EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Protocolado n. 12.324/2017

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 07, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1997, DO MUNICÍPIO DE MARABÁ PAULISTA (COM AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELAS LEIS COMPLEMENTARES Nº 28, DE 17 DE SETEMBRO DE 2007, E Nº 84, DE 24 DE SETEMBRO DE 2013). CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO PARA ATENDIMENTO DE NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. EXCEPCIONALIDADE. REGIME JURÍDICO. PROCESSO SELETIVO. 1. A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público só se legitima se a lei municipal explicitar o caráter excepcional da hipótese de cabimento. Descrição de hipóteses que não denotam transitoriedade burla o sistema de mérito, sendo incompatível com os princípios da isonomia, moralidade, impessoalidade e eficiência (art. 111 da CE/89). A Lei local impugnada genericamente "disciplina as contratações por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público", sendo por isso incompatível com o art. 115, X, CE/89, que reproduz o art. 37, IX, CF/88. **2.** A sujeição dos contratados por prazo determinado ao regime celetista contraria a exigência do regime administrativo. Violação aos princípios da razoabilidade e da moralidade (art. 111 da CE/89). **3.** A par da excepcionalidade da medida, a contratação temporária deverá ser feita sempre por processo seletivo (art. 111 da CE/89).

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI da Lei Complementar Estadual n. 734, de 26 de novembro de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo), em conformidade com o disposto no art. 125, § 2° e art. 129, IV, da Constituição Federal, e ainda nos arts. 74, VI e 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem, respeitosamente, perante esse Egrégio Tribunal de Justiça, promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face dos incisos II a VIII do artigo 2°, do parágrafo único do artigo 3°, do artigo 6° e da expressão "devendo arcar com o ônus do que dispões a consolidação das Leis do trabalho" contida no parágrafo único do art. 7°, todos da Lei Complementar n° 07, de 26 de novembro de 1997, do Município de Marabá Paulista (com as alterações promovidas pelas Leis Complementares n° 28, de 17 de setembro de 2007, e n° 84, de 24 de setembro de 2013), pelos fundamentos a seguir expostos:

I – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar n° 07, de 26 de novembro de 1997, do Município de Marabá Paulista, que "*Dispõe sobre a contratação de pessoal, por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público e dá outras providências*" (com as alterações promovidas pelas Leis Complementares n° 28, de 17 de setembro de 2007, e n° 84, de 24 de setembro de 2013), possui, no que interessa ao desfecho desta ação, a seguinte redação, *verbis*:

"(...)

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

(...)

II – campanhas de saúde pública;

III – realização de recenseamentos;

IV– admissão de professor substituto;

V – convênios de parcerias com os governos federal e estadual, com prazo determinado;

VI – consórcios e convênios de parcerias intermunicipais, com prazo determinado;

VII – demissão voluntária ou afastamento transitório de servidor, cuja ausência possa prejudicar os serviços;

VIII – saída voluntária, afastamento temporário, extinção de prazo contratual de contratação direta em caráter excepcional e emergencial, ou dispensa ou ausência de servidores ocupantes de cargos, empregos ou funções públicas da área da saúde, cuja ausência possa prejudicar os serviços de atendimento à população. (acrescido pelo art. 1° da LC nº 84/2013)

Artigo 3° - (...)

Parágrafo único – Para atender as necessidades previstas nos incisos I e VIII, do artigo anterior, a contratação prescindirá de processo seletivo. (alterado pelo art. 2º da LC nº 84/2013)

> (...)
>
> Artigo 6° - A contratação decorrente da presente Lei serão firmada nos termos da consolidação das Leis do Trabalho.
>
> Art. 7° - (...)
>
> (...)
>
> Parágrafo Único – A entidade contratante, por conveniência administrativa, poderá extinguir o contrato, devendo arcar com o ônus do que dispões a consolidação das Leis do trabalho.
>
> (...)" – sic.

Os dispositivos normativos acima destacados são inconstitucionais por violação aos arts. 111 e 115, X, da Constituição Estadual, conforme passaremos a expor.

II – O PARÂMETRO DA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE

Os dispositivos normativos impugnados contrariam frontalmente a Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1°, 18, 29 e 31 da Constituição Federal e do art. 144 da Constituição do Estado de São Paulo.

