

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. ALEXANDRE DE MORAES**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO**

Ementa: CONSTITUCIONAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES (ART. 37, IX, CF). LEI COMPLEMENTAR 12/1992 DO ESTADO DO MATO GROSSO. INCONSTITUCIONALIDADE. MODULAÇÃO DE EFEITOS.

1. A Constituição Federal é intransigente em relação ao princípio do concurso público como requisito para o provimento de cargos públicos (art. 37, II, da CF). A exceção prevista no inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretada restritivamente, cabendo ao legislador infraconstitucional a observância dos requisitos da reserva legal, da atualidade do excepcional interesse público justificador da contratação temporária e da temporariedade e precariedade dos vínculos contratuais.

2. A Lei Complementar 12/1992 do Estado do Mato Grosso valeu-se de termos vagos e indeterminados para deixar ao livre arbítrio do administrador a indicação da presença de excepcional interesse público sobre virtualmente qualquer atividade, admitindo ainda a prorrogação dos vínculos temporários por tempo indeterminado, em franca violação ao art. 37, IX, da CF.

3. Ação direta julgada procedente, para declarar inconstitucional o art. 264, inciso VI e § 1º, parte final, da Lei Complementar 4/90, ambos com redação conferida pela LC 12/92, com efeitos *ex nunc*, preservados os contratos em vigor que tenham sido celebrados exclusivamente com fundamento nos referidos dispositivos, por um prazo máximo de até 12 (doze) meses da publicação da ata deste julgamento.

ADI 3662 / MT

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência da Senhora Ministra CÁRMEN LÚCIA, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por unanimidade, acordam em julgar procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do inciso VI do art. 264 e da expressão “prazos estes somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público”, constante da parte final do § 1º do mesmo artigo, todos da Lei Complementar 4/1990 do Estado do Mato Grosso, nos termos do voto do Relator. Quanto à modulação de efeitos da decisão, por maioria, acatando propostas dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, acordam em autorizar a manutenção dos atuais contratos de trabalho pelo prazo máximo de 1 (um) ano, a contar da data da publicação da ata deste julgamento, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Cármen Lúcia (Presidente), que não modulavam os efeitos da decisão.

Brasília, 23 de março de 2017.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES
Redator para acórdão

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO**
INTDO.(A/S) : **ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Gabinete prestou as seguintes informações:

O Procurador-Geral da República impugna o inciso VI e a parte final do § 1º do artigo 264 da Lei Complementar nº 4, de 15 de outubro de 1990, do Estado de Mato Grosso, com a redação dada pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 12, de 13 de janeiro de 1992, daquele Estado. Os preceitos atacados estão sublinhados a seguir:

Art. 264. Consideram-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visem a:

I – combater surtos epidêmicos;

II – fazer recenseamento;

III – atender a situações de calamidade pública;

IV – substituir professores ou admitir professor visitante, inclusive estrangeiro, conforme lei específica do magistério;

V – permitir a execução de serviço, por profissional de notória especialização, inclusive estrangeiro, nas áreas de pesquisa científica e

ADI 3.662 / MT

tecnológica;

VI – atender a outras situações motivadamente de urgência.

§ 1º As contratações de que trata este artigo terão dotação específica e não poderão ultrapassar o prazo de 06 (seis) meses, exceto nas hipóteses dos incisos II, IV e VI, cujo prazo máximo será de 12(doze) meses, e inciso V, cujo prazo máximo será de 24 (vinte e quatro) meses, prazos estes somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público.

Consoante assevera, os dispositivos impugnados autorizam o administrador público a proceder à contratação temporária em qualquer situação a lhe parecer urgente bem como possibilitam a prorrogação indefinida dos prazos. Sustenta o descompasso com o artigo 37, inciso IX, da Carta da República, segundo o qual os casos de contratação para satisfazer necessidade provisória devem: estar previstos em lei formal, ser por tempo determinado e ter a finalidade de atender a situação de excepcional interesse público. Menciona as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.210, relator Ministro Carlos Velloso, acórdão publicado em 3 de dezembro de 2004, e nº 890, relator Ministro Maurício Corrêa, acórdão veiculado em 11 de setembro de 2003.

À folha 100, Vossa Excelência acionou o artigo 6º da Lei nº 9.868, de 1999. Não houve pedido de medida acauteladora.

A Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, à folha 122 à 131, após narrar o histórico do processo legislativo pertinente aos atos atacados, aduz que a própria legislação federal permite a extensão do prazo nos contratos temporários. Salaria estar a prorrogação do contrato, na espécie,

ADI 3.662 / MT

condicionada a fundamentação e aduz ser possível interpretar o texto de modo a permitir a prorrogação somente pelo “mesmo período anteriormente estipulado”. O Governador do Estado, à folha 145 à 157, traz informações com teor idêntico ao das apresentadas pelo Poder Legislativo estadual.

A Advocacia-Geral da União, à folha 133 à 138, aponta a inconstitucionalidade de ato normativo no qual se delega ao administrador público a definição dos casos de contratação temporária. Destaca que a parte final do § 1º impugnado revela cláusula aberta, a sugerir a possibilidade de prorrogação do contrato por período indeterminado.

A Procuradoria Geral da República reitera os argumentos da inicial, às folhas 140 à 142 e 170.

O processo está aparelhado para julgamento.

É o relatório.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR):

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE – DEFESA DO ATO IMPUGNADO. Ante o disposto no artigo 103, § 3º, da Carta da República, compete ao Advogado-Geral da União, arguida a inconstitucionalidade em abstrato de lei ou ato normativo federal ou estadual, a defesa das normas atacadas. Postura diversa revela inobservância do preceito constitucional.

SERVIDOR – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – REQUISITOS – LEI – NECESSIDADE. As situações ensejadoras da contratação direta, sem concurso público, hão de estar previstas em lei no sentido formal e material. Precedentes – ações diretas de inconstitucionalidade nº 2.229/ES, relator o ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 25 de junho de 2006, e nº 3.430/ES, relator o ministro Ricardo Lewandowski, Diário da Justiça de 23 de outubro de 2009.

Inicialmente, consigno a impropriedade da manifestação do Advogado-Geral da União. É única a respectiva atuação em processos objetivos. Cabe-lhe não a emissão de parecer, mas a defesa da norma impugnada. Age, assim, como curador. Eis o preceito regedor da matéria:

Art. 103 [...]

[...]

§ 3º – Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

[...]

ADI 3662 / MT

A ordem jurídico-constitucional não oferece opção. Cumpre ao Advogado-Geral da União, ante a norma imperativa, defender o ato. Faço o registro diante da postura adotada no sentido de se declarar a inconstitucionalidade, ou seja, de se acolher o pedido formulado.

A Constituição Federal estabelece como regra a indispensabilidade da prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos para investidura em cargo ou emprego público. Abre exceção somente para os casos de nomeação em cargo em comissão ou de contratação, por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

No último caso, o Supremo assentou que a observância ao artigo 37, inciso IX, da Carta da República pressupõe a previsão, em lei formal, das situações a demandar contratação eventual, a existência de necessidade pública temporária e de caráter singular bem como a fixação de período determinado – ações diretas de inconstitucionalidade nº 2.229/ES, relator o ministro Carlos Velloso, Diário da Justiça de 25 de junho de 2006, e nº 3.430/ES, relator o ministro Ricardo Lewandowski, Diário da Justiça de 23 de outubro de 2009. Os requisitos, além de expressamente versados no Diploma Maior, impedem o descompasso entre norma infraconstitucional e princípios caros ao Estado Democrático de Direito, como os da moralidade, eficiência e universalidade de acesso a cargos da Administração.

