

12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDO(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
REQUERIDO(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE.

I - A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha.

II - Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade.

III - O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções.

IV - Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade.

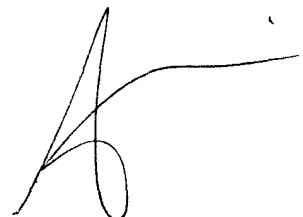
V - É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos.

VI - Ação que se julga procedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgar procedente a ação e, por

55 ll



ADI 3.430 / ES

maioria, nos termos do artigo 27, da Lei 9.868/99, modular os efeitos da decisão para que tenha eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país, em virtude do surto da denominada "gripe suína", vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito.

Brasília, 12 de agosto de 2009.



RICARDO LEWANDOWSKI - RELATOR

12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8 ESPÍRITO SANTO

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQUERENTE(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
REQUERIDO(A/S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
REQUERIDO(A/S) : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

R E L A T Ó R I O

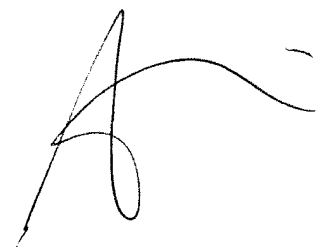
O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI**: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida liminar, proposta pelo Procurador-Geral da República, em face da Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo, que dispõe sobre a contratação de servidores em caráter temporário.

A norma impugnada tem o seguinte teor (fl. 9):

"Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar contrato administrativo de prestação de serviço, por prazo determinado, para admissão de pessoal, em caráter temporário, para atender à necessidade de excepcional interesse público, no sistema constituído pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA e Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP.

Art. 2º. As contratações previstas no artigo 1º respeitarão o prazo de até 12 (doze) meses, podendo ser prorrogadas por igual período e rescindidas em qualquer tempo por interesse da administração.

Art. 3º. É proibido o desvio de função do pessoal contratado na forma desta Lei Complementar.



ADI 3.430 / ES

Art. 4º. É proibida a contratação, nos termos desta Lei Complementar, de servidores das administrações direta e indireta, da União, dos Estados e dos Municípios, exceto as acumulações permitidas constitucionalmente.

Parágrafo único. Sem prejuízo da nulidade do contrato, a infração do disposto neste artigo importará na responsabilidade da autoridade contratante e do contratado, inclusive solidariedade quanto à devolução dos valores pagos ao contratado.

Art. 5º. Nas contratações de que trata esta Lei Complementar, serão observados os valores do vencimento pago ao pessoal do quadro de servidores efetivos do órgão contratante, observada a proporcionalidade da carga horária efetivamente prestada.

Art. 6º. Aplicam-se ao pessoal contratado os mesmos deveres, proibições e responsabilidades vigentes para os servidores públicos integrantes do órgão a que forem subordinados, além daqueles descritos pela Lei Complementar nº 46, publicada no dia 31.01.1994, com suas alterações posteriores.

Art. 7º. As infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado, nos termos desta Lei Complementar, serão apuradas mediante sindicância, concluída no prazo de 30 (trinta) dias e assegurada a ampla defesa.

Art. 8º. O contrato firmado, de acordo com os termos desta Lei Complementar, extinguir-se-á sem direito à indenização:

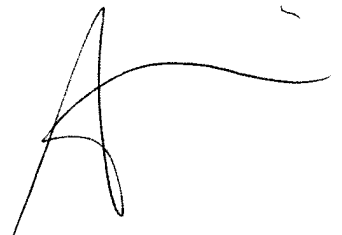
I - pelo término do prazo contratual;

II - por iniciativa do contratado;

III - por conveniência da administração;

IV - quando o contratado incorrer em falta disciplinar;

V - quando da homologação de concurso público para provimento dos cargos, na convocação dos aprovados, simultaneamente, para os casos específicos de carência de pessoal, excluindo os casos de contratação para suprir estado emergencial temporário.



ADI 3.430 / ES

Art. 9º. O contratado em caráter temporário fará jus ainda:

I - ao 13º (décimo terceiro) salário, proporcional ao tempo de serviço prestado nesta condição;

II - à indenização de férias proporcionalmente ao tempo de serviço prestado;

III - ao adicional de férias proporcional ao tempo de serviço prestado;

IV - ao adicional noturno;

V - ao adicional de insalubridade, conforme laudo de serviço;

VI - ao vale-transporte;

VII - ao auxílio alimentação definido por lei;

VIII - à gratificação paga ao servidor efetivo, quando essa for vinculada ao cargo.

Art. 10. Os contratados, na forma da presente Lei Complementar, serão segurados do Regime Geral da Previdência Social, conforme § 13 do artigo 40 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 11. Os contratados temporariamente serão submetidos a um processo de seleção simplificado, definido pela Autarquia.

Art. 12. O quantitativo máximo de pessoal que poderá ser admitido mediante contratação temporária é o constante do Anexo Único desta Lei Complementar.

Art. 13. As despesas decorrentes da execução da presente Lei Complementar correrão por conta das dotações orçamentárias próprias, que serão suplementadas, se necessário.

Art. 14. Ficam prorrogadas por até 60 (sessenta) dias as autorizações para contratação em designação temporária com base na Lei nº 6.781, de 03.10.2001, alterada pela Lei nº 6.881, de 28.11.2001, nas Leis Complementares nº 240, de 10.5.2002; nº 285, de 18.5.2004 e nº 286, de 04.6.2004, ficando todas revogadas a partir do 61º (sexagésimo primeiro) dia.



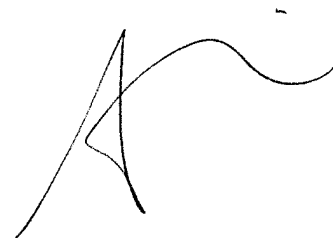
ADI 3.430 / ES

Art. 15. Esta Lei Complementar entra em vigor a partir da data da sua publicação."

Como se vê, em linhas gerais, a Lei contestada autoriza o Poder Executivo a celebrar contrato administrativo de prestação de serviço, por doze meses, prorrogável por igual prazo, com particulares, para atender a "*necessidade de excepcional interesse público*" no sistema constituído pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA e pelo Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP.

A referida Lei prevê também a equiparação dos vencimentos dos contratados, mediante "*processo de seleção simplificado*", à dos servidores efetivos, inclusive quanto aos demais benefícios por eles auferidos, como 13º salário, indenização, adicional de férias, adicional noturno e de insalubridade, além de vale-transporte, auxílio-alimentação e outras gratificações. O diploma impugnado estabelece, ainda, que os contratados serão segurados no Regime Geral de Previdência Social.

Sustenta o autor, em suma, que a Lei capixaba afronta ao art. 37, incisos II e IX, da Carta Maior, porquanto:



ADI 3.430 / ES

a) silenciou quanto à especificação das hipóteses de excepcional interesse público, que reclamariam a celebração de contratos com particulares, para a admissão de servidores em caráter temporário, possibilitando ao Chefe do Poder Executivo fazer a declaração correspondente no momento da contratação;

b) busca atender a necessidades permanentes da Administração, contrariando o texto constitucional segundo o qual a contratação temporária somente deve ocorrer em situações emergenciais e temporárias, que reclamam satisfação imediata, cujo atendimento se mostra incompatível com o regime normal do concurso público; e

c) Não está configurado, no tocante ao sistema constituído pela SESA e pelo IESP, o interesse excepcional que autorize as contratações temporárias previstas do texto legal impugnado.

