

Art 37 IX CF contratação temporária

CADE e Contratação Temporária (Transcrições)

(v. Informativo 358)

ADI 3068/DF*

RELATOR ORIGINÁRIO: MIN. MARCO AURÉLIO

Relatório: O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A ação foi ajuizada, inicialmente, contra a Medida Provisória nº 136, de 17 de novembro de 2003. Mediante esse instrumento normativo, inseriu-se, na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, o artigo 81-A, com o seguinte teor:

Art. 81-A. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE poderá efetuar, nos termos do art. 37, inciso IX, da Constituição, e observado o disposto na Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, contratação por tempo determinado, pelo prazo de 12 (doze) meses, do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências institucionais.

Parágrafo único. A contratação referida no caput poderá ser prorrogada, desde que sua duração total não ultrapasse o prazo de 24 (vinte e quatro) meses, ficando limitada sua vigência, em qualquer caso, a 31 de dezembro de 2005, e dar-se-á mediante processo seletivo simplificado, compreendendo, obrigatoriamente, prova escrita e, facultativamente, análise de curriculum vitae, sem prejuízo de outras modalidades que, a critério do CADE, venham a ser exigidas.

Na inicial, sustenta-se que as atividades a serem desempenhadas pelos contratados são de natureza regular e permanente do CADE. Daí apontar-se a medida provisória como conflitante com o disposto no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal, no que autoriza a contratação apenas para atender necessidade temporária de excepcional interesse público. Ter-se-iam parâmetros a exigirem o concurso público. Menciona-se voto proferido pelo ministro Moreira Alves na ADI-MC nº 2.380/DF, em que foi suspensa a eficácia da alínea "c" do inciso VI do artigo 2º da Lei nº 8.745/93, considerada a redação imprimida pela Lei nº 9.849/99, ante a contratação pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI. Alude-se à exposição de motivos da própria Medida Provisória nº 136/2003, na qual ressaltada a repressão às condutas anticoncorrenciais, devendo o CADE ter condições para implementá-la. Também é feita referência a voto por mim prolatado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.229-6/ES, quando esteve em jogo a criação de empregos temporários para suprir a deficiência notada na Defensoria Pública. Pleiteou-se concessão de liminar visando à suspensão daquela medida provisória, vindo-se, alfim, a julgar procedente o pedido formulado para, em definitivo, declarar-se o conflito da medida provisória com a Lei Máxima. À inicial juntaram-se os documentos de folha 10 a 14.

À folha 17, acionei o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/99, ou seja, a possibilidade de julgamento definitivo da ação.

Aos autos veio a Mensagem nº 773, de folha 22, encaminhando informações nas quais se assevera ter a medida provisória, como base, o preceito constitucional de cotejo - o inciso IX do artigo 37 da Carta Política da República -, evocado pelo requerente.

Questiona-se se o Diploma Maior apenas admite a espécie de contratação para

atender carências temporárias ou se a viabiliza também no que tange às permanentes. Reporta-se à obrigatoriedade de a autarquia responder à demanda, formalizando soluções rápidas. Para tanto, afirma-se indispensável contar-se com pessoal capacitado, antes mesmo da criação de cargos por lei. Cita-se Diogenes Gasparini, para quem, por necessidade temporária deve ser entendida aquela qualificada pela transitoriedade, a que não é permanente, a que se sabe ter um fim próximo. Discorre-se sobre o dispositivo constitucional, levando em conta a necessidade urgente de excepcional interesse público. Faz-se alusão à obrigatoriedade de feitura de prova escrita. As informações foram endossadas pelo Consultor-Geral da República, Doutor Manoel Lauro Volkmer de Castilho (folha 30), estando acompanhadas de documentos.

Com a petição de folha 92 a 94, insistiu o Partido da Frente Liberal na apreciação do pedido de concessão de medida acauteladora. Determinei a seqüência do processo, na forma já designada, ou seja, presente o artigo 12 da Lei nº 9.868/99 (folha 95).

À folha 98 à 104, manifesta-se o Advogado-Geral da União, mencionando Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem a norma do inciso IX do artigo 37 da Constituição Federal alcança atividades regulares e permanentes de excepcional interesse público que estejam sofrendo ameaça de não serem cumpridas. A Medida Provisória nº 136/2003 estaria em consonância com o texto constitucional, ante a precariedade do serviço oferecido, tendo em vista a fundamental importância da atuação do CADE. Diz da exigência do concurso público de provas, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, pouco importando a expressão "processo seletivo", usada para distinguir-se a espécie de contratação do preenchimento definitivo dos cargos. Conclui a Advocacia-Geral pela inadmissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade, em face da ausência de configuração do conflito com a Carta Federal.

A Procuradoria Geral da República emitiu o parecer, de folha 106 a 112, assim sintetizado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 136, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2003. CONVERSÃO NA LEI Nº 10.843/2004. REDAÇÃO INALTERADA. ADITAMENTO À INICIAL PROTOCOLIZADO. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL. NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CARACTERIZADA. INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO CONSTITUCIONAL. PARECER PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

A peça baseia-se na regra de que o acesso ao serviço público dá-se por concurso público, surgindo como exceção o contrato para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público. A Lei nº 8.745/93 enumerara diversas situações enquadradas na exceção constitucional, não sendo taxativa quanto à possibilidade de esgotamento. Cita-se doutrina de que não de ser considerados a temporariedade do prazo de contratação e da função a ser exercida, o grau de excepcionalidade do interesse público e da necessidade da contratação. Ter-se-ia como indispensável atender à "situação anômala, de repercussões imprevisíveis", na óptica de Celso Antonio Bandeira de Mello. Reproduz-se lição de Celso Ribeiro Bastos bem como de José Cretella Júnior no tocante à finalidade da norma constitucional - evitar a burla ao concurso público. O CADE, como autarquia, estaria a completar dez anos de existência, sem que houvesse sido criado o quadro de pessoal. Assim, o caso revelaria inércia da Administração. Relativamente às funções,

assevera-se a exigência de conhecimentos técnicos especializados de nível superior, de modo a suprir as carências permanentes da autarquia. Propugna-se pela inconstitucionalidade da Lei nº 10.843/2004.

