

JOSÉ MANUEL MELO DOS SANTOS

MANUAL DE
**DIREITO DO
SERVIDOR PÚBLICO**
Volume Único

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

SUMÁRIO • 1.1 Concurso público. Tramitação interna e previsão orçamentária – 1.2 Concurso público. Imperativo constitucional – 1.3 Exceções à regra do artigo 37 da Constituição Federal: 1.3.1 Serviços sociais autônomos; 1.3.2 Ordem dos Advogados do Brasil – OAB; 1.3.3 Organizações Sociais (OS) e *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* (OCIPS); 1.3.4 Cargos em comissão e contratação em caráter temporário – 1.4 Prazo de validade do concurso público – 1.5 Edital do concurso público. Vinculação. Eventuais alterações: 1.5.1 Concurso público e cláusula de barreira – 1.6 Concurso público em ano de eleições – 1.7 Concurso interno – 1.8 Constitucionalidade nas limitações em concurso público. Observância aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade: 1.8.1 Limitação em razão da idade; 1.8.2 Limitação em razão da altura; 1.8.3 Idosos; 1.8.4 Candidatos com tatuagens; 1.8.5 Investigação social. Nome do candidato nos órgãos de proteção ao crédito. Posição do STJ; 1.8.6 Limitações em concurso público. Princípio da legalidade – 1.9 Exame psicotécnico – 1.10 Teste físico. Legalidade. Possibilidade de remarcação – 1.11 Da reserva de vagas para deficientes físicos: 1.11.1 Surdez unilateral e portador de visão monocular; 1.11.2 Deficiente físico. Pé torto congênito – 1.12 Cotas para negros e afrodescendentes – 1.13 Revisão judicial das questões de prova de concursos – 1.14 Da convocação dos aprovados. Formalidades – 1.15 Direito à nomeação dos aprovados. Evolução do entendimento das cortes superiores – 1.16 Concurso público e a teoria do fato consumado – 1.17 Nomeação tardia e dever de indenizar. Posição do STJ e do STF – 1.18 Nulidade do concurso público e seus efeitos – 1.19 Jurisprudência – 1.20 Questões de concursos – 1.21 Gabarito.

A expressão servidor público é utilizada pela Constituição Federal tanto no sentido estrito quanto no sentido amplo. Se observamos a redação da Seção II do CAPÍTULO VII (DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA), veremos que a sobredita expressão (servidores públicos) é usada para designar as pessoas físicas que prestam serviços (com vínculo empregatício e mediante remuneração) à Administração Pública Direta e às pessoas de direito público que compõem a Administração Pública Indireta, quais sejam, as autarquias e fundações de direito público. Vejamos a redação do artigo 39 da CF/88.

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

Entretanto, na Seção I, que traz disposições gerais pertinentes à Administração Pública, verifica-se que a expressão “**servidores públicos**” é utilizada para abarcar **não só** as pessoas físicas que prestam serviços à Administração Direta e à Indireta de direito público (Autarquias e fundações de direito público) como também as pessoas físicas que prestam serviços às pessoas jurídicas de direito privado de cunho estatal, quais sejam, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações

de direito privado. É o que se extrai da redação do caput do artigo 37 da CF/88 e dos seus incisos.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98
I – Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

Disso se conclui que a expressão servidor público pode ser usado tanto no sentido estrito quanto no sentido amplo.

Nos termos do artigo 2º da Lei 8.112/90, para os efeitos dessa lei¹, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Cargo Público, por sua vez, é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura da Administração Pública (artigo 3º da Lei 8.112/90) que devem ser cometidas ao servidor. É criado por lei, possui denominação própria e vencimento pagos pelos cofres públicos, **sendo vedada a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei** (artigo 4º da Lei 8.112/90).

Os cargos públicos, segundo a regra do artigo 9º do Regime Jurídico dos Servidores Federais, **podem ser de caráter efetivo**, seja isolado ou de carreira, cujos ocupantes são nomeados depois de prévia aprovação em concurso de prova ou de provas e títulos, **ou em comissão**, de livre nomeação e exoneração.

Cargo público não se confunde com emprego público. **Emprego público é a denominação dada ao vínculo de natureza contratual, sob o regime da legislação trabalhista**², aos empregados públicos. Esses são chamados de servidores celetistas, pelo fato de que as relações contratuais firmadas com a Administração Pública são regidas predominantemente pelas regras previstas na CLT.

