



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

ROBERTA LEONOR BARROS BEZERRA

**CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**SOUSA - PB
2007**

ROBERTA LEONOR BARROS BEZERRA

**CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO COM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof^o. Joanielson Guedes Barbosa.

**SOUSA - PB
2007**



B574c Bezerra, Roberta Leonor Barros.
Contratação por tempo determinado com a administração pública.
/ Roberta Leonor Barros Bezerra. - Sousa - PB: [s.n], 2007.

54 f.

Orientador: Professor Joanielson Guedes Barbosa.

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Contratação temporária - pessoal. 2. Contratos na administração pública. 3. Admissão de pessoal - contratos. 4. Administração pública – contratos temporários. 5. Responsabilidade na contratação temporária. 6. Reforma administrativa. 7. Lei 9.601/1998. I. Barbosa, Joanielson Guedes. II. Título.

CDU: 347.440.84:35.08(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

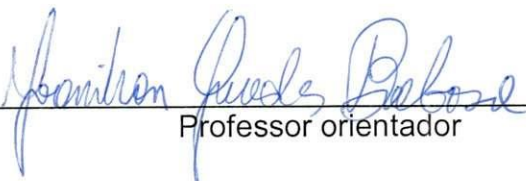
Roberta Leonor Barros Bezerra

CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO COM A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA

Monografia apresentada à Banca Examinadora do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais CCJS – UFCG, como requisito para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em ____/____/____

Banca Examinadora



Professor orientador

Membro

Membro

Por sempre ter sido orientada a estudar,
sentindo o amor de todos dedico esta obra:
A Deus, que permitiu a graça de passar no
vestibular, e escrever este trabalho científico.
Aos meus pais Robertão e Delma pelo amor
em todas as fases da minha vida.
Ao meu irmão Felipão, sempre prestativo as
meus pedidos.
A Joanilson Guedes, sempre atencioso.
A minha avô Nanete pelos ensinamentos
rígidos.
A minhas tias, tios, primas e primos, que por eu
sempre ter orgulho deles procurei crescer e
vencer para que tivessem orgulho de mim,

Dedico

AGRADECIMENTOS

Com entusiasmo profundo a Deus.

Minha família, incentivadora, a dedicação dos meus pais ao longo desses anos, que não mediram esforços para a realização dos meus sonhos

De forma especial a Fábio Tyrone e Angêla Márcia, pelo carinho, por terem acreditado no meu potencial. Foram verdadeiros pais.

Aos amigos do Rotarct, do trabalho, principalmente aos amigos da Universidade.

Aos professores, mestres que orientaram nossa vida na linha do sucesso.

Justos! Nós achamos que somos.

Roberta Leonor

RESUMO

A Administração pública é a esfera que se enquadra no nosso objeto de estudo, e para melhor compreensão conceituando administração pública vê-se que é a atividade do Estado em prol dos interesses coletivos. Contrato é o tema estratégico deste estudo, em latu sensu é entendido como o acordo entre as partes, porém os contratos que nos aprofundaremos neste trabalho serão os públicos que são institucionais, unilaterais, e sob “império” da administração pública. O artigo 37, da Constituição Federal dentre a legislação observada é o mais analisado, ele relata o concurso público e a exceção, que é a contratação por tempo determinado objeto principal deste trabalho. A possibilidade jurídica desta contratação temporária segue dois requisitos: a previsão expressa em lei e a necessidade temporária de excepcional interesse público. Essa exceção presente no artigo acima citado, foi permitida pela Constituição Federal e suprida por lei complementar, de número 8.745/93 no âmbito federal. Esse trabalho científico trás exemplos relevantes de contratação temporária, são elas a contratação de professores substitutos das universidades públicas, e os contratos dos agentes comunitários de Saúde e de combate às endemias esses dois últimos inseridos pela Emenda Constitucional nº. 51/06. A contratação pela administração pública têm-se formas diversas da contratação direta pela administração pública, aqui exemplificamos a contratação por terceirização de empresa prestadora de serviço e contratação por OSCIPs realizada esta através de termos de parcerias para execução de projetos. A contratação é um ato de grande seriedade da autoridade do ente contratante, quando encontrada irregularidades é responsabilizado o administrador contratante, podendo gerar improbidade administrativa, em decorrência das contratações irregulares, ou seja, quando realizadas sem preenchimento dos requisitos legais, podendo ser atingido pela LRF. É regra a obrigatoriedade para concurso público, por isso quando ente público contrata por tempo determinado deve o viabilizar pelos requisitos legais, para não perecer na infringência ao concurso. O entendimento do STF é que preenchimento dos cargos deve ser por concurso público, mas que há exceções na própria Constituição, o que se enquadra no artigo 37, IX, CF, a contratação temporária. Assim, seguindo a ordenança legal para sua validade, e pelo princípio da eficiência dos serviços públicos concordo com a contratação por tempo determinado respeitado os requisitos de sua permissibilidade principalmente para programas federais.

Palavras – chave: Contrato – Administração Pública – Requisitos

ABSTRACT

The public Administration is the sphere that fits our object of study, and for better understanding conceptualizing public administration it is seen that it is the activity of the State on behalf of the collective interests. Contract is the strategic subject of this study, in *latu sensu* is understood by it like the agreement between the parts, however the contracts that we will go deeper into this work will be the public ones that are institutional, unilateral, and under " empire " of the public administration. The article 37, of the Federal Constitution among the observed legislation is most analysed, he reports the open competition and the exception, which is the employment for determined time principal object of this work. The legal possibility of this temporary employment follows two requisites: the foresight definite in law and the temporary necessity of exceptional public interest. This present exception in the article above quoted, was allowed by the Constitution Federal and provided by complementary law, of number 8.745/93 in the federal extent. This scientific work behind relevant examples of temporary employment, healthy you link the employment of substitute teachers of the public universities, and the contracts of the communitarian agents of Health and of combat to the these endemias last two the inserted ones for the Constitutional Correction nº. 51/06. The employment for the public administration there have been the different forms of the straight employment as the public administration, here we exemplify the employment for *terceirização* of enterprise prestadora of service and employment for carried out this OSCIPs through terms of partnerships for execution of projects. The employment is an act of great seriousness of the authority of the being contractor, when considered irregularidades is held the administrator responsible contractor, being able to produce administrative improbity, as a result of the irregular employment, in other words, when carried out without filling out of the legal requisites, being able to be reached by the LRF. It is a rule to obligatoriness for open competition, therefore when public being contracts for determined time the viabilizar has to for the legal requisites, not to perish in the *infringência* to the contest. The understanding of the STF is which filling out of the posts must be for open competition, but that there are exceptions in the Constitution itself, which fits in the article 37, IX, CF, the temporary employment. So, following the legal ordinance for his validity, and on the principle of the efficiency of the public utilities I bring the requisites of his *permissibilidade* into line with the employment for determined respected time principally for federal programs.

Words – key: Contract – Public Administration – Requisites

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DO CONTRATOS.....	12
1.1 Contratação por Tempo Determinado.....	14
1.2 Os contratos de acordo com a lei n.º. 9.601/1998.....	18
1.3 Contratação no âmbito federal lei nº 8.745/93.....	19
1.4 A remuneração dos contratados; os professores universitários; e os agentes comunitários e de endemias.....	21
CAPÍTULO 2 FORMAS DE CONTRATAÇÃO E A RESPONSABILIDADE NA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA.....	26
2.1 As responsabilidades na contratação temporária.....	32
CAPÍTULO 3 CAPÍTULO CONCURSO PÚBLICO E OS CONTRATOS POR TEMPO DETERMINADO.....	39
3.1 Reforma administrativa e a emenda constitucional 19/1998.....	43
3.2 Contrato por tempo determinado: ilegalidade – nulidade.....	44
CAPÍTULO 4 REALIDADE FÁTICA.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

INTRODUÇÃO:

Este trabalho tem por escopo analisar a realidade da contratação por tempo determinado realizado pelas administrações públicas observando conceitos e compreendendo distinções administrativas a luz da legislação pátria.

No primeiro capítulo é observado o conceito de administração pública buscando compreender o contrato público, e as divergências relativas ao contrato privado, para então passarmos a tecer o contrato público por tempo determinado. Veremos que a possibilidade legal deste tipo de contratação, parte da própria Constituição Federal de 1988. Porém a mesma legislação que permite também impõe limites para que a contratação temporária não passe da “exceção” para a “regra”. Os limites impostos regulamentam o ente contratante a realizar este ato de forma correta, verificando a ocorrência de excepcional interesse público, sendo excepcional deve logicamente ser temporária a contratação, até que cesse a necessidade criada pelo interesse público expresso como excepcional. São analisadas as leis nº. 9.601/ 98 e nº. 8.745/93, que tratam respectivamente, da contratação temporária em geral embasada na CLT tendo por contratante primordialmente os entes privados, a outra lei trata das condições que possibilitam a realização de contratação temporária pela administração pública todo o âmbito federal. Ainda no capítulo primeiro é analisada a remuneração e a prorrogação dos contratados excepcionais por tempo determinado e são relatados exemplos deste tipo de contratação como a dos professores substitutos nas Universidades Públicas Federais e a contratação dos Agentes comunitários de saúde e agente de Edemias, esses dois últimos permitidos pela emenda constitucional nº. 51 de 2006.

O segundo capítulo trás as formas de contratação utilizadas pela administração pública para recrutar servidores por tempo determinado sem haver o vínculo direto com a administração, quais sejam as contratações por terceirizadas e OSCIPs, são apresentadas essas formas e constata-se as diferenças entre elas. Ainda é averiguada a responsabilidade do gestor público frente aos tipos de contratações, a incidência da lei de responsabilidade fiscal

perante os responsáveis e o pagamento dos contratados no orçamento das despesas. Averiguada ainda competência para julgar os litígios gerados nestes tipos de contratação.

No terceiro capítulo veremos as grandes discussões em volta do concurso público, os princípios embasadores da realização dele. A obrigatoriedade do concurso para contratar, de acordo com o artigo 37 da Constituição Federal. Apresentação de pontos de ocorrência de ilegalidade e nulidade, em face de essas contratações temporárias quando não respeitados os requisitos que possibilitam essa contratação. A Emenda Constitucional nº. 19/98 que é chamada de reforma administrativa, veremos quais pontos foram modificados, relativo ao servidor público, inclusive ao do nosso tema em estudo os contratados temporários.

São analisados em muitos tópicos jurisprudências do STF, TJPR, TST, doutrinadores, exemplos práticos, que fazem deste tema muito debatido, questionado de várias maneiras. Esse trabalho foi constituído na intenção de copilar opiniões diversas sobre esse tema e ingressar como mais uma obra na esfera jurídica do nosso ordenamento, onde é na discussão de realidades e valores que construímos novos princípios e consecutivamente novas regras.

CAPÍTULO 1 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DOS CONTRATOS

A Administração pública é a atividade do Estado que de forma concreta atua em prol dos interesses coletivos. Através de um conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas o Estado realiza suas atividades que são atribuídas por lei, todos os atos do Estado são ordenados pela legislação pertinente em cada caso destacadamente. Além Lei a Administração pública não pode atuar.

