

CONTRATAÇÃO POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO: A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO FORMA DE GARANTIR O DESENVOLVIMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

HIRING BY EXCEPTIONAL PUBLIC INTEREST: COMPENSATION FOR MORAL DAMAGE LIKE A GUARANTEE TO THE DEVELOPMENT OF PUBLIC ADMINISTRATION

Felipe Batista
Flávia de Paiva Medeiros de Oliveira

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo traçar linhas gerais sobre a situação dos contratados por excepcional interesse público e faz uma especial análise sobre o fim do vínculo entre administração e contratado. Abordamos alguns casos práticos em que o Judiciário se depara, corriqueiramente, e apresentamos as soluções geralmente adotadas para resolvê-los. Trazemos algumas questões que geram intensos debates no âmbito do Direito Administrativo e Constitucional e nos posicionamos a respeito delas. Ao fim, demonstramos a necessidade de modificação de postura do Judiciário e propomos uma sugestão a ser adotada quando do fim do vínculo entre administração e dito contratado por excepcional interesse público.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública; Contratação de pessoal por excepcional interesse público; Regime especial; Danos Morais.

ABSTRACT

This present article aims trace provisions hired by the situation of exceptional public interest and make a special analysis on the end of the link between administration and contractor. We address some practical cases where the judiciary is faced, routinely, and we present the solutions often adopted to solve them. We bring some issues generate intense debates within the Constitutional and Administrative Law and positioned ourselves about them. At the end, we demonstrate the relevance of changing the judiciary stance and offer a suggestion to be adopted when the end of the link between management and told hired by exceptional public interest.

KEYWORDS

Public administration; Hiring staff for exceptional public interest; Special arrangements; Moral Damages.

Considerações Iniciais

Conforme veremos no transcorrer deste artigo, em que pese o aparente vínculo trabalhista entre contratado por excepcional interesse público e administração pública, a

relação jurídica entre ambos é jurídico-administrativista, não cabendo a afirmação de que a continuidade indefinida do contratado tornaria o vínculo celetista.

Ademais, veremos que por causa desse vínculo jurídico-administrativo existente entre contratado e administração é inconcebível a cobrança de FGTS e respectiva multa quando do término da prestação de serviços.

Questão interessante que causou grandes divergências jurisprudências foi a referente à competência para julgar conflitos decorrentes da prestação de serviços de contratado por tempo determinado e o Poder Público contratante, o que ensejaria a competência da justiça especial trabalhista para solver os conflitos decorrentes de tal relação, mas como explanado acima e veremos no decorrer da abordagem, o vínculo entre ambos é jurídico-administrativo, afastando a competência da justiça laboral.

No decorrer da abordagem veremos as posições defendidas pela doutrina e jurisprudência acerca desse regime especial e defenderemos a tese de que por simetria ao tratamento dado no fim das relações de trabalho convencionais, celetistas, há que se dispensar um tratamento similar aos contratados com deturpação do regime especial; no entanto, ao invés de o magistrado arbitrar os mesmos direitos, vislumbramos nos danos morais e materiais a via adequada para compensar o trabalhador face à impossibilidade de aplicação de tais direitos.

1. Contrato por excepcional interesse público

A Constituição Federal de 1988 determina a obrigatoriedade do concurso público para a investidura em cargo, função ou emprego público, objetivando oportunizar a todos igualdade de oportunidades na disputa por vagas na administração pública, em nítida sintonia e respeito com os postulados constitucionais da igualdade, moralidade e impessoalidade, selecionando, em tese, os mais aptos e afastando apadrinhados políticos. Assim, a investidura no serviço público ocorrerá por meio de prévia aprovação em concurso público, conforme o disposto no art. 37, II, da Lei Fundamental, *ad litteris*:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, **ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração**. (Grifos nossos).

Não obstante a bela tentativa do legislador constituinte em moralizar o serviço público, promovendo o acesso aos cargos públicos por meio de uma adequada seleção, o concurso público, o mesmo dispositivo excepciona essa regra ao permitir a nomeação para cargos em comissão de livre nomeação e exoneração.

Outrossim, em outro inciso, a própria *Lex Mater* traz outra possibilidade de investidura de agente no serviço público sem a realização de concurso público. Prevendo hipóteses em que a administração pública necessitaria da prestação de serviços estabeleceu a possibilidade de contratação de pessoal em situações excepcionais em seu art. 37, IX, *in verbis*:

Art. 37 –

(...)

IX - a **lei estabelecerá** os casos de **contratação por tempo determinado** para atender a **necessidade temporária** de **excepcional interesse público** (Grifos nossos).