Daí decorre a possibilidade de contraste da lei local com o art. 144 da Constituição Estadual, por sua remissão à Constituição Federal e a seu art. 37, IX, se a tanto não bastassem como parâmetro, nesta ação, os arts. 111 e 115, X, da Constituição Estadual.

Os atos normativos em questão são incompatíveis com os seguintes preceitos da Constituição Estadual, *verbis*:

> "Artigo 111 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.
>
> (...)
>
> Artigo 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:
>
> (...)
>
> X - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.
>
> (...)
>
> Art. 144 – Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição. ".

III. a) DESCRIÇÃO DE HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA QUE NÃO CARACTERIZAM EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO

Os incisos II a VIII do artigo 2° da Lei Complementar n° 07, de 26 de novembro de 1997, do Município de Marabá Paulista (com as alterações promovidas pelas Leis Complementares n° 28, de 17 de setembro de 2007, e 84, de 24 de setembro de 2013), descrevem hipóteses de contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público que contrariam o inciso X do art. 115 da Constituição Federal.

Com efeito, a **contratação de professor substituto e de pessoal para campanhas de saúde pública, realização de recenseamentos, para convênios de parcerias com os governos federal e estadual e parcerias intermunicipais, com prazo determinado, para substituição em hipóteses de demissão voluntária ou afastamento transitório de servidor, cuja ausência possa prejudicar os serviços, e, ainda, para substituição nos casos de saída temporária, afastamento temporário, extinção de prazo contratual de contratação direta em caráter excepcional e emergencial, ou dispensa ou ausência de servidores ocupantes de cargos, empregos ou funções públicas da área da saúde, cuja ausência possa prejudicar os serviços de atendimento à população,** não têm ontologicamente os requisitos de transitoriedade e excepcionalidade, além de constituírem, em parte, expressões amplas, genéricas e indeterminadas, que não demonstram efetiva excepcionalidade determinada e específica, como exige o parâmetro constitucional.

A contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público se destina ao suprimento de necessidade administrativa em face de "*circunstâncias que compelem a*

Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária" (STF, ADI 3.649-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 28-05-2014, m.v., DJe 30-10-2014), sendo, portanto, exigível, para além de outros requisitos, que a contratação tenha como meta o atendimento de necessidade temporária e que esta se qualifique por excepcional interesse público.

A amplitude das expressões legais permitem aninhar em seu pressuposto qualquer situação sem indicação de seu caráter transitório e extraordinário e da impossibilidade de sua consecução pelo emprego dos recursos humanos ordinários dos quadros da Administração. Tem-se que é "inconstitucional a lei que, de forma vaga, admite a contratação temporária para as atividades de educação pública, saúde pública, sistema penitenciário e assistência à infância e à adolescência, sem que haja demonstração da necessidade temporária subjacente" (STF, ADI 3.649-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 28-05-2014, m.v., DJe 30-10-2014).

Destaque-se que a adoção de cláusulas abertas para contratação temporária de servidores, permitindo todo e qualquer preenchimento, não se coaduna com o disposto no art. 115, X da Constituição Estadual, porquanto também acaba por delegar ao Administrador a tarefa – específica do legislador – de definir em concreto situações que legitimam a contratação temporária.

Regra constitucional é a admissão de pessoal nos órgãos e entidades da Administração Pública mediante prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, como estampa o art. 115, II, da

Constituição Estadual, que reproduz o art. 37, II, da Constituição Federal. Ressalvada a investidura em cargos de provimento em comissão, a admissão de pessoal é sempre orientada por essa regra.

A Constituição Estadual no art. 115, X, reproduz o quanto disposto no art. 37, IX, da Constituição da República, possibilitando limitada, residual e excepcionalmente a admissão de pessoal por tempo determinado em razão de necessidade administrativa transitória de excepcional interesse público.

Não é qualquer interesse público que autoriza a contratação temporária – que constitui outra exceção à regra do concurso público – somente aquele que veicula uma necessidade do aparelho administrativo na prestação de seus serviços, devendo, ademais, concorrer a excepcionalidade desse interesse público, a temporariedade da contratação e a submissão à previsão legal, notadamente pela imprevisibilidade e extraordinariedade da situação e a impossibilidade de a Administração Pública acorrê-lo com meios próprios e ordinários de seu quadro de recursos humanos.