No pensamento de Hely Lopes Meirelles, Administração Pública em sentido formal é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em nome dele, dar cumprimento a realização dos fins públicos, por meio de atos e comportamentos direcionados pelo Legislativo, inclusive com o auxílio dos Tribunais de Constas, hoje consideravelmente mais influenciador face as ações do Estado. E todos esses procedimentos são vigiados e analisados pelo Judiciário.

Contrato, do latim “contractu”, significa trato com. É o acordo entre pessoas sobre determinada coisa cada uma com seu determinado fim específico. É “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um Direito”, como afirmado pelo Mestre Washington de Barros Monteiro.

Os contratos administrativos, para Marcello Caetano, são aqueles celebrados entre a Administração e outras pessoas, singulares ou coletivas, para fins administrativos. Contratos administrativos regulam-se pelos preceitos do direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.

Há em torno das definições de contrato administrativo polêmicas onde para determinada corrente somente alguns contratos celebrados pela Administração seriam contratos administrativos, uma outra sustenta que qualquer contrato com a Administração seria administrativo. Para o direito positivo todos os contratos firmados pela Administração Pública são administrativos, inclusive os chamados “contratos de direito privado” como também os tratados pela Lei de Licitações e Contratos, por exemplo, o inciso I do § 3.º do art. 62, o que, combinado com o art. 1.º e parágrafo único do art. 2.º da mesma lei, corrobora a asserção feita, onde fala da obrigatoriedade de contrato, da sua formalização, dos poderes da administração em alterá-lo, rescindi-lo unilateralmente, e etc.

No contrato de direito público a administração impõe “seu império” está sobre o outro contratado, como casos de contrato embasado na lei de Licitações e contrato de 1993, onde a administração pública pode rescindido por ato unilateral da administração pública, presente no art. 79 desta lei acima citada. Já os contratos de direito privado celebrados pela Administração, tais como: contratos de seguro, de financiamento, de locação, o Poder Público é regido por norma de direito privado, estando em igualdade com o celebrante do contrato. Há doutrinadores que afirmam que todo contrato com a administração é administrativo, mas isso não quer dizer que este contrato seja público. Os contratos administrativos, de acordo com art. 57 Lei 8.666/93 têm sua vigência ligada ao exercício do crédito orçamentário. O exercício orçamentário coincide com o ano civil com início em 1º de janeiro e término em 31 de dezembro.

Analisamos as modalidades de contratos pelos princípios, onde os que regem o contrato de trabalho, tipicamente privado, são diversos dos que regem o contrato do art.37, IX, da CF, que são contratos públicos administrativos. Enquanto o primeiro é de natureza contratual, bilateral, e de ordem privada, o segundo tem natureza de ordem institucional, unilateral e está vinculado, via de regra, ao Regime Estatutário administrativo ao órgão que esteja o contratado ligado, presente nesses contratos as cláusulas exorbitantes.

Ainda é importante salientar a necessidade de se distinguir os contratos de execução instantânea dos de execução continuada, com vistas a determinar a

duração dos contratos administrativos. Assim leciona o autor Marçal Justen Filho, que os contratos de execução instantânea impõem à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida. Uma vez cumprida a obrigação, o contrato se exaure e nada mais pode ser exigido do contratante. Exemplo, com o contrato de compra e venda à vista de um imóvel, quando o vendedor promove a tradição da coisa e o comprador liquida o preço, o contrato está exaurido. Entretanto, os contratos de execução continuada impõem à parte o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo, o exemplo, o contrato de enfermeiro de um posto de saúde.

Necessário nesse trabalho o conceito de contratado de trabalho que se pode examinar o definido por Arion Sayão Romita em, Servidores Públicos Temporários ou Contratados para Funções Técnicas ou Especializadas, Edições Trabalhistas, 1975, pág. 78, in verbis:

Em razão do contrato de trabalho, o sujeito trabalhador se obriga a prestar a própria atividade em favor de outro sujeito - o empregador - em posição de dependência e mediante retribuição. A subordinação ou dependência caracteriza, portanto, o contrato de trabalho e o distingue dos demais tipos de ajuste em que existe prestação de trabalho.

Tratado em acórdão essa conceituação:

O traço distintivo entre o contrato de locação de serviços e o contrato de trabalho é a autonomia da vontade, que resguarda o locador de serviços da dependência hierárquica e econômica. Se o contrato deixa nítida essa dependência, há contrato de trabalho, que pode ser por tempo determinado, cabendo, na rescisão, o pagamento das férias, do 13º salário e do repouso remunerado - TFR - Ac. un. 3ª T - RO 6.899 - DF - Rel. Min. Carlos Madeira - Banco Central do Brasil vs Augusto Cesar Ladeira - DJ nº 50, 8/8/85, pág. 12.470.

Relativo ao vínculo institucional, segundo Hely Lopes Meirelles ele afirma que o dever de obediência impõe ao servidor o acatamento às ordens legais de seus superiores e sua fiel execução. Tal dever resulta da subordinação hierárquica e assenta no princípio disciplinar que informa toda organização administrativa.

1.1. CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO:

O art. 37, II, da Constituição Federal, proíbe o ingresso no serviço público que não seja sob a modalidade de concurso público. Contudo o mesmo artigo retro transcrito, o legislador abriu uma exceção na redação do inciso IX ao dizer: "a lei estabelecerá casos de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público". A intenção foi evitar que a Administração Pública ficasse imobilizada em certas circunstâncias, o que tornaria o serviço público ineficaz.

A contratação por prazo determinado, presente no artigo 37 da Constituição Federal, neste inciso IX, é "para atender necessidade temporária de excepcional interesse público", de forma que a contratação por prazo determinado deve ocorrer para suprir a ausência de servidor concursado, em casos de licenças e férias, ou quando houver necessidade da ampliação na prestação do serviço público, e não houver servidor concursado para o cargo, é o caso, por exemplo, quando é inaugurada uma nova escola e não há professor concursado. Para se contratar por prazo determinado, o cargo deverá está criado por lei e haverá processo seletivo simplificado. O mais comum é pelo curriculum do pretendente, sistema presente no art. 3º, § 2 da lei federal 8.745/93, exemplo da contratação de professores substitutos.

Não quis o legislador constituinte esclarecer a priori às relações entre o contratado e o Estado, nem mencionar suas manifestações concretas e os elementos individualizadores das normas pertinentes aos direitos e deveres de ambas as partes, priorizou o legislativo, restringindo-se a gerar a hipótese permissiva desta contratação. A regulamentação dessa matéria ficou a ser empreendida por lei ordinária, em obediência à recomendação constitucional.

Petrônio Braz, em sua obra Direito Municipal na Constituição, tratando sobre o contrato por prazo determinado, leciona que ao serem contratados são investidos em cargo público, decorrente de calamidade pública. Sendo exigido, para os demais casos, um processo seletivo simplificado. A contratação por tempo determinado tem por finalidade de atender a necessidade temporária e de excepcional interesse público.

O contrato por prazo determinado de direito administrativo deverá, a priori, ter duração de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado por idêntico período, não podendo ultrapassar o período do mandato do gestor. Não poderá ser contratado servidor para ocupar um cargo quando há servidor concursado. Rescinde-se o contrato, pelo decurso do prazo, a pedido do servidor contratado, por conveniência da administração ou pelo esgotamento do Programa Especial, ao qual esteja esse contratado inserido, programas geralmente federais. Findo o contrato, em favor do servidor contratado não socorre direitos rescisórios do contrato de trabalho. Se o contrato foi encerrado por conveniência da administração, por lei, poderá se definir que o servidor terá direito a receber vencimentos dos meses remanescentes, ou de metade do valor dele.

Autorizada por lei, não há que se falar que este tipo de contratação excepciona, indefinidamente, a regra constitucional do concurso público, uma vez que é esta contratação permitida pela mesma Constituição.

Ao analisarmos a história nacional, não só a constituição de 1988 dispôs essa forma de contratação. A Constituição de 1967 versou a primeira vez sobre o tema onde previa no art. 104, a possibilidade de admissão temporária de servidores para execução de obras ou contratação de pessoal para exercício de funções de natureza técnica ou especializada, sendo aplicado os ditames da legislação trabalhista. Em 1969, continua no art. 106 a Emenda Constitucional no 1, a qual ratificou a permissão deste tipo de contratação, esclarecendo, entretanto, que o "regime jurídico dos servidores admitidos em serviços de caráter temporário ou contratados para funções de natureza técnica especializada" seria estabelecido em lei especial. Finalmente a Constituição de 1988, no art. 37, inciso IX, novamente vem ratificar a matéria, presente na Emenda nº 1 de 1969, legitimou e submeteu à regulamentação de lei ordinária que "a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público".

Quando a Constituição Federal estabelece a exceção permitindo haver contratação por prazo determinado, no artigo 37, IX, foi exigido dois requisitos: a) a previsão expressa em lei; e b) necessidade temporária de excepcional interesse

público. Analisando este instituto jurídico previsto na referida norma, há que examinar esses requisitos, para saber quando enquadrar na prática essa possibilidade de contratação.

a) Previsão expressa em lei

José Afonso da Silva, em “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, relativa à hermenêutica constitucional, definiu espécies de normas de eficácia imediata, contida e limitada. Imediata prescinde de lei regulamentadora, aqueles de eficácia contida e limitada necessitam de diploma superveniente para explicar o seu alcance.

Quanto à norma prevista no inciso IX, artigo 37 da Constituição Federal, não há dúvida de que se trata de norma de eficácia limitada, ou seja, previsão constitucional que necessita de regulamentação para que possa produzir efeitos, sem a qual permanecerá sem emanção de efeitos concretos. Daí a importância das regulamentações deste tipo de contratação por tempo determinado. O que também nos mostra que cada Estado haverá uma possibilidade a mais deste tipo de contratação de acordo com a necessidade de cada unidade federativa. Assim, havendo a previsão legal, de acordo com a necessidade apresentada, já se efetua o preenchimento de um dos dois requisitos necessários a contratação por tempo determinado com a administração pública. Portanto, a superveniência de lei regulamentadora, poderá ser implementada por ente federativo com leis locais não ferindo as hierarquicamente superiores, ou seja, levando à prática por meio de providências concretas a contratação temporária sem concurso público.

b) Necessidade temporária de excepcional interesse público

Preciso verificar, no caso concreto da contratação, a denominação de necessidade de excepcional interesse público. A expressão da eventual contratação temporária obrigatoriamente deve-se dar em casos excepcionais, onde a demora da execução destas necessidades cause danos ao interesse público ou, mais especificamente, ao princípio da continuidade do serviço público, atingido o bem estar social, que é o bem tutelado pelo Estado.

Contudo, a necessidade excepcional não pode ter sido gerada pela administração pública, o planejamento, deve visualizar a inevitável contratação de pessoal tendo em vista inclusive a disponibilidade orçamentária.