Assim, temos de um lado os servidores públicos estatutários, regidos pelos regimes jurídicos dos entes federativos (e suas pessoas jurídicas de direito público) aos quais prestam serviços; do outro lado, os servidores públicos trabalhistas ou celetistas, ou seja, os empregados públicos, regidos pelas normas da CLT, cuja prestação de serviços ocorre, em regra³, no âmbito das pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista).

1. Comentário: A Lei 8.112/90 trata do regime jurídico dos servidores Públicos federais. **Alcança apenas o pessoal da Administração Pública Direta e Administração Pública Indireta formada composta pelas pessoas jurídicas de direito público**. Art. 1º Esta Lei institui o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias, inclusive as em regime especial, e das fundações públicas federais.

2. Derrogada em algumas situações pela ótica do direito administrativo.

3. As pessoas jurídicas de direito público, inclusive os entes federativos, também contratam seu pessoal sob o regime celetista.

Além dos servidores estatutários e celetistas, temos os servidores públicos temporários, contratados por tempo determinado, para atenderem à necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX da CF/88). **Esses servidores exercem função pública**, ou seja, não ocupam cargo tampouco emprego público. O regime jurídico ao qual se vinculam com a Administração Pública ostenta **natureza administrativa**, consoante pacificada posição doutrinária e jurisprudencial.

O acesso aos cargos e empregos públicos se faz por meio de prévia aprovação em concurso público (artigo 37 II: a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em **concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração), **ao passo que o acesso à função temporária se perfaz por meio de processo seletivo simplificado**.

Além dos servidores públicos, empregados públicos e servidores temporários⁴, temos ainda as figuras do agente comunitário de saúde e do agente de combate às endemias, ambos admitidos por meio de processo seletivo.

Esses agentes sujeitam-se, em regra, ao regime contratual da CLT, **salvo se o estados-membros, DF e municípios dispuseram de forma diversa**, conforme prevê o artigo 8º da Lei 11.350/06.

Art. 8º. Os Agentes Comunitários de Saúde e os Agentes de Combate às Endemias admitidos pelos gestores locais do SUS e pela Fundação Nacional de Saúde- FUNASA, na forma do disposto no § 4º. do art. 198 da Constituição, **submetem-se ao regime jurídico estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT**, salvo se, no caso dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, lei local dispuser de forma diversa.

Assim, temos o seguinte quadro ilustrativo.

QUADRO ILUSTRATIVO				
	Cargo	Emprego	Função por Tempo Determinado	Agentes de Saúde
Forma de Acesso	Concurso	Concurso	Processo Seletivo	Processo Seletivo
Regime Jurídico	Estatutário	Celetista	Administrativo	Celetista, salvo disposição em contrário.
Normas de Regência	Leis de cada ente federativo (exemplo, Lei 8.112/90)	Decreto-lei 5.452/43 (CLT) e outras. Exemplo: Lei 9.962/00	Leis autorizativas editadas por cada ente federativo. Exemplo: Lei 8.745/93, no plano federal.	Decreto-lei 5.452/43 (CLT), em regra.

4. Nota: As peculiaridades de cargos, empregos e funções serão detalhadas mais adiante.

NOTA: A REFORMA ADMINISTRATIVA DO GOVERNO FEDERAL.

O Governo Federal está estudando a implementação da Reforma Administrativa, que, se aprovada, provocará substanciais alterações na relação jurídica firmada com servidores e demais agentes públicos.

O texto não está fechado. As alterações têm como objetivo propor critérios mais rígidos na avaliação dos servidores, dificultar a promoção entre as carreiras, flexibilizar o direito à estabilidade previsto na Constituição Federal, simplificar as carreiras federais, reduzir a remuneração para os novos servidores, criar cargos sem estabilidade ou aquisição desse direito depois de um longo período no cargo, contratar agentes com base nas disposições previstas na CLT, contratar agentes temporários, etc.

Fala-se, ainda, na realização de entrevistas e dinâmicas de grupos na seleção dos novos servidores, bem como a permissão de acesso a níveis mais elevados da carreira, de forma inicial.

O Governo Federal tem afirmado que as novas regras não atingirão os novos servidores, em razão do direito adquirido. No entanto, não se pode esquecer que a própria Constituição Federal permite que o servidor público estável perca o cargo por meio de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa⁵.

A norma constitucional ainda não foi regulamentada, de modo que não pode haver a perda do cargo público com base na supracitada norma. A perda do cargo público se dá em três situações previstas no texto constitucional, que são: a) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; b) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; c) nos termos definidos em Lei Complementar, para fins de cumprimento das exigências previstas no artigo 169 da CF/88. A Lei Complementar que regulamentou o artigo da Carta Magna é a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00).