À folha 118 à 120, está a petição de aditamento, em vista da conversão da medida provisória na Lei nº 10.843/2004. Fez-se pedido sucessivo para tomar-se a ação como arguição de descumprimento de preceito fundamental. Esse pleito foi rechaçado, conforme decisão de folhas 122 e 123.

À folha 125, diante do surgimento da lei, determinei fosse ouvido o Legislativo e, a seguir, a Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República. Nova mensagem veio ao processo, encaminhando pronunciamento da Consultoria Geral da União sobre a incompatibilidade do aditamento, em virtude de fato novo, ou seja, a lei. Esclarece-se que o precedente a que se reportou o requerente - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.011/DF, relatora ministra Ellen Gracie - não chegou ao Colegiado. O Legislativo teria versado a limitação das contratações. Peça acostada e de autoria da Advocacia-Geral da União consigna a impossibilidade do aditamento, a inadmissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade contra atos de efeitos concretos e a constitucionalidade da Lei nº 10.843, de 27 de fevereiro de 2004.

À folha 141 estão as informações da Mesa do Congresso Nacional, remetendo a parecer do assistente jurídico do Senado Federal Frederico Cianni, segundo o qual a narração dos fatos, a fundamentação jurídica do pedido não reflete raciocínio lógico.

À folha 152, indeferi pleito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE de intervenção para prestar esclarecimentos.

O Partido da Frente Liberal - PFL solicitou preferência no exame do pedido sob o ângulo da liminar. Então, determinei a inclusão do processo em pauta com a urgência cabível, dispensado novo pronunciamento do Procurador-Geral da República, porquanto o contido no processo já engloba o aditamento à inicial.

A papeleta relativa à liberação do processo foi expedida ao Plenário em 18 de junho de 2004.

Em 29 de junho de 2004, o requerente voltou a ressaltar a urgência do julgamento, pleiteando a apreciação individual, caso não realizado o pregão no semestre em curso. Despachei, imediatamente, consignando o envio de cópia da peça ao Presidente, a quem compete dirigir os trabalhos do Plenário.

É o relatório.

RELATOR P/ ACÓRDÃO: MIN. EROS GRAU

Voto: - Senhor Presidente, a medida provisória, convertida posteriormente na Lei nº 10.843/04, autoriza o CADE a efetuar, nos termos do artigo 37, IX, da Constituição do Brasil, e observado o disposto na Lei nº 8.745/93, contratação por tempo determinado, pelo prazo de doze meses, de pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências institucionais. A contratação poderá ser prorrogada, desde que sua duração não ultrapasse o prazo de vinte e quatro meses, ficando limitada sua vigência, em qualquer caso, a 31 de dezembro de 2005.

A Lei nº 10.843/04, de que aqui se cogita, inova o ordenamento jurídico para acrescentar nova hipótese ao elenco do art. 2º da Lei nº 8.745, de 09 de dezembro de 1993:

"Art. 2º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público: 'Art.81-A. (...) contratação por tempo determinado, pelo prazo de 12(doze) meses, do pessoal técnico imprescindível ao exercício de suas competências institucionais, limitando-se ao número de 30(trinta). (Lei nº 8.884, de 11 junho de 1994)'."

Afirma-se, na inicial, que o inciso IX do art. 37 da Constituição do Brasil prevê o seguinte:

"IX - A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público"

Assevera-se que o dispositivo autoriza exclusivamente contratações em caráter eventual, temporário ou excepcional.

Como as atividades a serem desempenhadas pelos que viessem a ser contratados nos termos da Lei nº 10.843/04 são de natureza regular e permanente, o texto seria incompatível com o preceito constitucional.

Não me parece correto esse entendimento. O inciso IX do art. 37 da Constituição do Brasil não separa, de um lado, atividades a serem desempenhadas em caráter eventual, temporário ou excepcional e, de outro lado, atividades de caráter regular e permanente. Não autoriza exclusivamente a contratação por tempo determinado de pessoal que desempenhe atividades em caráter eventual, temporário ou excepcional. Amplamente, autoriza contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público em uma e outra hipótese. Seja para o desempenho das primeiras, seja para o desempenho de atividades de caráter regular e permanente, desde que a contratação seja indispensável ao atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público.

Portanto, não existe essa discriminação. A autorização, que se encontra no texto constitucional é ampla. Parece-me ser disso que se trata no caso. Pretende-se suprir temporariamente a carência de pessoal da autarquia, enquanto não é criado quadro de pessoal permanente no CADE - este a ser preenchido, necessariamente, mediante concurso público.

Cheguei a este Tribunal há pouco tempo - antes exercia a advocacia - e sei, perfeitamente, da notória carência de pessoal na autarquia.

Portanto - refiro-me a fatos que são notórios -, atende-se, no caso, a necessidade temporária de excepcional interesse público.

A alegada inércia da Administração não pode ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco o princípio da continuidade da atividade estatal. Este Tribunal não é instância de penalização da inércia da Administração. Deve considerar, fundamentalmente, o que está escrito na Constituição do Brasil.

Por essas razões, em benefício do princípio da continuidade da atividade estatal, peço vênha ao Ministro Marco Aurélio para julgar improcedente a ADI.