O então Relator, Ministro Relator Carlos Velloso, a fl. 92, adotou o procedimento previsto no art. 12 da Lei 9.868/99. Em consequência, solicitou as informações cabíveis, abrindo vista dos à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República.

A large, stylized handwritten signature in black ink, located in the bottom right corner of the page. The signature is fluid and appears to be a single letter 'A' with a long, sweeping horizontal stroke extending to the right.

ADI 3.430 / ES

O Governador do Estado do Espírito Santo, às fls. 140-153, manifestou-se, juntamente com a Procuradoria-Geral do Estado, nos seguintes termos:

"... a elaboração da Lei Complementar nº 300/2004 não foi fruto de um rompante impensado, muito menos foi criada para burlar o ordenamento jurídico à sorrelfa. Do contrário, o nascimento de tal lei procedido de todo um iter tendente a demonstrar o estado de **calamidade pública** em que se encontra o atendimento médico-hospitalar no Estado do Espírito Santo, principalmente o de emergência.

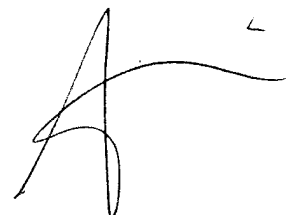
(...)

Como se vê, a magnitude e urgência da situação não permite o Poder Público (sic) aguardar as delongas inerentes à realização de um concurso público, sem contar ainda o provável não preenchimento total das vagas, como se deu em certame realizado no ano de 1998. Por isso, deve contornar imediatamente o óbice da falta de pessoal, valendo-se, para tanto, da contratação temporária prevista na Lei Complementar nº 300/2004, enquanto não se efetiva, sem açodamentos inconvenientes, o devido concurso público.

(...)

Por fim, melhor sorte não é reservada à alegação de que a LC nº 300/04 não elenca as hipóteses autorizadoras da contratação temporária. Ora, a lei complementar em apreço veicula e disciplina em seu bojo uma só hipótese capaz de autorizar a contratação temporária em foco: a contratação temporária de pessoal para atender a necessidade de excepcional interesse público de fornecimento de mão-de-obra ao sistema de saúde estadual.

Na pior das hipóteses, a Lei Complementar nº 300/2004 promoveu ampliação dos eventos capazes de justificar a contratação temporária de servidores públicos, inicialmente indicados na Lei Complementar Estadual nº 46/1994, em desenvolvimento direto da faculdade prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal. Tal moldura jurídica denota que a Lei Complementar nº 300/2004 faz parte, junto com a Lei Complementar nº 46/1994, dos veículos normativos que



ADI 3.430 / ES

introduzem as normas disciplinadoras da contratação temporária do Estado do Espírito Santo" (grifos no original).

Já a Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo afirmou, às fls. 158-165, que a presente ação é descabida, alegando o quanto segue:

"Ao examinar e votar um projeto de lei, esta Assembléia, incluindo a Procuradoria, as Comissões e o Plenário, avalia não somente o seu conteúdo material, mas também os seus motivos, insertos na justificativa alinhavada pelo seu autor.

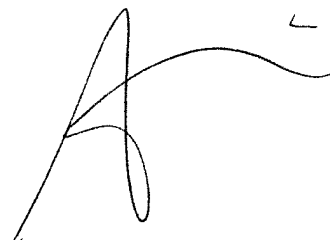
(...)

O inciso II do art. 37 da CF está plenamente atendido, eis que antes de apelar para a emergência da contratação temporária, o Governo do Estado realizou concurso, no exercício de 2002, conforme Edital 001/2002 SEARP-SESA/IESP, publicado em 17 de novembro de 2002, o qual necessitou de ser (SIC) anulado, permanecendo a carência de servidores, numa área crítica como é a da saúde. O inciso V do art. 8º da Lei Complementar contestada prevê a extinção dos contratos, tão logo sejam convocados os aprovados em concurso público para provimento de cargos, cessando assim o estado emergencial temporário.

(...)

O inciso IX, do art. 37, da CF determina que a lei estabeleça os casos de contratação temporária. Entende esta Assembléia que este comando foi plenamente atendido, eis que o Anexo Único da Lei Complementar nº 300 determina os cargos e o quantitativo a ser contratado temporariamente".

Às fls. 209-216, a Advocacia-Geral da União opinou pela procedência do pedido, assentando o seguinte:



ADI 3.430 / ES

"Muito embora estivesse pacificada nessa Suprema Corte a vedação às contratações temporárias para suprir necessidade de serviço permanente, pois, em tese, configuraria violação ao princípio do concurso público (Súmula STF nº 685), tal posicionamento foi parcialmente revisto quando do julgamento da ADI nº 3068.

(...)

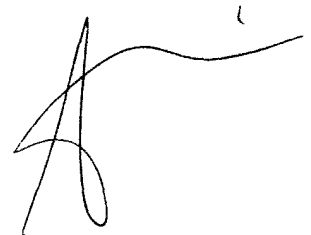
Esse Egrégio Tribunal já se pronunciou a respeito do interesse público excepcional no julgamento da ADI 2987-SC, dispondo que esse requisito não se aplica para admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes. Ora, analisando o anexo único do diploma legal impugnado verifica-se que vários dos cargos, num total de 2.931, são de natureza burocrática e permanente, sem qualquer regramento referente ao concurso público, incidindo, assim, em patente inconstitucionalidade.

(...)

No caso dos autos, embora haja previsão em lei complementar e interesse público de relevo (saúde pública), a lei não visa suprir uma necessidade temporária de escassez de funcionários, pois o problema é permanente e não há previsão de limite de tempo para contorná-lo, tendo em vista a possibilidade de sucessivas prorrogações dos contratos temporários (art. 2º)".

Às fls. 222-228, a Procuradoria-Geral da República posicionou-se pela procedência do pedido, com os argumentos abaixo listados:

"Com efeito, o regime especial de contratação temporária deve atender a três pressupostos constitucionais inafastáveis: a determinabilidade temporal da contratação, a temporariedade da função e, por fim, a previsão legal dos casos de excepcionalidade do interesse público que ensejam a contratação de novos servidores temporários.



ADI 3.430 / ES

Entretanto, em flagrante desconformidade com o parâmetro constitucional, a lei impugnada cuida da contratação temporária de 2.931 (dois mil novecentos e trinta e um) novos servidores, vinculados a diversas funções, muitas das quais revelam natureza permanente, conforme quadro de pessoal constante do anexo único da lei, não especificando a situação de emergência, nem ao menos a temporariedade do serviço, numa tentativa de burlar a realização de concurso público, consubstanciada no art. 37, II, da CF."

À fl. 231, solicitei informações ao Governador de Estado sobre a vigência do texto legal impugnado, considerando que o seu art. 2º estabelecia que os contratos temporários vigorariam por doze meses, prorrogáveis por igual período.

Às fls. 305-307, o Chefe do Poder Executivo Capixaba assim se manifestou:

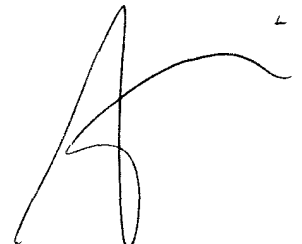
"Conforme já informado, a Lei Complementar estadual nº 300/2004 (**doc. 01**) encontra-se em pleno vigor. Inclusive, o prazo previsto no seu art. 2º foi prorrogado por mais 12 meses, por força da Lei Complementar Estadual nº 378/2006 (**doc. 02**), diploma que, por sua vez, também está em vigor.