Ocorre que temos iniciativa legislativa com o objetivo de regulamentar também a norma do inciso III, do parágrafo 1º do artigo 41 da CF/88. Uma delas é o Projeto de Lei Complementar (PLP) 51/19, que traz regras acerca do procedimento de avaliação periódica de desempenho de servidores públicos estáveis das administrações diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

1.1 CONCURSO PÚBLICO. TRAMITAÇÃO INTERNA E PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA

A realização de concurso para provimentos de cargos e empregos públicos requer planejamento estratégico por parte dos gestores públicos. Basicamente, o

5. Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, **na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.**

certame se processa por meio de fases ou etapas: a **primeira etapa é interna**, ou seja, se desenvolve no âmbito *interna corporis* dos órgãos e entidades que pretendem reforçar a sua força de trabalho; a outra fase tem início a partir do momento em que o edital do concurso é publicado, dando-se ciência dos seus termos não só aos interessados em participar da avaliação e assim ingressar nos quadros da Administração Pública, como também à sociedade e aos órgãos de controle (Ministério Público, tribunais de conta etc.), a quem cabem analisar se as regras previstas estão de acordo com a Constituição Federal e com o ordenamento jurídico. **A segunda fase é externa** e tem início com a publicação do edital, instrumento por meio do qual a Administração Pública convoca os interessados em concorrer aos cargos e empregos públicos em disputa.

Nesse momento interessa analisar a forma pela qual se processa a **fase interna** de realização do concurso público. Não temos a intenção de esgotar o assunto, todavia.

De acordo com Diógenes Gasparini, “o concurso não é, pois, um ato, mas um procedimento, ou seja, um conjunto de atos administrativos interligados e realizáveis segundo certa cronologia previamente estabelecida, destinados à obtenção de um só resultado final: a seleção, dentre os vários candidatos, daqueles que melhor possam atender ao interesse público”.⁶

Na etapa interna a Administração Pública define qualitativa e quantitativamente a real necessidade de força de trabalho. Quanto cargos ou empregos públicos são necessários para o bom funcionamento dos serviços públicos? Quais são os cargos e empregos que devem ser providos por meio do concurso que se pretende realizar? Dada a carência de recursos financeiros e restrições de ordem orçamentárias, quais seriam as áreas com mais necessidade de pessoal? Quanto cargos ou empregos irão vagar aproximadamente nos próximos anos em decorrência de exoneração, demissão ou aposentadorias?

Definida a quantidade de cargos ou empregos a serem supridos, a Administração Pública deve verificar, antes de formalizar o pedido de realização do concurso público, se não há concurso público com prazo improrrogável de validade ainda não expirado, e sendo positiva a resposta, constatar se não há candidatos remanescentes que poderão ser chamados.

Afinal, de acordo com a Constituição Federal, artigo 37, IV, “durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, **aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego**, na carreira”. A Lei 8.112/90, por sua vez, afirma que “**não se abrirá novo concurso enquanto houver candidato aprovado em concurso anterior com prazo de validade não expirado**” (artigo 12, § 2º).

6. GASPARINI, Diógenes. Concurso Público. Imposição constitucional e operacionalização. In: MOTTA, Fabrício (coord.). Concurso público e Constituição: Fórum, 2007.

Ultrapassada a fase acima, com a definição dos cargos ou empregos que devem ser providos, o agente público competente formula uma proposta com o fim obter autorização dos gestores (Chefes do Poder Executivo, secretários, ministros de estado, conforme o caso) para realizar o concurso público ou, se for o caso, aproveitar os remanescentes do concurso anterior.

Caso não tenha cargos vagos, ou sendo o quantitativo insuficiente para suprir a força de trabalho, deve ser solicitado ao gestor que encaminhe projeto de lei, contendo as devidas justificativas, ao Poder Legislativo, com o fim de que sejam criados os cargos necessários.

No âmbito federal, o regulamento que tratava de normas gerais relativas à realização de concurso público pela Administração Pública Federal, autárquica e fundacional era o Decreto 6.944/09, **revogado pelo Decreto 9.739/19, que entrou em vigor no dia 01 de julho de 2019.**

O novo regulamento estabelece medidas de eficiência organizacional, com o objetivo de proporcionar melhor desempenho no exercício das competências institucionais.