Sustenta José Nilo de Castro que, embora controvérsias sobre a contratação por tempo determinado há que se avaliar a realidade de cada caso, pois se levarmos de forma rígida a proibição desse dispositivo, poder-se-á facilmente chegar a uma situação em que o funcionamento de algum serviço público, em razão da inércia legislativa, seria paralisado, afrontando-se então outro princípio, o da continuidade dos serviços públicos. Mostra-se, assim, que mencionado dispositivo deve ser interpretado de forma sistemática e teleológica, podendo, ser olvidado, e ter sua rigidez suplantada, em razão de um interesse maior, o interesse público.

1.2. OS CONTRATOS DE ACORDO COM A LEI n.º. 9.601 - DE 21 DE JANEIRO DE 1998.

Relativo aos contratos de acordo com a LEI n.º. 9.601/98, prioriza analisar, inicialmente, in verbis:

Art 1º As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu §2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.

Essa lei regulariza as contratações temporárias *latu sensu*, referente primordialmente a entes privados. A administração a utilizará supletivamente em casos extras. O artigo, in verbis acima citado, estabelece a possibilidade da instituição de contratos temporários especiais (distintos daqueles previstos nos parágrafos do art. 443 e ss. da CLT), por meio de convenções e acordos coletivos de trabalho, sem as garantias ou exigências fixadas nos art. 443, § 2º CLT, onde fala dos requisitos de validade para essas contratações.

Segundo Alexandre Nery de Oliveira juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, considera que o artigo 1º não contém inconstitucionalidade direta,

as convenções e acordos nele baseados podem inserir norma involuntariamente inconstitucional se não fixarem qualquer cláusula distintiva dos contratos temporários, ou seja, se permitirem que os contratos temporários tenham como única distinção com os demais contratos em certas empresas ou categorias o fator tempo de duração, sem justificativas para tais limitações que conduzem à retirada de direitos gerais. Com isto, embora afastado o parágrafo 2º do artigo 443, entendo que as convenções e acordos coletivos que permitirem o contrato temporário devem indicar precisamente as situações em que possível sua adoção, sob pena de permitindo a vigência de contratos de trabalho distintos para situações laborais idênticas acarretar a nulidade dos ajustes temporários por quebra da regra da isonomia contida nos arts. 5º, I, e 7º, XXXI, da CF/88. Por isso, embora a norma do art. 1º, caput, não contenha inconstitucionalidade, conduz à celebração de ajustes que podem ferir a Carta Magna, em não sendo dispostas cláusulas distintivas dos contratos indeterminados e os contratos temporários, havendo que se notar que a justificativa de mero acréscimo no número de trabalhadores não é suficiente a impedir a mácula de inconstitucionalidade porque não insere elemento distintor entre o trabalhador admitido sob uma ou outra modalidade, como ocorre em contratos determinados firmados com apoio no parágrafo 2º do art. 443/CLT. Outra inconstitucionalidade pode decorrer da indevida permissão ou ocorrência de dois tipos de contrato determinado na mesma empresa (embora, logicamente, muito dificilmente os empresários irão esquecer contratos firmados com base no art. 443/CLT se firmados os compromissos para contratos temporários da Lei 9.601/98), sendo assim análise que resultaria no exame de direito individual, caso a caso, para eventual decreto de nulidade com base também nos preceitos do art. 5º, I, e 7º, XXXI, da Constituição Federal.

1.3. CONTRATAÇÃO NO ÂMBITO FEDERAL LEI nº 8.745/93

No âmbito federal a Lei nº 8.745/93 permite-se o ingresso de pessoas nos quadros funcionais de entidades da administração pública sem o requisito do concurso público para atender a necessidade temporária de excepcional interesse

público, nos casos de calamidade pública, combate a surtos epidêmicos, recenseamentos, admissão de professor substituto e professor visitante, admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro e atividades especiais nas organizações das forças armadas para atender a área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia.

Ainda assim, pelo que reza o artigo 3º da referida lei, é imprescindível o processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do diário oficial da união. Essa lei federal vem suprir a permissão conferida pela constituição para regulamentar a contratação por tempo determinado. Esta citada lei edita as possibilidades admissíveis deste tipo de contratação, relatando quais as espécies de excepcionalidade, regulamenta o prazo máximo de contratação, indica a obediência a dotação orçamentária anual, entre outros. NO artigo 9º relata a proibição de atribuição de função que não esteja prevista no contrato. Considerado um benefício para o servidor público, contratado pela modalidade do inciso IX, CF, está vinculado ao Regime Geral da Previdência Social, assim, o servidor contratado terá a contagem do tempo de serviço para aposentadoria e obtenção dos demais benefícios previdenciários, condição presente no artigo 16 da lei retro citada.

A possibilidade auferida de contrato através de processo seletivo simplificado presente no art. 3º da lei 8.745/93 é contraditória, onde se abre uma grande lacuna na forma deste processo de seleção. No § 2º, do retro artigo, contratações de admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro, e as atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender a área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia, podiam ser feitas baseadas na notória capacidade técnica ou científica do profissional, mediante análise do curriculum vitae, nos §§ 1º e 3º consecutivamente, calamidade pública, e contratação de professor substituto e professor visitante no âmbito de projetos de cooperação implementados mediante acordos internacionais, deixa ao arbítrio do gestor público a forma desta seleção simplificada. Esta seleção que fica a cargo do gestor, podendo inclusive ser prática e funcional como a análise do curriculum vitae permitido pela própria lei

federal, uma vez que esta lei não proibiu que as outras seleções que estão em aberto fossem realizadas por exame de curriculum, mas, se a forma de seleção fosse à mesma, ou seja, a análise do curriculum, não teria a lei feito distinção nos diferentes parágrafos do artigo 3º, haveria colocado de forma genérica, cabendo todas as situações. Porém é curioso imaginar que exista uma forma de seleção mais simples que esta, a análise de um curriculum!

Porém pode alguém perguntar se seria necessário uma forma de seleção para contratações como o da calamidade pública, em situações emergenciais, a necessidade de força humana a executar a limpeza pública, por exemplo, mas é a lei que pede seleção e não faz nenhuma distinção deste ou daquele tipo de informação pessoal, ou do uso concentrado da peça denominado curriculum. O ideal é que o gestor do ente contratante edite por lei as formas de seleção para contratações por tempo determinado.

1.4. A REMUNERAÇÃO DOS CONTRATADOS; OS PROFESSORES UNIVERSITÁRIOS; E OS AGENTES COMUNITÁRIOS E DE EDEMIAS.

Tratado no art. 7º da Lei 8.475/93, a remuneração do contratado não poderá ser superior ao do servidor efetivo, de acordo com a categoria do trabalho do contratado em detrimento do servidor. Defende Petrônio Braz que a remuneração dos servidores eventualmente contratados dentro do permissivo legal, não poderá ser superior à fixada para servidores do Quadro Permanente que desempenhem função semelhante às condições do mercado de trabalho. Excetua-se esse fato da remuneração quando por lei for estabelecido tratamento diferenciado a contratação para implantação de programas especiais, como os convênios entre governo federal e municipal. Programas como o Programa de Saúde da Família, o PSF, que exige médico com dedicação exclusiva, casos como estes, dos médicos contratados pelo Município, é fácil prever que eles terão tratamento diferenciado ou não se terá médico em tais programas, principalmente no interior dos estados. No estado de Minas Gerais, por exemplo, a remuneração

para o cargo de médico neste programa é de R\$ 8.000,00, (oito mil reais) já livre dos encargos tributários deduzidos dos salários, e ainda, com essa remuneração existem dificuldades para o preenchimento destes cargos. Desta forma, seria improvável a presença destes profissionais recebendo um salário inferior ao médico concursado do mesmo município que ambos prestassem serviço.

Uma representação de contratações temporárias são os professores substitutos das universidades públicas à seleção é regulamentada pelos §§ 1º e 2º, IV, da Lei nº 8.745/1993, com redação alterada pela Lei nº 9.849/1999, os quais dispõem que a contratação de professor substituto será realizada exclusivamente para suprir falta de membros docentes da carreira, nas hipóteses decorrentes de exoneração ou demissão, falecimento, aposentadoria, afastamento para capacitação e afastamento ou licença de concessão obrigatória.

Segundo Flávio Roberto Ferreira de Lima a contratação de professor substituto é um exemplo de desvirtuamento pelas contratações temporárias frente ao concurso público. Esta sendo uma relação que não mantém vínculo efetivo com a instituição pública de ensino, sendo contratado mediante processo seletivo simplificado realizado pela instituição de ensino recrutante destes profissionais. Assevera ainda o professor que dessa regulamentação, certas universidades têm se esquivado de realizar concurso público regular para promover contratações temporárias desmotivadas, apesar de haver previsão de que o professor substituto apenas poderá ser contratado em situações de "falta de docente da carreira". Mediante o pensamento deste professor vê-se que em muito se deve analisar se essas contratações temporárias são ilegais, ou é essa forma de contratação uma maneira eficiente de mover a administração pública. Diante de um Brasil que necessita avançar, de forma acelerado para acompanhar a crescente e profunda globalização mundial, principalmente na área educacional que leva a frente todo desenvolvimento do país. Pela idealização de Flávio Roberto Ferreira de Lima nota-se a inflexibilidade com o tema contratação com tempo determinado transparecendo que o princípio da eficiência deve estar submisso a um tipo de interpretação da lei.

Professor Jair Vanderlei Krewer, chega a afirmar que a contratação de professores substitutos gera males a instituição porque ocorre o recrutamento de professores iniciantes, sem experiência prática e com pouco conhecimento teórico, uma vez que os salários não são atrativos. Essa afirmação não condiz com a realidade, uma vez que professores substitutos não representam esses sinônimos dados pelo professor Krewer, exemplo disso, são promotores, juizes, e advogados, onde quer por vocação, quer pelo desejo de voltar aos corredores das universidades, ou por qualquer outra motivação pessoal que seja tais cidadãos se submetem aos processos de seleção e passam a lecionar nas universidades. Tais pessoas não são atraídas pelos salários, que são considerados baixos, porque muitas ocasiões não será o dinheiro a fundamentação central de uma atividade profissional, principalmente para casos dos exemplos acima, como juizes, porque se tem o magistério como mais uma atividade profissional e não única. Mesmo sendo professores iniciantes, não quer dizer que são pessoas inexperientes seja qual for a área de ensino. E ademais, não se pode garantir que um aprovado no concurso público para professor de universidade reúna todas as características elencadas acima pelo respeitado professor, deixando de respaldar as qualidades de um professor substituto. Na tentativa de defesa do princípio a concurso público, o professor Kwer desrespeitou inúmeros outros princípios constitucionais, como o da livre concorrência, da isonomia.