(...)

Os referidos contratos começaram a ser efetuados no dia 29 de abril de 2005 e, a partir desta data, vigoraram por 24 (vinte e quatro meses). O quantitativo das contratações temporárias inicialmente autorizados pela Lei Complementar 300/2004 foi alterado pelas Leis Complementares 340/2005 (**doc. 04**) e 405/2007 (**doc. 05**).

(...)

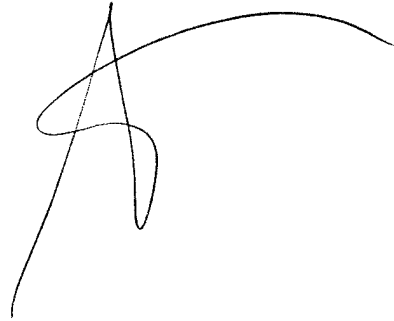
Por derradeiro, informo que o Governo do Estado do Espírito Santo, através da Secretaria de



ADI 3.430 / ES

Estado da Saúde, deverá realizar concurso público, até a primeira quinzena de abril do corrente ano, para a contratação de médicos efetivos e, conseqüentemente, substituição desses profissionais contratados temporariamente" (grifos no original).

É o relatório, do qual serão expedidas cópias aos Senhores Ministros.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized initial 'A' followed by a long, sweeping horizontal stroke that curves upwards at the end.

12/08/2009

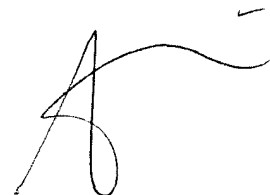
TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8 ESPÍRITO SANTOV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** (Relator): Bem examinada a matéria, constato que tanto o parecer da Advocacia-Geral da União quanto o da Procuradoria-Geral da República convergem no que se refere à desconformidade da Lei impugnada com a excepcionalidade a que se refere a Constituição da República no tocante à contratação temporária de pessoal (art. 37, IX, da CF).

Embora impressionem as manifestações produzidas pelo Governador do Estado e pela Assembléia Legislativa do Espírito Santo, elas, *data venia*, não convencem. É que a dispensa de concurso público para contratação de servidores configura medida extrema, que só pode ser admitida em situações excepcionais, identificadas, uma a uma, numa base *ad hoc*, as quais, à evidência, não podem ser antecipadas.

Caso pudessem ser previstas, a Administração Pública teria o dever de tomar todas as providências ao seu alcance para evitá-las ou, na pior das hipóteses, remediá-las, tendo em conta, em especial, o princípio da precaução, que, na área da saúde, encontra abrigo no art. 196, *caput*, da Carta Magna, segundo o qual:



ADI 3.430 / ES

"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à **redução do risco** de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" (grifos meus).

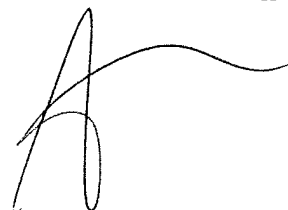
Cumpra assinalar, ademais, nas palavras de José Afonso da Silva, o concurso público afigura-se instituto essencial à defesa dos postulados constitucionais que regem a Administração Pública:

"O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente a realizar o princípio do mérito, que se apura mediante investidura por 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".¹

A exceção a essa regra fundamental, de caráter eminentemente republicano, contemplada no art. 37, IX, da CF, há de ser aplicada restritivamente pelo legislador local, ao qual cumpre estabelecer os limites e as condições para a contratação temporária.²

¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 338.

² SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 340.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'A' followed by a horizontal line that extends to the right and then curves downwards.

ADI 3.430 / ES

Constata-se, destarte, que a questão em debate não se refere à inconstitucionalidade formal do diploma normativo em comento, visto que, tecnicamente, o Governador do Estado é detentor da competência para deflagrar o processo legislativo nesse campo. O problema reside, precisamente, em sua inconstitucionalidade material.

Com efeito, segundo Lucas Rocha Furtado, a "contratação de servidores temporários constitui - ou deveria constituir - hipótese de utilização bastante restrita no serviço público". Em outras palavras:

"... a legitimidade para contratação temporária prevista na Constituição pressupõe que a necessidade da contratação seja temporária, e não apenas que o contrato firmado com o servidor tenha prazo limitado. Exemplo de evidente equívoco ocorre com a contratação de professores substitutos em universidades federais. Não obstante a contratação desses professores seja feita no prazo determinado, a necessidade da Administração é permanente, o que não autoriza a utilização do regime previsto no mencionado art. 37, IX".³

Nesse mesmo sentido é o ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello:

"... cabem alguns cuidados evidentes, tanto no reconhecimento do que seja a situação excepcional

³ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 893.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of a tall, thin vertical stroke on the left and a sweeping, curved line that arches over the top and ends on the right.

ADI 3.430 / ES

ensejadora do contrato a ser feito, quanto na caracterização de seus requisitos, sem o que estar-se-ia desconhecendo o sentido da regra interpretada e favorecendo a reintrodução de 'interinos', em dissonância com o preceito em causa.

Desde logo, não se coadunaria com a sua índole, contratar pessoal senão para evitar o declínio do serviço ou para restaurar-lhe o padrão indispensável mínimo seriamente deteriorado pela falta de servidores. Vale dizer: tais contratos não podem ser feitos simplesmente em vista de aprimorar o que já existia e tenha qualidade aceitável, compatível com o nível corrente a que está afeita a coletividade a que se destina.

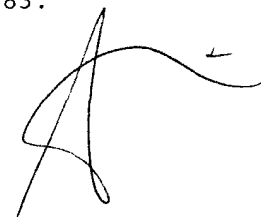
Em segundo lugar, cumpre que tal contratação seja indispensável; vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes.

Em terceiro lugar, sempre na mesma linha de raciocínio, não pode ser efetuada para instalação ou realização de serviços novos, salvo, é óbvio, quando a irrupção de situações emergentes os exigiria e já agora por motivos indeclináveis, como os de evitar a periclitadação da ordem, segurança ou saúde".⁴

Assim, está o intérprete diante de importante questão a ser superada, isto é, a de que o dispositivo constitucional em comento, que dispensa, em caráter excepcional, o concurso público, não elenca as hipóteses em que isso se torna viável, limitando-se a consignar que o afastamento do certame se mostra possível, desde que seja "para atender a necessidade de excepcional interesse público" (art. 37, IX, *in fine*, da CF).

Trata-se, claramente, de uma exceção à regra geral, cuja interpretação, como visto acima, só pode ser restritiva, sob pena

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed, São Paulo: RT, 1991. p. 83.



ADI 3.430 / ES


de se afirmar ou permitir mais do que autoriza o texto constitucional.

Nesse sentido, destaco a lição de Luís Roberto Barroso, segundo o qual, quando o legislador diz mais do que queria dizer, ou estabelece uma norma que excepciona a regra geral, como é o caso sob exame, "*impõe-se uma interpretação restritiva (ou estrita), onde a expressão literal da norma precisa ser limitada para exprimir seu verdadeiro sentido (Lex plus scripsit, minus voluit)*" (grifos meus).⁵

Dessa forma, não basta que a lei, seja ela federal, estadual, distrital ou municipal, autorize a contratação de pessoal por prazo limitado para conformar-se ao texto constitucional, eis que a excepcionalidade das situações emergenciais afasta a possibilidade de que elas, de transitórias, se transmudem em permanentes.