Alguns dos dispositivos envolvidos estão em harmonia com o preceito da Constituição Federal que trata do trabalho temporário. Assim o é quanto à previsão de contratações para combater surtos epidêmicos, fazer recenseamento e atender a situação de calamidade pública. Harmoniza-se arregimentação sobre prazo certo e sem concurso público com a previsão do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal: “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Ninguém coloca em dúvida que, havendo surto epidêmico, impõe-se a tomada urgente de providências. Sob o ângulo do recenseamento, é

ADI 3662 / MT

trabalho esporádico que mantém o elo com a determinação de prazo relativamente à relação jurídica. O mesmo se diga no tocante a situações de calamidade pública. Não vinga a subsistência do inciso VI do artigo 264 da Lei em exame ao versar a norma genérica: “atender a outras situações motivadamente de urgência”. Esta cláusula, contrariando a necessidade de os casos estarem previstos em lei, implica delegação ao Executivo.

Da mesma forma, não se pode ter como consentânea com a regra constitucional a prorrogação de prazos de ajuste sem limite legal, remetendo-se tão somente ao interesse público e à valia da relação jurídica até a nomeação por concurso público.

Julgo parcialmente procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 264 da Lei Complementar nº 4/1990, do Estado de Mato Grosso, com a redação dada pelo artigo 2º da Lei Complementar nº 12/1992, do referido Estado. Quanto ao § 1º do artigo, tenho como inconstitucional a cláusula final, a estabelecer “prazos, estes somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público”.

É como voto na espécie.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Observo que o objeto de impugnação na presente ação direta **abrange o inciso VI e a parte final** do respectivo § 1º do art. 264 da Lei Complementar nº 4/90 do Estado de Mato Grosso, **na redação** dada pela Lei Complementar nº 12/92, **editada** por referida unidade da Federação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Inciso VI e parte final do § 1º.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Pois não...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na condição de Relator, após exame das peças do processo, cheguei à conclusão de que houve ataque a esses dispositivos.

É um problema de preferência, ou seja, optar por ter como premissas as lançadas pelo Relator ou as veiculadas pelo requerente da própria ação direta de inconstitucionalidade, já agora como parecerista.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Senhora Presidente, irei juntar voto escrito, mas de forma bem resumida, aqui se trata, como já disse o Ministro Relator, de algo que ocorre, lamentavelmente, em inúmeras legislações, não só estaduais, mas também em legislações municipais, com o intuito de burlar a necessidade da contratação via concurso público, que foi definida como a grande regra constitucional para contratação dos servidores.

Apesar de a Constituição, e sempre todas essas tentativas de burlar a necessária contratação para o serviço público, ou acabam ocorrendo com o alargamento do que seriam funções de confiança, cargos em comissão, ou, como na presente hipótese, a questão da contratação temporária por tempo determinado, por excepcional interesse público.

A Lei de Mato Grosso - que já, inclusive, alteração proposta pela Lei Complementar nº 12/92, que ora impugnada; já tem vinte e cinco anos quase - faz exatamente isso, ou seja, desrespeita o inciso IX do artigo 37 da Constituição, porque, apesar de - parece-me -, no inciso VI, tratar um simulacro do Princípio da Reserva Legal, porque traz a previsão, mas traz de uma forma aberta, traz sem deferir quais seriam o mínimo possível de previsibilidade dessas contratações, traz sem estabelecer, da mesma forma, o prazo. E isso vem se repetindo ano após ano.

Consequentemente, parece-me, e a jurisprudência é pacífica já desta Casa - eu cito aqui os acórdãos - que deve prosperar a declaração de inconstitucionalidade, a procedência da ação, mas com ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Creio que, acima de tudo, no Plenário do Supremo deve prevalecer a honestidade intelectual.

Reexaminando o relatório – que não li – , vejo que assiste razão ao

ADI 3662 / MT

Decano, ministro Celso de Mello, porquanto revelado que, nesta ação, o ataque se faz apenas contra o inciso VI do artigo 264 da Lei Complementar e a parte final do § 1º.

O inciso VI contém carta em branco para as contratações por prazo determinado, ao prever que podem ocorrer para atender a outras situações motivadamente de urgência. A Lei deve prever, expressamente, quais são essas situações.

E a parte final do § 1º dispõe que os prazos são prorrogáveis se o interesse público justificadamente assim o exigir ou até a nomeação por outro concurso público – que não sabemos quando poderá ocorrer – se tiver havido a convocação desse concurso público.

Por isso, retrato-me, no voto inicialmente lançado, para assentar a inconstitucionalidade, como requerido na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade, do inciso VI do artigo 264 da mencionada Lei Complementar, e da parte final do § 1º do aludido artigo, ou seja, da expressão: prazos esses somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Pois não.

Então, o voto é no sentido de julgar procedente para declarar a inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 264 e a parte final do § 1º.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Em conclusão, agora acompanhando integralmente ao Ministro Marco Aurélio, exatamente o artigo 264 da Lei complementar do Estado do Mato Grosso - como disse, repetindo, infelizmente, várias legislações estaduais e municipais -, do inciso I ao V prevê, especificamente, determinadas hipóteses e, no VI, dá um verdadeiro cheque em branco para que o administrador possa de forma, eu não diria nem discricionária, talvez até de forma arbitrária, realizar contratações.

O parágrafo 1º, pela alteração que sofreu, também acaba sendo não específico em relação à duração das contratações temporárias.

Dessa forma, Senhora Presidente, eu acompanho a declaração de inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 264 e da parte final do

ADI 3662 / MT

parágrafo 1º - conforme foi solicitado na petição inicial. Mas faço aqui uma complementação em relação, já a uma proposta da modulação dos efeitos dessa declaração de inconstitucionalidade, uma vez que, como me referi no início, a Lei Complementar nº 12, que introduziu o inciso VI e fez alterações no parágrafo 1º da Lei do Mato Grosso, já tem quase 25 anos. Por mais absurdo que seja esse cheque em branco, obviamente, de um momento para o outro, a cessação da prestação do serviço público poderia afetar bastante a sociedade. O erro do administrador, o erro do legislador, poderia acabar afetando a sociedade. E não há, lamentavelmente, nos autos, a indicação de, eventualmente, quais seriam as áreas em que se utilizou o inciso VI, durante esses 25 anos. Mesmo assim, já que há precedentes neste Tribunal - ADI nº 3.237, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa; ADI nº 3.247, de relatoria de Vossa Excelência; RE nº 527.109, também de relatoria de Vossa Excelência -, eu proponho, nos termos da jurisprudência desta Corte, a declaração de inconstitucionalidade, mas com efeitos *ex nunc*, com os efeitos a partir da data da publicação da ata do presente julgamento.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminentes Pares, eminente Relator, o sentido e o alcance do inciso IX do artigo 37 e a percepção que dele hauriu, em orientação prevalecente nesta Corte, não albergam o que vem no inciso VI e no final do parágrafo 1º dessa Lei estadual.