Do trecho acima transcrito, infere-se que a contratação de pessoal nesse regime deve preencher quatro requisitos cumulativamente:

- Lei editada pela entidade contratadora – o ente público que for contratar pessoal deverá possuir lei própria estabelecendo expressamente as hipóteses em que é cabível a contratação por meio desse instituto;
- Contratação por tempo determinado – a contratação há que ser efetivada por tempo determinado, porquanto a manutenção por tempo indeterminado descaracteriza o regime. Em regra, no plano federal, não é possível a renovação do contrato, exceto após o transcurso de certo tempo ou em conformidade com o art. 4º, parágrafo único, e art. 9º, parágrafo único, parte final, da Lei 8.745/93, que estabelecem algumas exceções;
- Temporariedade da necessidade – a necessidade tem que ser transitória, posto que se a necessidade de mão-de-obra for permanente, o meio adequado para o recrutamento de pessoal é o concurso público, seja no regime celetista, seja no regime estatutário; e,
- Excepcional interesse público – a necessidade de contratação de pessoal neste regime deve ser decorrente do excepcional interesse público, não cabendo a contratação de pessoal para a realização de atividades comuns permanentes, as quais devem ser realizadas por servidores próprios. Em que pese ser um

conceito aberto, com determinação vaga, o fato é que nem a Carta Maior nem a Lei 8.745/93, na esfera federal, definem o que seria o excepcional interesse público; no entanto, a Lei 8745/93 traz situações em que considera haver o excepcional interesse público. Neste sentido, vemos bons exemplos na citada lei ao dispor sobre a contratação para assistência a situações de calamidade pública, assistência a emergência em saúde pública, contratação de professor para suprir falta de professor efetivo, dentre outras hipóteses;

O fim a que se destina, a “*mens legis*” de tal dispositivo constitucional, é a necessidade temporária ou o excepcional interesse público, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é *temporária*, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo quê haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato *suprimento temporário de uma necessidade* (neste sentido, “necessidade temporária”), *por não haver tempo hábil para realizar concurso*, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar. (MELLO, 2009. p. 281-282)(Grifos do original).

Decorre da citação acima que, a contratação de pessoal sob esse regime será realizada de modo mais rápido, dispensando-se, até mesmo, a realização de concurso de provas ou provas e títulos (exceção ao princípio do concurso público), sendo realizada a seleção por meio de processo seletivo simplificado ou através de mera análise de currículo.

Percebe-se que apesar da dispensa de concurso para o recrutamento de pessoal, há a necessidade do referido processo seletivo simplificado. Havendo a sua dispensa, por exemplo, na “contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública (...)”¹.

Isso decorre justamente do excepcional interesse público, pois um procedimento seletivo rígido por ser moroso tornaria sem efeito essa previsão de contratação, podendo acarretar danos irreparáveis à coletividade.

Apesar da flexibilização na contratação de pessoal neste regime, na esfera federal, a Lei 8.745/93 em seu art. 3º determina ampla divulgação da seleção. E embora a lei nem a Constituição definam o que é o processo seletivo simplificado, o mesmo deve respeitar os

¹ Art. 3º, § 1º, da Lei 8.745/93.

princípios norteadores da administração pública insculpidos, notadamente, no art. 37, *caput*, da Carta Magna.

1.1. . Aspectos legais e doutrinários.

No âmbito federal foi promulgada a Lei 8.745/93 que regulamenta a contratação de pessoal por excepcional interesse público naquela esfera.

Tal lei disciplina algumas hipóteses de contratação, direitos e deveres do contratado e alguns dispositivos fazem referência ao estatuto do servidor público civil da união (Lei 8.112/90).

Interessante notar que as hipóteses de contratação insculpidas naquela lei demonstram uma intenção do legislador em respeitar e dar efetividade ao princípio administrativo da continuidade dos serviços públicos.

Assim, além do caso de assistência a situações de calamidade pública e outras, as atividades que se destacam são educação (contratação de professor ou pesquisador) e saúde (assistência a emergências em saúde pública).

Para a doutrina, essa hipótese de contratação é adequada, porquanto colmata uma necessidade temporária de pessoal nos entes públicos; no entanto, é muito criticada a deturpação desse instituto como se verá mais a frente, pois, dentre outros motivos, muitas vezes o administrador evita de fazer uma seleção de profissionais efetivos para se valer da dita necessidade excepcional e contratar servidores temporários.

Quanto à natureza jurídica do contrato realizado entre prestador e administração, tem-se que é um contrato administrativo regido pelo regime especial, distinto do contrato de trabalho da CLT. Conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

Outro ponto a ser examinado é o relativo à natureza da relação jurídica funcional. Diz a Constituição que a lei estabelecerá os casos de contratação desses servidores. Assim dizendo, só se pode entender que o Constituinte pretendeu caracterizar essa relação funcional como de natureza contratual. Cuida-se, de fato, de verdadeiro contrato administrativo de caráter funcional, diverso dos contratos administrativos em geral pelo fato de expressar um vínculo de trabalho subordinado entre a Administração e o servidor. Não obstante essa qualificação, a lei instituidora do regime certamente poderá incluir algumas normas que mais se aproximem do regime estatutário, que, inclusive, tem aplicação subsidiária no que couber. O que não poderá, obviamente, é fixar outra qualificação que não a contratual (CARVALHO FILHO, 2011, p. 562).