A transitoriedade das contratações de que trata o art. 37, IX, da CF, com efeito, não se coaduna com o caráter permanente de atividades que constituem a própria essência, a razão mesma de existir do Estado, qual seja a prestação de serviços essenciais à

⁵ BARROSO. Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121.



ADI 3.430 / ES

população, dentre os quais figuram, com destaque, os serviços de saúde. ⁶

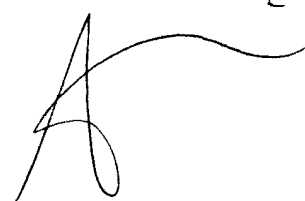
Se o serviço público é de caráter essencial e permanente, como aquele objeto do diploma legal atacado, só pode ser prestado por servidores admitidos em caráter efetivo, mediante competente concurso público, nos termos do art. 37, II, da Carta Magna.

No caso sob análise, o texto normativo capixaba regulou a contratação temporária de profissionais da área de saúde, atividade essencial de índole permanente.

No concernente à contratação de pessoal estranho à área da saúde, constantes do Anexo I da Lei impugnada, vale lembrar, na esteira do parecer subscrito pela AGU, que esta Corte já se pronunciou no sentido do descabimento da contratação temporária de servidores para o exercício de funções burocráticas, conforme decidido na ADI 2.987/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, assim ementada:

"EMENTA: Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão

⁶ Cf. LAUBADÉRE. André de. *Manuel de Droit Administratif*. 13. ed. Paris: LGDJ, 1988, p. 19.



ADI 3.430 / ES

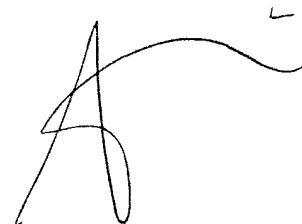
de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes."

Este Tribunal, ademais, também já decidiu, de forma convergente com a doutrina, que, para a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja pré-determinado; c) a necessidade seja temporária; e d) o interesse público seja excepcional^{7 8}.

Patente, pois, a inconstitucionalidade da Lei Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo. Resta, então, analisar os efeitos práticos decorrentes do reconhecimento desse vício pelo Supremo Tribunal Federal.

Ora, o texto legal impugnado veio a lume em 2004, tendo sido os seus efeitos prorrogados pela Lei Complementar 378/2006. A partir de sua edição foram efetivadas múltiplas contratações de pessoal, que, salvo prova em contrário - a qual não integra os autos - prestaram serviços à Administração Pública. Seria iníquo, pois, que os contratados ou os próprios contratantes tivessem de

⁷ ADI 1.500/ES, Rel. Min. Carlos Velloso. Cf., também, CRETELLA JR. José. *Comentário à Constituição de 1988*. Vol IV. Forense, São Paulo: 1991, p. 2203, para quem "a contratação do agente público, para desempenho de função pública, tem de ser (a) por tempo determinado, (b) para atender a necessidade temporária, (c) deve esse tipo de necessidade ser de interesse público e, por fim, (d) o interesse público deve ser de caráter excepcional. Sem essas quatro conotações do texto - tempo determinado, necessidade temporária, interesse público bem caracterizado, excepcionalidade do interesse - a contratação é nula, ou pelo menos, anulável, rescindindo-se o acordo".



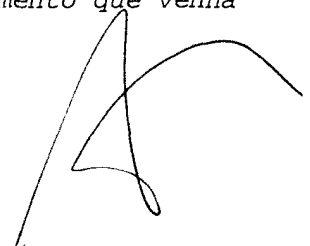
ADI 3.430 / ES

repor aos cofres públicos as importâncias recebidas pelos serviços por eles prestados à coletividade, como base numa Lei Complementar em relação à qual milita a presunção de constitucionalidade. Cumpre, assim, modular os efeitos da decisão, para que não atinja fatos pretéritos constituídos à sombra de um contexto legal, até então, havido como hígido

Em face do exposto, julgo procedente a presente ação direta para declarar inconstitucional a Lei Complementar 300/2004 do Estado do Espírito Santo, prorrogadas pela Lei Complementar 378/2006, também daquele Estado, modulando os efeitos da decisão para que ela tenha eficácia a partir de 60 (sessenta) dias da data de sua comunicação ao Governador e à Assembléia Legislativa, tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país em virtude do surto da denominada "gripe suína", nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99.⁹

É como voto.

⁹ Eis o teor do art. 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."



12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8 ESPÍRITO SANTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ministro-Relator, eu queria dois esclarecimentos rápidos, se Vossa Excelência me permite. O primeiro é que Vossa Excelência afirmou que o fundamento principal da decisão proferida por Vossa Excelência seria no sentido de que haveria a permanência dessas contratações, que isso acaba se perpetuando. É isso?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Vou verificar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não. Eu ainda estou na inconstitucionalidade. Quero saber o seguinte: a Lei Complementar nº 300 parece-me ser uma lei que trata exatamente da contratação de servidores em caráter temporário. Declarada inconstitucional, o Estado do Espírito Santo não terá a lei prevista no artigo 37 para contratar temporariamente. Então não pode mais contratar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Isso. A menos que se faça outra lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O artigo 1º afirma:

"Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a

ADI 3.430 / ES

celebrar contrato administrativo de prestação de serviço, por prazo determinado, para admissão de pessoal, em caráter temporário, para atender à necessidade de excepcional interesse público, no sistema constituído pela Secretaria de Estado da Saúde - SESA e Instituto Estadual de Saúde Pública - IESP."

Então, a norma tem uma disposição de autorizar o Poder Executivo a celebrar contrato administrativo, em caráter temporário, o que é previsto constitucionalmente, para atender a necessidade de excepcional interesse público, também expressamente previsto no artigo 37, e num sistema específico: para a saúde.

E, na sequência:

"Art. 2º. As contratações previstas no artigo 1º respeitarão o prazo de até 12 (doze) meses (...)"

E aí prorroga por mais doze meses, mas, de toda sorte, isso não tismaria, a meu ver, à primeira vista, a própria norma, porque a Constituição prevê contratação e isso aqui é a regulamentação.

"Art. 3º. É proibido o desvio de função do pessoal contratado na forma desta Lei Complementar."

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) -

Depois de citar a doutrina e a jurisprudência - esse voto foi elaborado por mim há muito tempo, mas o recordarei aqui - eu

ADI 3.430 / ES

disse o seguinte:

"Assim, está o intérprete diante de importante questão a ser superada, isto é, a de que o dispositivo constitucional em comento, que dispensa, em caráter excepcional, o concurso público, não elenca as hipóteses em que isso se torna viável, limitando-se a consignar que o afastamento do certame se mostra possível, desde que seja 'para atender a necessidade de excepcional interesse público' (art. 37, IX, **in fine**, da CF).

Trata-se, claramente, de uma exceção à regra geral, cuja interpretação, como visto acima, só pode ser restritiva, sob pena de se afirmar ou permitir mais do que autoriza o texto constitucional.

Neste sentido, destaco a lição de Luís Roberto Barroso, segundo o qual, quando o legislador diz mais do que queria dizer, ou estabelece uma norma que excepciona a regra geral, como é o caso sob exame, 'impõe-se uma interpretação restritiva (ou estrita), onde a expressão literal da norma precisa ser limitada para exprimir seu verdadeiro sentido (Lex plus scripsit, minus voluit)'.
'

Desta forma, não basta que a lei, seja ela federal, estadual, distrital ou municipal, autorize a contratação de pessoal por prazo limitado para conformar-se ao texto constitucional, eis que a excepcionalidade das situações emergenciais afasta a possibilidade de que elas, de transitórias, se transmudem em permanentes.