Noutro caso específico estão os Agentes Comunitários de Saúde e de Combate às Endemias foram beneficiados com a Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, onde houve o acréscimo dos §§ 4º, 5º e 6º ao art. 198 da Constituição Federal. Emenda que vem a fortificar a figura da contratação sem o concurso público, quando se permite a contratação por processo seletivo não mencionando a ocorrência de concurso público. A mesma emenda ainda permite a contratação aos já contratados antes da data da sua promulgação, sem prévia aprovação de concurso público, e sem submeterem-se ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal.

A emenda encaminhada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal promulgam:

Art. 1º O art. 198 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 4º, 5º e 6º:

Art. 198 [..]

(...)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

(...)

Parágrafo único. Os profissionais que, na data de promulgação desta Emenda e a qualquer título, desempenharem as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias, na forma da lei, ficam dispensados de se submeter ao processo seletivo público a que se refere o § 4º do art. 198 da Constituição Federal, desde que tenham sido contratados a partir de anterior processo de Seleção Pública efetuado por órgãos ou entes da administração direta ou indireta de Estado, Distrito Federal ou Município ou por outras instituições com a efetiva supervisão e autorização da administração direta dos entes da federação.

As contratações de pessoal temporário pela Administração Pública, são improrrogáveis, afirmativa presente no art. 4º, caput, da Lei 8.745/93 (alterado pelo art. 1º da Lei 9.849/99), onde assevera que os contratos com a administração são improrrogáveis. O mesmo artigo regulamenta quais são as condições e possibilidades da prorrogação do contrato, onde o tempo a ser dilatado, é mencionado de acordo com cada hipótese geradora da contratação. Como no inciso I, do citado artigo acima, que delega de seis meses a prorrogação nos casos de assistência a situações de calamidade. A lei tentou neste artigo foi suprimir em alta escala a prorrogação indefinida de prazos dos contratos determinados. Porém a mesma lei abre possibilidades outras para prorrogação, temos uma lei que visa restringir tal ocorrência, mas que a permite repetir por seqüenciadas vezes, acabando por privilegiar um serviço em detrimento do outro. Assim, não se pode considerar trabalho ardiloso de político executivo seqüenciar contratos, uma vez que o próprio legislativo permitiu essa ocorrência. As normas acima transcritas se revelam contraditórias: no art. 4º, onde afirma que os

contratos serão "improrrogáveis", na mesma lei nos parágrafos 1º a 7º admite-se que tais contratos sejam "prorrogados". Vedar a permanência dos servidores por novos períodos constitui flagrante despropério, sendo uma solução antieconômica ao fazer novas contratações temporárias em detrimento da não possibilidade de realizar o concurso envolvendo a realização de dispendiosos e demorados processos de recrutamento e seleção de pessoal.

Renovar é fazer outra vez, ou restabelecer algo já extinto. O art. 9º, inciso III da Lei 8.745/93, relata que o pessoal contratado não poderá ser novamente contratado, com fundamento nesta Lei antes de decorridos vinte e quatro meses do encerramento de seu contrato anterior. A hipótese de renovação, ou renovamento, é dada pela mesma lei, e constatada a omissão, é de se entender que, em exame, das duas figuras - prorrogação e renovação - tenham, inusitadamente, igual sentido. Desta feita não há que considerar possível a renovação de contrato e não da prorrogação de contrato, ou vice e versa. Assim não há que se falar em improrrogabilidade de prazo. Os contratos que diferentes órgãos e entidades da Administração Pública vêm adotando não contêm cláusula proibitória de prorrogação ou renovação.

CAPÍTULO 2 FORMAS DE CONTRATAÇÃO E A RESPONSABILIDADE NA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

Terceirização, é uma forma de contratação, é a relação criada entre uma empresa que presta o serviço, denominada prestadora, a outra que utiliza os serviços desta empresa denominada tomadora, e o empregado que é vinculado à empresa prestadora do serviço serve a tomadora. A relação de emprego se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviços, e não diretamente do trabalhador com a tomadora do serviço. O contrato firmado com o trabalhador, bem como a comprovação do respectivo recolhimento das contribuições previdenciárias será exigido da empresa cedente, no caso a prestadora do serviço, e não do ente público tomador do serviço.

A atividade fim é a que compreende as atividades essenciais, diferente da atividade meio e é esta a atividade que pode a administração pública tomar para si através de uma prestadora de serviço. A terceirização é encontrada nos casos de: atividades de segurança e vigilância; atividades de conservação e limpeza; enfim, serviços especializado ligados à atividade meio do tomador de serviço, no caso do nosso trabalho, o ente público contratante.

A Administração Pública escolhe os contratados segundo critérios legais. Quando configurado má eleição na contratação ocorre a culpa in eligendo pela negligência do contratante. Assim quando o Poder Público transfere atividade sua para uma pessoa jurídica de direito privado, através de um devido processo licitatório obedecida as regras legais. O cumprimento desta prudência pelo ente público tomador de serviço o afasta da culpa in eligendo onde é regulamentado pela lei o devido processo relativo à escolha do contratado.

Já neste trabalho analisado vimos à existência dos contratos administrativos públicos e que esses diferem dos outros tipos de contratados pelo seu império, pelas suas cláusulas exorbitantes. Dentre essas cláusulas há a de fiscalização, onde o ente contratante acompanha a execução do contrato sendo uma prerrogativa do Poder Público. A lei relata essa vigilância de fiscalização para todas as esferas de contratação seja a contratação direta feita pela própria

administração, embasado no artigo 37, IX, CF, ou, pela contratação de empresa terceirizada. Vejamos in verbis no art. 67, § 1º, da Lei 8.666/93:

O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Nesta fiscalização a administração pública terá que garantir o cumprimento do serviço contratado nas suas responsabilidades, não ultrapassando o que lhe é de dever. Sendo esse fundamento para todo tipo de contratação vê-se que um contratado do ente público não deve assumir deveres para a administração pública quando não seja essa sua obrigação, ou seja ultrapassar o que lhe é de responsabilidade, mesmo que para a execução do serviço deste contratado dependa desta outra atividade, deverá este contratado esperar pela ação institucional, sob pena de ser responsabilizado pessoalmente pelo serviço executado quando não era de sua responsabilidade, inclusive os casos das terceirizadas não executando além do que foi acordado como seus deveres. Exemplo, de uma secretaria realizar uma conferência, o contratado responsável pelo cerimonial das palestras do evento não poderá contratar diretamente o som que será proferido a palestra, ele poderá solicitar e tem que esperar a ação do setor de contratos equacionar esse problema, sob pena deste contratado do cerimonial pagar por uma contratação irregular já que não era contratações de sua competência. A fiscalização da administração pública deve ser eficaz para evitar tais situações, principalmente ações deste tipo com terceirizadas. Neste diapasão sobre o entendimento de Marçal Justen Filho comenta Carlos Valder do Nascimento (em A Administração Pública e a Responsabilidade Subsidiária. [online] Disponível na Internet via www.bureaujuridico.com.br/artigos/adm/artigo_2.htm):

[...] Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por encargos e dívidas pessoais do contratante. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária frente aos credores do contratante. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.

Relativo aos que defendem a responsabilidade da Administração Pública por verbas trabalhistas na contratação por terceirização fundamenta na responsabilidade objetiva do Estado art. 37, § 6º, que o ente público responderá pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Porém deve se levar em conta o fato de se ter como pressuposto da responsabilidade objetiva a comissão de ato lesivo por agente do ente público, e não por contratado, como as terceirizadas, da Administração Pública.

O Enunciado 331 do Tribunal Superior do Trabalho é o que rege a terceirização onde relata que: a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário estabelecido pela Lei nº 6.019, de 03.01.1974. É irregular contratar alguém para trabalhar em sua atividade fim através de empresa prestadora de serviço. Esse acontecimento produz obrigação da administração pública realizar concurso público para admitir em seu quadro pessoal para executarem as atividades "fim" da administração, a necessidade de pessoal é apresentada no ato da solicitação a terceirizada para esses serviços serem contratados. Este enunciado ainda fala que a contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, ou seja, contratações não provenientes de concurso público. Ainda é tratada neste, que o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial, ou seja, que haja prova hábil de débito a ser recebido pelo empregado.

Significa que se a prestadora do serviço não cumprir suas obrigações para com os empregados, a tomadora, que a princípio não tem relação de emprego com o trabalhador, passa a responder por tais obrigações. Neste momento, cria-se um desequilíbrio legal, onde em um inciso, acima exposto relata que a

administração pública não terá vínculo com o empregado terceirizado, buscando evitar a burla ao concurso, e logo em seguida, fala que será a mesma administração pública tomadora do serviço subsidiária à empresa prestadora do serviço na responsabilidade junto aquele empregado. Ora, porventura a administração pública não repassa suas obrigações contratadas para a terceirizada? Assim, pagando a administração pública sua parte a terceirizada confirma o cumprimento de sua responsabilidade no acordo legalmente licitado e contratado. Contudo, não a como se aprovar a afirmação que há responsabilidade subsidiária da administração com prestador de serviço contratado por terceirizada, uma vez que nesse momento a administração estaria de forma tácita assinando um termo constituindo de vínculo com esses empregados prestadores de serviço. Esse fato por muitos juristas não é assentado, exemplificando que, se a administração firma contrato com um supermercado responsável pela entrega de gêneros alimentícios, e durante toda a gestão da autoridade administrativa verificou-se que as entregas eram feitas pelo mesmo funcionário. Onde, chegado dia que esse supermercado não cumpra com suas responsabilidades com esse entregador, será chamada a lide o ente público ao qual este empregado prestava serviço constante? Asseveramente que não, pois o vínculo laboral deste empregado é com a empresa fornecedora do ente público, não podendo a administração que terceirizou este serviço ir cumprir as obrigações desta terceirizada. Da mesma forma incorre o vigilante do ente público tomador que de nada pode responder pelas obrigações não cumpridas pela prestadora de serviço face ao vigilante contratado.

Embora dever ser respeitada a decisão do TST em seu enunciado, é de considerar no mínimo contraditório o que diz respeito a estes dois pontos, pois está aqui sendo duplicada a responsabilidade da administração pública, cumprir com sua obrigação frente a prestadora do serviço e cumprir as obrigações não cumpridas pela prestadora com o contratado. Portanto, se for comprovada que a administração não cumpriu sua obrigação frente à empresa prestadora do serviço, aí sim, poderia se falar em o ente público cumprir com sua responsabilidade, mas não em responsabilidade subsidiária perante contratado da empresa interposta.

Neste ponto, o Poder Público deve ser tratado diferentemente das empresas privadas, mas, talvez no afã de proteger o trabalhador o TST, não fez notar diferença entre o tomador privado e o tomador sendo um ente público, faz-se tal assertiva porque não é possível, em qualquer que seja a hipótese, o reconhecimento de vínculo com a Administração Pública com o empregado prestador do serviço, face o que estabelece a Constituição Federal no seu art. 37, II, relativo ao concurso público. Segundo Desireé de Araújo Pimentel analista previdenciária, o Enunciado 331, TST, sem dúvida representa uma fonte do direito principalmente para os magistrados, contudo não pode adentrar a esfera do Direito Público, criando obrigações, além lei, porque ao ente estatal apenas há a obrigação de seguir e legislação positivada. Não sendo esse enunciado uma ordem sem questionamentos para o seu fiel e perfeito cumprimento.

