: (Incluído pela Lei nº 10.667, de 2003) (Vide Lei nº 11.204, de 2005)

I - nos casos dos incisos III e IV, das alíneas b, d e f do inciso VI e do inciso X do **caput** do art. 2º, desde que o prazo total não exceda a 2 (dois) anos; (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

II – no caso do inciso VI, alínea e, do art. 2º, desde que o prazo total não exceda três anos; (Incluído pela Lei nº 10.667, de 2003)

III - nos casos do inciso V, das alíneas a, h, l e m do inciso VI e do inciso VIII do caput do art. 2º desta Lei, desde que o prazo total não exceda a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

IV - no caso das alíneas g, i e j do inciso VI do caput do art. 2º desta Lei, desde que o prazo total não exceda a 5 (cinco) anos; (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

V - no caso dos incisos VII e XI do caput do art. 2º, desde que o prazo total não exceda 6 (seis) anos; e (Redação dada pela Lei nº 12.871, de 2013)

VI - nos casos dos incisos I e II do caput do art. 2º desta Lei, pelo prazo necessário à superação da situação de calamidade pública ou das situações de emergências em saúde pública, desde que não exceda a 2 (dois) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

Art. 5º As contratações somente poderão ser feitas com observância da dotação orçamentária específica e mediante prévia autorização do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministro de Estado sob cuja supervisão se encontrar o órgão ou entidade contratante, conforme estabelecido em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.849, de 1999)

Parágrafo único. (Revogado pela Lei nº 9.849, de 1999)

Art. 5º-A Os órgãos e entidades contratantes encaminharão à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, para controle do disposto nesta Lei, síntese dos contratos efetivados. (Incluído pela Lei nº 10.667, de 2003)

Art. 6º É proibida a contratação, nos termos desta Lei, de servidores da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de empregados ou servidores de suas subsidiárias e controladas.

§ 1º Excetua-se do disposto no **caput** deste artigo, condicionada à formal comprovação da compatibilidade de horários, a contratação de: (Redação dada pela Lei nº 11.123, de 2005)

I - professor substituto nas instituições federais de ensino, desde que o contratado não ocupe cargo efetivo integrante das carreiras de magistério de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987; (Incluído pela Lei nº 11.123, de 2005)

II - profissionais de saúde em unidades hospitalares, quando administradas pelo Governo Federal e para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, desde que o contratado não ocupe cargo efetivo ou emprego permanente em órgão ou entidade da administração pública federal direta e indireta. (Incluído pela Lei nº 11.123, de 2005)

§ 2º Sem prejuízo da nulidade do contrato, a infração do disposto neste artigo importará responsabilidade administrativa da autoridade contratante e do contratado, inclusive, se for o caso, solidariedade quanto à devolução dos valores pagos ao contratado. (Renumerado do Parágrafo Único com nova redação pela Lei nº 9.849, de 1999).

Art. 7º A remuneração do pessoal contratado nos termos desta Lei será fixada:

I - nos casos dos incisos IV e X do art. 2º, em importância não superior ao valor da remuneração fixada para os servidores de final de Carreira das mesmas categorias, nos planos de retribuição ou nos quadros de cargos e salários do órgão ou entidade contratante; (Incluído pela Lei nº 12.425, de 2011)

II - nos casos dos incisos I a III, V e VI do art. 2º, em importância não superior ao valor da remuneração constante dos planos de retribuição ou nos quadros de cargos e salários do serviço público, para servidores que desempenhem função semelhante, ou, não existindo a semelhança, às condições do mercado de trabalho.

III - no caso do inciso III do art. 2º, quando se tratar de coleta de dados, o valor da remuneração poderá ser formado por unidade produzida, desde que obedecido ao disposto no inciso II deste artigo. (Incluído pela Lei nº 9.849, de 1999).

§ 1º Para os efeitos deste artigo, não se consideram as vantagens de natureza individual dos servidores ocupantes de cargos tomados como paradigma. (Renumerado pela Lei nº 10.667, de 2003)

§ 2º Caberá ao Poder Executivo fixar as tabelas de remuneração para as hipóteses de contratações previstas nas alíneas *h, i, j, l* e *m* do inciso VI do caput do art. 2º. (Redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010)

Art. 8º Ao pessoal contratado nos termos desta Lei aplica-se o disposto na Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993.

Art. 9º O pessoal contratado nos termos desta Lei não poderá:

I - receber atribuições, funções ou encargos não previstos no respectivo contrato;

II - ser nomeado ou designado, ainda que a título precário ou em substituição, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança;

III - ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei, antes de decorridos 24 (vinte e quatro) meses do encerramento de seu contrato anterior, salvo nas hipóteses dos incisos I e IX do art. 2º desta Lei, mediante prévia autorização, conforme determina o art. 5º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.784, de 2008)

Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo importará na rescisão do contrato nos casos dos incisos I e II, ou na declaração da sua insubsistência, no caso do inciso III, sem prejuízo da responsabilidade administrativa das autoridades envolvidas na transgressão.

Art. 10. As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado nos termos desta Lei serão apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de trinta dias e assegurada ampla defesa.

Art. 11. Aplica-se ao pessoal contratado nos termos desta Lei o disposto nos arts. 53 e 54; 57 a 59; 63 a 80; 97; 104 a 109; 110, incisos I, in fine, e II, parágrafo único, a 115; 116, incisos I a V, alíneas a e c, VI a XII e parágrafo único; 117, incisos I a VI e IX a XVIII; 118 a 126; 127, incisos I, II e III, a 132, incisos I a VII, e IX a XIII; 136 a 142, incisos I, primeira parte, a III, e §§ 1º a 4º; 236; 238 a 242, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Art. 12. O contrato firmado de acordo com esta Lei extinguir-se-á, sem direito a indenizações:

I - pelo término do prazo contratual;

II - por iniciativa do contratado.

III - pela extinção ou conclusão do projeto, definidos pelo contratante, nos casos da alínea *h* do inciso VI do art. 2º. (Incluído pela Lei nº 10.667, de 2003)

§ 1º A extinção do contrato, nos casos dos incisos II e III, será comunicada com a antecedência mínima de trinta dias. (Redação dada pela Lei nº 10.667, de 2003)

§ 2º - A extinção do contrato, por iniciativa do órgão ou entidade contratante, decorrente de conveniência administrativa, importará no pagamento ao contratado de indenização correspondente à metade do que lhe caberia referente ao restante do contrato.

Art. 13. (Revogada pela Lei nº 11.440, de 2006)

Art. 14. (Revogada pela Lei nº 11.440, de 2006)

Art. 16. O tempo de serviço prestado em virtude de contratação nos termos desta Lei será contado para todos os efeitos.

Art. 17. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 18. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente os arts. 232 a 235 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Brasília, 9 de dezembro de 1993, 172º da Independência e 105º da República.

ITAMAR FRANCO

Romildo Canhim

Arnaldo Leite Pereira