De acordo com o artigo 3º do referido decreto, os atos administrativos que tratem da criação e da transformação de cargos e funções ou de sua extinção, quando vagos; da criação, da reorganização e da extinção de órgãos e entidades; **da realização de concursos públicos e de provimento de cargos públicos** e, ainda, da autorização para contratação de pessoal com a finalidade de atender **à necessidade temporária de excepcional interesse público**, nos termos da Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, serão encaminhadas ao Ministério da Economia, ou quando couber, à apreciação da Casa Civil, por meio de **PROPOSTAS**, devendo ser observadas as regras dispostas no Decreto 9.191/2017.

O Ministério da Economia fará análise das propostas com base nas diretrizes do artigo 2º⁷ e emitirá parecer sobre **adequação técnica e orçamentária**. Se for o caso, o órgão proporá ou adotará os ajustes que forem necessários à sua implementação ou seu prosseguimento (parágrafo único do artigo 3º).

As propostas relativas à realização de concurso público e de provimento de cargos públicos; da criação e da transformação de cargos e funções ou de sua extinção, quando vagos e da criação, da reorganização e da extinção de órgãos e entidades deverão ser apresentadas até o dia 31 de maio do exercício financeiro, como o objetivo de que sejam compatibilizadas com o projeto de lei orçamentária anual (LOA⁸) para o exercício subsequente.

7. Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se fortalecimento da capacidade institucional o conjunto de medidas que propiciem aos órgãos ou às entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional a melhoria de suas condições de funcionamento, compreendidas as condições de caráter organizacional, e que lhes proporcionem melhor desempenho no exercício de suas competências institucionais, especialmente na execução dos programas do plano plurianual.

8. **Lei Orçamentária Anual (LOA)**. É o orçamento anual enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, cujo texto estima a receita e fixa a despesa do exercício financeiro, ou seja, aponta como

As propostas devem ser acompanhadas das cópias dos seguintes atos e procedimentos: 1. Ofício do Ministro de Estado ao qual o órgão ou a entidade seja subordinado ou que seja responsável por sua supervisão; 2. Minuta de exposição de motivos, quando necessário; 3. Minuta de projeto de lei ou de decreto e seus anexos, quando necessário, observado o disposto no Decreto nº 9.191, de 2017; 4. Nota técnica da área competente; 5. Parecer jurídico.

No que diz respeito ao pedido de autorização para a realização de concurso público, as propostas deverão conter, ainda, as informações a que se refere o artigo 6º do supracitado decreto, destacando-se entre elas as seguintes disposições: 1. O perfil necessário aos candidatos para o desempenho das atividades do cargo; 2. A base de dados cadastral atualizada do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal – SIPEC e o número de vagas disponíveis em cada cargo público; 3. O quantitativo de servidores ou empregados cedidos e o número de cessões realizadas nos últimos cinco anos; 4. Demonstração de que os serviços que justificam a realização do concurso público não podem ser prestados por meio da execução indireta de que trata o Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018.

Caso a proposta venha acarretar aumento de despesa, ela será acompanhada da estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que entrar em vigor e nos dois exercícios subsequentes, acompanhada das premissas e da memória de cálculo utilizadas, elaboradas por área técnica, que deverão conter o quantitativo de cargos ou funções a serem criados ou providos e os valores referentes a remuneração e os demais encargos que deverão ser pagos aos novos servidores, tais como férias, gratificação natalina, e, quando for o caso, despesas com benefícios de natureza trabalhista e previdenciária, tais como auxílio-alimentação, auxílio-transporte, auxílio-moradia, indenização de transporte, contribuição a entidades fechadas de previdência, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e contribuição a planos de saúde (artigo 7º, caput e incisos).

Caso as propostas atendam aos requisitos previstos no Decreto, o Ministro da Economia, se utilizando da delegação que lhe foi concedida pelo Presidente da República⁹ no próprio decreto, poderá autorizar a realização de concursos públicos nos órgãos e nas entidades da administração pública federal direta, autárquica e

o governo vai arrecadar e gastar os recursos públicos. Contém os orçamentos fiscal, da seguridade social e de investimento das estatais. **O projeto de lei que trata do orçamento anual deve ser enviado pelo Executivo ao Congresso até o dia 31 de agosto e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.**

9. CF/88. Artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – **dispor, mediante decreto**, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Parágrafo único. **O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado**, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

fundacional, sendo permitida a subdelegação para o Secretário Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia (artigo 27, caput).