Assim, vislumbra-se que o contratado por excepcional interesse público não exerce cargo nem emprego, mas sim função pública, conforme doutrina Fábio Bellote Gomes:

Nessa hipótese, não há cargo público e tampouco emprego público a ser ocupado pelo agente temporário, mas, unicamente, uma função pública (competência administrativa específica) a ele atribuída durante o período de vigência de seu contrato com a Administração Pública (GOMES, 2012, p. 568-569).

O regime do contratado por excepcional interesse público é diverso do celetista e do estatutário, não podendo ser enquadrado como servidor estatutário nem celetista, em consonância com a abalizada doutrina de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

De toda sorte, frise-se, o regime jurídico dos agentes públicos contratados por tempo determinado não é trabalhista, isto é, não são eles empregados celetistas, não têm emprego público. Todavia, não podem tais agentes, tampouco, ser enquadrados propriamente como servidores públicos estatutários (eles também não têm cargo público), embora estejam vinculados à administração pública por um regime funcional de direito público, de natureza jurídico administrativa. Podemos dizer que os agentes públicos contratados por tempo determinado exercem função pública remunerada temporária, tendo o seu vínculo funcional com a administração pública caráter jurídico-administrativo, e não trabalhista. Eles têm um contrato com a administração pública, mas se trata de um contrato de direito público, e não do “contrato de trabalho” em sentido próprio, previsto na CLT. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 288-289).

Conforme exposto, a relação jurídica do contratado com a administração pública é regida pelo Direito Administrativo, não havendo que se falar em direito à percepção de FGTS, multa ou demais institutos do Direito do Trabalhista. De modo contrário, estar-se-ia criando um regime híbrido “estatutário-celetista”, uma verdadeira aberração jurídica.

1.2. Administração Pública com Regime especial e sem regime especial

O inciso IX, do art. 37, da Carta Fundamental, diz que “lei estabelecerá os casos de contratação”, assim verifica-se que o mencionado dispositivo é uma norma constitucional de eficácia limitada, na tradicional classificação das normas constitucionais.

Nessa toada, a doutrina indaga de quem seria a competência para editar a referida lei. A resposta é competência concorrente, cada ente federativo deve possuir sua respectiva lei instituindo o seu regime especial, não podendo utilizar a lei de ente diverso.

Assim, diante da necessidade de cada esfera de governo (sobretudo Estados e municípios) contratante de mão-de-obra por excepcional interesse público possuir o seu próprio regime especial surge algumas questões: se não tiver o respectivo estatuto, o contrato

converte-se em celetista? Qual a competência para dirimir os conflitos dessa relação? O contratado por excepcional interesse público faz jus aos mesmos direitos do celetista?

No entender de José dos Santos Carvalho Filho a resposta para a última indagação é positiva se o ente federativo não possuir lei disciplinando o regime especial:

Entretanto, impõe-se distinguir. A justiça comum só é competente para apreciar tais litígios quando o ente federativo tiver efetivamente editado a lei específica reguladora do regime especial, como determina o art. 37, IX, da CF.[1672] Se não o tiver feito, sequer pode recrutar servidores pelo regime especial; caso o faça, a pretexto de admitir servidores temporários, estará celebrando, dissimuladamente, mero contrato de trabalho, de modo que futuros conflitos deverão ser decididos na Justiça do Trabalho. Não obstante, semelhante distinção parece não ser acolhida por certos setores do Judiciário, o que não se afigura, em nosso entender, o melhor entendimento(CARVALHO FILHO, 2011, p. 562).

Do mencionado trecho transcrito, nota-se no entendimento esposado que se o ente público quer recrutar pessoal sem o amparo da respectiva legislação instituidora do regime especial não há que se falar em contratação por excepcional interesse público, mas sim em contrato de trabalho nos moldes determinados pela legislação trabalhista.

Por sua vez, parte da doutrina e da jurisprudência entendem que a má gestão administrativa não deve ser causa para onerar os já tão abalados cofres públicos.

Entendimento diverso tornaria inócua a contratação por tempo determinado, desvirtuando sua “*mens legis*” (contratar serviços em regime especial, sem onerar a administração como o celetista, face aos direitos trabalhistas, nem como o estatutário, diante da estabilidade deste ou da previdência do servidor público tão deficitária que é).