A admissão de pessoal a termo, portanto, deve objetivar situações anormais, urgentes, incomuns e extraordinárias que molestem as necessidades administrativas, não se admitindo dissimulação na investidura em cargos ou empregos públicos à margem do concurso público e para além das ressalvas constitucionais, pois, segundo José dos Santos Carvalho Filho, há três elementos que configuram pressupostos na contratação temporária: a determinabilidade temporal, a temporariedade da função e a excepcionalidade do interesse público (*Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 9. ed., pp. 478-479).

Repita-se, por relevante, que a lei específica não poderá utilizar de cláusulas amplas, genéricas e indeterminadas. Deve empregar conceitos que consubstanciem aquilo que seja possível conceber na excepcionalidade.

Em outras palavras, "empregando o termo excepcional para caracterizar o interesse público do Estado, a Constituição deixou claro que situações administrativas comuns não podem ensejar o chamamento desses servidores" (José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 9. ed., pp. 478-479).

A admissibilidade da contratação por tempo determinado visa ao "suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em situações incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos) (...) situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, 'necessidade temporária'), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar" (Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2009, 20. ed., pp. 281-282).

Por fim, consigne-se que o tema foi objeto de Repercussão Geral no Colendo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

"Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos.

1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, "à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, da constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos".

2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente.

3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida 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; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.
>
> 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal." (REx n. 658.026-MG, Rel. Min. Dias Toffoli, dje 31/10/2014)

Dessa forma, necessária a declaração de inconstitucionalidade dos incisos II a VIII do artigo 2° da Lei Complementar n° 07, de 26 de novembro de 1997, do Município de Marabá Paulista (com as alterações promovidas pelas Leis Complementares n° 28, de 17 de setembro de 2007, e 84, de 24 de setembro de 2013).

III. b) ADOÇÃO DO REGIME CELETISTA

Verifica-se que o artigo 6° da Lei Complementar n° 07, de 26 de novembro de 1997, do Município de Marabá Paulista, submete os contratados por prazo determinado ao regime celetista.

Da mesma forma, o parágrafo único do artigo 7° da lei objurgada reforça esse entendimento, pontuando que em caso de extinção do contrato, a entidade contratante deverá observar o disposto na CLT.

Ocorre que a contratação por tempo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público é incompatível com o regime celetista na Administração Pública, ante a transitoriedade inerente à contratação temporária (art. 115, X, Constituição Estadual).

Isso porque, o regime de vínculo das funções temporárias é administrativo-especial como deliberado pelo Supremo Tribunal Federal (RTJ 207/611), pois, "*os servidores temporários não estão vinculados a um cargo ou emprego público, como explica Maria Sylvia Zanella di Pietro, mas exercem determinada função, por prazo certo, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. O seu vínculo com o Estado reveste-se, pois, de nítido cunho administrativo, quando mais não seja porque, como observa Luís Roberto Barroso, 'não seria de boa lógica que o constituinte de 1988, ao contemplar a relação de emprego no art. 37, I, tenha disciplinado a mesma hipótese no inciso IX, utilizando-se de terminologia distinta'*" (STF, RE 573.202-AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 21-08-2008, m.v., DJe 04-12-2008). Neste sentido:

> "CONSTITUCIONAL. RECLAMAÇÃO. MEDIDA LIMINAR NA ADI 3.357. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME TEMPORÁRIO. JUSTIÇA DO TRABALHO. INCOMPETÊNCIA. 1. No julgamento da ADI 3.395-MC, este Supremo Tribunal suspendeu toda e qualquer interpretação do inciso I

do artigo 114 da CF (na redação da EC 45/2004) que inserisse, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. 2. Contratações temporárias que se deram com fundamento na Lei amazonense nº 2.607/00, que minudenciou o regime jurídico aplicável às partes figurantes do contrato. Caracterização de vínculo jurídico-administrativo entre contratante e contratados. 3. Procedência do pedido. 4. Agravo regimental prejudicado" (RTJ 209/1084).

"Conflito de competência. 2. Reclamação trabalhista contra Município. Procedência dos pedidos em 1a e 2a instâncias. 3. Recurso de Revista provido para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho, sob fundamento no sentido de que, na hipótese, o contrato é de natureza eminentemente administrativa. Lei Municipal no 2378/89. Regime administrativo-especial. 4. Contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Típica demanda trabalhista contra pessoa jurídica de direito público. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Constituição. Precedentes. 5. Conflito de competência procedente" (RTJ 193/543).

