

Recomendação nº. 08/2017 /FAMEM

São Luís (MA), 10 de Fevereiro de 2017.

**Assunto: A contratação de servidores na administração pública. Contratação de servidores temporários prevista no artigo 37, IX. Pressupostos. Temporariedade da função. Excepcionalidade do interesse público. Cargos comissionados e funções de confiança. Hipóteses de cabimento.**

Excelentíssimo (a) Senhor(a) Prefeito(a)

Com a finalidade de melhor assessorá-lo e mantê-lo atualizado sobre informações relevantes para a realização de uma Gestão Municipal adequada e que, principalmente, atenda aos ditames legais, a FEDERAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO MARANHÃO – FAMEM, representada por seu presidente Cleomar Tema Carvalho Cunha, vem por meio deste, encaminhar informações sobre **as formas de contratação de servidores Municipais, em especial as contratações de servidores temporário, comissionados e consequencias ao gestor das contratações ilegais.**

Visando atender ao princípio da acessibilidade dos cargos públicos e demais princípios constitucionais aos quais está a Administração Pública adstrita, a Constituição Federal tornou obrigatória a aprovação prévia em concurso público para o provimento de quaisquer cargos ou empregos na Administração Direta e Indireta, inclusive para o preenchimento de empregos nas empresas públicas e Sociedade de Economia Mista.

É o que disciplina o artigo 37, inciso II, *in verbis*.

*“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” .*

Esclarece-se que a Constituição Federal de 1988 excepcionou a regra geral do Concurso Público em situações outras, além das prescritas neste inciso II do artigo 37, uma vez que, por exemplo, existe a previsão de **contratações por tempo determinado** para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público** no inciso IX do artigo 37. Neste caso, ressalta a professora Maria Sylvia Zanella di Pietro, *“esses servidores exercerão funções, porém, não como integrantes de um quadro permanente, paralelo ao dos cargos públicos, mas em caráter transitório e excepcional” .*

Assim, a presente recomendação objetiva analisar o instituto constitucional da contratação temporária nos quadros da Administração Pública Municipal, seus pressupostos de validade, uma vez que estes suscitam questões relevantes a serem aqui esposadas, bem como os casos concretos julgados por nossa Corte Maior, em exame da práxis utilizada no Setor Público brasileiro através da Lei Federal nº 8.745/93, a qual disciplina a referida contratação no âmbito federal.

I-

## **A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PREVISTA NO ARTIGO 37, IX E OS SEUS PRESSUPOSTOS**

Segundo o professor Diógenes Gasparini, servidores temporários são aqueles *“que se ligam à Administração Pública, por tempo determinado, para atendimento de necessidades de excepcional interesse público, consoante*

*definidas em lei” . Dentre estes se encontram os contratados sob fundamento do artigo 37, IX, in verbis.*

*“Art. 37*

*IX- A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público” .*

Com o intuito de utilização adequada do permissivo constitucional foi editada, no âmbito de Administração Pública Federal, a Lei Federal nº 8.745/93, posteriormente alterada pelas Leis nº 9.849/99 e 10.667/03, objetivando amparar as situações em que a contratação temporária se faz imprescindível **ao cumprimento dos interesses e necessidades públicos, que serve de paradigma para as legislações estaduais e municipais.**

O professor José dos Santos Carvalho Filho entende que a expressão “a lei” significa **que será a lei da entidade contratante: federal, estadual ou municipal, consoante as regras de competência federativa.** Ressalta que: *“não há de ser lei federal com validade para todas as entidades, porque não se lhe reserva competência para estabelecer lei geral ou especial nessa matéria, com validade para todas. A autonomia administrativa das entidades não permite” .*

A Lei Federal 8.745/93 **traz diretrizes que devem ser seguidas por leis estaduais e municipais, como, por exemplo, a indicação de casos de necessidades temporárias e a exigência de processo seletivo simplificado.** Além disso, por óbvio, os pressupostos constitucionais, adiante delineados, são também inafastáveis para todas as esferas da Administração Pública.

Importante destacar que esses **servidores admitidos com base no inciso IX do art. 37, não ocupam cargo público e não estão sujeitos ao regime estatutário** a que se submetem os servidores públicos titulares de cargo efetivo e os servidores ocupantes de cargos em comissão. Os direitos, deveres e garantias dos contratados temporariamente dependerão da Lei de

Contratações Temporárias, que estabelecerá todos os aspectos da vinculação do servidor perante a Administração Pública.

O regime jurídico que irá disciplinar a categoria dos servidores contratados temporariamente por excepcional interesse público será estabelecido pelo próprio ente contratante (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios), mediante lei ordinária reguladora. Caso o contratante não possua uma lei que esclareça o regime jurídico a ser aplicado, ou, ainda, caso a contratação se torne irregular, perdendo suas características peculiares, considerar-se-á, para ambas as situações, o vínculo celetista, dado o seu caráter subsidiário.