Entretanto, partindo do posicionamento acima esboçado, entende-se que, se o ente público contrata pessoal alegando excepcional interesse público, mas não tem estatuto legal que o discipline, há que se aplicar as disposições trabalhistas, pois a razão que fundamenta os direitos trabalhistas dos celetistas deve por simetria ser aplicada ao contratado por excepcional interesse público.

Ora, se o Poder Judiciário considera que com o particular que prorroga o contrato de trabalho indefinidamente ocorre relação de emprego, então com maior razão, conforme o brocardo “*Ubi eadem est ratio, ibi ide jus*” (a mesma razão autoriza o mesmo direito) a administração que prorroga constantemente os contratos dos temporários deve se submeter à mesma regra, por imperativo de isonomia, legalidade e moralidade. Além de que o Poder Judiciário não pode exigir do particular o que a Administração Pública não faz contumazmente, pois o melhor ensinamento é o exemplo.

O ente público rege-se pelo princípio da legalidade, dessa forma, só pode fazer ou deixar de fazer o que a lei determina ou autoriza. Tal princípio, como é sabido, é muito mais rígido em relação à administração pública do que com relação aos particulares, estes podem fazer tudo o que a lei não proíba, enquanto aquela deve fazer apenas o que está previsto ou permitido em lei.

Assim sendo, o ente público deve ser o maior e melhor cumpridor das leis existentes em nosso ordenamento, não apenas por exigência legal e constitucional, mas também pelo caráter pedagógico decorrente de seu exemplo.

2. Deturpação do instituto constitucional: renovação sucessiva dos contratos e má-fé do contratante;

Um grande problema do regime especial é que os administradores, por motivos geralmente políticos-eleitorais, deturpam esse instituto constitucional.

Oligarquias políticas lançam mão do regime especial e tornam a administração um verdadeiro cabide de empregos, contratando quem querem e mantendo-os indefinidamente, até que outra gestão venha e troque esses contratados, reiniciando o ciclo vicioso que apenas traz males à administração.

Em vez de contratarem apenas excepcionalmente a mão-de-obra por meio do regime especial e preencherem os cargos existentes na administração com servidores efetivos permanentemente, usam tais cargos como moeda de troca e os preenchem com contratados nos moldes do art. 37, IX, da CF, em nítida burla ao postulado do concurso público.

Assim, uma regra que deveria ser a exceção, por interesses individuais, acaba tornando-se a regra, em detrimento da realização de concurso público e seleção de pessoal efetivo. Nesse sentido leciona José dos Santos Carvalho Filho:

Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indisfarçável simulação, e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade (CARVALHO FILHO, 2011, p. 563).

Não bastasse esse desrespeito à norma constitucional, os gestores renovam sucessivamente e indeterminadamente os contratos dessas pessoas em clara afronta a norma

em comento. Há doutrinadores que advogam que essa renovação sucessiva descaracteriza o instituto da contratação por excepcional interesse público e que isso transmudaria esse regime em celetista.

Embora seja a posição mais adequada, afinal de contas o contratado não pode ser vítima de más-gestões, que por interesses próprios prejudicam terceiros e a própria administração pública, há que se destacar, conforme nos ensina José dos Santos Carvalho Filho, que essa conversão é possível sem maiores problemas se o respectivo ente político não possuir lei específica sobre o regime especial:

Outro aspecto merecedor de exame consiste na longa permanência do vínculo temporário, em virtude de sucessivas prorrogações (algumas expressas, outras tácitas), gerando verdadeira consolidação da relação de trabalho. A matéria aqui é controvertida. Numa vertente, entende-se que essa causa – o fator tempo - não é idônea para converter o regime especial no regime trabalhista; noutra, advoga-se essa possibilidade, em face do desvirtuamento do regime inicial. A despeito da anomalia, parece-nos melhor este último entendimento, e por mais de uma razão: a uma, porque a permanência do servidor comprovaria a inexistência de qualquer temporariedade do vínculo, como o exige a Constituição; a duas, porque outra orientação só prejudica o próprio servidor, que não teria as parcelas relativas à rescisão do contrato de trabalho, não sendo razoável recaírem sobre ele os efeitos da má gestão administrativa. Reitere-se, contudo, que tal polêmica só se justifica se a pessoa federativa tiver editado sua lei específica para o regime especial; caso contrário, o vínculo terá mesmo que ser trabalhista, seja temporário ou permanente. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 562-563).

Com relação aos entes que possuem o respectivo regramento, se houver renovação sucessiva dos contratos, descaracterizando o instituto do regime especial, comprovando-se a inexistência de temporariedade do vínculo ou a má-fé do gestor, como não é possível aplicar as disposições celetistas, defende-se a tese de que o contratado deve ser indenizado através de danos morais, pois como todo direito há um limite, não pode o gestor público abusar de um instituto constitucional e simplesmente exonerar o contratado sem nenhuma compensação, pois tal atitude prejudicaria o contratado que prestou serviço tal como um empregado celetista e não seria adequado lhe dispensar um tratamento tão injusto.