Portanto, precisamente na direção do voto do eminente Ministro Marco Aurélio, juntarei a declaração de voto que houvera preparado nesse sentido, e, nessa direção, acompanho integralmente o voto do eminente Relator também para julgar procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, em relação ao inciso VI e à parte final do parágrafo 1º do artigo 264 da Lei complementar em pauta.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

Cuida-se, *in casu*, de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República a fim de que este Tribunal declare a inconstitucionalidade do inciso VI e de parte do § 1º do art. 264 da Lei Complementar 04, de 15 de outubro de 1990, do Estado do Mato Grosso, com a redação dada pelo art. 2º da Lei Complementar 12, de 13 de janeiro de 1992, porque contrários ao disposto no art. 37, IX, da CRFB. O texto impugnado tem o seguinte teor:

“Art. 264. Consideram-se como de necessidade temporária de excepcional interesse público as contratações que visem a:

I- combater surtos epidêmicos;

II -fazer recenseamento;

III - atender a situações de calamidade pública;

IV- substituir professores ou admitir professor visitante, inclusive estrangeiro, conforme lei específica do magistério;

V- permitir a execução de serviço, por profissional de notória especialização, inclusive estrangeiro, nas áreas de pesquisa científica e tecnológica;

VI- atender a outras situações motivadamente de urgência.

§ 1º As contratações de que trata este artigo terão dotação específica e não poderão ultrapassar o prazo de 06 (seis) meses, exceto nas hipóteses dos incisos II, IV e VI, cujo prazo máximo será de 12 (doze) meses, e inciso V, cujo prazo máximo será de 24 (vinte e quatro) meses, prazos estes somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público.”

O Procurador-Geral da República aduz, em síntese, que o art. 37, IX,

ADI 3662 / MT

da Constituição exige que a contratação ocorra somente nos casos previstos em lei, que seja temporária e que atenda a excepcional interesse público. Requisito que, no que tange aos dispositivos impugnados, não teriam sido atendidos. Isso porque o inciso VI não esclarece o alcance das hipóteses de contratação e a parte final do § 1º permite a prorrogação dos contratos indefinidamente.

Em sede de informações, tanto a Assembleia Legislativa quanto o Governador do Estado sustentaram que a possibilidade de prorrogação foi reconhecida pela legislação federal (Lei 8.745/93) e pela jurisprudência desta Corte (ADI 3.068, Rel. Ministro Marco Aurélio, Rel. para o Acórdão Ministro Eros Grau, DJ 23.09.2005). Alegaram, ainda, que a adequada interpretação do parágrafo permite a prorrogação por apenas uma vez, no prazo da respectiva hipótese autorizadora. No que tange à margem de discricionariedade quanto à hipótese do inciso VI, afirmam que a Constituição Federal não definiu taxativamente os casos que autorizariam a contratação temporária.

O Advogado-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República opinaram pela procedência da ação direta.

Eram, em síntese, os fatos relevantes a se rememorar.

A presente controvérsia cinge-se ao atendimento dos requisitos constitucionais para a contratação temporária.

Nesse sentido, este Supremo Tribunal, no âmbito do RE 658.026, Rel. Ministro Dias Toffoli, Pleno, Dje 31.10.2014, Tema 612, definiu o alcance do disposto no art. 37, IX, da CRFB. Nos termos do voto do Relator, as exigências para se atender a hipótese constitucional seriam a previsão legal, o interesse público e a excepcionalidade, definidos da seguinte forma:

“Algumas considerações devem ser feitas, antes de se analisar o alcance dos termos “necessidade temporária” e “excepcional interesse público”.

A primeira, quanto à exigência formal da existência prévia de um enunciado normativo para a aplicação do referido dispositivo. O constitucionalista José Afonso da Silva chegou a

ADI 3662 / MT

fazer este importante questionamento: a que “lei” a Constituição se refere, nesse texto? Nas suas próprias palavras:

“(…) será a lei da entidade contratante: lei federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, de acordo com as regras de competência federativa. Não há de ser lei federal com validade para todas as entidades, porque não se lhe reserva competência para estabelecer lei geral ou especial nessa matéria, com validade para todas as entidades, porque não se lhe reserva competência para estabelecer lei geral ou especial nessa matéria, com validade para todas. A autonomia administrativa das entidades não o permite. A Lei 8.745, de 9.12.1993, está de acordo com essa doutrina, tanto que só regulou a contratação por órgãos da Administração Federal direta, autárquica e fundações públicas federais. Mas ela traz diretivas que devem ser seguidas por leis estaduais e municipais, como, por exemplo, a indicação de casos de necessidades temporárias (art. 2º), a exigência do processo seletivo simplificado para o recrutamento do pessoal a ser contratado (art. 3º), o tempo determinado e improrrogável da contratação (art. 4º)” (SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 340).

No caso, embora essas três diretivas, no entender deste Relator, não sejam vinculantes, ou seja, não sejam fundamentos de validade de normas estaduais, distrital ou municipais que disponham sobre a contratação temporária por excepcional interesse público, partem os dispositivos federais, na verdade, da interpretação do próprio texto constitucional, como se discorrerá a seguir.

Em segundo lugar, há que se salientar que não se deve confundir a contratação temporária por excepcional interesse público prevista no dispositivo constitucional com o contrato de trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/1974 ou, ainda,

ADI 3662 / MT

com a contratação extraordinária de pessoal por meio de locação de serviços, espécie de ajuste bilateral disciplinado pelo Código Civil brasileiro, a qual se sujeita às normas de licitação pública (art. 37, XXI, da CF).

O fato é que, como exceção à regra do concurso público obrigatório, o inciso IX do art. 37 da CF deve ser interpretado de foma restritiva.

Portanto, a lei, ao restringir a aplicação da regra da obrigatoriedade do concurso público, não pode ser genérica, como bem salientado pelo Ministro Carlos Velloso, ao lembrar precedente anterior.

(...)

Nessa mesma linha de raciocínio, a exigir que a lei, para que seja válida, preveja a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, temos também a seguinte decisão, conduzida pelo voto do Ministro **Carlos Velloso** na ADI nº 3210/PR, julgada em 11/11/04.

(...)

Prevedo a lei hipóteses abrangentes e genéricas de contratação, sem definir qual a contingência fática emergencial apta a ensejá-la, ou para o exercício de serviços típicos de carreira e de cargos permanentes de Estado, sem concurso público, ou ainda, sem motivação de excepcional relevância que justifique a referida contratação, essa norma será inconstitucional.

Quanto à expressão “**excepcional interesse público**”, não há dúvida quanto ao seu conteúdo jurídico. A atividade deve ser não só de interesse do todo, do conjunto social, mas deve atender ao que se denomina de dimensão pública dos interesses individuais. A Administração, amparada na lei em vigor, só pode efetuar essa contratação temporária quando o interesse público for excepcional e para atender os interesses da população, a fim de que os cidadãos não se vejam prejudicados em seu âmbito material ou moral pelas situações excepcionais portanto, não ordinárias, as quais devem ser temporárias, como veremos a seguir.

ADI 3662 / MT

A propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello bem salientou que o interesse público, nesses casos, deve ser excepcional, bem como que não se coaduna com a índole do referido dispositivo “contratar pessoal senão para evitar o declínio do serviço ou para restaurar-lhe o padrão indispensável mínimo seriamente deteriorado pela falta de servidores” (**Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 82-83).

Embora seja corrente a distinção entre interesse público primário do Estado, qual seja, o interesse público propriamente dito, e o interesse secundário, mais especificamente do ente administrativo, conforme disseminado pela doutrina italiana, na aplicação do dispositivo constitucional em testilha, há de se exigir, sempre, a presença das duas espécies de interesse, pois como já discorreu Renato Alessi, o interesse secundário do Estado só pode ser buscado quando esses são coincidentes com o interesse público propriamente dito (ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: A. Giuffrè, 1960, p. 197).

Feitas essas considerações, há que se compreender o sentido do comando “**necessidade temporária**” inscrito no texto.

