

PARECERES

GABINETE DO PROCURADOR-GERAL
Parecer n.º 05/2004 - Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga

Em 04 de maio de 2004.

Contratação por tempo determinado. Art. 37, IX, CF. Educação Pública. Lei n.º 2.399/95. Limite de 5.800 contratações temporárias. Inconstitucionalidade. Matéria de competência administrativa. Excesso de Poder Legislativo.

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Trata-se de processo administrativo encaminhado pelo Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Educação – SEE –, rogando análise e manifestação acerca da questão jurídica controvertida suscitada no processo, conforme parecer de fls. 62/64 da Assessoria Jurídica daquela Secretaria, qual seja, se a Lei n.º 2.399/95 – *que dispõe sobre a contratação de pessoal, por prazo determinado, no âmbito da Administração Pública estadual, para as funções relativas à educação e saúde públicas, sistema penitenciário e assistência à infância e adolescência* –, com as alterações posteriores, ao fixar número máximo de contratações temporárias para a “Educação Pública” (atualmente em 5.800 contratações temporárias), conteria vício de inconstitucionalidade.

O processo foi inaugurado com manifestação da Superintendência de Recursos Humanos da SEE, relatando os fatos que, a juízo da autoridade administrativa, poderiam autorizar a contratação temporária de professores do ensino público estadual, para suprimento da carência constatada a partir do levantamento realizado pelo Programa de Reestruturação da Rede Pública de Ensino do Estado do Rio de Janeiro – PRÓ-REDE.

Após breve histórico das medidas mais recentemente tomadas visando a suprir a “*tão aventada e histórica falta de professores nas escolas de nossa Rede*”, como a concessão de Gratificação de Lotação Prioritária – GLP, a celebração de contratos temporários e a convocação de professores contratados, registra a Superintendência de Recursos Humanos da SEE que o PRÓ-REDE logrou concluir preliminarmente a certificação de todos os quadros de horários da rede pública estadual de ensino, verificando-se uma carência de professores que teria superado as expectativas da SEE, e, ainda, que outras modificações nos quadros ainda deverão ser registradas nos próximos 60 dias, em decorrência de afastamentos de professores, dentre outros fatores, e que alguns problemas ainda aguardam definição, como o de saber se os Professores Docentes II deverão ser efetivados nos quadros do Estado, considerando que o ensino fundamental, de acordo com a Constituição Federal, deve ser garantido pelos municípios.

De acordo ainda com o relatório, o PRÓ-REDE teria estabelecido que aos candidatos aprovados e classificados no concurso público realizado em 2001 deveria ser garantida prioridade para a celebração de contratos temporários.

À vista dos elementos já colhidos, o parecer é finalizado com a sugestão de encaminhamento ao Excelentíssimo Secretário de Estado de Educação de pedido de autorização para a realização de cerca de sete mil contratos temporários, esclarecendo-se que, inobstante a idéia de efetivação dos professores concursados apontar, em princípio, como a solução mais indicada para suprir a carência de professores, momentaneamente, a contratação temporária seria a mais apropriada, até que definitivamente concluídos os trabalhos do PRÓ-REDE, nestes termos:

“Assim, por absoluta cautela consideramos que a efetivação dos concursados que foram contratados em regime temporário, obedecida a ordem classificatória obtida por cada candidato, deva ser postergada, nos possibilitando um prazo suficiente para encerramento dos ajustes finais dos resultados do PRÓ-REDE, o que propiciará apontarmos com toda segurança o quantitativo de concursados a ser efetivado para cada Coordenadoria Geral”.

O Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado de Educação, Dr. Cláudio Mendonça, solicitou então o pronunciamento da Excelentíssima Senhora Secretária de Administração, Dra. Vanice Regina Lírio do Valle, sobre a questão. Esta, com a precisão de costume, proferiu o parecer de fls. 15/29, onde concluiu, resumidamente:

- que a aferição das reais necessidades de pessoal da SEE (envolvendo o quantitativo e os mecanismos para atendimento das necessidades) é matéria afeta à SEE;
- a principiologia decorrente do art. 37, *caput*, deve ser sopesada com o princípio da continuidade do serviço público;
- a Constituição Federal apresenta o concurso público como sistemática ordinária para a admissão de pessoal;
- a contratação temporária apresenta-se como solução para o atendimento do interesse público caracterizada a situação especial de necessidade temporária e excepcional interesse público na contratação precária;
- “a excepcionalidade do interesse público pode se relacionar à demanda social em si ou à construção de uma solução temporária que funcione como ‘ponte’ até a admissão de pessoal pelo mecanismo ordinário constitucional – concurso público”;

- não há como, aprioristicamente, estabelecer um conceito de necessidade de excepcional interesse público, conceito jurídico indeterminado, a ser determinado pelo administrador diante dos casos concretos;

- a lei que regulamenta o art. 37, IX, da CF pode estabelecer condições para a contratação temporária;