Ademais, a contratação de pessoal, tenha o ente público regime especial ou não, em hipótese alguma dá direito à efetivação, pois não exerce cargo ou emprego, mas sim função pública. Vejamos, a propósito, o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSORES CONTRATADOS EM REGIME TEMPORÁRIO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À EFETIVAÇÃO NO CARGO, A DESPEITO DA PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS POR PRAZO SUPERIOR A DEZESSETE ANOS. 1. A Constituição Federal de 1988 prevê as formas de ingresso definitivo no serviço

público dispondo, em seu art. 37, II, que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. 2. Como exceção a essa regra, prevê, no inciso IX do mesmo preceito, que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”. 3. Professores temporários contratados pelo Estado do Pará com fundamento na LC 7/91, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. 4. Hipótese em que os impetrantes tinham pleno conhecimento da situação na qual estavam inseridos durante todo o período em que permaneceram no serviço público, ou seja, de que seu vínculo com a Administração tinha caráter meramente temporário. 5. A eventual dispensa dos professores contratados temporariamente prescinde da anulação de qualquer ato administrativo, dependendo apenas da observância ao que determina a lei e a Constituição Federal. Não há, no caso, um ato concreto a permitir a convalidação dos seus efeitos em razão do decurso do tempo. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido (RMS 30.651 – Rel. Min. Eliana Calmon – j. em 19-8-2010).

Ainda quanto ao desrespeito aos postulados constitucionais, há casos em que a Administração Pública realiza a seleção de pessoal por meio de concurso público, mas não nomeia os candidatos classificados, e recruta pessoal por meio do regime especial. Essa preterição dos candidatos classificados é veementemente rechaçada pelos nossos tribunais, conforme o seguinte precedente:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXISTÊNCIA DE CANDIDATOS DEVIDAMENTE APROVADOS E HABILITADOS EM CERTAME VIGENTE. PRECEDENTES. 1. A contratação precária para o exercício de atribuições de cargo efetivo durante o prazo de validade do concurso público respectivo traduz preterição dos candidatos aprovados e confere a esses últimos direito subjetivo à nomeação. Precedentes: ARE 692.368-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 4/10/2012 e AI 788.628-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 8/10/2012. 2. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “ ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO FORA DO NÚMERO DE VAGAS. CONTRATO DE SERVIÇO TERCEIRIZADO PARA A MESMA FUNÇÃO NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTA ME. PRETERIÇÃO DECORRENTE DE PACTO PRECÁRIO QUE FAZ SURGIR DIREITO À NOMEAÇÃO PRECEDENTES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO” . 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF - ARE: 724076 SC , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/11/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013).

Há casos também em que o ente público faz o concurso publico para formação de cadastro de reserva, no entanto, não convoca os candidatos classificados no referido cadastro, contratando através do regime especial. Nestas hipóteses, a jurisprudência entende que a

contratação convola a expectativa de direito à nomeação do candidato classificado no cadastro de reserva em direito subjetivo à nomeação.

O ministro Gilmar Mendes, em caso semelhante ao citado acima, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 776.070/MA, assim se pronunciou:

No caso dos autos discute-se a legalidade da contratação de professores temporários, apesar da existência de candidatos aprovados em concurso público e constantes do cadastro de reserva para o cargo em comento.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte segue o entendimento de que a **ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação**, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal. Assim, comprovada a existência de vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, caracteriza-se preterição do candidato aprovado em concurso público. (Grifamos).

Assemelha-se à situação do cadastro de reserva quando o candidato é aprovado fora do número de vagas, mas a administração não o convoca e lança mão da contratação por excepcional interesse público. Assim se pronunciou o STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 1. O acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento firmado por esta Corte Superior, segundo a qual deve ser reconhecido o direito subjetivo a nomeação aos candidatos aprovados fora das vagas em concurso público se, no prazo de validade do certame, suceder contratação precária para o preenchimento de vagas existentes do órgão, em nítida preterição dos aprovados, como ocorreu no caso dos autos. Precedentes: AgRg no AREsp 256.010/RN, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 07/05/2013; AgRg no RMS 41.404/MA, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/04/2013; RMS 40.714/TO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 14/03/2013; RMS 35.599/MA, Rel. Min. Hermana Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2012. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 315313 ES 2013/0075597-9, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 15/08/2013, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2013).

3. Contratação por excepcional interesse público e improbidade administrativa

A doutrina prega que o ato de improbidade administrativa pode ocorrer de três formas precípuas, a saber, em virtude de: I) atos contrários aos princípios da administração pública;

II) atos que enriqueçam ou tragam quaisquer lucros para o agente público ilicitamente; e, III) atos que lesem o patrimônio público trazendo prejuízos.