Essa cláusula constitucional excepcionadora e autorizativa destina-se aos casos em que, comprovadamente, há necessidade temporária de pessoal, desde que a situação esteja previamente estabelecida na lei. Assim sendo, não há como se admitir possa a lei abranger serviços permanentes de incumbência do Estado, tampouco aqueles de natureza previsível, para os quais a Administração Pública deva criar e preencher, de forma planejada, os cargos públicos suficientes ao adequado e eficiente atendimento às exigências públicas, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade e ineficiência administrativa, sem prejuízo de, havendo omissão abusiva com o preenchimento dos requisitos subjetivos, configurar a conduta a prática de improbidade administrativa.

ADI 3662 / MT

(...)

A norma deve prever que a contratação somente seja admissível quando a necessidade se manifestar em situações temporárias e urgentes, e desde que a contratação seja indispensável. Esse é, aliás, o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello: “[é necessário que a contratação temporária seja indispensável], vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes” (**Regime constitucional dos servidores da Administração direta e indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 83).

Portanto, caso a Administração tenha meios ordinários, regulares, para atender aos ditames do interesse público, ainda que em situação de urgência, qualificada pela temporariedade, não se poderá admitir a contratação temporária. É o caso, por exemplo, quando há concursados aprovados aguardando serem nomeados para cargos vagos.

(...)

Portanto, a transitoriedade das contratações de que trata o art. 37, inciso IX, da CF, com efeito, não se coaduna com o caráter permanente de atividades que constituem a própria essência do Estado, como já descrito no julgados colacionados, dentre os quais figuram, com destaque, os serviços de saúde e de educação, serviços públicos essenciais e sociais previstos no art. 6º, caput, da Constituição da República.”

Do acutíssimo voto proferido por Sua Excelência, extraem-se as balizas pelas quais é possível examinar o presente caso: a) previsão em leis das hipóteses específicas de contratação; b) prazo determinado; c) necessidade temporária; d) interesse público excepcional; e) necessidade indispensável.

Ainda de modo a densificar o comando constitucional, o e. Ministro Teori Zavascki, no recente precedente firmado quando do julgamento da ADI 3.721, DJe 12.08.2016, assentou que:

“Nessa linha, a dogmática e a jurisprudência do Supremo

ADI 3662 / MT

Tribunal Federal têm assinalado serem inconstitucionais leis que, sob o pretexto de disciplinar o art. 37, IX, da CF, venham a (a) efetuar mera subdelegação, para o administrador, da competência para distinguir casos de contratação temporária (ADI 3210, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 03/12/2004); (b) preconizar hipóteses demasiado genéricas de contratação por excepcional interesse público (ADI 3210, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 03/12/2004); ou (c) permitir a perpetuação indeterminada das contratações realizadas a esse título (ADI 890, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 06/02/2004).

Em alguns julgados, a Corte chegou a referendar o entendimento de que a contratação temporária não poderia sequer ter por objeto atividades de cunho permanente, porque isto equivaleria a um verdadeiro contrassenso com a mensagem do art. 37, IX, da CF.”

Tais parâmetros são plenamente aplicáveis para hipótese dos autos. De fato, o inciso VI do art. 264 da norma impugnada, ao prever que a contratação poderá ocorrer para “atender a outras situações motivadamente de urgência” contém, evidentemente, cláusula demasiadamente genérica para justificar a excepcional contratação.

Como assentou o e. Ministro Carlos Velloso na ADI 3.210, DJ 03.12.2004, as leis que autorizam a contratação temporária devem especificar “a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência”.

O art. 264, VI, da lei complementar, ao permitir que a Administração possa motivadamente definir outras hipóteses de contratação, viola, portanto, o art. 37, IX, da Constituição Federal que determina que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. É, por essa razão, procedente a ação direta quanto a esse argumento.

Ademais, a parte final do parágrafo primeiro do mesmo artigo da norma impugnada dispõe que os prazos dos contratos são prorrogáveis “se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público”.

ADI 3662 / MT

Em relação ao prazo de duração da contratação, esta Corte, quando do julgamento da ADI 890, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 06.02.2004, ao julgar a constitucionalidade da Lei Distrital 418/93, que dispunha sobre a contratação temporária, assentou que:

“Conforme se verifica do artigo 3º, as contratações poderão ser de 06 (seis) ou até de 24(vinte e quatro) meses, conforme o caso. O parágrafo único prevê a possibilidade de prorrogação por igual período, sem, no entanto, limitar a uma única extensão de prazo. A generalidade da previsão, dessa forma, permitiria a realização de sucessivas prorrogações, circunstância de todo incompatível com a regra constitucional de exceção que exige tempo determinado. Nessa mesma linha o pensamento de Adilson de Abreu Dallari, que registro em nota de rodapé.

De igual modo, a disciplina do artigo 9º de que *os atuais contratos de trabalho poderão ser objeto de prorrogação* afasta-se do requisito de transitoriedade das contratações. Ademais, configura-se aqui a conveniência pessoal dos trabalhadores então contratados de forma irregular, e não necessidade temporária de excepcional interesse público.

Necessidade temporária de excepcional interesse público não pode servir de escudo a justificar a contratação temporária ampla e irrestrita de servidores, a pretexto da permissão prevista no inciso IX do artigo 37 da Carta Federal, em evidente usurpação de cargos específicos e típicos de carreira.

Como se verifica o instrumento legal está, em sua integralidade, comprometido. Com efeito, a contratação de pessoal por meio de ajuste civil de locação de serviços afronta o artigo 37, II, da Constituição Federal, pois claramente busca pela via oblíqua escapar à exigência do concurso público, o que é inaceitável. A regência desses contratos de trabalho pelo Código Civil também não encontra eco na Constituição. Como visto, o diploma legal em causa prevê evidente hipótese de admissão excepcional de servidores públicos, em nada se aproximando, em essência, dos casos de locação de serviços

ADI 3662 / MT

prevista na lei civil brasileira.

Nos casos de contratação regular deve-se aplicar aos contratados a Consolidação das Leis do Trabalho ou regime administrativo próprio e específico, não havendo lugar para que o Código Civil possa reger validamente tal espécie de ajuste. A forma de admissão de pessoal estabelecida pelo artigo 1º e seu parágrafo único afronta os incisos II e IX do artigo 37 da Constituição Federal. Como os demais dispositivos decorrem destes, a inconstitucionalidade é mero corolário.

De qualquer sorte, como anotado, os incisos I, III, IV, V, VI e VIII do artigo 2º prevêem casos de contratação que não se harmonizam com a excepcionalidade consagrada pela Constituição (CF, artigo 37, IX). Da mesma forma, a possibilidade de prorrogações indeterminadas do parágrafo único do artigo 3º, assim como a do artigo 9º, não encontra guarida na Lei Maior.

Como asseverou o ilustre titular do *Parquet*, a *Lei nº 418, de 11 de março de 1993, do Distrito Federal, prevê hipóteses de contratação sem concurso público quando não se tratam, de fato, de situações de excepcional interesse público.... Conclui, dessa forma, pela procedência do pedido, dado não haver razão para se modificar o entendimento esposado por esse Excelso Pretório quando do julgamento da medida cautelar (fls. 320/321).*

Ante essas circunstâncias, julgo procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade da Lei 418, de 11 de março de 1993, do Distrito Federal.”

Como se observa da leitura do referido precedente, a interpretação dada por esta Corte ao art. 37, IX, da Constituição Federal não alberga a norma impugnada na presente ação direta. De fato, a possibilidade genérica de extensão do prazo de contratação, a autorizar, em tese, sua prorrogação indefinida, vai de encontro ao princípio do concurso público, que admite a exceção apenas nas delimitadas hipóteses de contratação temporária.