No mesmo sentido discorre a doutrina:

"Ora, a Constituição de 1988 apesar de se referir à contratação como forma de vínculo não pretendeu que a função temporária fosse presidida pelo regime jurídico celetista (contratual e bilateral) que domina os empregos públicos.

O art. 37, IX, impõe um regime administrativo especial, próprio para a contratação temporária, e não que esta adote o regime celetista. A forma de vínculo (bilateral) não se confunde com sua natureza (administrativo-especial e que é unilateral legal), estando superada a polêmica que existia no passado sobre admissão de servidor temporário e contratação de prestação de serviços técnicos especializados.

Se ao agente público não se aplica o regime estatutário (dos servidores públicos investidos em cargos de provimento efetivo após aprovação em concurso público), isso não quer dizer que os servidores temporários se sujeitarão ao regime jurídico celetista, que é contido aos empregados públicos – aqueles investidos em empregos públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Se assim fosse, não haveria necessidade de referência à lei específica.

É essa menção à lei específica que fundamenta a derrogação do direito laboral comum e do direito estatutário geral e aponta para a necessidade de um regime jurídico administrativo especial, porque deve ser peculiar para orientação das relações jurídicas daí decorrentes. A contratação é apenas forma prevista para o vínculo, e não a essência ou o

> conteúdo do regime jurídico. Além disso, como a adoção do regime celetista na Administração Pública é excepcional, mister a existência de expressa permissão constitucional, e cuja ausência implica interpretar-se interditada.
>
> Como a União é detentora exclusiva da competência legislativa em direito trabalhista (art. 22, I, Constituição de 1988), Estados, Distrito Federal e Municípios estariam impedidos da edição de suas respectivas leis específicas para admissão de contratação temporária, o que implicaria perda de suas autonomias constitucionalmente asseguradas, inclusive pelo art. 37, IX, da Carta Magna. Esse preceito não lhes autorizou a apenas definir as hipóteses de contratação temporária, como pode parecer à primeira vista. A norma constitucional lhes franqueia a definição integral e completa da contratação temporária, o que abrange os contornos de seu regime jurídico. A menção à contratação é apenas a impressão de requisito de forma, não de conteúdo, pois, não significa a adoção do regime jurídico trabalhista (contratual ou celetista)". (Wallace Paiva Martins Junior. *Contratação por prazo determinado: comentários à Lei nº 8.745/93*, São Paulo: Atlas, 2015, p. 55).

Desta forma, necessária a declaração de inconstitucionalidade da do artigo 6° e da expressão "devendo arcar com o ônus do que dispões a consolidação das Leis do trabalho" contida no parágrafo único do art. 7°, da Lei Complementar n° 07, de 26 de novembro de 1997, do Município de Marabá Paulista.

III. c) NECESSIDADE DE PROCESSO SELETIVO

Por fim, o parágrafo único do artigo 3° da Lei Complementar n° 07/97, do Município de Marabá Paulista, dispõe que "*para atender as necessidades previstas nos incisos I e VIII, do artigo anterior, a contratação prescindirá de processo seletivo*".

Resta evidente a inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal, uma vez que a contratação deverá ser feita **sempre através de processo seletivo**. A provisoriedade das contratações não pode ser fundamento para se excluir a realização do processo seletivo, mesmo que simplificado.

É necessário que haja um processo seletivo, transparente e objetivo, em função da necessidade temporária de excepcional interesse público, de modo que a possibilidade de sua exclusão constitui violação aos princípios de impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade e eficiência, constantes do art. 111 da Constituição Estadual.

IV – PEDIDO

Face ao exposto, requer o recebimento e o processamento da presente ação para que, ao final, seja julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II a VIII do artigo 2°, do parágrafo único do artigo 3°, do artigo 6° e da expressão "devendo arcar com o ônus do que dispões a consolidação das Leis do trabalho" contida no parágrafo único do art. 7°, todos da Lei Complementar n° 07, de 26 de novembro de 1997, do Município de Marabá Paulista (com as alterações promovidas pelas Leis Complementares n° 28, de 17 de setembro de 2007, e n° 84, de 24 de setembro de 2013).

Requer, ainda, sejam requisitadas informações à Câmara Municipal e ao Prefeito Municipal de Marabá Paulista, bem como posteriormente citado o douto Procurador-Geral do Estado para se manifestar sobre os dispositivos normativos impugnados, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 16 de novembro de 2017.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

grcp/ts