Vale destacar que a delegação concedida pelo Presidente da República ao Ministro da Economia não se aplica, para fins de ingresso: **1. Às carreiras de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Procurador Federal, cujos atos serão realizados pelo Advogado-Geral da União;** **2. À carreira de Diplomata**, cujos atos serão realizados pelo Ministro de Estado das Relações Exteriores; **3. À carreira de Policial Federal**, cujos atos serão realizados pelo Diretor-Geral da Polícia Federal. Também não depende de autorização do Ministro de Estado da Economia **o provimento de cargo de docente e a contratação de professor substituto em instituições federais de ensino**, observado o limite autorizado para o quadro docente de cada uma e a necessidade de informar previamente o órgão central do SIPEC, conforme ato conjunto dos Ministros de Estado da Economia e da Educação (artigo 27, §§ 1º e 2º).

Ultrapassada as etapas acima, tem início a fase externa do concurso público, com a publicação do respectivo edital, ato administrativo de caráter normativo, cuja elaboração deve seguir as regras previstas na Constituição Federal e nas leis de regência. O administrador público deve também observar os princípios aplicáveis a Administração Pública ao confeccionar o instrumento convocatório, sobretudo os previstos no artigo 37 da CF/88 (princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

É a partir dessa fase que se faz o chamamento de todos os interessados em concorrer aos cargos ou empregos públicos previstos no edital, desde que atendam aos requisitos previstos em lei. As regras estabelecidas no referido instrumento vinculam a Administração Pública e devem ser observadas por todos os interessados.

Veremos em seguida, as disposições relativas à fase externa do concurso público.

1.2 CONCURSO PÚBLICO. IMPERATIVO CONSTITUCIONAL

O acesso ao serviço público por meio de processo de seleção ao qual comumente chamamos de concurso público tem como finalidade concretizar diversos princípios constitucionais, dentre os quais se destacam o da isonomia, da eficiência, da legalidade e da moralidade no trato da coisa pública, pois permite que a Administração Pública escolha, ou melhor, selecione **os melhores candidatos de forma impessoal, sem qualquer favorecimento a quem quer que seja (artigo 31, I da CF/88)**.

Em outras palavras, a realização de concurso público tem como objetivo primordial garantir a concretização de diversos princípios constitucionais, especialmente os que estão destacados no caput do artigo 37, **tais como os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência**. Trata-se de via por meio da qual o poder público assegura que todos, sem distinção (desde que atendam aos requisitos legalmente exigidos), possam participar do certame, recaindo a escolha

CAPÍTULO III

CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DO INCISO IX DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

SUMÁRIO • 3.1. Conceitos Iniciais – 3.2 Dos pressupostos para contratação temporária – 3.3 Do regime jurídico e da natureza jurídica – 3.4 Leis instituidoras – 3.5 Processo seletivo simplificado – 3.6 Contratação temporária e concurso vigente com candidatos aprovados. – 3.7 Contratações temporárias. Vedações – 3.8 Da extinção do contrato de trabalho temporário – 3.9 Contratação temporária de empregado público aposentado. Posição do STJ – 3.10 Jurisprudência – 3.11 Questões de prova – 3.12 Gabarito.

3.1. CONCEITOS INICIAIS

De acordo com o inciso IX¹ do artigo 37 da Constituição Federal, a lei disporá sobre os casos de contratação temporária no âmbito do serviço público, com a finalidade de **atender necessidade temporária de excepcional interesse público**. **Trata-se, pois, de uma das exceções à regra do concurso público.**

Tanto a Administração direta como a Administração indireta podem contratar agentes públicos para atividades temporárias. Não obstante, no plano federal, a Lei 8.745/93, regulamentadora da norma constitucional, **não autorizou a contratação temporária pelas empresas públicas e sociedades de economia mista**².

Cabe ressaltar que se houver previsão legal de contratação temporária por parte de pessoa jurídica de direito privado da Administração Indireta, entende-se que **aquelas que desempenham atividade econômica não podem contratar com fundamento no artigo 37, IX, da Constituição Federal**, sob pena de afronta à regra do disposta no artigo 173 § 1^o³, do texto constitucional.

De mais a mais, **não há impedimento para a contratação temporária por tempo determinado no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário**, desde

1. Artigo 37: (...) IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público; (...)
2. Art. 1º Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, **os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas** poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei.
3. O Art. 173 § 1º da CF determina que a “*empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias*”.

que sejam observados os pressupostos previstos na Constituição Federal, além dos requisitos contidos na lei regulamentadora.

É tema de grande importância para aqueles que se preparam para as concorridas provas de concurso público, por se tratar de matéria costumeiramente cobrada. Aos que almejam cargos ou empregos nas áreas da advocacia pública, o estudo do assunto deve ser feito de forma mais aprofundada, considerando as posições jurisprudenciais adotadas tanto pelo STJ quanto pelo STF.