- a Constituição Federal garante aos concursados classificados a preferência de convocação dentro das vagas oferecidas anteriormente a novas convocações de certames (art. 37, IV) e de contratações temporárias;

- a cláusula contida no Anexo da Lei n.º 2.399/95 que limita em 5.800 as contratações temporárias para os profissionais de educação encontra respaldo na Constituição para tutelar o princípio concursivo, desde que já constatada pelo administrador a necessidade **permanente** da contratação;

- “não identificada ainda a necessidade permanente da rede pública, não parece ter incidência o limite máximo de 5.800 contratações traduzido na Lei n.º 2399/95”;

- as contratações temporárias não podem se dar *sine die*, encontrando o seu limite na responsabilidade do administrador, ao qual compete o esforço na definição da necessidade permanente.

A matéria veio, então, ao exame jurídico definitivo da Procuradoria Geral do Estado.

Feito o relatório, passo a opinar.

Em primeiro lugar, cumpre fazer registrar, com a Excelentíssima Senhora Secretária de Estado de Administração, que a aferição das reais necessidades de pessoal da SEE, se permanente ou transitória, em qual quantitativo e mediante quais mecanismos para atendimento das necessidades – *se concurso público, contratação temporária, etc.* – é matéria que envolve apreciação fática e decisão da exclusiva responsabilidade da SEE. Registre-se que a discricionariedade administrativa está sempre sujeita ao controle da legitimidade, que impõe, dentro da congruência lógica interna do ato, a necessária pertinência entre a realidade dos fatos e a decisão administrativa.¹

Assim, o presente parecer, de caráter meramente jurídico, toma como premissa os fatos narrados no processo e a situação descrita na manifestação de fls. 02/10, acerca da inconclusiva necessidade permanente de professores, e limita-se à análise do objeto proposto pela consulta: a legitimidade do limite de 5.800 contratos temporários para a “Educação

¹ Registre-se, por cautela, que, conforme ponderou a Exma. Sra. Secretária de Administração, no parecer de fls. 15/29, a jurisprudência já firmou entendimento no sentido de que, não caracterizada efetivamente a real situação de necessidade temporária de excepcional interesse público, mas, ao contrário, constatando-se a necessidade perene de preenchimento de vaga, e havendo candidatos aprovados em concurso público, a expectativa se convola em direito de nomeação para o cargo.

Pública” imposto pelo Anexo da Lei n.º 2.399/95, com suas alterações legislativas.

A Constituição Federal previu, no inciso IX do seu art. 37 fórmula genérica (conceitos jurídicos indeterminados) para a norma de exceção (à regra do concurso público) da contratação temporária, *verbis*:

“A lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Os conceitos jurídicos indeterminados – *como se apresentam os de “necessidade temporária” e “excepcional interesse público”* – têm como característica e fundamento a impossibilidade de determinação *a priori* do seu completo conteúdo. Quando a hipótese, genérica e abstrata, da lei não permite abranger todas as situações que o legislador tem por objetivo agasalhar, faz ele uso desses conceitos intencionalmente vagos, a fim de que sejam individualizados no caso concreto, com maior proximidade da realidade fática.

É verdade que há um núcleo essencial do conceito jurídico indeterminado que fixa algumas das suas diretrizes básicas². Mais a conceituação precisa somente vai se configurar diante do caso concreto, à vista dos elementos de fato e direito que vão formar uma situação real que demande aplicação da norma.

Diante desta situação concreta, há casos em que os conceitos vagos estão nitidamente delimitados, bastando a mera aplicação da norma ao caso concreto³; mas há outros em que, mesmo no caso concreto, o conceito jurídico indeterminado está despido de densidade suficiente para a imediata aplicação. Nestes casos, o aplicador da norma atuará de forma a integrar a norma ao caso concreto, mediante o exercício do *poder discricionário*.

Confira, a propósito, a lição clássica de Celso Antônio Bandeira de Mello:

² A respeito, cf. Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Com efeito, em primeiro lugar, tem-se que aceitar logicamente, por uma irrefragável imposição racional, que mesmo que os conceitos versados na hipótese da norma ou em sua finalidade sejam vagos, fluidos ou imprecisos, ainda assim têm algum conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem não seriam conceitos e as vezes que os designam sequer seria palavras.

.....
É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima, daqueles conceitos. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto”. (*IN DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JURISDICIONAL*, Ed. Malheiros, 2ª edição, pgs. 28/29).

³ É o caso, por exemplo, da caracterização do estado de pobreza do desempregado morador de rua, ou da situação de emergência na hipótese em que o doente necessita da aplicação de um medicamento para evitar a morte.

“Em suma, muitas vezes – *exatamente porque o conceito é fluido* – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havia como incorreta, desde quaisquer delas sejam igualmente razoáveis.