Ante o exposto, julgo procedente a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade do inciso VI e da expressão “prazos estes

ADI 3662 / MT

somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público”, inscrita no § 1º, ambos do art. 264 da Lei Complementar de 1990, do Estado do Mato Grosso, com redação dada pelo art. 2º da Lei Complementar 12, de 13 de janeiro de 1992.

É como voto.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, também eu estou julgando procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade do inciso VI e da parte final do parágrafo 1º do art. 264 da Lei Complementar nº 4/90, de Mato Grosso.

Eu até não veria, como eu vejo a ação direta, problema em, eventualmente, declarar por arrastamento a inconstitucionalidade de outros dispositivos, mas não foi arguida, e acho que não são inconstitucionais, porque são hipóteses – combater surtos epidêmicos; atender a situações de calamidade pública –, em que eu acho que as contratações temporárias se justificam, Presidente.

Portanto, estou acompanhando o Ministro Marco Aurélio na declaração de inconstitucionalidade.

Como faço sempre nos meus votos, Presidente, estou fixando a seguinte tese:

São inconstitucionais, por violarem o art. 37, IX, da Constituição:

- 1- a autorização legislativa genérica para contratação temporária; e
- 2- a permissão de prorrogação indefinida do prazo de contratações temporárias – que basicamente reedita precedente do Ministro Dias Toffoli, em que o Plenário assentou essas teses.

Em relação à modulação – com a qual eu também estou de acordo –, na situação anterior, Presidente, nós havíamos modulado para que a decisão surtisse efeito um ano depois da publicação da ata de julgamento. Nos casos envolvendo pessoal, para não provocar um colapso nos serviços públicos e dar tempo de se realizarem os concursos, penso que foi nessa linha o precedente que firmamos. Desse modo, eu faria a ponderação de prorrogar, para que a nossa decisão produza efeitos um

ADI 3662 / MT

ano após a data de publicação da decisão.

É como voto, Presidente.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Acompanho o Relator, Senhora Presidente, porque a Lei matogrossense está dando um cheque em branco ao Governador no que tange à contratação de pessoal temporário.

Quanto à modulação, eu me reservo o direito de pronunciar-me no momento adequado, quando findar, com todo o respeito, o julgamento, e ponderar as sugestões que foram dadas pelos eminentes Colegas.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO**VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, em primeiro lugar, gostaria de destacar que já é jurisprudência pacífica, de há muito, o entendimento de que o AGU pode, eventualmente, manifestar-se. Porque aqui de que se cuida? De um direito de manifestação da AGU; não há a obrigatoriedade de fazer a defesa do ato, sobretudo, quando a matéria já foi pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Obrigar o órgão a fazer um “jus sperniandis” seria contra a natureza do próprio sistema. Parece-me que a honestidade intelectual do órgão e sua responsabilidade institucional recomendam que se faça esse ajuste.

Lembro-me de que o próprio ministro Celso de Mello, numa questão de ordem já de priscas eras, acolheu essa orientação, que também foi por mim adotada quando na Advocacia-Geral da União. De modo que – parece-me – esse assunto hoje está pacificado e traduz, na verdade, apenas o respeito da Instituição para com o Supremo Tribunal Federal e sua jurisprudência.

Acompanho o Relator no que diz respeito à questão de mérito, da inconstitucionalidade e, também, acho, na linha do que já foi ressaltado pelo ministro Alexandre de Moraes e pelo ministro Barroso, que é caso, sim, de cogitar de modulação, que podemos aguardar para fazer na etapa seguinte.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho, *integralmente*, o douto voto **proferido** pelo eminente Ministro Relator, **pois também entendo**, na linha *de inúmeros precedentes* firmados por esta Corte Suprema, **que a exceção prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República há de ser interpretada restritivamente, em ordem a preservar** a intangibilidade da cláusula fundamental do concurso público de provas **ou** de provas e títulos.

É o meu voto.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Também acompanho o Relator para julgar procedente o pedido formulado, no sentido de não haver fundamento constitucional para que uma legislação possa estabelecer casos de contratação temporária de servidores sem se identificar, especificamente, quais são as situações, a sua abrangência, as razões que levam à configuração da urgência, até para fins de controle, o mesmo se dando quanto à prorrogação.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Presidente, em primeiro lugar, não houve, creio, no processo, requerimento sobre a modulação.

Em segundo lugar, afastou-se preceito polivalente quanto à contratação, ou seja, contratação para atender outras situações, motivadamente, de urgência.

Em terceiro lugar, dispositivo de lei conflitante com a Constituição Federal é natimorto. Toda vez que o Supremo acaba agasalhando situações inconstitucionais, não só estimula os legislativos a disporem de forma contrária à Carta da República, como também acaba tornando-a documento flexível. E o fato de ter-se, após a promulgação da Lei Complementar, a passagem do tempo apenas agrava a situação, principalmente se assentado que o pronunciamento do Supremo apenas terá eficácia daqui a um ano. Talvez fosse o caso de cancelar o pregão e aguardar para julgar esta ação daqui a um ano!

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, se não me equivoco, de um modo geral, nós temos feito isso em sede de embargos de declaração.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Porque o Ministro-Relator afirma que não há nem o pedido.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Mas temos feito também por proposta.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Independente dos embargos, é isso que eu indagaria...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Nós temos precedentes. Inclusive, o do Ministro Toffoli não foi embargos de declaração.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

O primeiro caso foi de minha Relatoria, e eu o trouxe de ofício.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E, recentemente, nas matérias de guerra fiscal, inclusive, aquela da semana passada, acho, fizemos, também, independentemente do precedente do ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Faz parte da técnica de decisão.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente,

ADI 3662 / MT

se Vossa Excelência me permite, porque eu não explicitarei.

Eu acho, Ministro Fachin, que não pode mais contratar com base nesta Lei. A minha proposta é que os contratos que existam possam vigor por mais um ano. Deixar claro que a Lei deixa de vigor validamente, portanto, não é mais possível contratar temporariamente, mas quem já tenha sido contratado pode permanecer por mais um ano para que seja possível a realização de concurso para que esses cargos sejam providos. É nessa linha que temos decidido aqui.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - No mesmo sentido, a proposta que eu iniciei fazendo no sentido, obviamente, da declaração de inconstitucionalidade, não permitir nenhuma possibilidade de contratação. Mas - e fiz questão de citar - como não há possibilidade, inclusive, de verificar nos autos se há contratações, a cessação imediata irá causar um impacto muito grande para a sociedade, infelizmente, concordo com o Ministro Marco Aurélio que, às vezes, isso acaba sendo uma manifestação para o legislador de que sempre tem uma possibilidade a mais, mas nós não podemos, acredito eu - e esse foi o intuito de a legislação constitucional ao permitir essa modulação -, nós não poderíamos acabar gerando um grande prejuízo para o cidadão de Mato Grosso, cessando imediatamente todas esses cargos, essas funções que estão sendo exercidas.

Por isso, a proposta de que, somente aqueles contratos já em vigor possam, no prazo máximo de um ano, exatamente também como salientou o Ministro Barroso, para que haja possibilidade, onde houver real necessidade, do concurso público.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, Vossa Excelência me permite a participação nesta discussão?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Talvez uma solução conciliatória fosse observar aquilo que justa e doutamente o Ministro-Relator assenta de que a Lei constitucional não pode continuar vigorando no ordenamento jurídico, mas há, por outro lado, como já foi

ADI 3662 / MT

ressaltado aqui, um interesse público na continuidade dos serviços prestados por esses servidores contratados, a título temporário, pelo menos por um determinado momento.