3.2 DOS PRESSUPOSTOS PARA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

A primeira dificuldade que surge ao estudarmos o instituto da contratação temporária é tentar entender o conceito de **necessidade temporária de excepcional interesse público**, ou seja, como estabelecer os pressupostos para a contratação, sem esvaziar a regra do concurso público?

Os autores que militam na área do direito administrativo apontam três pressupostos para definição do instituto. São eles: **1. Prazo determinado; 2. Temporariedade da função; 3. Excepcionalidade do interesse público.**

A contratação temporária deve ser estipulada por **prazo previamente determinado na lei que a regulamenta**. O artigo 1º da Lei 8.745/93, diploma legislativo que dispõe sobre a necessidade temporária de excepcional interesse público pelos órgãos da Administração Pública Federal Direta, bem como suas autarquias e fundações públicas, traz a regra consoante a qual a contratação de pessoal deve ser por tempo determinado, nas condições e nos prazos previstos na norma.

A lei federal em estudo estipulou os seguintes prazos máximos para as contratações.

- 1. Seis meses para as seguintes atividades:** assistência a situações de calamidade pública, assistência a emergências em saúde pública e combate a emergências ambientais;
- 2. Um ano para as seguintes atividades:** realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, admissão de professor substituto e professor visitante, atividades finalísticas do Hospital das Forças Armadas⁴, de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3237, que trata de contratação temporária de professores e de pessoal para o Hospital das Forças Armadas e para os projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia (Sivam) e do Sistema de Proteção da Amazônia (Sipam). Os ministros acompanharam, por unanimidade, o voto do relator da matéria, ministro Joaquim Barbosa.

Conforme sustentou nos autos o procurador-geral da República, **as contratações previstas no artigo 2º, incisos IV e VI, alíneas “d” e “g”, da Lei federal 8.745/1993, não constituem necessidade**

âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana e admissão de professor para suprir demandas decorrentes da expansão das instituições federais de ensino, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Educação.

3. **dois anos para as seguintes atividades:** de identificação e demarcação territorial; de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC; de assistência à saúde para comunidades indígenas;
4. **três anos para as seguintes atividades:** relacionadas às técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública; atividades didático-pedagógicas em escolas de governo; admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação; admissão de pesquisador, de técnico com formação em área tecnológica de nível intermediário ou de tecnólogo, nacionais ou estrangeiros, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa, ao desenvolvimento e à inovação; admissão de professor para suprir demandas excepcionais decorrentes de programas e projetos de aperfeiçoamento de médicos na área de Atenção Básica em saúde em regiões prioritárias para o Sistema Único de Saúde (SUS), mediante integração ensino-serviço, respeitados os limites e as condições fixados em ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Saúde e da Educação.
5. **quatro anos para as seguintes atividades:** admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro; atividades especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; atividades desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia – SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM; técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; técnicas especializadas de tecnologia

da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea *i* e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade.

Em regra, são contratos que não podem ser prorrogados. **Todavia, de forma excepcional, a lei pode autorizar a prorrogação até determinado limite**, como faz o parágrafo único do artigo 4º da lei federal mencionada acima. E assim deve ser, sob pena de burla à regra imperativa do concurso público.

Outro pressuposto abordado pelos autores é a **temporiedade da função**, ou seja, a necessidade dos serviços que serão prestados por meio da contratação deve ser sempre temporária.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que, se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes”. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação e a admissão será inteiramente inválida”.⁵

Ocorre que tanto o STF quanto o STJ adotam posicionamento mais flexível acerca do pressuposto ora abordado. Para a Corte Suprema, é possível que a Administração Pública contrate temporariamente com o objetivo de suprir a ausência de pessoal em determinadas situações, **ainda que as funções para as quais se destinem as contratações sejam de natureza permanentes**. Em outras palavras, prevalece, segundo esse posicionamento, a real e premente necessidade do serviço para legitimar a contratação, mesmo que **a função para a qual se promoveu o processo seletivo seja uma daquelas de caráter permanente e ordinário**.

Assim, seria possível, por exemplo, contratar temporariamente médicos para atender um surto inesperado de gripe suína, ou então contratar pessoal tanto para o combate inesperado de surto de dengue quanto para substituição dos servidores que adoeceram em razão do vírus, conforme reconheceu o STJ na decisão abaixo.