A transitoriedade das contratações de que trata o artigo 37, IX, da CF, com efeito, não se coaduna com o caráter permanente de atividades que constituem a própria essência, a razão mesma de existir do Estado, qual seja a prestação de serviços essenciais à população, dentre os quais figuram, com destaque, os serviços de saúde.

Se o serviço público é de caráter essencial e permanente, como aquele objeto do diploma legal atacado, só pode ser prestado por servidores admitidos em caráter efetivo, mediante competente concurso público, nos termos do artigo 37, II, da Carta Magna.

No caso sob análise, o texto normativo capixaba regulou a contratação temporária de profissionais da área de saúde, atividade essencial de índole permanente.

No concernente à contratação de pessoal

ADI 3.430 / ES

estranho à área da saúde, constante do Anexo I da Lei impugnada, vale lembrar, na esteira do parecer subscrito pela AGU, que esta Corte já se pronunciou no sentido do descabimento da contratação temporária de servidores para o exercício de funções burocráticas, conforme decidido na ADI 2.987/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, assim ementada:

'EMENTA: Servidor público: contratação temporária excepcional (CF, art. 37, IX): inconstitucionalidade de sua aplicação para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes.'

Este Tribunal, ademais, já decidiu, de forma convergente com a doutrina, que, para a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja pré-determinado; c) a necessidade seja temporária; e d) o interesse público seja excepcional."

Cito aqui diversos precedentes da Corte e também a doutrina que é abundante neste sentido. Digo que é inconstitucional a Lei Complementar 300/2004, do Espírito Santo, exatamente porque considera ou permite a contratação temporária de servidores na área da saúde, um serviço público essencial que deve ter natureza permanente.

É esse o fundamento básico do meu voto nesta ADI.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, Ministro Ricardo Lewandowski, só para efeito de esclarecimento, o que Vossa Excelência lista como sendo os três fundamentos, primeiro, há de haver necessidade temporária, há de ser necessário e

ADI 3.430 / ES

temporário. o artigo 1º diz "para atender a necessidade de excepcional interesse público".

A circunstância de ser de saúde, posso ter um quadro de saúde, mas, por exemplo, neste momento específico, temos uma - pode ser pandemia, mas enfim - situação que pode demandar contratações extras àquela dos quadros da saúde, o que aliás está acontecendo neste momento em todo local.

Ora, eu posso entender e entendo perfeitamente os desvios e excessos cometidos, mas que seriam ilegais. Mas a minha preocupação só, e pergunto a Vossa Excelência se isso está contido na interpretação que Vossa Excelência atribui ao texto, se este texto, se for interpretado na conformidade da Constituição, traz a mácula. Por quê? Que deve ter, no Estado capixaba - mas enfim, só para efeito de raciocínio -, um quadro da saúde permanente, inclusive burocrático, não tenho dúvida de que isso é permanente, tem de ter os médicos, os paramédicos, a burocracia, todo Estado tem a sua Secretaria de Saúde com o seu pessoal.

O que me parece aqui é que, tal como posto por Vossa Excelência, o inciso referente à necessidade excepcional está prescrito no artigo 1º, tal como posto na Constituição. A circunstância, portanto, e se um dos anexos se refere a contratações fora do excepcional, realmente haveria inconstitucionalidade desse anexo ou dessa referência.

A fixação de um prazo necessário - Vossa Excelência

ADI 3.430 / ES

cita a doutrina, na esteira da jurisprudência -, aqui está expresso:

"(...) contratações previstas respeitarão o prazo de até (...) " - portanto, há um prazo previsto.

Expressamente, no artigo 4º, parágrafo único:

*"Art. 4º - É proibida a contratação (...)
Parágrafo único - Sem prejuízo da nulidade do contrato, a infração importará na responsabilidade da autoridade (...)"*

Serão observados os valores. Aplicam-se ao pessoal as infrações disciplinares atribuídas ao pessoal contratado.

Enfim, o contratado temporário, quais os direitos, os contratos são assegurados, os contratados temporários terão, inclusive, um procedimento simplificado.

A minha questão é apenas no sentido de se saber e se afirmar se essas contratações todas aqui previstas realmente desatenderiam ao artigo 37, IX, da Constituição, ou se a aplicação dessa norma pode ensejar os excessos que são inconstitucionais, mas que não estariam previstas aqui.

A circunstância de se fazer referência à Secretaria de Estado da Saúde não chega a me fazer levar a declarar a inconstitucionalidade, porque tanto a saúde como a educação são os únicos casos previstos nas legislações estaduais - pelo menos, do meu conhecimento em dezessete Estados - em que a professora,

ADI 3.430 / ES

hoje, quebrou a perna e, amanhã, tem de ter aula, tem de ter a contratação temporária, porque o menino não pode ficar sem aula. O posto de saúde tinha um médico que adoeceu, tem de contratar.

Se é declarada inconstitucional esta Lei Complementar nº 300, portanto, não pode haver contratação no Estado Espírito Santo em regime temporário para necessidade excepcional de interesse público. Qual é a minha preocupação? Eles não vão poder contratar, porque não tem outra norma, e é preciso que haja. Segundo, neste momento, nós temos a configuração de um quadro que, eventualmente, vai se precisar, sim, para fazer face a essa demanda excepcional nos postos de saúde, nos hospitais.

Então, eu questiono se a só previsão aqui Vossa Excelência está considerando excepcional pelo não atendimento, ou se não há como interpretar conforme a Constituição para salvaguardar. Não se pode é fazer disso aqui, ao invés de uma chave para o Poder Público que precise entrar e contratar, uma gazuca que quebra a porta do concurso público, que é a forma de ingresso no serviço. Entendeu a minha preocupação?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) -

Parece-me que está ocorrendo.

Veja, Vossa Excelência - e, certamente, Vossa Excelência tem em mãos -, a inicial do Ministério Público. Ela me parece bastante sugestiva no que tange às inconstitucionalidades apontadas, sobretudo quanto ao artigo 37, II e IX, que diz, em suma, o seguinte:

ADI 3.430 / ES

Esta Lei silenciou quanto às especificações das hipóteses de excepcional interesse público, que reclamariam a celebração de contratos com particulares para a admissão de servidores em caráter temporário, possibilitando ao Chefe do Executivo fazer a declaração correspondente no momento da contratação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Parece-me ser esse o ponto essencial. Ele é que daria a inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Então, é uma lei genérica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Não seria, então, o caso de colocar as exigências em interpretação conforme, de modo a dizer que só seriam válidas as contratações.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Só se pode interpretar nos termos, obviamente, já previstos no artigo 37, IX, de tal maneira que não fique sem norma nenhuma a permitir qualquer contratação na área de saúde.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - O difícil é que a Lei se remete a um quadro, a um anexo complementar, onde inclui cargos que são de natureza permanente e não têm nada a ver com urgência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso eu disse que o anexo poderia conter essas inconstitucionalidades.