Decreto Federal nº 2.271/97, sobre os serviços que poderiam ser terceirizados é averiguado que não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterà no mínimo, justificativa da necessidade dos serviços; relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratado; demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis. O objeto da contratação será definido expressamente no edital de licitação e em minuta de contrato da respectiva prestação de serviços.

Quanto na contratação de pessoal o administrador público deverá considerar aspectos, quais sejam: A estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor essa contratação e nos dois subseqüentes anos; demonstrar a origem dos recursos para seu custeio, salvo se a Lei de Diretrizes Orçamentárias considerar a despesa irrelevante como, por exemplo, contratação de prestadores de serviços para realização de obras de pequeno valor

ou por prazo de curta duração; A despesa com serviços de terceiros não poderá exceder, em percentual da receita líquida, a do exercício anterior até o término do terceiro exercício seguinte.

O terceiro setor é constituído por organizações privadas sem fins econômicos que geram bens, serviços públicos e privados. Todas elas têm como objetivo o desenvolvimento político, econômico, social e cultural no meio em que atuam. O estado é o primeiro setor, o mercado é o segundo e as entidades da sociedade civil formam o terceiro setor. Dentro do terceiro setor se situa as organizações privadas com adjetivos públicos, ocupando pelo uma posição intermediária que lhes permita prestar serviços de interesse social sem as limitações do Estado, nem sempre evitáveis, e as ambições do mercado, muitas vezes inaceitáveis. O conceito de Terceiro Setor tem sido identificado com o conceito de sociedade civil.

OSCIP uma outra forma de contratação. A celebração de contrato de gestão através de Termo de Parceria com OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) é uma das principais inovações da Lei das OSCIPs. Trata-se de um novo instrumento jurídico criado pela Lei 9.790/99 (art. 9º) para a realização de parcerias unicamente entre o Poder Público e a OSCIP para o fomento e execução de projetos. Desta feita, o pessoal recrutado, para a execução de programas sociais, é vinculado à OSCIP, estando totalmente desvinculados da administração pública. Transcreve-se parte de decisões do Tribunal de Contas de Santa Catarina, conforme pesquisa realizada no seguinte endereço, em cuja parte do conteúdo é transcrita a seguir:
<http://www.tce.sc.gov.br/site/publicacoes/livros/pdf/Prejulgados.pdf>:

Para atender aos programas de caráter transitório com recursos repassados pela União ou Estado, o Município pode admitir pessoal em caráter temporário, atendidos aos pressupostos do art. 37, da Constituição Federal.

Caso os programas assumam caráter permanente e definitivo e sejam atividades típicas do Município (saúde, educação, saneamento, trânsito etc.), o procedimento adequado é a admissão de pessoal em cargos de provimento

efetivo (mediante concurso público). A celebração de termo de parceria com OSCIP, deve atender aos requisitos da Lei Federal nº. 9.790/99, e ela assume integralmente a execução do Programa, mediante repasse de recursos pelo município, inclusive na contratação de pessoal necessário, que não terá qualquer vínculo com a Administração Pública. O termo de parceria independe de licitação ou autorização legislativa específica, e as despesas com pessoal não integram o cálculo da despesa total com pessoal do município.

A vantagem da parceria pode citar a economia e ampliação dos recursos para execução dos programas sociais; Cumprir o limite de gasto com pessoal imposto pela LRF no valor máximo de 54%; Ampliação dos programas sociais dos municípios.

2.1. AS RESPONSABILIDADES NA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

O fato de o administrador público não contratar servidores temporários obedecendo aos requisitos que emanam o ordenamento jurídico brasileiro, é causa de improbidade administrativa.

A contratação irregular é responsabilidade do administrador do ente contratante, ocorrendo à imputação pessoal dos prejuízos ao gestor público, §2º, artigo 37, CF, sendo reconhecido vínculo trabalhista aos contratados de boa-fé lesados sem concurso público gerando efeito de reparação do dano a este pelo agente improbo.

Essa responsabilidade imputada ao gestor público ocorre quando ele contrata diretamente de forma abusiva desrespeitando as exigências legais, ou quando ele procura os outros meios de contratação, como já apresentado neste trabalho pelas terceirizadas e OSCIP de forma irregular. No caso de serviços necessários à administração pública e ela não tenha em seus quadros pessoal qualificado ou quantitativo para assumir esses serviços, não se pode imaginar a não realização destes serviços à comunidade em face de uma não realização de concurso. Neste aspecto vê-se com bravura a coragem dos gestores públicos de contratar via terceirizada ou OSCIP para realização destes serviços que são necessários a comunidade. Nesses casos de contratação não podemos afirmar

que há ilegalidade, pois são casos permitidos pela legislação brasileira, e a atividade do gestor em executar os serviços obedece ao princípio fundamental de atender a necessidade social. Será de responsabilidade do gestor essas contratações, afinal são atos administrativos, devendo assim averiguar cuidadosamente o ato da contratação.

Nessas condições, cumpre aos agentes políticos e operadores do Direito defender o cumprimento da legislação constituinte de 1988, impedindo assim a admissão de trabalhadores temporários fora dos padrões legais. Pois acontecendo diferentemente, corre-se o risco de que a contratação temporária e esporádica de servidores públicos torne-se causa de condenação ao gestor contratante.

Relacionado ao concurso público analisando friamente como verdadeiros gestores públicos, é complexo a realização de concurso para médicos que recebem suas remunerações por meio de repasse relativo a programas federais. Como seria um município realizar concurso público para contratar os médicos para o PSF, e passado certo tempo esse programa chegasse ao fim? O município teria que permanecer com médicos efetivos, com todos os direitos inclusive a mesma remuneração, mas sem o repasse do Governo Federal, o que afetaria o orçamento deste município, principalmente uma cidade de pequeno porte. Esse fato favorece a contratação sem concurso público e não pode o gestor público ser atingido por essas contratações estando respeitados os requisitos legais.

A Lei 8.429/92 que dispõe 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, relata em seu artigo 11 que constituirá ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que atente contra os princípios da administração pública que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade. E a contratação sem preencher os requisitos de necessidade e excepcionalidade da Constituição, posiciona o gestor como agente ativo de improbidade administrativa, e autor de enriquecimento ilícito em detrimento o não cumprimento constitucional.

A contratação temporária ocorre pelo déficit de recursos humanos e essa necessidade faz ser possível contratar por tempo determinado para atender a esta necessidade. A Lei de Responsabilidade Fiscal é bastante severa principalmente quando aplicada em países em desenvolvimento como o Brasil, tem ela grande mérito, porque acarreta a consciência do administrador para a correta gestão dos recursos públicos obrigando esses gestores públicos a usá-los com critério e responsabilidade.

A contratação temporária de pessoal para atender a necessidade excepcional de interesse público tem os gastos registrados no elemento despesa de Pessoal Civil. Os valores dos contratos de terceirização relativos à pessoal devem constar em orçamentos detalhados registrados como 'outras despesas de pessoal' e deve integrar a despesa de pessoal total para a devida verificação do cumprimento dos limites prescritos na Lei Complementar n.º. 101/2000, que se refere a Lei de Responsabilidade da Gestão Fiscal.

Sobre esse tema é mister examinar o Parecer do Tribunal de Contas n.º. 051/2000, onde em maio de 2000 o Prefeito do Município de Sapé, João Carneiro Carmélio Filho, na busca de executar como gestor os serviços públicos administrativos de forma correta, ou de forma segura, não vindo a ter problemas futuros com entendimentos contrários ao do Tribunal de Contas Estadual, elaborou este prefeito consulta formalmente a Corte de Contas paraibana versando primeiro acerca da natureza do vínculo de trabalho que se estabelece entre a administração pública e os servidores contratados por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e se podem estes contratados ser registradas na rubrica de remuneração de serviços pessoais, ou seja, quanto à classificação orçamentária, inclusive para os fins previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal. E segundo, indaga o citado prefeito ao TCE ainda sobre a terceirização de mão-de-obra de que trata a Lei Complementar n.º. 101/2000.

O Presidente do Tribunal encaminhou, para análise prévia dos departamentos da Diretoria Executiva Geral (DIREG) e ao Departamento de Controle de Atos de Pessoal (DIAFI/DECAP). Posteriormente encaminhou o

processo para emissão de parecer do Ministério Público, que foi emitido pelo procurador André Carlo Torres Pontes. E por fim o relator e os membros do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba responderam à consulta de acordo com parecer 832/2000 do Ministério Público.

O parecer emitido pelo Ministério Público narra que: O gasto decorrente do pessoal contratado por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, em face da natureza do vínculo estabelecido, deve ser registrado no elemento econômico Pessoal Civil (rubrica 3111). A terceirização de serviços pela Administração Pública é plenamente possível desde que: os serviços reflitam atividade-meio; não haja vinculação (pessoal específico) e subordinação direta entre a Administração Pública contratante e os empregados da entidade contratada, e; exista a devida regulamentação pelo ente contratante (leis, decretos, etc.). Como exemplo, há legislação, no âmbito da Administração Pública federal, dispondo sobre as atividades que podem ser objeto de execução indireta, as atividades não autorizadas para tanto e os requisitos/vedações para contratação e execução dos serviços. Os valores dos contratos de terceirização relativos à pessoal devem constar em orçamentos detalhados, ser registrados como 'outras despesas de pessoal' e integrar a despesa total com pessoal para efeito de verificação do cumprimento dos limites prescritos na Lei Complementar n.º.01/2000.

Analisando essa consulta vê-se que sobre o vínculo de trabalho entre o Poder Público e os servidores contratados por tempo determinado, a doutrina oscila sobre a natureza do vínculo ora admitindo o liame estatutário, ora o contratual, como no caso dos empregados, mas ambos admitem que o contratado por tempo determinado pela Pública Administração submete-se a exercer temporariamente função pública, razão pelas quais os gastos com estes servidores devem integrar o gasto com pessoal.

A opinião do renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, no seu discurso sobre servidores públicos relata que a designação "servidores públicos" abarca todos aqueles que entretêm com o Estado e entidades de sua Administração indireta ou fundacional relação de trabalho de natureza profissional

e caráter não eventual e esses tem vínculo de dependência. Os servidores Públicos civis são os titulares de cargos públicos na Administração direta (...), nas autarquias e fundações de Direito Público, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Os servidores contratados do art. 37, IX, da Constituição, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público serão vinculados ao ente contratante quando contratados diretamente por ela, outro sim, quando contratados por terceira serão vinculados a esta. No que se refere à indagação da despesa do pessoal contratado excepcionalmente é enquadrada como "Remuneração de Serviços Pessoais", ou seja, é enquadrada na Lei n.º. 4.320/64 (lei que normatiza as regras gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal), no art. 13 na categoria econômica denominada despesas correntes inclui dentre suas subdivisões os elementos econômicos: pessoal civil e militar, Material de Consumo, serviços de terceiros e Encargos Diversos. O elemento despesa Pessoal Civil é dotação orçamentária que paga aos agentes públicos. Na rubrica 3111 são registrados os pagamentos de vencimentos e vantagens a pessoal permanente e temporário. Já Serviços de Terceiros é a dotação destinada ao pagamento de serviços eventuais prestados por pessoa física que não mantenha vínculo empregatício ou estatutário com a administração pública na rubrica 3131.