.....
Eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”. (ob. cit., p. 23)

E arremata o mesmo autor:

“... a noção de discricionariedade não se adscreeve apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do ‘mérito’ do ato administrativo, isto é, da ‘conveniência ou oportunidade do ato’”. (ob. cit., pgs. 27/28)

Como se vê, os conceitos jurídicos indeterminados apresentam-se como campo de aplicação do poder discricionário e, portanto, da atuação administrativa sujeita ao controle de legitimidade.

A questão remete à conhecida discussão acerca do alcance dos conceitos jurídicos indeterminados de “relevância” e “urgência” previstos no art. 62 da Constituição Federal, requisitos para edição de medida provisória pelo Presidente da República, que atua como aplicador final da norma.

O Supremo Tribunal Federal, em jurisprudência já pacífica, definiu que os conceitos de “relevância” e “urgência” previstos no art. 62 da Constituição Federal são decorrência do juízo discricionário de oportunidade e valor do Presidente da República, admitindo-se o controle judiciário apenas nos casos de excesso do poder legislativo.

No caso ora em exame, a questão que se põe, como visto, é a de saber se a Lei n.º 2.399/95, ao estabelecer a limitação numérica para a realização de contratos por prazo determinado para a “Educação Pública”, impôs limitação.

Concluiu a Excelentíssima Senhora Secretária de Estado de Administração que a cláusula limitadora encontra respaldo constitucional quando já constatada pelo administrador a necessidade *permanente* da

contratação, o que, segundo informação da SEE extraída do processo administrativo, não se verifica na hipótese sob exame.

Entendo, entretanto, que a limitação numérica de 5.800 contratações não pode, em qualquer das hipóteses, ser feita pela lei, de forma abstrata, dirigida à “Educação Pública”. Esta seara a Constituição Federal garantiu ao administrador público, único capaz de, diante do interesse público concretamente delineado pelas peculiaridades fáticas enfrentadas, definir a “necessidade temporária de excepcional interesse público”, em sua existência e quantificação.

Limitações desta natureza somente poderão ser feitas pelo *aplicador final do norma* que, neste caso, não é o legislador, mas o administrador público competente para aferir a necessidade de contratação de pessoal (gestão administrativa) e os elementos da situação de fato que caracterizam esta necessidade.

De acordo com o que se infere da literalidade do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, a lei está autorizada a estabelecer os casos em que o administrador público poderá celebrar contratos por prazo indeterminado. Entretanto, a caracterização da necessidade em si e, como decorrência lógica, da extensão desta, somente pode ser aferida pelo administrador público – *a saber, a autoridade pública, dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, no exercício das respectivas funções administrativas*.

A Lei n.º 2.399/95 invadiu esfera de competência do administrador estadual, violando, portanto, o art. 2.º da Constituição Federal.

Cumpra mencionar, por fim, a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao analisar a abrangência do conceito de “função pública” previsto no art. 61, § 1.º, inciso II, alínea “a”, CF. Segundo a renomada autora, a Constituição Federal, ao referir-se a “função pública” no citado dispositivo – *e, portanto, nas hipóteses de privatividade da iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo* – está se reportando apenas às funções de confiança e não às funções temporárias previstas no art. 37, inciso IX, eis que essa “exigência de lei para a criação de função não se aplica no caso do art. 37, IX, pela impossibilidade de previsão das ocorrências excepcionais que justificarão a medida”, concluindo, ainda, que “seria totalmente inviável conceber-se a fixação de determinado número de funções para atender a situações eventuais e imprevisíveis” (in DIREITO ADMINISTRATIVO, Ed. Atlas, 14ª edição, p. 440).

Na mesma linha de raciocínio, a previsão do limite de 5.800 contratações temporárias, na forma feita pela Lei n.º 2.399/95 para a “Educação Pública”, apresenta-se como fórmula rígida incompatível com as situações eventuais e imprevisíveis que a Constituição Federal quis tutelar.

Concluindo, a matéria não é de competência legal, mas de competência administrativa. O limite de 5.800 contratações temporárias para “Educação Pública” previsto na Lei n.º 2.399/95 é, s.m.j., inconstitucional, por excesso de poder legislativo.

É o parecer.

FABIANA ANDRADA DO AMARAL RUDGE BRAGA
Procuradora do Estado
Procuradora Assessora – PG2

VISTO

APROVO o Parecer n.º 05/2004-FAAR, de 04 de maio de 2004, da lavra da ilustre Procuradora Assessora Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga.

O limite de 5.800 contratações temporárias, na forma prevista pela Lei n.º 2.399/95 para a “Educação Pública”, é inconstitucional, por apresentar-se como fórmula rígida incompatível com as situações eventuais e imprevisíveis que a Constituição Federal quis tutelar.

A contratação temporária é decisão da exclusiva responsabilidade do administrador público, sujeita ao controle de legitimidade, e decorre de regra de exceção prevista na Constituição Federal, desde que caracterizada, no caso concreto, situação de “*necessidade temporária de excepcional interesse público*”.

Rio de Janeiro, 04 de maio de 2004.

FRANCESCO CONTE
Procurador-Geral do Estado