ADI 3.430 / ES

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Por exemplo: administrador, assessor técnico, assistente administrativo, assistente social, auxiliar administrativo, contador, cozinheiro, desenhista, engenheiro eletricista, pedagogo, psicólogo, técnico eletrotécnico, técnico de laboratório, técnico de segurança, técnico em tomografia. Abre um leque extremamente largo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por isso, Ministro Cezar Peluso, é que eu disse que o anexo poderia ter.

Mas, por exemplo, Vossa Excelência faz referência, há referência aí ao anexo, a assistentes administrativos. Neste momento em que há uma corrida a hospitais, pode ser necessário, excepcionalmente. Embora a função seja permanente, a necessidade é temporária. Agora, não outros citados por Vossa Excelência, obviamente. O anexo, eu não tenho dúvida alguma.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Na área de saúde é preciso imaginar as hipóteses.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Até o engenheiro eletricista pode ser necessário, para colocar os aparelhos em funcionamento e o hospital iluminado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A temporariedade da necessidade pode conduzir.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Noutras palavras, nós teríamos de admitir que, no quadro do serviço de saúde, há um monte de cargos desnecessários. Todos são necessários. Claro, a falta de um deles, ou de vários, vai sempre acarretar uma

ADI 3.430 / ES

necessidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A minha única preocupação é que a necessidade temporária pode impor, realmente, que o Estado tenha

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A pergunta é se essa falta justifica exceção à regra constitucional e, portanto, não permita abuso por parte do administrador.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Exatamente, o que eu acho é que a norma pode até ser interpretada e aplicada sem abuso. Tal como está, de maneira mais - para usar uma expressão, e sem trocadilho, por ser da saúde - genérica, aí, realmente, pode levar. Agora, eu não sei se a declaração de inconstitucionalidade "tout court" não pode levar a uma situação, ainda mais num momento como este.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ministra Cármen, fique com vista em mesa para resolvermos isto com algum prazo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas, talvez, com um debate se resolva, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Há um aspecto, Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, que foi salientado pelo eminente Chefe do Ministério Público ao ajuizar a ação. Quer dizer, além de não estarem caracterizadas as

ADI 3.430 / ES

hipóteses que seriam excepcionais, também, na verdade, as contratações são para o quadro permanente da saúde, sobretudo, diz ele, quanto ao sistema constituído pelo SESA e pelo IESP.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas a Ministra Cármen está chamando a atenção para o fato de deixar agora o Governo do Estado sem um diploma.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Sem poder contratar para a saúde, porque se o Supremo falou que essa é inconstitucional e não tem outra.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Especialmente na área de saúde, quer dizer, nós estamos sem base. Talvez devamos dizer qual é o abuso, qual é a inconstitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Contratações excepcionais necessárias.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas o abuso seria ilegal. O abuso seria do administrador, e aqui está prevista a responsabilização.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas os casos apontados pelo Ministro Peluso, sobre as atividades

ADI 3.430 / ES

ordinárias que estariam previstas, seriam objeto então de uma censura específica.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O anexo é que me preocupa, não é a lei.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas não retirar a base legal que permite a contratação temporária. Até porque, em tais casos, teremos a contratação de qualquer forma, eventualmente sem base legal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É o pior que pode ter.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De uma interpretação conforme.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Um dado importante que eu quero trazer aos eminentes Pares é que eu, indagando o Governador de Estado, obtive como resposta que essa Lei Complementar Estadual 300/2004 encontra-se em pleno vigor, inclusive que o prazo previsto em seu artigo 2º foi prorrogado por mais doze meses por força da Lei Complementar Estadual nº 378, diploma que, por sua vez, também está em vigor. Os referidos contratos começaram em 2005. Então, o Estado vai, na verdade, prorrogando indefinidamente essas contratações.

ADI 3.430 / ES

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A lei já prevê prorrogação por vinte e quatro meses.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, por doze, não? São doze, com prorrogação por mais doze.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mais outros, são quarenta e oito meses. Dá quase a aposentadoria.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Então, na realidade, nós temos um instrumento, ou seja, uma forma para evitar o concurso público. Agora, eu não temo - com todo o respeito pela opinião dos eminentes Colegas - essas situações de emergência, porque, numa situação de emergência é possível a contratação de terceirizados, ou, em um estado de emergência, como diziam os antigos romanos, *salus populi suprema lex esto*, ou *salus republicae suprema lex esto*, quer dizer, em situação de emergência, é possível a contratação emergencial, é possível baixar um decreto de calamidade pública e resolver a situação, se for o caso.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Eu acho que essa norma é exatamente para a situação de emergência.

Contratação de terceiros, Ministro, ainda há que ela esbarra em outros problemas, porque o terceirizado é hoje mais caro, uma média de 15% mais caro para o Poder Público; há uma Lei de Responsabilidade Fiscal para esses gastos.

Enfim, a minha preocupação única é esta: se a previsão de possibilidade de contratação pelo Poder Público, na área

ADI 3.430 / ES

específica da saúde, constitui a inconstitucionalidade, ou se a ausência de um estreitamento para arrolamento dos casos específicos em que isso poderia acontecer, na área da saúde, deveria ter acontecido e não, e isso tisonou de uma mácula insanável. Porque, se ela for sanável por uma interpretação, talvez este momento que estamos vivendo, que é um momento grave do ponto de vista da Saúde, seja mais conveniente.

Entendendo-se que, realmente, não há possibilidade de se salvar nada da norma, eu sempre acho que, sendo possível salvar, salve-se, em respeito até ao disposto pelo legislador. Se não houver possibilidade de interpretação...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) -
Vejam, eminentes Pares, essa lei - perdoem-me a expressão, menos acadêmica ou menos jurídica - é uma espécie de um monstrengo, porque, na verdade, é um misto de um ato de natureza abstrata e geral com um ato administrativo para lograr um objetivo específico. O artigo 14, como Vossas Excelências veem, prorroga por sessenta dias as autorizações para as contratações temporárias, com base na lei tal, alterada pela lei tal. Depois vem uma outra lei complementar, que nada mais é do que um ato administrativo e prorroga novamente, sem qualquer justificativa. É um misto de uma lei genérica com um ato administrativo.

Na verdade, não se pretende regradar, vamos dizer assim, as contratações temporárias da administração da Saúde do Estado capixaba, mas o que se tem aqui é um expediente para a

ADI 3.430 / ES

contratação de servidores na área da Saúde, por prazo determinado, sem qualquer concurso, mediante sucessivas prorrogações, inclusive no setor burocrático desta área.

A menos que façamos uma tentativa - e não me oponho - para dar uma interpretação conforme. Mas acho que isso exigirá do Plenário, um esforço hercúleo para adaptar o que está aqui à Constituição.

Essa lei de contratação temporária não precisa ser uma lei complementar, pode ser uma lei simples, comum, ordinária, aprovada em regime de urgência pela Assembléia Legislativa local.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Vou, então, aceitar acolher a proposta de Vossa Excelência e pedir vista em mesa, apenas para afirmar se, realmente, o acompanho.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia.
(§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8 ESPÍRITO SANTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É exatamente a minha proposta.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Vossa Excelência está fazendo alusão a um fato superveniente, que é essa pandemia.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A instabilidade da sociedade, isso vai passar como? O que o Ministro Ricardo Lewandowski propõe: bom, numa situação de emergência, contrate-se mesmo sem lei. Mas se há uma lei, nós estamos tirando a lei dizendo que ele pode contratar sem lei alguma?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Ministro Marco Aurélio, apenas quero enfatizar um raciocínio que eu fiz. Decretado, justificadamente, o estado de emergência, o estado de calamidade, substitui-se a ordem jurídica ordinária por uma extraordinária. Isso é o que diz o Professor Manoel Gonçalves Figueira Filho, quando trata, por exemplo, do estado de sítio e outras medidas extraordinárias contempladas no texto da Constituição. Decretada essa excepcionalidade por um ato formal do Governador, é possível a dispensa de licitação, a contratação sem concurso e tudo o mais.