Com efeito, a contratação de servidores temporários de excepcional interesse público, deverá respeitar além do disposto na Constituição Federal, os seguintes pressupostos inafastáveis:

*1° - Para cada contratação independente do Estatuto, deverá o Município encaminhar **projeto de Lei ao Poder Legislativo** pedindo autorização para contratação, justificando a excepcionalidade do interesse público, relacionando salários a serem pagos e **o prazo determinado dos contratos**;*

*2° Os contratos serão regidos por suas cláusulas e, subsidiariamente por analogia pelo Regime Jurídico Único dos Servidores Municipais; e na falta desta regulamentação, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT);*

*3° O prazo máximo estabelecido em cada uma das contratações (temporiedade da função), podendo ser prorrogado quantas vezes as partes quiserem, desde que o prazo total da contratação não ultrapasse ao limite de dois anos. Vale lembrar que prorrogação é o aumento do prazo de duração do contrato sem que haja nenhuma interrupção durante sua vigência.*

*4° Temporiedade da Função.*

Mas o que significa **Temporiedade da função?**

O professor José dos Santos Carvalho Filho destaca o pressuposto da temporiedade da função como a necessidade desses serviços deve ser sempre temporária. “Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes” .

Dito de outra forma, necessidade temporária é aquela que se verifica em um determinado momento, depois desaparece, uma vez que tem como fato gerador uma determinada circunstância, a qual encerrada desaparecerá a necessidade. Se o serviço público necessitar de funcionário por estar com número deficitário em um setor, sem que qualquer circunstância temporária tenha levado a tal situação, obviamente, a necessidade será permanente, pois sempre existirá.

**Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes, se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação e a admissão será inteiramente inválida, podendo o gestor responder por ato de improbidade e crime de responsabilidade.**

Nesse diapasão, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgando ação direta de inconstitucionalidade dispôs, *in verbis*.

***“AÇÃO DIRETA DE INCOSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA EXERCÍCIO DE ATIVIDADES DE NATUREZA PERMANENTE. 1. Situações administrativas próprias da gestão pública das respectivas secretarias não podem ensejar a dispensa na realização de concurso público. 2. É flagrante a infração às normas constitucionais porque não está tipificada nas leis***

*impugnadas a excepcional situação de interesse público que autorize o acesso a cargo público sem a realização de concurso, sendo igualmente evidente o caráter permanente das necessidades e da função apontada.* 3. A excepcionalidade há que resultar de circunstâncias imprevisíveis à Administração Pública, o que não se caracteriza em qualquer dos serviços contratados.” (Órgão Especial - Comarca de Porto Alegre - Nº 70015666985 - EXMO SR DR PROCURADOR GERAL DE JUSTICA - requerido: MUNICIPIO DE SAO BORJA - requerida: CÂMARA MUNICIPAL DE VEREADORES DE SAO BORJA).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. TERMO AJUSTAMENTO CONDUTA. DESCUMPRIMENTO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A tutela específica, para ser concedida, exige o preenchimento dos requisitos elencados no art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil: relevância do fundamento da demanda e perigo de ineficácia do provimento final. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a contratação temporária não pode ter por objeto a seleção ou recrutamento de pessoal para atividades ordinárias ou permanentes do órgão público, porquanto a norma inserta no art. 37, IX, da Constituição da República, trata de hipóteses anômalas, de exceção, não podendo se tornar prática comum na Administração Pública, pena de ofensa ao princípio do concurso público. 3. Constatado o descumprimento por parte do Município de Pavão, por mais de três anos, do Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público, a hipótese é de concessão da tutela específica. (TJ-MG - AI: 10686120114828001 MG, Relator: Bitencourt Marcondes, Data de Julgamento: 22/08/2013, Câmaras Cíveis / 8ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/09/2013)

A Lei nº 8.745/93, apesar de não apresentar o conceito de necessidade temporária de excepcional interesse público, exemplifica em seu artigo 2º situações, em consonância com o mandamento constitucional, que podem ser consideradas aptas a ensejar a contratação de pessoal por tempo determinado. Relata o dispositivo, *que considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:*

- *assistência a situações de calamidade pública;*

- *combate a surtos endêmicos;*
- *realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;*
- *admissão de professor substituto e professor visitante;*
- *admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro, dentre outras.*

A contratação temporária, em geral, não é realizada mediante concurso público, mas sim **por meio do chamado *processo seletivo simplificado*** sujeito à ampla divulgação, inclusive no Diário Oficial, podendo ocorrer análise curricular dos candidatos somente nos casos de professor e pesquisador visitante estrangeiro, cujo teor demonstre **notória capacidade** técnica ou científica.