A Lei Complementar n.º. 101/2000, ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, conceituou no seu art. 18 despesa total com pessoal, onde são reunidos todos os gastos com pessoal, in verbis:

[...] o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder.

Como se percebe, os gastos com servidores em exercício de funções, mesmo não investidos em cargos, e empregados públicos, permanentes ou temporários, foram explicitamente consignados como despesa com pessoal.

Assim, quando o ente público contrata motoristas, professores, médicos, auxiliares de serviço, dentre outros profissionais essenciais, são contratações

feitas de forma direta, sob o comando público e de forma remunerada, a desempenharem as funções essenciais da Administração Pública, é caracterizada a necessidade de caráter não eventual, figurando o vínculo segundo os requisitos inerentes à espécie, e, a despesa com esses contratados deve ser registrada no elemento econômico Pessoal Civil, rubrica 3111.

A segunda indagação presente na consulta elaborada pelo prefeito solicita esclarecimentos, em forma de exemplos, dos casos de terceirização de mão-de-obra de acordo com a Lei de Responsabilidade da Gestão Fiscal e a Lei Complementar n.º. 101/2000, tratando das despesas de mão-de-obra terceirizada onde os valores dos contratos serão contabilizados como outras despesas de pessoal. É apontado que o Decreto-lei n.º. 200/67 dispôs sobre a Reforma da Administração Pública Federal, relativa à terceirização de serviços trata como uma forma de descentralização administrativa, ao dispor no art. 10, caput e § 7º, que:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Contudo com o advento da CF/88, onde se afirma a regra da aprovação prévia em concurso público, de provas ou de provas e títulos, para o ingresso no serviço público, na administração direta ou indireta, tornou-se escasso a ocorrência de terceirização para a contratação de pessoal no serviço público, tornando impróprio para as atividades-fim. Enunciado TST n.º. 331 desta fonte jurisprudencial anota-se que há requisitos autorizativos da terceirização de serviços, com foco na Administração Pública, sendo esses requisitos, a contratação de serviços que constituem atividade-meio da Administração Pública, como vigilância, limpeza, segurança, recepção, telecomunicação. Sobre a natureza do vínculo com terceirizada há ausência de vinculação e subordinação

direta entre a Administração Pública contratante e os empregados da entidade contratada.

As contratações por órgãos públicos, inclusive as contratações temporárias havendo lei autorizativa para essa contratação excepcional e esta se der nos termos e limites fixados, o vínculo do servidor será administrativo estatutário ou "celetista" de acordo com a previsão na lei correspondente, do ente público contratante. Essa possibilidade de escolha é desde 2004.

A Emenda Constitucional 45/2004 trás consigo que é competente para dirimir os conflitos de emprego relacionado ao ente público o Judiciário especializado. O TST editou Instrução Normativa de nº. 27/2005 uniformizando o procedimento a ser adotado. Contudo o legislador constitucional no artigo emendado expõe a relação de emprego excluindo o litígio de servidor estatutário da competência da justiça especializada devido à unilateralidade e institucionalização da relação do servidor estatutário. Porém, a ação do judiciário especializado obtém efeito positivo com a atuação do Ministério Público do Trabalho possibilitando as ações civis públicas em face de entes estatais que tentam burlar o princípio do concurso público, possibilidade destas ações coletivas pelo fato de toda a coletividade ser afetada com a burla deste princípio, contudo o Ministério Público tem que atuar quando flagrado a verdadeira burla ao concurso, e não em qualquer contratação que excepcionalmente seja efetuado.

Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Municipal, sobre a contratação por prazo determinado, de forma quase lacônica, ensina que os contratados por prazo determinado são os servidores públicos submetidos ao regime jurídico especial da lei prevista no art. 37, IX, da Carta Magna, bem como ao regime geral da previdência social. O STF através da ADIn 492-2, RDT 80/168, entendeu que o termo trabalhador, expresso no item I do art. 114 da CF/88 não abrangeria a categoria de servidor público que são os investido em cargo, concursado ou não neste último o caso dos comissionados, esses estão inseridos no regime estatutário. Assim, sob esta óptica os contratados temporários não se enquadram no regime estatutário.

CAPÍTULO 3 CONCURSO PÚBLICO E OS CONTRATOS POR TEMPO DETERMINADO

Historicamente, a Constituição Federal determinou a obrigatoriedade da realização de concurso público para o provimento de cargos buscando impedir a possibilidade da formação de grupos políticos sustentando o nepotismo ou o empreguismo dos mais próximos ou troca de favores. Esse requisito de obrigatoriedade do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, seleciona Diógenes Gasparini em Direito Administrativo. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 168:

[...] a Constituição não se satisfaz com um concurso. Exige concurso público. Este é que permite a participação de qualquer interessado que atenda às condições da lei e do edital.

A regra da obrigatoriedade de concurso público depende da obediência dos princípios da moralidade e da isonomia pela Administração pública. O princípio da moralidade administrativa segundo Hely Lopes Meirelles é aquele que, a administração usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Vê-se um relacionamento da moralidade com o conceito de um administrador honesto. E o princípio da isonomia onde a realização do concurso, traz a mesma oportunidade a toda a sociedade, de forma igualitária, sem haver protecionismo como os contratos temporários. Havendo concurso público haverá candidatos habilitados por dois anos, prorrogado por mais dois, previamente aprovados no concurso público anteriormente ocorrido, não sendo necessário a existência de contratados excepcionais por tempo determinado, para a área que houve o concurso.

Com o advento da Constituição em 1988 passa a ser obrigatório o concurso público, ganhando assim o status de necessidade de realizar o concurso. Mediante as decisões do Tribunal de Contas da União as chamadas empresas estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, embora imbuídas de legislação própria, ficam submetidas ao requisito de obrigatoriedade do concurso público previsto de forma geral no art. 37, inciso II, da Carta magna, quando fala que a ela se sujeita "a administração pública direta e indireta". Mesmo reportada desde ao princípio da constituição, essa obrigatoriedade, foi pacificada

em decisão do TC 006.658/89-0, Sessão Plenária de 16/5/1990, Ata nº. 21/1990; DOU de 6/6/1990, página 10.835 – Ministro-Relator Luciano Brandão.

Na esfera constitucional nota-se que o concurso público é um verdadeiro princípio, representa vetor axiológico perfeitamente alinhado com os princípios constitucionais. Assim, sendo o concurso público regra profundamente delineada no ordenamento brasileiro, sua exceção, é justamente a contratação temporária. Porém deve ser interpretada como necessária, para evitar ofensa ao sistema constitucional tão zelosamente constituído. Essas contratações devem atender o excepcional interesse público, que é o maior princípio a ser resguardado nesta possibilidade de contratação, e o período de duração não pode ser superior a necessidade que originou o contrato, encerrando o contrato deve então ser procedido o concurso público e os cargos passarem a provimento efetivo.

É certo que a Administração Pública necessita de trabalhadores que executem seus serviços, estando ela adstrita ao princípio da legalidade, no quesito de contratação não será diferente no trato com a coisa pública onde tudo o que não for expressamente permitido é proibido. A Carta Política de 1988, em seu art. 37, principalmente nos incisos de I à IX, e observando o § 2º, há a permissão legislativa para os entes públicos contratarem pessoal.

A exigência da contratação através de concurso público deve ser feita rigorosamente e observando os princípios do art. 37, sendo ato obrigatório pelo administrador público, sob pena de nulidade e punição na forma do § 2º.

O concurso coíbe a contratação de pessoas que não tenham condições a desempenhar satisfatoriamente as funções necessárias à administração pública, estando ali apenas por conveniência política. Assim, não realizando as atividades administrativas de forma correta, não cumprindo pela sua imperícia várias ações de sua competência que geram assim um efeito cadeia, ou seja, o não cumprimento correto do serviço por parte deste contratado ocasiona a não possibilidade do serviço de outro funcionário, de um segundo serviço que dependesse da execução do imperito contratado não devidamente efetuado. Exemplo da não realização de uma cirurgia pela incorreta higienização dos instrumentos cirúrgicos causado pela ação do contratado imperito. Desta feita,

ocorre a negligência por parte da administração pública não atingindo sua atividade de executar o bem comum. Contudo, não se pode afirmar que todo contratado seja imperito ou não, pode acontecer da mesma forma com comissionados ou até com concursado. Caberá ao superior direto a penalidade cabível no caso específico evitando uma outra ocorrência desta.

Hely Lopes Meireles assevera que pelo concurso público afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, ou seja, os favorecidos, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos. Assim, para o exercício de cargo ou emprego é imperiosa a aprovação em concurso público, o qual pode ser de provas ou de provas e títulos, conforme sua complexidade. É justamente, do cumprimento das exigências em edital que são selecionados os servidores peritos para o determinado labor. A Constituição trata o concurso público com seriedade e importância, e não podemos comparar ao teste seletivo trazido pela lei 8.745/93, que também avalia as qualidades do candidato a certo trabalho. Porém, se considerar a visão de Hely como acima foi exposto é incômodo mas é real afirmar que o contratante que haja de forma imoral contratando sem obedecer os requisitos legais, também poderá da mesma forma agir realizando concurso fraudulento, e desse forma vemos que o cumprimento dos princípios da moralidade, da isonomia, da legalidade, não estão defesos só porque houve o concurso público, eles estarão seguros de acordo com o ente contratante que realizar essas atividades.

Relativo ao tema de contratação decide o TST, in verbis:

SERVIDOR PÚBLICO – CONTRATAÇÃO PELO REGIME DA CLT – OBRIGATORIEDADE DE CONCURSO PÚBLICO – Com o advento da Carta Magna de mil novecentos e oitenta e oito é obrigatória para a investidura em emprego público a prévia aprovação em Concurso Público, sendo nulo qualquer ato de provimento que não atender o mandamento constitucional. Revista conhecida e improvida. (TST – RR 112384/1994 – 2ª T. – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJU 07.12.1995 – p. 42961).

O entendimento do Pretório Excelso STF assenta, in verbis:

CARGOS E EMPREGOS PÚBLICOS – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA E FUNDACIONAL – ACESSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei e mediante concurso público é princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II – Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. “Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.” (STF-MS 21.322 – DF – T.P. - Rel. Min Paulo Brossard – DJU 23.04.1993).