ADI 3.430 / ES

Nós mantermos esta lei - que, com todo o respeito, para mim, é flagrantemente inconstitucional - para poder superar este fato superveniente, que é a pandemia da gripe suína, não sei se isso se justificaria, *data venia*.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Inclusive, Ministro Celso, parece que neste caso, durante esse período, o Poder Público estadual pode providenciar a substituição dessa legislação de emergência com a fixação e definição de um quadro.

Nós estamos dando o tempo necessário para que ele, em regime de urgência, faça isso, sem embargo das contratações feitas.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A potencial inconstitucionalidade.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - De anomia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Ministro, o caos na saúde pública não é de ontem, é de anos e anos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A lei é de 2004, quer dizer, envolve contratação temporária fora das balizas constitucionais.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Como constitucional, Ministro?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Então vamos ter o desprezo aos ditames constitucionais em inúmeras situações

ADI 3.430 / ES

jurídicas, ante, até mesmo, a quadra vivida, de falência do Estado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A observância irrestrita - inclusive no campo da saúde, da obrigatoriedade de prestar esse serviço essencial - à Carta da República.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - É a flexibilização de nossa Carta, que deixará de ser rígida, é um estímulo ao desrespeito a essa mesma Carta.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Ministro, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Ministro Celso de Mello, eu me pergunto o que acontecerá ou o que está acontecendo nos outros Estados da Federação em que não há uma lei como esta.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Não, certamente há lei.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A maioria já tem lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Eles passarão a editá-la com o beneplácito do Supremo, guarda maior da Constituição!

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Permitam-me só terminar

ADI 3.430 / ES

o meu raciocínio, porque eu comecei e agora não queria que ficasse pela metade.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Vamos ouvi-lo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vamos ouvi-lo.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - O que ocorre é o seguinte: nos outros Estados da Federação em que não existe lei, certamente encontrar-se-á alguma solução via contratação, de emergência, de pessoa jurídica. Em suma, haverá uma solução, instalada pela regra da excepcionalidade.

A pandemia não deveria ser pretexto para justificar a inconstitucionalidade que há nesta lei. Ou seja, cumpriria a Corte deixar bem claro que, em situação de excepcionalidade, haverá sempre, não apenas o poder, mas o dever do Estado de socorrer a população em defesa da saúde pública. O que não podemos, **data venia** do Ministro Celso de Mello, é usar desta situação excepcional para justificar a inconstitucionalidade que me parece flagrante na lei.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas a proposta do Ministro Lewandowski é de declarar a inconstitucionalidade modulando os efeitos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A modulação de efeito

ADI 3.430 / ES

atende muito bem a essa preocupação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Vossa Excelência me permite? Estou encontrando dificuldade nisso, porque essa lei é absolutamente inútil e por que é inútil? Porque o artigo 37, IX, da Constituição, diz que a lei especificará os casos. Esta lei repete a Constituição, pois não especifica caso nenhum!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque ela foi considerada genérica.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A sua subsistência é absolutamente inútil, porque sem ela pode-se tomar a mesma atitude, pois a Constituição reza exatamente a mesma coisa que a lei. Noutras palavras, essa lei é inútil, em repetindo o que está na Constituição e não está atendendo ao que está na Constituição, para efeito de autorizar contratação que se lhe conforme. Se o caso é de emergência, bastam essas soluções extraordinárias - porque, em situações extraordinárias, as soluções também são extraordinárias -, sem necessidade de reconhecer a lei. Essa lei tem particularidade: ela é de 2004 e, no último artigo, prorroga contratações de 2001.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A autorização para a contratação, ela não prorroga a contratação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - No último artigo, Vossa Excelência vai ver que prorroga por mais de sessenta dias as contratações baseadas em lei de 2001. Noutras palavras, quase

cinco anos de prorrogação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - As autorizações para contratações, Ministro. Não as contratações.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ela prorroga as autorizações.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ela prorroga as autorizações para contratação, não as contratações.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ela prorroga a vigência de algumas leis.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Se prorroga a autorização, tudo que foi autorizado nesse período está convalidado!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas pode ter professor que já foi contratado e já saiu, e não poderia mais contratar. Eu não sei o que contém nessas leis.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Alternância no campo da arregimentação de pessoal, sem concurso público, não é uma constante, não é a regra.

Creio que aqueles contratados originariamente devem continuar prestando serviços, e a modulação revelará a transformação dos contratos por prazos determinado e indeterminado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A lei é inconstitucional exatamente ou nuclearmente porque não especifica

ADI 3.430 / ES

os casos de contratação.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não especifica. A contrariedade é: especificará os casos. É isso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - A especificação que se fez foi apenas em relação à área: área de saúde.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Há um anexo que fixa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A um regime, aos direitos, aos deveres.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - E a um regime também, quer dizer, a contratação sem uma lei ficará, na verdade, no vazio. E, aí, vai dar discussão sobre o regime do contrato. A lei traz um regime, tanto é que fala sobre pagamento de décimo terceiro.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - A responsabilidade das autoridades.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Mas o artigo 1º da Lei autoriza o Poder Executivo a contratar, identificando os casos. O que deveria estar na lei, a indicação dos casos, é transpassada para o Poder Executivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Essa delegação é que é inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É uma delegação inconstitucional.

ADI 3.430 / ES

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Essa delegação é inconstitucional, porque tinha que especificar os casos.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Essa lei é enlouquecidamente inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu também acho.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É lei doente, de doença incurável.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Então a proposta de modulação de efeitos, concedendo um prazo de seis meses para que se faça a adaptação, a meu ver é adequada.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É razoável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, qual é a proposta, Ministro, na linha do Ministro Celso de Mello?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Na linha do Relator e também do Ministro Celso de Mello, a proposta é que, ao invés de fazermos uma declaração de constitucionalidade da lei ainda constitucional, declaremos a lei inconstitucional e fixemos um prazo de seis meses.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Seis meses é muita coisa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Em trinta dias.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Acho que sessenta dias, talvez.

ADI 3.430 / ES

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Como disse o Ministro Ricardo Lewandowski, é uma lei ordinária, não é nem lei complementar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Acho que sessenta dias seria razoável. Eu não sei se a Constituição do Estado do Espírito Santo não prevê, para isso, lei complementar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Quanto ao prazo, o Ministro Cezar Peluso propõe até sessenta dias.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Agora, precisamos dizer o que é que pode ser...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O fundamento da inconstitucionalidade dessa lei seria não o tratamento da matéria relativa ao regime da contratação temporária, mas a ausência da especificação dos casos que haverá de se conter na nova norma.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Isso foi atribuído ao Executivo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Vamos fixar o quê? Prazo de seis meses?