Importante destacar que com a publicação da Emenda Constitucional nº 20/98, e consequente modificação da estrutura do regime previdenciário no Brasil, os servidores contratados temporariamente pelos municípios, **passaram a se vincular diretamente ao Regime Geral de Previdência Social, ou seja, ao INSS.**

### **SUGESTÃO DE INSTRUÇÃO DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA**

- Dotação Orçamentária e autorização específica na LDO (art. 169, §1º, da CF/88);
- Levantamento da quantidade e especialidades dos profissionais a serem contratados temporariamente, evitando a contratação fracionária;
- Justificativa motivada da contratação temporária;
- Elaboração do demonstrativo orçamentário, bem como da sua compatibilidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal;
- O estabelecimento de regras para recrutamento do pessoal a ser contratado por tempo determinado, na forma do que prevê a legislação municipal, disciplinando os casos de contratação, procedimento para a seleção e

contratação, prazo máximo, quantidade de contratações, a remuneração, o regime jurídico;

- A autorização, em despacho fundamentado do Chefe do Poder Executivo, em que declarará a necessidade do serviço e o interesse público da contratação temporária;
- A publicação, no Diário Oficial do Município, da respectiva Autorização do Executivo Municipal;
- A contabilização da despesa, na forma do art. 19 da Lei de responsabilidade fiscal (despesa com pessoal);
- A publicação no Diário Oficial do Município, do Edital de Seleção Simplificada;
- Realização do processo seletivo simplificado;
- A comunicação formal, com integra do procedimento administrativo, para o Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, a fim de apreciar, para fins de registro, a legalidade da contratação.
- Em ano eleitoral: Se há proibição por meio de lei eleitoral (03 meses que antecedem o pleito);
- Se há aumento de despesa de pessoal nos últimos 180 dias de mandato do gestor;
- Formalização das contratações por meio de instrumento contratual escrito e assinado pelas partes.

**Destarte, de forma a evitar problemas legais, o gestor deve se ater a contratação de servidores temporário, apenas nos casos de necessidade temporárias e excepcional, contratando-os por meio de processo seletivo por prazo máximo de 02 (dois) anos.**

## II-

### **CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES DE CONFIANÇA:**



Segundo o art. 37, V, da CF, os cargos comissionados deverão ser criados por lei, *in casu*, lei municipal, que deverá obrigatoriamente definir:

- Quantitativo, nomenclatura e remuneração;
- Atribuições;
- Condições e percentuais mínimos para seu provimento por servidores de carreira;
- Terão obrigatoriamente natureza de direção, chefia e assessoramento;
- São de livre nomeação e exoneração.

As **FUNÇÕES DE CONFIANÇA**, da mesma forma deverão ser criadas por lei municipal e preenchidas exclusivamente por servidores do quadro efetivo

Destarte, não se deve contratar para cargos comissionados ou função de confiança se não há previsão na lei organizacional do Município, respeitando ainda a vedação de contratação de parentes até 3º grau, por ser considerado nepotismo, segundo Sum. Vinculante nº. 13 do STF.

### III-

## AS SANÇÕES APLICÁVEIS EM CASO DE IRREGULARIDADES NA ADMISSÃO DE PESSOAL

### NO TCE DO MARANHÃO

1. Negar registro ao ato de admissão;
2. Imputar multa ao gestor;
3. Determinar a devolução aos cofres públicos se a irregularidade ensejou dano ao erário;
4. Expedição de declaração de inidoneidade, que inabilitará o responsável para o exercício de cargos públicos;
5. Emissão de parecer prévio pela rejeição das contas anuais;

6. Remessa do processo para o Ministério Público Estadual para apuração de Crime de Improbidade Administrativa e/ou de Responsabilidade.

## JUSTIÇA

O Ministério Público Estadual ingressar com Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, que poderá acarretar nas sanções previstas no art. 12, inciso III da Lei nº. 8.429/92, quais sejam: ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Além da possibilidade de responder criminalmente pelo Dec. Lei 201/67.

## IV- CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que a contratação temporária de servidores é perfeitamente possível de ser realizada em qualquer Município, desde que obedeça os critérios estabelecidos na Constituição Federal, ou seja *para cada contratação independente do Estatuto existente, deverá o Município encaminhar projeto de Lei ao Poder Legislativo pedindo autorização para contratação, justificando a excepcionalidade do interesse público, relacionando salários a serem pagos e o prazo determinado dos contratos.*

Caso o gestor assim não proceda e efetue contratação irregular fora dos parâmetros constitucionais ele será processado civilmente, através de uma ação de improbidade administrativa, que poderá lhe ocasionar a perda do mandato,

inelegibilidade, proibição de contratar com o poder público, bloqueio e indisponibilidade de bens, sem prejuízo da ação penal, que além da pena de prisão poderá acarretar o afastamento do cargo de prefeito, tão logo ocorra o trânsito em julgado.

É importante observar que a contratação temporária de servidores permitida pela Constituição Federal, em nada se assemelha a contratação de servidores para provimento de cargos comissionados, que são de livre nomeação do gestor, bastando que sejam regularmente criados por lei municipal. Da mesma forma as funções de confiança existentes na estrutura administrativa do município deverão obrigatoriamente serem providas por servidores concursados do quadro efetivo, nunca por servidores contratados temporariamente.

Sendo esta a recomendação.

Para maiores esclarecimentos contatar o setor jurídico da FAMEM, por meio dos telefones (98) 21095417 e 5400.

**CLEOMAR TEMA CARVALHO CUNHA**  
Presidente da FAMEM