Talvez a Corte pudesse dizer que o Estado, no caso, precisa realizar imediatamente o concurso público, e esse servidores contratados temporariamente permanecerão até que o concurso público se realize e haja a convocação dos candidatos vencedores.

Quer dizer, se nós temos a eficácia imediata e plena da decisão da Corte, mas atendemos também ao interesse público, porque há um princípio do Direito Administrativo - Vossa Excelência é professora - de que o serviço público pode sofrer solução de continuidade. E, no caso, a meu ver, sofreria com prejuízo para a população interessada.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO**VOTO S/ MODULAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, voltando à observação atinente ao reconhecimento da modulação, independentemente do embargos, parece-me que, com efeito, faz sentido que se possa, em casos excepcionais, apreciar esta matéria, embora sempre *cum grano salis* para evitar situações como essa, que, a rigor, a mensagem que se passa aqui com a modulação: a Lei é inconstitucional; nós estamos, portanto, postergando o início da eficácia da declaração de inconstitucionalidade, em homenagem, na verdade, aos destinatários de uma contratação que foi levada a efeito pelo Estado sob validade pendente. A rigor, não é uma surpresa que, a essa circunstância, venha ser reconhecida a inconstitucionalidade.

Portanto, essa certa precariedade, parece-me, ínsita, o que me levaria, na hipótese presente, a não acolher a modulação.

Porém, a questão da continuidade do serviço público - é o que o Ministro Lewandowski se refere - pode acrescentar, pode trazer um elemento novo nesta matéria.

Eu apenas não diria, Ministro Lewandowski, até a nomeação do próximo concurso, porque, assim, nós não fixaríamos um termo inicial da produção da eficácia. Acho que a ideia de um lapso temporal - acredito que o Ministro Barroso se referiu a 12 meses, tenho a impressão que foi esse lapso temporal - definido é um critério mais objetivo e seguro para que a decisão deste Tribunal seja cumprida.

Então, nesses termos, nessas circunstâncias, sem não deixar de manifestar algum desconforto com esse..., em alguma medida, beneplácito dessa inconstitucionalidade, do ponto de vista prático, eu vou acompanhar a proposição da modulação pelo período inexorável de 12 meses.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO**VOTO S/ MODULAÇÃO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, faço um questionamento ao Ministro Barroso. Tem lembrança, Ministro Barroso, o prazo que nós fixamos naquele caso de Goiás, quanto ao pessoal da segurança? Alguns precedentes foram citados, o pessoal contratado pela CLT, e nós ali fixamos um prazo. Eu usaria tal processo como parâmetro, Senhora Presidente, pois me incomoda ter votado, na semana passada, naquele caso da integração do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins, diante de pedido de efeitos prospectivos formulado da tribuna, no sentido de que teríamos de aguardar os embargos de declaração. Aqui, estaríamos aplicando de ofício os efeitos prospectivos. Então eu usaria, como parâmetro, repito, o fato de já termos inúmeras decisões nessa linha.

Nesses casos em que já há manifestações dessa natureza, eu não teria de compatibilizar uma compreensão diferente em julgamentos tão próximos, poderia avançar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Ministra, como Relatora que fui daquele caso - e não acatei -, o argumento que foi trazido da tribuna era o de que isso acarretaria uma série de danos, e que eles poderiam provar. Então, seria nos embargos que eles poderiam nos convencer e trazer esses dados.

Este caso hoje diz respeito a cargos que eventualmente estariam sendo exercidos. E o argumento é sobre a continuidade no serviço público, sendo, então, diferente daquele caso. Os elementos são esses; naquele não.

O que o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Doutor Fabrício, alegou é o seguinte: haverá uma série de problemas. Por isso, disse: "se vão trazer, tragam até para o convencimento dos Ministros". Porque não houve o pedido, não houve a demonstração, pois não estava em discussão. Por isso mesmo, na mesma hora, dizemos: "isso poderá vir em

ADI 3662 / MT

embargos". Nós não tínhamos elementos. Aqui não.

O que aqui se propõe é que, considerando que pode ser que tenham cargos, e que eles estariam sendo ocupados. E afirmam, tanto o Ministro Alexandre, quanto o Ministro Barroso: "durante 25 anos vigorou essa Lei, então, não vamos tirar essas pessoas ou desfazer esses contratos". Acho que aí surge a diferença que talvez facilite a gente ver alguma divergência, sem haver contrariedade nos termos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Presidente, eu agradeço a Vossa Excelência.

Eu citei esse caso porque ele está muito presente na minha memória, ocorreu na semana passada. Mas, em outros casos, nós também entendemos que o instrumento processual adequado para examinar essa hipótese seriam os embargos de declaração. Por isso fiz o registro.

Mas eu me tranquilizo, Presidente, em acompanhar a proposta de efeitos prospectivos, justamente pelo argumento do interesse público. Esse é o argumento que, para mim, é definitivo. Também tenho a mesma dificuldade do Ministro Fachin em placitar o comportamento daquele que descumpriu, via sua legislação – se é que o Estado está aplicando e está fazendo uma contratação de trabalho temporário de forma tão ampla –, a própria jurisprudência desta Casa, que tem sido muito firme nessa linha. Tanto é que estamos julgando com clareza e segurança no sentido trazido pelo eminente Relator.

Acompanho com as ponderações feitas pelo Ministro Alexandre e pelo Ministro Luís Roberto.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

VOTO S/ MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhora Presidente, fui Relator, neste Plenário, do RE nº 658.026, de Minas Gerais, em que era recorrente o Ministério Público do Estado de Minas Gerais e recorrida a Câmara Municipal do Município de Bertópolis. Tratava-se do Tema nº 612 da gestão por temas de repercussão geral do portal na internet, o qual tratava, à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, da constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos. Naquela oportunidade, o tema foi julgado. Leio alguns tópicos da ementa:

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

3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração."

E, então, prossegue a ementa, reproduzindo o quanto decidido no acórdão no sentido da declaração de inconstitucionalidade daquela referida lei, porque não estava subsumida nos critérios que foram estabelecidos pela Corte.

ADI 3662 / MT

E, ao dar provimento ao recurso extraordinário, para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso II, da Lei nº 509, de 1999, do Município de Bertópolis, esta Corte estabeleceu a modulação dos seus efeitos, Senhora Presidente, dizendo o seguinte:

"Cumpre, diante desses fundamentos, modular, de ofício [porque aqui não é necessário colher novos elementos; os elementos são públicos e notórios. Se se declara a inconstitucionalidade, retira-se o suporte normativo das contratações, e o serviço público pode ficar capenga no dia seguinte à decisão desta Corte] os efeitos da decisão, para que ela não atinja fatos pretéritos constituídos à sombra de um dispositivo presumidamente hígido. Aliás, hão de ser respeitados os contratos firmados até a data deste julgamento, a fim de se garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e de se atender ao excepcional interesse social, que se mostra evidente no presente caso. Os contratos firmados não poderão ultrapassar o prazo máximo de 12 (doze) meses, como fixado pelo art. 192, § 1º, II, da referida lei municipal, ficando vedada a recontração, como determinado no seu art. 193."

Então, Senhora Presidente, diante de um tema que, como lembrou o Ministro Luís **Roberto Barroso**, quando votou, inicialmente, já adentrando na modulação, já foi modulado pelo Plenário desta Corte com prazo de 12 meses, de ofício, acompanho a proposta feita pelo Ministro Alexandre de Moraes, no sentido de aplicar a modulação. A única coisa que eu sempre procuro lembrar, seguindo a linha de precedentes, é que esse prazo de 12 meses, conforme várias outras decisões, deve ser contado da publicação da ata do julgamento, embora as contratações só sejam válidas até o dia de hoje.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

VOTO S/ MODULAÇÃO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, quando intervim no debate, pretendi conciliar a posição do Ministro Marco Aurélio com a posição do Ministro Alexandre de Moraes.