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO IRREGULAR, SEM CONCURSO PÚBLICO. SURTO DE DENGUE. DOLO AFASTADO. PRESCINDIBILIDADE DO DANO MATERIAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE. REVISÃO DA CONSTATÇÃO DA AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA 7/STJ. 1. Contratação irregular decorrente de surto de dengue em Visconde de Rio Branco/MG, que teria acometido inclusive os servidores desta Municipalidade, justifi-

5. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 406.

cando-se a contratação imediata de pessoal tanto para o combate à doença quanto para substituição dos servidores que adoeceram. 2. Constatado motivo plausível para a não realização do concurso público, não há espaço para se cogitar de dolo, isto é, da consciência e vontade da autoridade pública de que atua em descompasso com a Constituição Federal e a legislação. 3. A revisão do entendimento acolhido pelo Tribunal de origem no sentido da ausência de dolo implica o reexame do contexto fático-probatório, procedimento vedado na via especial – Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.180.311/ MG)

Em notável precedente sobre o assunto, o STF entendeu como legítima a contratação temporária pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) **para o exercício de atividade jurídica, ante a necessidade temporária do serviço**. Segue ementa da decisão, extraída da ADI 3.068/DF.

EMENTA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 10.843/04. SERVIÇO PÚBLICO. AUTARQUIA. CADE. CONTRATAÇÃO DE PESSOAL TÉCNICO POR TEMPO DETERMINADO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DA ATIVIDADE ESTATAL. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 37, IX, DA CB/88.

1. O art. 37, IX, da Constituição do Brasil autoriza contratações, sem concurso público, desde que indispensáveis ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, quer para o desempenho das atividades de caráter eventual, temporário ou excepcional, quer para o desempenho das atividades de caráter regular e permanente.

2. A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal.

Noutra decisão, o presidente do Supremo Tribunal federal, ministro Dias Toffoli, suspendeu⁶ capítulo do julgado⁷ do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia proibido a contratação de professores temporários no serviço público estadual.

De acordo com o ministro, “a plausibilidade jurídica está devidamente comprovada ante a manifesta existência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-administrativa, na medida em que a decisão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo inviabiliza novas contratações temporárias e prorrogação dos contratos já celebrados, comprometendo, de forma irreversível a adequada prestação dos serviços públicos de educação, saúde e segurança pública no Estado de São Paulo”.

6. MEDIDA CAUTELAR NA SUSPENSÃO DE LIMINAR 1.191 SÃO PAULO.

7. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 20033663-93.2018.8.26.0000.

CAPÍTULO IV

TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECRETO 9.507/18

SUMÁRIO • 4.1 Conceitos iniciais – 4.2 Terceirização. Alterações promovidas pela Lei 13.429/17. Súmula 331 do TST – 4.3 Terceirização. Ausência de pessoalidade e subordinação direta entre o empregado e o tomador. Aplicação da regra do inciso III da Súmula 331 do TST e artigo 4º-A da Lei 6.019/74 – 4.4 Posicionamento jurisprudencial sobre a terceirização depois das alterações legislativas – 4.5 Terceirização no âmbito da administração pública – 4.6 Contratação indireta. Administração pública. Licitação – 4.7 Da vedação de caráter geral – 4.8 Responsabilidade da administração pública nos contratos de terceirização – 4.9 Convênios. Responsabilidade da administração pública e incidência da Súmula 331 do TST – 4.10 Jurisprudência – 4.11 Questões de prova – 4.12 Gabarito.

4.1 CONCEITOS INICIAIS

Define-se contrato de terceirização de mão de obra como vínculo jurídico-contratual por meio do qual o empregador celebra com outra empresa um contrato de prestação de serviços por tempo determinado. Estabelece-se, pois, uma relação triangular entre tomador (empresa ou entidade a ela equiparada a quem o serviço de mão de obra será prestado), o prestador (empresa responsável por fornecer a mão de obra) e o empregado.

Segundo a Juíza do Trabalho Thais Mendonça Aleluia, “a terceirização é a transferência de parte da atividade da empresa para outra empresa. Transfere-se, assim, para uma outra empresa, atividades que não compõem o foco daquela primeira, retirando de si a preocupação com serviços que são meramente intermediários”.

Ela lembra, ainda, que o fenômeno da terceirização surgiu no período da 2ª Guerra Mundial, porque se percebeu que era necessário especializar a produção industrial com a finalidade de dar mais qualidade e quantidade, entregando serviços a quem dele entenda”.

De acordo com Gustavo Filipe Barbosa Garcia, a terceirização “pode ser entendida como a transferência de certas atividades periféricas do tomador de serviços, passando a ser exercido por empresas distintas e especializadas”.