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Eu voto pelos seis meses.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Seis meses, não; a minha proposta é de sessenta dias.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Não, Senhor

Presidente, eu voto por duas coisas: primeiro, por declaração de inconstitucionalidade a que se acrescente: sem prejuízo de, na crise atual da pandemia da gripe tal - especificá-la -, o Poder Executivo poder contratar pessoal para atender a tal emergência, no prazo de até sessenta dias, durante o qual - e esta é a segunda condição - o Chefe do Poder Executivo tem de providenciar a edição de lei que atenda ao artigo 37, inciso IX, da Constituição.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - E se o prazo de dois meses não for suficiente?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - A Lei fica fora do ordenamento jurídico e ele perde o poder de fazer nomeações.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Não é possível prever as lutas políticas estaduais.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas, Ministro Cezar Peluso, neste caso, o artigo 1º está preservado.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas o artigo 1º, Ministro Cezar Peluso, que é autorizativo para a contratação em excepcional interesse público na área de saúde, estaria preservado com essa interpretação que Vossa Excelência acaba de oferecer. Só o primeiro, para que ele possa contratar nessa fase.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - O Ministro Peluso propõe a sobrevida da lei apenas para a área da saúde.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, do artigo 1º.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Mas a

ADI 3.430 / ES

área é de saúde mesmo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É sem prejuízo, não estou nem dizendo que a lei subsista. Estou declarando a inconstitucionalidade, mas reconhecendo a situação atual excepcional, permitindo que o Chefe do Poder Executivo contrate...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É só para a Secretaria de Estado de Saúde.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É só Secretaria de Saúde, então, não precisa fazer a ressalva.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - É a inconstitucionalização progressiva.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Então, como ficou, Senhor Presidente? Nós declaramos inconstitucional a lei e damos efeito prospectivo?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas específico: é só para contratação destinada a atender à crise da pandemia da gripe específica "x". Prazo de sessenta dias.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Não é toda a área da saúde, é para combate à pandemia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É para atender a uma situação específica.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - A sobrevida da lei é para isso.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - Eu

ADI 3.430 / ES

concordo com essa saída, até porque, de certa maneira, está consentânea com o que eu propus, só que prorroga um pouco mais o prazo por causa da situação excepcional superveniente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - O Ministro Peluso propôs sessenta dias, fixando um conteúdo mais restritivo para atender a essa específica pandemia.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - E para que o Governador providencie a edição, em caráter de urgência, nesse prazo, de lei que atenda à Constituição.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - O que eu questiono, Ministro Peluso, é que a autorização legal para fazer as contratações, mesmo durante esse período de sessenta dias, estava posta só no artigo 1º, não nos outros; não me refiro aos demais. Não seria o caso de, nesta declaração de inconstitucionalidade, tal como proposto pelo Ministro Celso de Mello, enfatizar esta autorização que ele só recebe para a área de saúde nesse artigo 1º?

Está declarada a inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Eu nem faria referência ao artigo 1º. Nós declaramos a inconstitucionalidade da lei e dizemos que é sem prejuízo da competência que se reconhece, de algum modo tirada dessa mesma lei, ao Chefe do Poder Executivo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, de todo jeito ele continua dispondo, nesse prazo, dessa autorização que hoje é

ADI 3.430 / ES

prevista nesse artigo 1º.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Em outras palavras, estamos dando interpretação restrita e temporária para o artigo 1º.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para o artigo 1º, é exatamente isso o que eu quero.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Restrita, porque só abrange a situação atual, e, temporária, porque vai até o prazo que fixamos.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Porque já fixou em sessenta dias.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Exatamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Então, nesse sentido eu concordo.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

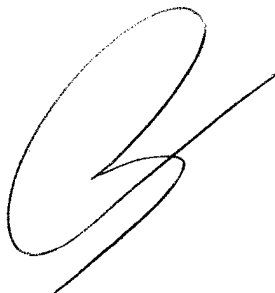
12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8 ESPÍRITO SANTO

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Acho sessenta dias um prazo curto, mas, como é a maioria, vou acompanhar.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'B' followed by a horizontal line and a diagonal stroke extending downwards and to the right.

12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8 ESPÍRITO
SANTO

VOTO S/ PROPOSTA

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Eu também, Presidente, preferia um prazo maior, mas acompanho a maioria.



12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8 ESPÍRITO SANTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, o Ministro Cezar Peluso já dissecou essa lei. Ela é escancaradamente inconstitucional e data de 2004. Está a vigorar há mais de cinco anos e implicou arregimentação de mão de obra com desprezo ao princípio da universalidade, revelado pelo concurso público. As duas hipóteses jurídicas contempladas como exceção, na Carta, dizem respeito a cargo em comissão ou a trabalho temporário, devendo a lei especificar as situações, o que, portanto, viabiliza o controle, inclusive pelo Judiciário.

A saúde não estará melhor, Presidente, com a manutenção dessa lei, em verdadeiro estímulo a que outras venham à balha versando também essa espécie de arregimentação. Tive oportunidade de dizer que, quando ela ocorre, ocorre sem alternância, porque há favorecidos quanto à contratação, favorecidos por uma sigla - muito comum em Brasília, mas sob o ângulo territorial -, que é o "QI", "quem indica".

A situação, no Brasil, revela-se de caos, completo caos, na saúde pública. Evidentemente, não podemos fechar os olhos a isso, mas não chegarão dias melhores com a permanência, no cenário jurídico-constitucional, dessa lei, ainda que se dê de forma balizada no tempo. Atravessamos quadra em que o certo passa por errado, o dito pelo não dito, e se vai flexibilizando e se partindo,



ADI 3.430 / ES

passo a passo, para a perda de parâmetros e para o abandono a princípios, inclusive princípios mais caros, que são aqueles que interessam à coletividade e, principalmente, aos menos afortunados.

Peço vênua, Presidente, para simplesmente declarar inconstitucional a lei, sem adentrar o campo da modulação.

A handwritten signature, possibly 'M', is enclosed within a hand-drawn circle on the right side of the page.

12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430 ESPÍRITO SANTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR) - O artigo 27 da Lei 9.868 permite que a Corte fixe o momento: ou a partir do trânsito em julgado, ou qualquer outro momento que ela venha a fixar.



O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Da comunicação acho.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por coincidência, eu tenho até audiência marcada, no intervalo, com o Governador do Espírito Santo. Então, ele deve estar tomando ciência.

Obs.: Texto sem revisão da Exma. Sra. Ministra Cármen Lúcia. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

12/08/2009

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430 ESPÍRITO SANTO**V O T O****O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) -**

Também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para acompanhar a proposta que se construiu no Plenário, a partir do voto do eminente Relator, no sentido não só da declaração de inconstitucionalidade, portanto, procedência da ação, mas também da modulação de efeitos, fixando-se o prazo de sessenta dias, a partir da comunicação.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O Ministro MARCO AURÉLIO apenas fica vencido na parte referente à modulação, pois a declaração de inconstitucionalidade vem de ser proferida em julgamento unânime. Não é?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - É. Quanto à declaração de inconstitucionalidade, a decisão é unânime, ficando vencido o Ministro Marco Aurélio apenas quanto à modulação de efeitos.

Com essas considerações, acompanho o Relator.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.430-8**

PROCED.: ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI

REQTE.(S): PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA


REQDO.(A/S): GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

REQDO.(A/S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação e, por maioria, nos termos do artigo 27, da Lei nº 9.868/99, modulou os efeitos da decisão para que tenha eficácia a partir de 60 dias da data de sua comunicação, tendo em conta a situação excepcional pela qual passa o país, em virtude do surto da denominada "gripe suína", vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, licenciados, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Plenário, 12.08.2009.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, e Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.


Luiz Tomimatsu
Secretário