A posição do Ministro Marco Aurélio é clara e reiterada no sentido de que uma norma inconstitucional deve ser expurgada do ordenamento jurídico imediatamente.

O Ministro Alexandre de Moraes pretende, com as razões que expôs, dar efeitos prospectivos ou efeitos *ex nunc* à nossa decisão.

Vem o Ministro Barroso e propõe prazo de 1 ano.

Eu, numa proposta intermediária, entendi que devêssemos determinar a imediata abertura de concurso público e, uma vez encerrado esse concurso público, convocados os candidatos, esse prazo de permanência estaria esgotado.

Mas vejo que o Ministro Fachin traz um argumento que me sensibiliza bastante. A Corte deve emitir ordens claras, inequívocas, que possam ser cumpridas sem maiores indagações. Então, parece-me que o prazo de 1 ano é um prazo razoável, um prazo claro, inequívoco, que pode ser perfeitamente cumprido. E o cumprimento dessa ordem pode ser controlado por esta Corte.

Também acato a sugestão do Ministro Dias Toffoli no sentido de que o prazo se conte a partir da publicação da ata deste julgamento, porque assim abreviamos esta inconstitucionalidade flagrante que foi agora reconhecida pela Corte.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO**VOTO S/ MODULAÇÃO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, já me manifestei. Quanto à modulação de efeitos, gostaria de lembrar que, a rigor, se disponíveis os elementos para fazer um juízo sobre a modulação de efeitos, devemos fazê-lo de maneira bastante natural, porque aqui estamos no plano de uma técnica de decisão.

Muitas vezes – isso já foi dito por Vossa Excelência – não percebemos. O caso, por exemplo, que foi debatido aqui, dos cartórios do Rio Grande do Sul, em que o tema veio em sede de embargos de declaração. Naquele, acho que até não concedemos, faltou um voto.

Mas, em suma, a rigor, certamente, já reconhecemos que até em embargos de declaração podemos fazer a modulação de efeitos. Trata-se, na verdade, de uma técnica de decisão que podemos aplicar.

Como já apontou o ministro Luis Roberto Barroso, no caso, tal como estamos declarando, cessa a ultra-atividade da norma. Ela deixa de ser aplicada. Como acontece, também, quando declaramos a nulidade, a lei não mais se aplica doravante. Só que, na nulidade, há o efeito regresso, há a retroatividade. Aqui, não. Estamos assegurando que a norma continue em vigor por um período, cobrindo situações, em nome da segurança jurídica.

O debate que se trava, na doutrina constitucional e na jurisprudência, é considerar que, de um lado está o Princípio da Nulidade – inclusive, albergado em estudos de Direito Natural e toda a vasta jurisprudência americana, até que fizeram um reencontro com a realidade; a doutrina alemã é bastante precisa nesse sentido –, que decorre do Princípio da Legalidade, que se extrai do Estado de Direito.

ADI 3662 / MT

Do Estado de Direito também se extrai a ideia de segurança jurídica. Muitas vezes – já vimos isso aqui –, a declaração de nulidade é até imprópria para sanar o problema colocado. Sempre cito um trabalho de Walter Jellinek, isso em priscas eras, em 1927. Ele dizia que muitas vezes a nulidade era imprópria para sanar a questão de inconstitucionalidade. Ele contava, então, a seguinte situação, que, de maneira mais ou menos semelhante, já nos defrontamos aqui. Ele dizia: "Imaginem que um parlamento foi eleito, e, pensando no regime parlamentar, esse parlamento elegeu um governo. Mas, agora, se descobre que a lei eleitoral – com base na qual o parlamento foi eleito, e, claro, conseqüentemente, o governo foi formado – é inconstitucional. Ele diz: *Das ist eine Sackgasse*, isso é um beco sem saída, uma aporia, o que fazer em tal caso? Se declararmos a nulidade, não vamos ter um parlamento apto a votar uma nova lei eleitoral. É um tipo de suicídio democrático. Então, a rigor, muitas vezes, a nulidade é imprópria pelas suas próprias conseqüências. A responsabilidade da Corte tem de levar para um outro encaminhamento.

Quando temos omissão, às vezes, parcial, a declaração de nulidade piora o ambiente normativo, agrava a situação. Isso não se colocava, por exemplo, no modelo Kelseniano, modelo da Constituição austríaca. Por quê? Porque, lá, Kelsen, dizia que a decisão tinha que ter caráter constitutivo. Na Teoria Pura, dizia: "*Não se pode imaginar efeito retroativo; porque dar efeito retroativo é mandar alguém fazer algo ontem*". Isso seria impróprio, pela própria logicidade de suas premissas. Mas ele vê-se obrigado, no próprio sistema austríaco, a fazer uma concessão. No Sistema Concreto, ele passou a admitir que aqueles que provocavam ou participavam do debate, para o controle concreto ou para provocação do incidente de inconstitucionalidade, teriam de ter um proveito. Então, se alguém suscitasse – e ele falava muito no advogado da Constituição: *Verfassungswälte* –, se alguém praticava, levantava, suscitava a questão constitucional, por exemplo, numa matéria tributária, na fórmula original, ele ganharia tanto quanto aqueles que nada fizeram, porque

ADI 3662 / MT

cessava a ultra-atividade para todos, com eficácia *erga omnes*. Ele passou a reconhecer, então, a necessidade – vamos chamar numa linguagem mais atual – de uma sanção premial, para aqueles que tivessem suscitado o problema. Portanto, aqui há aspectos vários.

Em nosso caso – em que a nulidade é a regra, por conta já da tradição, influenciado pelo modelo anglo-saxão, especialmente o americano, principalmente quando nos deparamos com situações, por exemplo, de omissão parcial, em que, de fato, a declaração de nulidade joga o bebê e a água fora, nós conseguimos ter um quadro piorado, distanciamo-nos ainda mais da vontade constitucional.

Imagine, só para fazer um exercício, que amanhã – já tivemos esse caso aqui, no momento era muito frequente – tenhamos uma arguição de inconstitucionalidade da Lei do Salário Mínimo. Claro que vamos apontar uma omissão parcial; quer dizer, incompleta; não atende a todos aqueles requisitos do art. 7º, IV. Mas, se declararmos a nulidade dessa lei, certamente vamos distanciar-nos ainda mais do propósito, da vontade, constitucional.

Então, parece-me, é fundamental que, de fato, vejamos – assim como vemos o Estado de Direito como fundamento da nulidade – também o Estado de Direito como fundamento das técnicas de decisão alternativas, inclusive, aquilo que está no artigo 27 da Lei 9.868: a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade.

De modo que acompanho, às inteiras, nessa parte, o voto do ministro Alexandre, do ministro Barroso, agora, do ministro Fachin, da ministra Rosa, do ministro Lewandowski e do ministro Toffoli.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

A D I T A M E N T O A O V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, Vossa Excelência me permite só um breve adendo, na linha do que sustentou o Ministro Gilmar a propósito da modulação?