Poderá ser objeto de Ação Civil Pública, toda a contratação que não atender a prévia seleção através de concurso público, com fundamento no art. 1º, inciso IV, da Lei 7.347/85, porquanto tal ato afronta interesse difuso ou coletivo. É este o entendimento do egrégio TJPR, in verbis:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM PRESTAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CF, ART. 129, INC. III – LEI Nº 7.347/85, ART. 1º, INC. IV – LEI Nº 8.429/92, ART. 17 – CONTRATAÇÃO NULA – VIOLAÇÃO DO ART. 37, CAPUT, E INC. II, DA CF – PUNIÇÃO DA AUTORIDADE RESPONSÁVEL – ART. 37, § 2º, DA CF – PRESUNÇÃO DE LESIVIDADE DO ATO ILEGAL – NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO DOS DANOS DECORRENTES DO PAGAMENTO DAS VERBAS SALARIAIS – LEI Nº 8.429/92, INC. III – IMPROVIMENTO DO APELO DO RÉU – PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO AUTOR – 1. O ministério público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública com o intuito de proteger o patrimônio público e a probidade administrativa, que são interesses difusos, nos precisos termos do art. 129, inc. III, da Constituição Federal. 2. A contratação de servidor pelo município, sem concurso público, viola o art. 37, caput, e inc. II, da Lei Fundamental, implicando a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da Lei, conforme estabelece o seu § 2º. 3. Embora se admita que este servidor, quando de boa-fé, deva receber pelos serviços realizados, cabe ao administrador que o contratou ilegalmente arcar com os custos que a fazenda teve com essa contratação, sendo certo que as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, conforme lição de Hugo Nigro Mazilli. Livrar o administrador público de tal responsabilidade, sob o pretexto de que o empregado, em contraprestação, prestou serviços, será construir um estranho indene de impunidade em favor do agente político que praticou ato manifestamente

contra a Lei. Nexa causal das obrigações da relação de trabalho nascida de ato ilegal. Criando-se inusitada convalidação dos efeitos do ato nulo. Será estimular o ímprobo a agir porque, a final, aquela contraprestação o resguardará contra ação de responsabilidade civil, consoante advertência do ilustre ministro Milton Luiz Pereira, do colendo STJ, lembrada por Mazilli [in a defesa dos direitos difusos em juízo, saraiva, 7ª ED., P. 156]. (TJPR – AC 0094007-2 – (6181) – 6ª C.Civ. – Rel. Des. Leonardo Lustosa – DJPR 05.03.2001)

3.1. A REFORMA ADMINISTRATIVA E A EMENDA CONSTITUCIONAL 19/1998.

Publicada no Diário Oficial da União em 05 de junho de 1998, a Emenda Constitucional nº. 19 veio alterar dispositivos da Constituição Federal, referentes à Administração Pública e ao servidor público, desta forma ficou conhecida como a Emenda da Reforma Administrativa. Relevantes alterações foram por esta emenda implantadas, alterado o regime jurídico antes tido como único, segundo Lamêgo Bulos Uadi, Reforma Administrativa, Revista de Direito Administrativo, v. 214, 1998, pág 92:

[...] agora retorna a possibilidade do regime celetista para as entidades políticas, autarquias e fundações, tal como era na Constituição de 1967, com a sua EC nº 1/69. O que se buscou foi alargar a tendência de se fomentar a execução indireta ou terceirização de atividades, em parceria com as organizações sociais (Lei 9.637/98). Por outro lado o regime estatutário poderá ser repensado em relação ao aspecto contributivo, inclusive no que tange aos custos de aposentadoria.

Modificação das regras sobre estabilidade onde ocorrerá procedimento para avaliação periódica de desempenho, regulamentado este por lei complementar assegurada ampla defesa para aqueles que se sentirem discriminados. Havendo avaliação periódica a qual não pode ser vista como rito arbitrário da Administração. Consequentemente será inconstitucional a lei complementar que não atentar para esse fato, e o Judiciário, certamente, serão convocadas para apreciá-la; Nesta mesma emenda houve substituição do termo subsídios para vencimentos, sendo valores fixados, vendando acréscimos como abonos. Muitas conseqüências foram geradas na Administração Pública afetando a vida de todos principalmente dos agentes públicos brasileiros, vê-se a seguir:

Art. 37

(...)

§ 3. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

(...)

III- a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública

Através da supra citada emenda houve uma maior rigorosidade com prudência e probidade relacionada a cargo emprego ou função, entre esses frente aos contratados temporários, trabalhadores presentes nos entes públicos contratantes. Sendo a contratação por tempo determinado defendida pela eficiência que produz as atividades da administração pública, encontra nesta emenda subsídios para sua defesa, uma vez que o objetivo da reforma administrativa é uma administração pública eficiente, com prestação de serviços públicos essenciais de qualidade. Foi com o advento da EC 19/98 que teve origem o princípio da eficiência, no ordenamento jurídico constitucional. Esse princípio trás consigo o argumento de que o aparelho estatal deve ser ágil prestando seus serviços e respeitando o cidadão. O princípio da eficiência é definido segundo Alexandre de Moraes, Reforma Administrativa. 5^a. ed. São Paulo : Atlas, 1999, p. 293.

[...] é aquele que impõe à Administração direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços públicos essenciais á população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

3.2. CONTRATO POR TEMPO DETERMINADO: ILEGALIDADE - NULIDADE

A contratação de servidor na Administração Pública, em especial na municipal não segue os ditames do art. 37, II, CF onde é exigida a prévia

aprovação em concurso público. Na relação: empregado – empregador os direitos trabalhistas não são auferidos aos empregados contratados no término do vínculo laboral do contrato temporário.

Os contratos temporários junto à Administração Pública são considerados nulos aos que defendem sua inconstitucionalidade.

Os motivos da inconstitucionalidade são elencados como graves danos onde:

I - os trabalhadores não recebem os direitos relativos à rescisão contratual, onde o ente público se esquivava da responsabilidade e verbas rescisórias pertinentes.

II - O uso indiscriminado, indistinto, confuso, ou mesmo de maneira abusiva, principalmente em número quantitativos, do contrato temporário na contratação de empregado público, atingi de forma ofensiva princípios fundamentais não obedecendo a excepcionalidade tida por requisito na lei, a qual excepciona a contratação temporária.

III – Para alguns doutrinadores é considerada inconstitucional a contratação temporária por entes públicos sob à Lei 8.745/93, que trata da contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, na busca de burlar o concurso público.

IV – Inconstitucional a contratação para cargos comissionados que não criados por lei, são essas contratações comissionadas atribuições de chefia, direção e assessoramento. Vislumbra-se a inconstitucionalidade no ato de criação artificiosa de cargos em comissão, e demais cargos, como de professores, médicos, serventes, dentre outros, onde tenta-se contornar a regra do concurso público.

Os cargos de interesse temporário deverão acompanhar o preceito constitucional do concurso público e estes cargos passarem de temporários a provimento efetivo. Outro ponto de inconstitucionalidade é o disposto na lei 8.745/93 onde não é respeitado o tempo e os contratos são reiteradamente renovados no inciso III do art. 9 da citada lei, in verbis:

[...] o pessoal contratado nos termos dessa lei não poderá:

(...)

III – ser novamente contratado, com fundamento nessa lei.

Nesse diapasão verificamos um fato de improbidade administrativa que para Helly Lopes é o exercício nocivo do “múnus” público no interior de qualquer dos poderes do Estado, implicando no desvirtuamento dos objetivos e fundamentos da atividade administrativa, capaz de gerar privilégios ilícitos, sejam estes materiais como desvio ou liberação de verbas públicas, recebimento de qualquer vantagem econômica para prática de fim proibido por lei, utilização indevida de bens ou rendas ou verbas pertencentes aos entes públicos ou ainda imateriais, como todas as formas de favorecimento, clientelismo, promoção pessoal, nepotismo etc. E a burla ao concurso público é enquadrado neste conceito.

Quando o contrato de trabalho ocorre em desacordo ao princípio do concurso público são considerados atos nulos. Sobre essa questão, há três correntes distintas relativas à nulidade do contrato de trabalho em desacordo com o princípio constitucional do art. 37, II da CF/88. A primeira corrente defende que essa forma de contratação é absolutamente nula, onde o trabalhador nada reivindica dos direitos rescisórios analisando a regra gramatical constitucional. Esse é o entendimento de Cláudio Mascarenhas Brandão, que afirma ser absolutamente nula a contratação de empregado público sem observância do concurso após a Constituição de 1988, devendo a nulidade se reconhecida em juízo, impossibilitando o deferimento das parcelas decorrentes da rescisão imotivada do pacto laboral. A segunda corrente, embasada no Direito do Trabalho e na teoria da responsabilidade objetiva da Administração Pública, através de Márcio Túlio Viana diz que a norma que exige o concurso público também gera efeitos para o servidor, na medida em que autoriza a ruptura do contrato. Mas seus efeitos não o penalizam, vez que o ônus da contratação irregular será suportado pelo Poder Público. A terceira corrente na clássica lição de Délio Maranhão defende que atingindo a nulidade o próprio contrato, desde origem, norteado pelos princípios do direito comum, produziria dissolução contratual ‘extunc’. Contudo não pode o empregador ‘devolver’ ao empregado a prestação de trabalho despendida por ele, que executou em virtude de um contrato nulo. Os

adeptos dessa corrente aderem ao contratado apenas o pagamento do salário e o depósito do FGTS, como preceitua a súmula 363 do TST, posição pacífica da jurisprudência desta corte, englobando outras parcelas de natureza salarial como adicionais, gratificações, porcentagens, relacionados na CLT em seu art. 457, parágrafo 1º, in verbis:

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, porcentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

Assim, ao tratar de nulidade vê-se no artigo 37 da Constituição Federal, in verbis:

§ 2º A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei", esta nulidade pode de forma excepcional produzir efeitos.

A nulidade absoluta é descrita pela falta de algum elemento substancial do ato jurídico, quais seriam a livre manifestação da vontade do agente capaz; ser o objeto lícito; e ter forma prescrita ou não defesa em lei. Haverá também nulidade nos casos previstos em lei. A legislação trabalhista considera nulo de forma absoluta todos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT, e isso ocorre quando não respeitado o ordenamento constitucional em casos de contratação temporária quando não haja interesse público excepcional. Já a anulabilidade, que é a nulidade relativa, ocorre quando prepondera o interesse privado individual, gerando direito ao obreiro no reconhecimento da relação de emprego e ao pagamento dos adicionais. Porém não há nulidade em ato legitimado por lei, e são os contratos temporários assim tratados, pois há a livre vontade e capacidade civil das partes em contratar sendo lícito o objeto.

Contratação por tempo determinado, é uma relação de trabalho, e não há como falar em relação de trabalho e não considerar os princípios que fundamentam o Direito do Trabalho, quais sejam, princípio da proteção, da continuidade da relação de trabalho, da irrenunciabilidade de direitos, da primazia

da realidade. Porém não há vínculo de emprego com a Administração Pública se o trabalhador não tiver prestado concurso público, tem o contratado um vínculo precário de trabalho e não de emprego, uma vez que este presta seu trabalho em função do órgão administrativo ao qual esteja ligado.