Assim, a contratação por excepcional interesse público sem o devido respeito aos postulados e requisitos legais, notadamente sem a realização de concurso público, enseja a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, o próprio art. 37, § 2º, dispõe que o desrespeito à determinação de seleção de pessoal por meio de concurso público acarreta a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável. Dessa forma, o dano ao patrimônio é presumido e o dever de reparar o dano ao erário é do responsável pelo ato de admissão, pois a remuneração percebida pelo contratado representa a contraprestação relativa aos serviços que prestou à entidade pública.

Nessa norte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em casos de contratação por excepcional interesse público feitas irregularmente, entende que tal prática enseja a responsabilização por ato de improbidade administrativa, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. 1. A ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, independentemente da presença de dolo, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário. 2. **Ao contratar e manter servidora sem concurso público na Administração, a conduta do recorrente amolda-se ao disposto no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido.** O acórdão recorrido ressalta que a admissão da servidora "não teve por objetivo atender a situação excepcional e temporária, pois a contratou para desempenhar cargo permanente na administração municipal, tanto que, além de não haver qualquer ato a indicar a ocorrência de alguma situação excepcional que exigisse a necessidade de contratação temporária, a função que passou a desempenhar e o tempo que prestou serviços ao Município demonstram claramente a ofensa à legislação federal". 3. Desse modo, é razoável a sua condenação na pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e o pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município - punições previstas no patamar mínimo do artigo 12, III, da LIA.5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1005801 PR 2007/0262534-2, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 27/04/2011, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 12/05/2011)(Grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N.8.429/92. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO OU MANUTENÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DE CONHECIMENTO PALMAR. DOLO GENÉRICO. CARACTERIZAÇÃO. 1. A prestação jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça no que tange à caracterização do elemento subjetivo não é matéria que envolva a reapreciação do conjunto probatório e muito menos incursão na seara fática, tratando-se de mera qualificação jurídica. Precedente: (REsp 1245765/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado

em 28/06/2011, DJe 03/08/2011). 2. Segundo o acórdão, os agravantes contrataram e/ou mantiveram contratados - durante suas gestões administrativas, respectivamente compreendidas entre 15.3.1991 a 31.12.1994 e 1º.1.1995 a 7.8.1997, como presidentes da autarquia estadual de trânsito (DETRAN/MT) - sem a prévia realização de concurso público. 3. A contratação de servidor em 1991 e a sua manutenção até 1997 não pode ser escusada por alegações genéricas de ignorância da norma. Essa progressão temporal, por si só, sem que seja necessário revolver a matéria fático-probatória dos autos, afasta o argumento da ausência de dolo. 4. Decorrido tanto tempo da promulgação da Constituição Federal, a violação principiológica era de conhecimento palmar. Não havia zona cinzenta de juridicidade capaz de desestimular os agravantes ao cumprimento de seu dever legal e constitucional. Precedentes: (REsp915.322/MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23.9.2008, DJe27.11.2008.) 5. Configurada a prática da improbidade administrativa, nos termos da fundamentação acima, deve o Tribunal de origem aplicar as sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92, onde couberem. Agravos regimentais improvidos. (STJ - AgRg no REsp: 1107310 MT 2008/0283208-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/03/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2012) (Grifo nosso).

4. Fim da relação jurídica com o ente estatal

Findo o contrato, o prestador de serviço não terá direito trabalhista algum, se fora respeitado todos os regramentos vigentes, pois o regime especial não prevê tais direitos.

Na esfera federal, caso seja do interesse da Administração Pública o fim da relação contratual, o ente público pode rescindir o contrato; no entanto, como dispõe o art. 11, § 2º da Lei Federal 8.745/93 o mesmo terá que arcar com a metade dos salários do contratado relativo ao período restante.

4.1. Inaplicabilidade das disposições trabalhistas

Muitas vezes o judiciário é provocado para analisar pedidos de FGTS, multa, aviso prévio indenizado, dentro outros, de contratados, regularmente, cuja prestação de serviço terminara. Direitos claramente de empregados regidos pela CLT.

O que ocorre é uma confusão, pois o contratado por excepcional interesse público acha que tem direito aos mesmos direitos que o empregado regido pela CLT; todavia, esse não é o regime ao qual está submetido.

Ora, o contratado temporariamente não faz jus ao FGTS, o qual é reservado apenas para servidores e empregados celetistas.

Nesse sentido, registro o seguinte precedente jurisprudencial:

AÇÃO ORDINÁRIA - DISPENSA DE SERVIDOR CONTRATADO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TEMPORÁRIO - INADMISSIBILIDADE DO DEFERIMENTO DE FGTS. O servidor contratado por tempo determinado para prestar serviços ao Município, nas condições e prazos previstos em Lei Municipal, prorrogado o contrato nos limites ali previstos, não tem direito ao FGTS, verba rescisória própria da CLT. (TJMG-062669, Apelação Cível nº 1.0407.05.009144-3/001, 7ª Câmara Cível do TJMG, Mateus Leme, Rel. Wander Marotta. j. 14.02.2006, unânime, Publ. 23.03.2006).

O Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, em julgados polêmicos e dissonantes do entendimento jurisprudencial e doutrinário majoritário já considerou ser devido tais direitos trabalhistas ao contratado por excepcional interesse público, a propósito, vejamos os seguintes acórdãos:

APELAÇÃO CÍVEL. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE, INDEPENDENTEMENTE DO REGIME JURÍDICO AO QUAL ESTÁ SUBMETIDO (CELETISTA OU ESTATUTÁRIO), FAZ JUS AO FGTS, JÁ QUE O STF ESTENDEU AOS SERVIDORES CONTRATADOS EM REGIME TEMPORÁRIO OS DIREITOS PREVISTOS NO ART. 7º DA CARTA MAGNA (STF, ARE 663104 AGR). NÃO HÁ ESPAÇO, CONTUDO, PARA A MULTA DE 40%, POIS, NÃO HAVENDO PRÉVIA APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO, TAIS SERVIDORES PODEM SER DEDITOS AD NUTUM. RECURSO PROVIDO EM PARTE, MEDIANTE DECISÃO UNIPESSOAL. DECISÃO: Vistos etc. Ante o exposto, dou provimento parcial à apelação cível, para, reformando a decisão recorrida, julgar parcialmente procedente o pedido exordial, condenando o Município de Campina Grande ao recolhimento, em favor da apelante, do FGTS referente ao período de outubro/1998 a fevereiro/2008, o que faço com base no art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil. Como a apelante decaiu de parte mínima do pedido, inverte os ônus de sucumbência fixados na decisão de origem. Intimações necessárias. Cumpra-se. (TJ-PB, APELAÇÃO CÍVEL Nº 001.2011.026119-3/001 - RELATORA: Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira).

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PRESTADOR DE SERVIÇOS. CONTRATO ADMINISTRATIVO TEMPORÁRIO DECLARADO NULO. AUSÊNCIA DE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. FGTS. OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO. DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. ART. 557, §1º, A, CPC. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. - O STJ firmou entendimento segundo o qual a declaração de nulidade do contrato de trabalho, em razão da ocupação de cargo público sem a necessária aprovação em prévio concurso público, equipara-se à ocorrência de culpa recíproca, gerando para o trabalhador o direito ao levantamento das quantias depositadas na sua conta vinculada ao FGTS. - O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento no sentido de que “é devida a extensão dos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal a servidor contratado temporariamente, nos moldes do art. 37, inciso IX, da referida Carta da República, notadamente quando o contrato é sucessivamente renovado”. [...] Isto posto, com fulcro no art. 557, §1º - A, do Código de Processo Civil, dou provimento parcial ao recurso apelatório, apenas para condenar o Estado da Paraíba a pagar ao promovente o FGTS relativo ao período trabalhado, mantendo os demais termos da sentença objurgada. (TJ-PB, APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000635-66.2012.815.0551, RELATOR: Desembargador João Alves da Silva, j. 12.02.2014. Decisão Monocrática. Publ. 14.02.2014).

Em que pese o respeitável posicionamento do Tribunal paraibano nos casos acima, o correto, pelo atual ordenamento jurídico, seria não ter concedido o FGTS. No primeiro acórdão, cita-se o precedente do STF ARE 663104 AGR como que se o Pretório Excelso tivesse estendido aos contratados todos direitos trabalhistas, inclusive o FGTS; no entanto, ao verificar o inteiro teor do referido julgado, não há sequer menção a FGTS, apenas trata de outros direitos trabalhistas, tais como férias e décimo terceiro, que de fato são estendidos aos servidores públicos, aos comissionados e aos contratados por excepcional interesse público.

No segundo acórdão, acima transcrito, verifica-se que o Tribunal fez uma interpretação equivocada da Súmula 466 do STJ. Referida súmula aplica-se em casos em que o regime de trabalho do prestador de serviço é celetista e, portanto, possua conta com respectivos depósitos do FGTS, mas o ato admissional fora nulo por não ter havido seleção por meio de concurso público. Ao verificarmos os precedentes que fundamentaram a edição da referida súmula, constata-se que impediam o saque dos depósitos do FGTS com a fundamentação de que a contratação teria sido nula, e, assim, não haveria o direito ao FGTS depositado, diante dessas situações, o STJ editou a referida súmula para resolver tais casos.