Segundo o doutrinador, “tratando-se de terceirização de atividades ou serviços pela Administração Pública, **tem-se a figura do contrato administrativo com a empresa prestadora e precedido, em regra, de licitação**”.

Já o Professor Rogéria Neiva conceitua a terceirização de mão de obra como uma relação jurídica diante da qual “existem dois vínculos de natureza jurídica e um vínculo de natureza econômica. Entre o trabalhador e o prestador há uma relação empregatícia, na qual o primeiro figura como empregado e o segundo como empregador. Entre o prestador e o tomador de serviços pode haver uma relação contratual-civil ou um contrato administrativo, dependendo da condição do tomador, que pode ser uma sociedade empresária ou um ente da Administração Pública”.

Em suma, do contrato de terceirização surgem necessariamente dois vínculos jurídicos: **um de natureza puramente contratual entre o tomador e o prestador e outro de natureza trabalhista entre o prestador e o empregado**. Vejamos o que dispõe o artigo 2º da Lei 13.429/17, que promoveu alterações na Lei 6.019/74.

Artigo 2º. Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Como se nota da redação em destaque, o empregado é sempre pessoa física contratada pela empresa prestadora de serviços. Esta, por sua vez, é a pessoa jurídica, registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas. Já a empresa tomadora é a pessoa jurídica ou quem a ela se equipare, que celebra com a prestadora a contratação de prestação de serviços de natureza temporária.

O artigo 4º-A do mesmo diploma legislativo afirma que se considera como prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Vale destacar que **a contratação de trabalho temporário previsto na Lei 6.091/74 não se confunde com a terceirização**. Embora previstos no mesmo diploma legislativo, **são institutos distintos**. No trabalho temporário firma-se entre as partes contratantes um ajuste por meio do qual há fornecimento de mão de obra à empresa tomadora de serviços, por meio de empresa interposta, ou seja, por meio da empresa de trabalho temporário, diante das hipóteses admitidas pelo sistema jurídico. Noutras palavras, pode se definir o contrato de trabalho temporário como serviço prestado por uma empresa de trabalho temporário, que, de acordo com a redação do novo artigo 4º¹ da referida lei, se trata de pessoa jurídica

1. Art. 4º. **Empresa de trabalho temporário é a pessoa jurídica**, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

A terceirização, por sua vez, é o contrato por meio do qual uma pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviços, fornece serviços determinados e específicos à empresa contratante. Cabe à empresa prestadora de serviços contratar, remunerar e dirigir o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontratar outras empresas para realização desses serviços.²

Enquanto o contrato de trabalho temporário com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de **cento e oitenta dias, consecutivos ou não**³, na terceirização não há determinação de prazo.

A partir disso, se chega à seguinte conclusão: (importantíssima no avanço do tema em estudo, **uma vez que o objetivo desse trabalho é analisar a terceirização no âmbito da Administração Pública**). A Lei 13.429/2017, que alterou significativamente o conteúdo da Lei nº 6.019/1974 – norma que regulamentava tão somente a forma de contratação do trabalho temporário –, **doravante** prevê a possibilidade da terceirização de atividades das empresas, sejam elas atividades fins ou atividades-meios.⁴

4.2 TERCEIRIZAÇÃO. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.429/17. SÚMULA 331 DO TST

A terceirização no modelo originário consistia na transferência de atividades de uma empresa para outra, desde que as tarefas transferidas da empresa tomadora para a empresa prestadora de serviços fossem acessórias, instrumentais, que não estivessem diretamente relacionadas com a principal atividade-fim do empreendimento empresarial.

Entretanto, o fenômeno da terceirização passou por modificações substanciais que veremos na sequência.

Como já visto nas linhas acima, em julho de 2017 ocorreram várias modificações na legislação trabalhista por intermédio das Lei 13.467/17 (Reforma

2. Art. 4º-A. **Empresa prestadora de serviços a terceiros** é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

3. **Que pode ser prorrogado por até noventa dias:** artigo 10 da Lei 6.019/74. § 1º O contrato de trabalho temporário, com relação ao mesmo empregador, não poderá exceder ao prazo de cento e oitenta dias, consecutivos ou não. (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

§ 2º **O contrato poderá ser prorrogado por até noventa dias**, consecutivos ou não, além do prazo estabelecido no § 1º deste artigo, quando comprovada a manutenção das condições que o ensejaram.

4. Segundo o artigo 9º da Lei 6.019/74, o contrato de trabalho temporário também pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.