Destes, analisamos os princípios na Coletânea de Leis Trabalhistas. O princípio da realidade fica em tela em decorrência da previsão constitucional, a qual expressa que os contratos são excepcionais não imaginando a permissão do contrato temporário com proteções trabalhistas se ele é excepcional, não considerando a continuidade da relação do trabalho; A rigor, não deveria ser devido ao trabalhador uma indenização, pois, se não existe vínculo de empregado, nenhuma importância lhe seria devida. Entendimento este do TST, através da súmula 363, pode ser considerado ainda como direito trabalhista deste contratado a obrigação do pagamento dos dias por ele trabalhado e o FGTS, porque a energia gasta no trabalho não pode ser devolvida ao trabalhador pelo ente contratante. Seria de fato inadmissível a prestação de trabalho sem o pagamento monetária deste labor, a falta desse pagamento equivaleria inclusive a enriquecimento ilícito e sem causa por parte da Administração Pública.

Enunciado n.º 363 TST - contrato nulo – efeitos: A contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada. (RA 97/2000 - DJU 18.09.2000, rep. DJU 13.10.2000 e DJU 10.11.2000)

O entendimento sobre a nulidade dos contratos temporários com a administração pública, é o da nulidade absoluta é corrente majoritária, com produção "ex tunc", ou seja, desde a origem, por contrariar a clara disposição constitucional, ferindo os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, e os princípios específicos do Direito do Trabalho.

CAPÍTULO 4 REALIDADE FÁTICA

Não há que contestar que a realização do concurso público é a maneira legal para a devida contratação de empregados ao serviço público. Que a falta deste processo de competitividade em muitas vezes bons profissionais não encontram uma oportunidade para desempenharem suas funções, onde se vê no preenchimento dos cargos apadrinhamentos políticos. Encontra-se entre os contratos temporários casos de verdadeiras loterias de voto em detrimento das funções públicas, onde havendo emprego tem-se o voto de toda a família! É uma realidade intrigante e ter que aceitar, quando nós nos encontramos como simples expectadores dessa fatalidade, isso porque assim já concordamos quando afirmamos “não temos como resolver esse problema, a culpa são dos políticos”.

Mas, na verdade a sociedade fica estagnada, mesmo não concordando com essas contratações abusivas, porque no mesmo instante que o subconsciente age ao pensar que “se fosse eu o gestor público, agiria diferente”, contata-se que na primeira oportunidade surgida ninguém recusa um contrato com ente público, mesmo que seja por tempo determinado, neste instante ninguém se considera um afilhado, mas um sortudo por ter conseguido trabalho. Seja os médicos, engenheiros, advogados, professores substitutos, imagine quando essa oportunidade surge para classes de trabalho como pedreiros, recepcionistas, vigilantes, auxiliares. Seria então ilegalidade?

Assim, mesmo concordando com a realização do concurso público não posso afirmar ser contra a contratação por tempo determinado. Não há como uma administração pública caminhar sempre no aguardo de um concurso público, a máquina do povo é mais eficaz que imaginamos. Sabemos que para a ocorrência de um concurso público tem que previamente haver a criação de uma lei, sua aprovação no legislativo para que posteriormente seja feito uma licitação para empresa vencedora realizar o processo de seleção dos candidatos, para só então serem convocados os servidores. No mínimo tem-se seis meses para a conclusão de todo esse tramite, isso se não houver impugnações de edital do concurso ou

das provas o que poderiam levar mais seis a oito meses de espera. Enquanto isso a sociedade necessita dos serviços do médico, dentista do postinho de saúde, do professor na sala de aula, dos motoristas nas ambulâncias. E desta forma são inúmeros casos semelhantes, e realizar concurso para todas essas funções demanda tempo, muito tempo, principalmente em primeiro ano de mandato do gestor público.

Pelo princípio da eficiência dos serviços públicos concordo com a contratação por tempo determinado com a administração pública, sendo respeitada os requisitos de sua permissibilidade, e não havendo prorrogações exorbitantes, como oito vezes caso haja reeleição. Principalmente para as funções mais necessárias a população, aos contratos que fazem funcionar os órgãos públicos como auxiliares, atendentes e vigilantes, e, casos de contratos ligados aos Programas Federais que mantém o serviço como os funcionários para execução do programa Bolsa Família, do PETI, PSF, enfim programas que dependam do repasse federal para sua permanência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse trabalho científico pesquisou os contratos por tempo determinado com a administração pública, verificando ser um tema polêmico criticado pelos positivistas, onde interpretam a lei apenas na sua leitura gramatical e defendido por outros que buscam compreender o espírito da lei.

Constatamos a permissão legal da contratação por tempo determinado quando ocorrer excepcional interesse público e autorização legal na esfera contratante para tanto, assim, a necessidade sentida pelos órgãos públicos direcionam as contratações temporárias.

Mostramos pontos positivos e negativos, decisões a favor, contrárias e meio termo. Mostramos a possibilidade da contratação, e as ilegalidade quando não respeitados os limites. O concurso público que deve ser realizado, e que sua burla por muitos é tentada.

A Constituição Federal no seu artigo 37, IX, é quem demonstra a possibilidade desta contratação caso de por determinado tempo que seja necessário se poderá contratar, deixa a cargo de lei posterior que venha a dispor essa possibilidade constitucional. A Lei Federal nº. 8.745/93, foi uma lei que veio regulamentar essa possibilidade de contratação por ente público, prevendo possibilidades de sua ocorrência. Mas, outras leis também podem regulamentar essa permissão constitucional. As previsões legais são os principais fatores que nos leva a afirmar a legitimidade da contratação por tempo determinado com a administração pública.

Neste trabalho procuramos demonstrar que sem dúvidas a contratação deve acontecer em regra pelo concurso público, mas, que a contratação por tempo determinado com a administração não é ilegal. O próprio STF em jurisprudência sua, vinculada neste trabalho científico demonstra com clareza a necessidade da contratação por concurso, porém que as exceções de contratação sem concurso estão defesas na própria Constituição Federal, quando relata a necessidade excepcional da contratação temporária.

Será o contratado guiado pelo regime estatutário ou pela CLT, de acordo com a escolha do ente contratante, ou da lei que fundamente essa determinada contratação.

Conclui-se também que ao passo que concordamos com a contratação por tempo determinado, também assentimos que deve ser intensificada a fiscalização dos entes com esse condão, como os tribunais de contas, para constatarem se em algum desses entes contratantes há a tentativa de burlar a realização do concurso público. Devendo ser responsabilizado o gestor público que usou da administração para outros benefícios que não o de servir ao fim que é o bem comum da comunidade.

Porém, o grande mister deste trabalho é saber equilibrar a contratação necessária ou a abusiva. Não concordamos com a contratação realizada como “cabide de emprego” popularmente expressado na sociedade, contudo, muitos consideram que qualquer contratação por tempo determinado é uma forma de atingir o princípio do concurso, mas não é essa a realidade dos entes contratantes em muitas ocasiões. Empreguismo encontra-se em locais onde existem muitos funcionários e pouco trabalho, onde existam muito projetos os serviços são constantes e pessoal quantitativo e qualificativo é sempre necessário ao desenvolvimento do ente contratante responsável pela execução desses serviços.

Em diversas vezes a necessidade obriga esse tipo de contratação, e as necessidades vão surgindo gradativamente, para atingir a meta da educação de anualmente o número de matrículas subir mais e mais, faz com que a necessidade por servidores na mesma proporção aumente mais e mais. Na saúde se suprida a necessidade hoje de enfermeiros por concurso em pouco tempo já se terá a necessidade de novos funcionários, seja na mesma área, afin, ou outra divergente. E, é concreto ver que é impossível à realização de concurso público constantemente, atingir-se-ia desta forma o princípio da economicidade, da eficiência, do controle da administração. Apenas cessará a necessidade de funcionários na máquina administrativa, se ela não funcionar, se a administração não trabalhar, se o gestor não tiver o intuito de fazer seu ente crescer, seja

prefeitura, Estado, ou mesmo, as empresas públicas ou de economia mista, tratadas igualmente nesses requisitos pela lei.

Entre um gestor público não contratar por tempo determinado com medo de atingir a gramática da lei e um gestor que contrata maciçamente funcionários a trabalhar com intuito de fazer crescer o que administra, somos pela segunda opção. Ver nossa cidade, por exemplo, uma cidade paralisada, inerte, diante do desenvolvimento digital, econômico que passa nosso país, é extremamente desagradável e preocupante principalmente se a estabilidade desta cidade estiver em detrimento do crescimento das cidades vizinhas. Estará a cidade paralisada perdendo investimentos, uma empresa não deixará de investir em uma cidade que se desenvolve em todos os seus aspectos, como educação, turismo e economia, para investir em um lugar estagnado no desenvolvimento, isso é uma das conseqüências que qualquer país pode ter quando seus juristas interpretam a lei pela sua gramática e não pelo espírito da lei.

Quando lido o artigo 37 da Constituição Federal, onde diz que deve ser efetuado concurso público para contratação, também deve se levar em consideração que a própria Constituição federal, no mesmo artigo, vislumbra a contratação temporária de forma excepcional sem prévio concurso. O excepcional interesse público, não interpreta apenas “calamidade pública” como trás a lei 8.745/93 em um dos seus incisos, quando regulamenta a permissão constitucional desta contratação. Consideramos que o legislador constituinte vislumbrava os ideais de crescimento e desenvolvimento para um país que saia de um ditadura, que não fosse utilizado a contratação excepcional para empreguismo, mas para o trabalho. O termo “temporário” da necessidade é subjetivo, será de acordo justamente com a necessidade ocorrida, uma pode se resolver em apenas 12 (doze) meses, já outras com atividades mais complexas podem levar mais tempo, então não pode ser requerida à aplicação de uma regra magra para atingir um infinito de necessidades. Assim concluímos pela legalidade da contratação por tempo determinado com a administração, sendo necessária à contratação temporária para suprir interesse público, seguindo o prazo necessário ao suprimento desta necessidade.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRAZ, Petrônio. *Direito Municipal na Constituição*, 4 ed, São Paulo: LED, 1996.

CASTRO, José Nilo de. *Revista de Direito Municipal – JN & C*. vol. 2, número 2, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

KREWER, Jair Vanderlei. *Contratação de professores substitutos em inobservância à Constituição Federal e suas conseqüências jurídicas: o caso das universidades federais*. (obra coletiva) Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>

LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. *Breves considerações à contratação no serviço público sem concurso público, prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal*. Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Municipal*, 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *A Administração Pública e a Responsabilidade Subsidiária*. [on line] Disponível na Internet via WWW.URL: www.bureaujuridico.com.br/artigos/adm/artigo_2.htm.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *A contratação temporária, o Supremo Tribunal Federal e o alcance da expressão "necessidade temporária de excepcional interesse público"*. Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6193>>, acesso em 26/05/2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Direito Constitucional Positivo*. 17 Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

UADI, Lammêgo Bulos. *Reforma Administrativa*, Revista de Direito Administrativo, v. 214, out/dez. 1998