4.2. Impossibilidade de repor a força de trabalho despendida e enriquecimento sem causa da administração pública;

Um dos pressupostos das indenizações trabalhistas previstas na CLT é compensar o esforço despendido pelo trabalhador durante sua atividade laboral, possibilitando assim que o empregado tenha certa estabilidade financeira até que consiga se recolocar no mercado de trabalho.

Nesse sentido, soa injusto o fim de uma relação de prestação de serviço, onerosa e habitual sem qualquer tipo de compensação para a parte hipossuficiente, qual seja, o prestador de serviço.

Ainda mais quando o contratado por excepcional interesse público é mantido indeterminadamente prestando serviços à administração, deturpando-se claramente o instituto constitucional.

Assim, nesses casos, sendo impossível repor a força de trabalho despendida pelo prestador de serviço, o Estado deve compensar o fim da relação de trabalho, sob pena de enriquecimento ilícito do ente Público e incentivo ao desvirtuamento do regime especial.

Diante disso, nos casos em que ocorrer a deturpação do regime especial, vislumbra-se nos danos morais e/ou materiais o meio apto a compensar essa injustiça perpetrada pelos entes públicos.

4.3. Danos morais como meio apto a compensar o fim da relação de prestação de serviço temporária junto à administração pública;

Para que aqueles que foram contratados por excepcional interesse público, irregularmente ou que durante a prestação de serviços tiveram o vínculo deturpado, não fiquem numa situação de instabilidade, o ideal seria conceder-lhes danos morais e materiais, conforme o caso e a forma em que se deu o fim da relação.

Ora, muitos contratados começam seus vínculos com a administração em decorrência de promessas políticas de campanhas, o que por si só é ilegal e imoral, eleitoralmente falando, como tecnicamente, pois se há necessidade de pessoal permanente, a Administração Pública deve recorrer ao concurso público e prover tais cargos com servidores estatutários.

Em que pese a deturpação do regime especial, o fato é que o ente público não pode se valer de má-fé, ficar prorrogando contratos e ao fim da relação exonerar o contratado sem lhe dar uma indenização cabal.

Embora o contratado possa até saber que seu vínculo com a administração pública seja temporário, o fato é que quando há a deturpação do regime especial o administrador está nitidamente desrespeitando os ditames legais e por vezes tergiversando à obrigação de realizar concurso público e contratar mão de obra permanente.

Assim, se o contratado presta serviços adequadamente e cumpre suas obrigações, então, o ente público também deve cumprir as dele.

O ente público tem que ser punido ao gerar tais situações, além de que o contratado tem suas obrigações que deve adimplir mês-a-mês e não pode vê-las descumpridas em razão da má gestão do erário. Portanto, aquele tem o dever ético, jurídico e moral de proporcionar a tais pessoas um mínimo indenizatório, a partir do qual o ex-contratado retirará o seu sustento e, por vezes, o de sua família.

Acrescenta-se, ainda, que o desrespeito aos preceitos do regime especial acarreta dano moral ao contratado, vez que ao desligar-se da administração não perceberá indenização alguma, que poderia ter deixado a mesma antes e procurado outras oportunidades no mercado

de trabalho, mas em virtude das renovações sucessivas fora induzido a continuar vinculado à administração pública.

Dessa forma, como nosso ordenamento jurídico lamentavelmente veda a aplicação das disposições trabalhistas (notadamente as atinentes ao FGTS) aos contratados por excepcional interesse público, a via adequada para não prejudicar aquele que laborou por longa data e para evitar que o ente público repita sua atitude irregular é justamente a condenação da administração pública em danos morais.

A fixação dos danos morais além de possuir caráter compensatório, ao compensar o contratado por excepcional interesse público, tem caráter punitivo e pedagógico (pune o agressor e desestimula a prática de tal conduta).

Considerações finais

Conforme defendido no presente artigo, o instituto da contratação por excepcional interesse público é fundamental para que a Administração Pública consiga, na persecução pelo bem comum, fornecer seus serviços de modo constante, sem intermitências.

Não obstante o seu papel preponderante para a manutenção dos serviços públicos, ve-se que tal instituto é constantemente deturpado, e, por conta disso, o prestador de serviço não pode ser usado e simplesmente dispensado, sem compensação alguma.

Diante disso, advoga-se a tese de que o contratado por excepcional interesse público, irregularmente ou que durante a prestação de serviços teve o vínculo deturpado, faz jus, quando da extinção do respectivo contrato, a danos morais e materiais, justamente porque fora mantido prestando serviço sem o devido respeito aos ditames legais, tolhendo-lhe a possibilidade de se desvincular da administração e exercer outra atividade.

Igualmente os danos morais são devidos para que lhe seja assegurado o mínimo existencial, a partir do qual ele usará para se recolocar no mercado de trabalho. E de outra banda, os danos morais serão um meio de repelir a prática corriqueira dos entes públicos de deturpar o instituto do regime especial.

Referências bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.