Uma formulação, Ministro Gilmar, que eu achei muito feliz, feita num trabalho da Professora Ana Paula Ávila, a propósito da modulação, em que, uma objeção que se fazia, como observou o Ministro Gilmar, é que quando você permite efeitos válidos a uma norma inconstitucional, alguém poderia sustentar que você estaria violando a supremacia da Constituição, permitindo que algo inconstitucional vigesse por algum tempo. Mas - e acho que esse foi o *insight* feliz dessa professora - ela diz, na verdade o que você faz é uma ponderação entre a norma que foi violada, a do concurso público, e as normas constitucionais que postulam a preservação dos efeitos daquela lei, seja segurança, seja boa-fé, seja qualquer outro valor. E, portanto, não há uma vulneração da supremacia. É uma ponderação feita em favor da Constituição; ou seja, aquilo que seja menos gravoso, é o que deve prevalecer. Em alguns casos, o mais gravoso é ter violado o concurso público; em outros casos, o mais gravoso é desfazer os efeitos do que foi feito.

Um exemplo caricato, mas plausível é: um juiz de paz celebra uma centena de casamentos e a lei que criou que criou aquele cargo vem a ser declarada inconstitucional. E, aí, aqueles casamentos ficam todos sem validade? Pode ser até que resolvesse alguns problemas, mas evidentemente, do ponto de vista jurídico,...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ministro, mas há a teoria do servidor de fato!

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso, mas a mesma lógica.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É o caso do funcionário de fato.

ADI 3662 / MT

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Consagrada pelo Tribunal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Portanto, eu acho que é um *insight* que ajuda a compreender de uma forma igualmente adequada, tal como essa que foi exposta pelo Ministro Gilmar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ministro Barroso, só para concluir também.

É curioso que, mesmo no campo da nulidade, temos limite para a retroação: o que são as formas de preclusão, decadência ou prescrição, senão alternativas a delimitar o campo de retroação.

Veja, quando discutimos, por exemplo, uma matéria tributária, entra-se com uma ação, declara-se a inconstitucionalidade, mas a repetição de indébito terá um limite. No caso, cinco anos. Significa que os atos anteriores... E o que que é a fórmula de preclusão? Nada mais, nada menos do que um elemento concretizador da ideia de segurança jurídica; quer dizer, além daqui não se vai, por quê? Porque já se passou o tempo. Então, isso é muito comum no sistema. E isso é feito pelo legislador.

Portanto, essa ideia que os alemães chamavam *Totalbereinigung*, ela não existe nem no campo, a depuração total não existe nem no campo da nulidade, porque essa retroação, também, tem limites, em função das formas de preclusão.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO

V O T O
(s/ modulação)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhora Presidente, para acolher a proposta *de modulação no tempo da eficácia jurídica* resultante da presente declaração de inconstitucionalidade, **fazendo-o nos termos **sugeridos** pelo eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, **observado, no entanto, o marco temporal** preconizado pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO.**

É o meu voto.

23/03/2017

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662 MATO GROSSO**VOTO S/ MODULAÇÃO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Coloco-me de acordo com tudo o que foi aqui enaltecido sobre essa técnica, hoje adotada amplamente, de se aceitar a prorrogação de aplicação de efeitos de determinado ato legislativo declarado inconstitucional.

Entretanto, neste caso, peço vênia à douta maioria já formada para acompanhar o Relator.

O que se pede para declarar a inconstitucionalidade, que foi aqui reconhecida, foi o inciso VI do artigo 264, que afirma como possível, como de necessidade temporária, de excepcional interesse público contratações que visem: VI - atender a outras situações motivadamente de urgência. Afirmou-se que, há 25 anos, essa norma está em vigor. Urgência, 25 anos, para fazer contratação? De duas, uma: ou não é urgência, ou o caso é de ter-se um concurso que não foi provido por concurso público e é burla, fraude, em benefício de determinadas pessoas. E isso se passa e todos nós temos perfeitamente conhecimento de que quem fica numa situação de urgência, sem contrato, ou porque não existe o cargo ou porque o cargo não é provido por concurso, nesse caso é por afronta formal e beneficiando alguém. Portanto, não existe possibilidade de se atender a outras situações de urgência durante 25 anos.

Por outro lado, nós também declaramos inconstitucional a parte final que permitia a prorrogação do prazo se o interesse público exigisse, enquanto assim o exigir. Logo, se nós estamos prorrogando - nós estamos com essa prorrogação pelo menos por um ano -, também há de ser levado em consideração que essa parte final não teria sustentação.

Aqui era contratação temporária. Então, ou bem existe o cargo, por exemplo, o professor quebrou a perna e, portanto, é uma urgência; mas este caso já está previsto; ou não se enquadra, de jeito nenhum, na

ADI 3662 / MT

situação de outras situações motivadamente de urgência. E essas urgências foram se somando e continuando a acontecer durante 25 anos como cheque em branco.

Então, acho que é instrumento necessário até a modulação, para se preservar o interesse público, não de quem está num determinado cargo, porque todo mundo sabe que é imprescindível o concurso. Tem-se situações em que concursos nos quais se exigem o mínimo de escolaridade, passam a não ser feitos e as funções são exercidas – mediante contrato – por quem não dispõe destas condições, mas que não precisam fazer prova dessa carência. A contratação sem concurso público é transgressão a norma constitucional. Descumpre-se norma constitucional, que é de pleno e amplo conhecimento, tanto que a grande reclamação é exatamente para que se faça concurso público.

Essa razão pela qual, neste caso, acho que a situação não seria de modulação. No máximo, aceitaria que aqueles que se enquadraram nessa situação não tivessem que, por exemplo, devolver, porque trabalharam. E, aí, nós temos a jurisprudência no sentido de que, se eles trabalharam, não se pode mesmo devolver o que eles receberam, porque eles receberam de boa-fé, e não pode haver trabalho sem remuneração.

Outra coisa é permitir que aqueles que foram contratados afirmadamente sob o regime de urgência possam continuar nessa situação; por mais um ano, significando que a urgência continua por mais um ano; que essa pessoa que já está lá vai continuar por mais um ano; que o que se alegou como motivação não precisa ser feito.

Então, neste caso, peço vênias aos Senhores Ministros...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Uma observação, ministro Toffoli observava aqui, e isso tem acontecido. Em muitos casos, por exemplo, não damos a liminar. Mandamos aplicar, quando há pedido, o artigo 12.

Neste caso, este processo está em pauta desde de 2012, portanto, veja, que também há - vamos dizer assim - uma responsabilidade

ADI 3662 / MT

recíproca em nosso caso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sim, mais isto não altera o que estou dizendo. Nós temos uma pauta e hoje, graças a Deus, Ministro, de menos de oitocentos processos.

Se é urgente, essa urgência não teria durado e, portanto, nós estabelecemos ser inconstitucional, que não pode ser feito, não vai atingir ninguém. Se a situação é de urgência, o ente público pode contratar, porque o artigo 37 já é suficiente para dar essa sustentação.

Essa é a razão pela qual, neste caso, peço vênia para acompanhar o Relator e não acatar a parte que se refere à modulação.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.662

PROCED. : MATO GROSSO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO

INTDO.(A/S) : ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, para declarar a inconstitucionalidade do inciso VI do art. 264 e da expressão "prazos estes somente prorrogáveis se o interesse público, justificadamente, assim o exigir ou até a nomeação por concurso público", constante da parte final do § 1º do mesmo artigo, todos da Lei Complementar 4/1990 do Estado do Mato Grosso. Quanto à modulação de efeitos da decisão, o Tribunal, por maioria, acatando propostas dos Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, autorizou a manutenção dos atuais contratos de trabalho pelo prazo máximo de 1 (um) ano, a contar da data da publicação da ata deste julgamento, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Cármen Lúcia (Presidente), que não modulavam os efeitos da decisão. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Plenário, 23.3.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário