



Contratações por tempo determinado em juízo

Estudo elaborado pela Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp para subsidiar as discussões desenvolvidas no âmbito do Movimento Pessoas à Frente.

Coordenação: Conrado Tristão
Pesquisadoras: Isabela de Oliveira Parisio,
Nathalia Myki Fukunaga, Mariana Vilella e
Rebeca de Oliveira Souza.

Versão de 30.04.2021.

Contratações por tempo determinado em juízo¹

Introdução

Contratação por tempo determinado, ou temporária, é um tipo especial de vínculo com o Estado. A administração pública, por meio desse instrumento, contrata agentes especiais, por prazo determinado, com o objetivo de atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público.

Essa modalidade de contratação está prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal. No âmbito federal, é disciplinada pela Lei 8.745 de 1993, que prevê hipóteses para a contratação por tempo determinado e traz regras de funcionamento do instituto. Já em âmbito local, os estados e municípios têm leis próprias que regem suas contratações por tempo determinado.

Exemplos de situações que autorizam a contratação por tempo determinado, previstas na lei federal, são a assistência a emergências em saúde pública, admissão de professor substituto ou visitante, e para a realização de recenseamentos.²

Estudos recentes apontam que há grande uso das contratações por tempo determinado no Brasil, sobretudo em âmbito local. Nesse sentido, por exemplo: no Mato Grosso, em 2016, os agentes contratados por tempo determinado equivalem a 41% do pessoal do Governo Estadual; em Santa Catarina, em 2017, a 32%; e no Paraná, em 2018, a 20%.³

¹ O presente estudo foi idealizado no âmbito do Grupo de Trabalho de Matriz de Vínculos e Segurança Jurídica do Movimento Pessoas à Frente, para subsidiar as discussões em torno do tema das contratações por tempo determinado. O estudo foi elaborado a partir de parceria do Movimento Pessoas à Frente com a Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp, e desenvolvido sob a coordenação de Conrado Tristão, professor e pesquisador da sbdp, com a participação das seguintes pesquisadoras da sbdp: Isabela de Oliveira Parisio, Nathalia Myki Fukunaga, Mariana Vilella e Rebeca de Oliveira Souza. A sbdp é entidade científica não governamental e sem fins lucrativos, ativa desde 1993, voltada ao estudo e inovação do direito público.

² Lei 8.745/1993, art. 2º.

³ Banco Mundial. *Gestão de pessoas e folha de pagamentos no setor público brasileiro, 2019*. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/news/infographic/2019/10/09/brazil-wage-bill-report-public-sector>>.

Não obstante a relevância desses agentes para a administração pública, parece haver pouca pesquisa jurídica sobre as contratações por tempo determinado. Nesse sentido, é difícil identificarmos inclusive quais têm sido as principais controvérsias, do ponto de vista do Direito, atinentes a essa modalidade de contratação.

O presente estudo tem por objetivo justamente contribuir para o preenchimento dessa lacuna. A ideia é identificar, a partir de pesquisa exploratória, quais as principais questões jurídicas discutidas nos tribunais envolvendo as contratações por tempo determinado.

Para isso, o estudo mapeou 1 ano de jurisprudência sobre contratações por tempo determinado no Tribunal de Justiça de São Paulo - TJSP e no Tribunal de Justiça do Espírito Santo – TJES.⁴ O levantamento foi realizado nos respectivos sites dos tribunais, a partir do recorte temporal compreendido entre 01/07/2019 e 01/07/2020 e por meio das palavras-chave “contratação temporária” e “contratação por tempo determinado”, filtrando-se os resultados pela ementa e excluindo-se decisões monocráticas, embargos e agravos. Foram analisados apenas acórdãos, excluindo-se decisões monocráticas, embargos e agravos.

Ao todo, foram analisados 221 acórdãos, sendo 169 acórdãos relativos ao TJSP e 52 acórdãos ao TJES.

Os acórdãos foram agrupados em três temas: (i) direitos dos agentes contratados por tempo determinado; (ii) prerrogativas da administração; e (iii) controle das contratações por tempo determinado.

Dentro do primeiro tema (direitos dos agentes contratados por tempo determinado), os acórdãos foram ainda distribuídos entre os seguintes subtemas: direitos previstos na CLT; direitos previstos nos estatutos dos servidores públicos; direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal; direito à prorrogação da licença-maternidade; e direito ao recolhimento de FGTS sobre contrato considerado nulo.

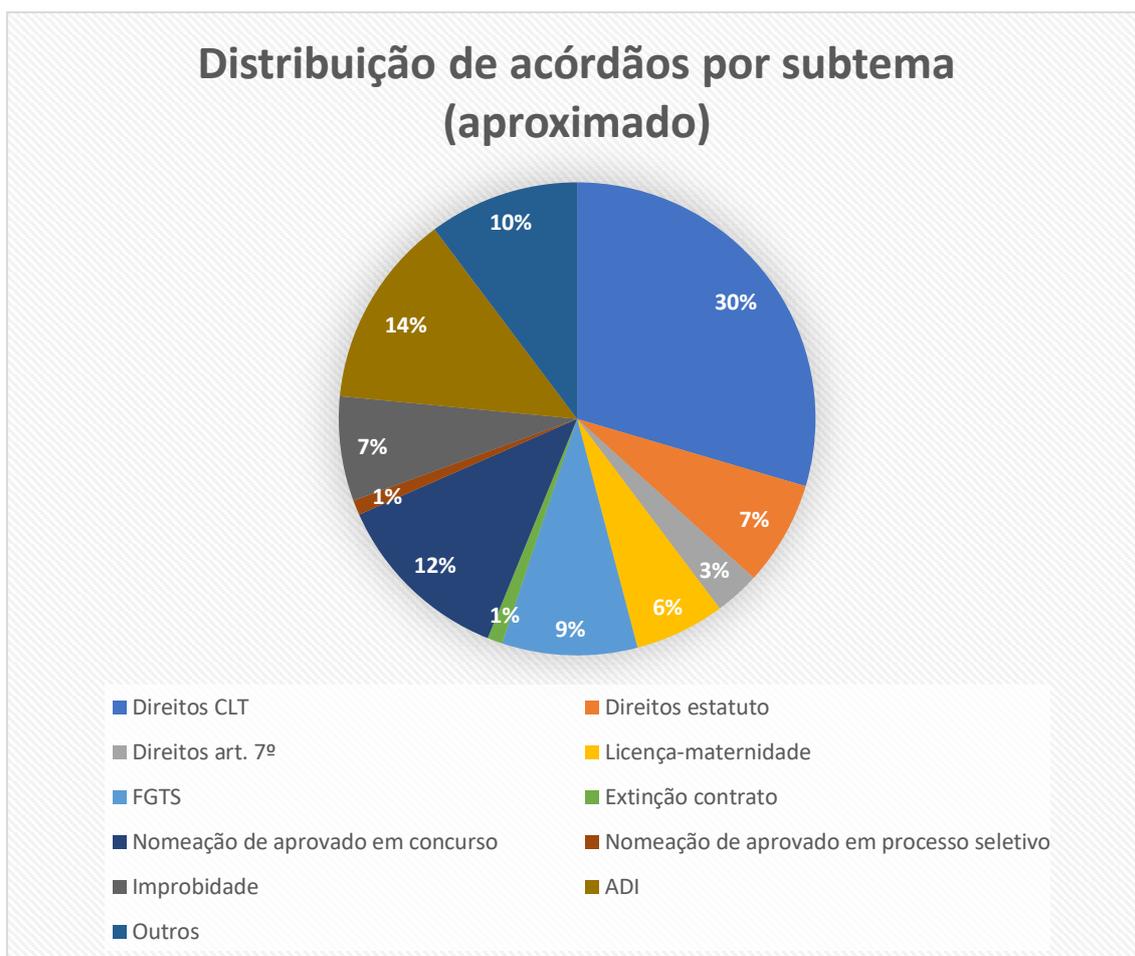
⁴ Os tribunais foram escolhidos a partir de diálogo com os membros do Grupo de Trabalho de Matriz de Vínculos e Segurança Jurídica do Movimento Pessoas à Frente.

Os acórdãos relativos ao segundo tema (prerrogativas da administração), foram divididos entre os seguintes subtemas: extinção do contrato por conveniência da administração; contratação por tempo determinado e direito à nomeação de aprovados em concurso fora do número de vagas; e direito à nomeação por aprovado em processo seletivo simplificado

E os acórdãos relativos ao terceiro tema (controle das contratações por tempo determinado) foram distribuídos entre os seguintes subtemas: ações de improbidade administrativa; e ações diretas de inconstitucionalidade.

Por fim, alguns acórdãos, pela especificidade do tema discutido ou baixa incidência, foram agrupados como “outros”.

O gráfico a seguir mostra a distribuição numérica dos acórdãos a partir dos subtemas propostos.



A partir da análise dos 221 acórdãos mapeados, e valendo-se da subdivisão por temas proposta, o presente estudo busca apresentar quais as principais controvérsias jurídicas envolvendo contratações por tempo determinado no âmbito do TJSP e TJES. Além disso, o estudo busca apontar os posicionamentos existentes nos tribunais em relação a tais questões controvertidas. Ao final, são elencadas conclusões e apontamentos relevantes para o debate sobre o tema.

1. Direitos dos agentes contratados por tempo determinado

Essa primeira seção busca apresentar as discussões jurídicas em torno da questão dos direitos dos agentes contratados por tempo determinado que se fizeram presentes no TJSP e TJES a partir dos acórdãos analisados.

Mas antes de passar à análise das decisões em si, é útil a exposição de como as leis locais dos diferentes entes podem endereçar os direitos desses agentes.

As leis locais que regem as contratações por tempo determinado apresentam grande diversidade no tocante aos direitos desses agentes. Os diplomas variam não apenas em relação à quantidade de direitos garantidos aos temporários, mas também quanto à forma de enunciá-los.

Algumas leis elencam de modo direto os direitos dos agentes contratados por tempo determinado. É o caso, por exemplo, das leis dos estados de São Paulo e Espírito Santo:

Lei Complementar 1.093/2009 (Estado de São Paulo)

Artigo 12. Fica assegurado ao contratado nos termos desta lei complementar:

- I - o décimo terceiro salário, na proporção de 1/12 (um doze avos) por mês trabalhado ou fração superior a 15 (quinze) dias;
- II - o pagamento das férias, decorridos 12 (doze) meses de efetivo exercício da função.

Lei Complementar 809/2015 (Estado do Espírito Santo)

Art. 9º. São direitos dos servidores públicos contratados nos termos desta Lei Complementar:

I - décimo terceiro salário proporcional ao tempo de serviço;

II - gozo de férias nas hipóteses de contratos com prazo superior a 12 (doze) meses;

III - indenização e adicional de férias proporcionais ao tempo de serviço prestado;

IV - repouso semanal remunerado;

V - adicional de remuneração para atividades insalubres ou perigosas, na forma da lei;

VI - vale-transporte, na forma da lei.

De modo diverso, algumas leis sobre contratações por tempo determinado disciplinam os direitos desses agentes a partir de referência a outras normas. A lei do município de São Paulo, por exemplo, atribui aos temporários o mesmo regime de direitos dos demais servidores públicos municipais:

Lei 10.793/1989 (Município de São Paulo)

Art. 8º. Aos contratados nos termos da presente Lei assistem os mesmos direitos e vantagens dos demais servidores públicos municipais, no que couber, e observado sempre o termo final do contrato.

Outras leis, ainda, fazem referência aos direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal, como é o caso da lei de contratação por tempo determinado do município paulista de Taubaté:

Lei 3.174/2011 (Município de Taubaté)

Art. 4º. Os servidores temporários fazem jus aos direitos previstos nos incisos IV, VII, VIII, IX, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXII, do art. 7º, da

Constituição Federal, na forma prevista pelo regime do Estatuto dos Servidores Municipais.

Determinadas leis sobre contratação por tempo determinado atribuem a esses agentes os direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-lei 5.452/1942), como é o caso da lei do município paulista de Peruíbe:

Lei complementar 18/1993 (Município de Peruíbe)

Art. 164. (...) § 1º. O contratado por prazo determinado será regido pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Por fim, algumas leis sobre contratação por tempo determinado não fazem nenhuma menção aos direitos desses agentes, como é o caso da lei do município paulista de Taubaté (Lei complementar 361/2015).

Fica claro dos exemplos mencionados acima que o regime dos direitos dos agentes contratados por tempo determinado é marcado por grande diversidade. Mas e quais as questões jurídicas relacionadas a esses direitos discutidas nos acórdãos analisados? Em seguida são apresentadas as principais controvérsias sobre o tema nos âmbitos do TJSP e TJES.

1.1. **Quais os direitos dos agentes contratados por tempo determinado?**

Em termos gerais, os acórdãos analisados demonstram prevalecer o entendimento de que a contratação por tempo determinado está “sujeita (...) ao regime jurídico administrativo previsto na legislação de regência do respectivo ente público” – inclusive no tocante a direitos.⁵

No entanto, as decisões analisadas demonstram haver diversas controvérsias em torno de questões específicas relativas aos direitos dos agentes contratados por tempo determinado, como será exposto a seguir.

⁵ TJSP; 11ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1018758-84.2019.8.26.0053; Rel. Marcelo L Theodósio; j. 09/06/2020.

1.2. Direitos previstos na CLT

Grande quantidade de acórdãos analisados envolve casos em que agentes contratados por tempo determinado foram a juízo pleitear, com base na CLT, o recebimento de verbas indenizatórias⁶ (como aviso-prévio e 40% de multa do FGTS) bem como o recebimento de outros direitos trabalhistas⁷ (a exemplo de adicional por trabalho noturno e insalubre).

É possível notar que, em geral, os agentes inclusive ingressaram com reclamação trabalhista junto à Justiça do Trabalho, a qual declinou da competência para julgar a demanda e remeteu o caso para a Justiça comum.

Vale ressaltar ainda que o presente grupo de acórdãos, apesar de abranger casos nos quais as leis de contratação por tempo determinado de fato previam o regime celetista, é composto em sua maioria por casos nos quais as leis não atribuíam esse tipo de regime aos temporários.

Com relação ao posicionamento dos tribunais sobre essas demandas, os acórdãos analisados indicam entendimento pacífico de que o regime celetista não se aplica às contratações por tempo determinado – justamente por serem regidas pelas respectivas leis locais.

O seguinte excerto extraído de acórdão do TJSP ilustra o posicionamento:

“A pretensão de que seja determinada sua sujeição ao regime da CLT não encontra guarida, vez que restou devidamente comprovado ser o caso de incidência de um regime “jurídico-administrativo”, vale dizer, a natureza da contratação é especial, com supedâneo no art. 37, IX, da Constituição Federal, tendo em vista a necessidade temporária de excepcional interesse público. (...). Trata-se de contratação a título precário, não sujeita às regras da CLT, mas ao regime jurídico

⁶ CLT, art. 477, caput.

⁷ Idem, art. 142, § 5º.

administrativo previsto na legislação de regência do respectivo ente público.”⁸

Desse modo, os acórdãos analisados indicam que TJSP e TJES, de modo geral, não têm acolhido demandas dos agentes contratados por tempo determinado com base na CLT.

1.3. Direitos previstos nos estatutos dos servidores públicos

Outro conjunto de acórdãos diz respeito a pleitos formulados por agentes contratados por tempo determinado com base em direitos próprios dos servidores públicos estatutários (como direito à estabilidade ou à efetivação).

De modo semelhante aos pleitos com base na CLT, aqui também o Judiciário tende a negar a aplicação de “direitos estatutários” aos agentes contratados por tempo determinado, com base justamente na diferenciação entre os regimes.

O seguinte excerto de acórdão do TJSP demonstra essa posição:

“Por força da Constituição Federal, a contratação temporária para o desempenho de função pública não confere direito à estabilidade, tal como é garantida aos servidores ocupantes de cargo público. Assim, a dispensa do cargo não constitui ilegalidade. Ao contrário, trata-se de ato lícito, discricionário e potestativo da autoridade competente, eis que o servidor contratado em regime temporário pode ser demitido ad nutum, sem qualquer justificativa ou indenização.”⁹

Portanto, os acórdãos analisados apontam que TJSP e TJES também não têm concedido pleitos dos agentes contratados por tempo determinado formulados com base nos direitos dos servidores estatutários.

⁸ TJSP; 11ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1018758-84.2019.8.26.0053; Rel. Marcelo L Theodósio; j. 09/06/2020.

⁹ TJSP; 11ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1000192-65.2019.8.26.0416; Rel. Oscild de Lima Júnior; j. 19/09/2019

1.4. Direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal

Alguns dos acórdãos analisados versam sobre pleitos formulados pelos agentes contratados por tempo determinado diretamente com base na Constituição Federal, notadamente nos direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º (a exemplo de décimo terceiro salário e férias acrescidas do terço constitucional).

Aqui, de modo diverso aos casos anteriores, os tribunais apresentam posições divergentes. Isto é, os acórdãos analisados parecem indicar que TJSP e TJES não têm entendimento pacífico sobre o tema.

Foram identificados casos em que, devido à falta de previsão expressa na legislação local sobre contratação por tempo determinado, o Judiciário não atendeu a pleitos com base em direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal.¹⁰

Em acórdão do TJSP, por exemplo, consta que: “como visto, a legislação municipal não prevê o pagamento de adicional de insalubridade (inciso XXIII do artigo 7º da CF). Desse modo, não há que cogitar do pagamento do referido adicional”.¹¹

Não obstante, em outros casos, o mesmo tribunal reconheceu direitos pleiteados por agentes contratados por tempo determinado com base no art. 7º da Constituição Federal – mesmo diante da ausência de previsão de tais direitos na legislação de regência das contratações.

Nesses casos, o TJSP entendeu, por exemplo, que: “imperava o reconhecimento de serem devidas as verbas previstas no artigo 7º da Constituição Federal (...) portanto, deve-se reconhecer serem devidos ao autor o 13º salário e as férias acrescidas de 1/3”;¹² e que “o adicional de insalubridade

¹⁰ TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1001864-67.2018.8.26.0441, Rel. Leonel Costa, j. 30/05/2020.

¹¹ TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 0004189-66.2017.8.26.0441, Rel. Paulo Galizia, j. 30/09/2019.

¹² TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação/Remessa Necessária 1003823-74.2016.8.26.0625, Rel. Leonel Costa, j. 30/01/2020.

tem previsão constitucional que, nos termos do art. 7º, inciso XXII, consagra o direito do trabalhador ao recebimento de adicional para atividades que sejam penosas, insalubres ou perigosas”.¹³

No mesmo sentido, vale conferir o seguinte excerto também do TJSP:

“É verdade que o art. 7º da CF/88 não pode ser integralmente aplicado aos soldados temporários em foco, mas dele é possível extrair um piso vital de direito do trabalho, genericamente reconhecido, em conformação à dignidade da pessoa humana, que autoriza tutelar juridicamente a situação peculiar deles”.¹⁴

Mas reforçando a ausência de entendimento pacífico sobre o tema no Judiciário, é importante destacar que, em alguns casos, mesmo diante do reconhecimento de direitos do art. 7º da Constituição Federal a agentes contratados por tempo determinado, o TJSP faz ressalva: “obtempere-se que os aludidos direitos sociais não podem ser estendidos a toda e qualquer espécie de contratação temporária, independentemente de expressa previsão legal que assim estabeleça”.¹⁵

A análise dos acórdãos do TJSP e TJES parece indicar, portanto, que há controvérsia em torno da aplicabilidade aos agentes contratados por tempo determinado dos direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal. Embora alguns acórdãos reconheçam a possibilidade de aplicação desses direitos, isso nem sempre ocorre. E diante da ausência de previsão na lei de regência de contratação, é possível que o Judiciário não reconheça aos agentes contratados por tempo determinado direitos previstos no referido art. 7º.

¹³ TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 0009839-32.2014.8.26.0625, Rel.: Marrey Unt; j. 03/09/2019.

¹⁴ TJSP, 6ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1033912-84.2015.8.26.0053, Rel. Sidney Romano dos Reis, j. 10/06/2020.

¹⁵ TJSP, 4ª Câmara de Direito Público, Apelação/Remessa Necessária 1001499-42.2019.8.26.0323, Rel. Paulo Barcellos Gatti, j. em: 26/05/2020.

1.5. Direito à prorrogação da licença-maternidade

Outro conjunto de casos envolve discussão sobre o direito de agentes contratadas por tempo determinado à prorrogação da licença-maternidade (de 120 dias para 180 dias). Essa questão apareceu de modo proeminente em relação a agentes contratadas pelo Estado de São Paulo.

A controvérsia tem como base a criação, em 2008, do “Programa Empresa Cidadã”, que incentiva a prorrogação da licença-maternidade de 120 para 180 dias mediante a concessão de incentivo fiscal. A lei se aplica tanto a empregadores particulares como ao próprio Estado, prevendo que “a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras”.¹⁶

Por conta da lei, o Estado de São Paulo alterou seu Estatuto dos Servidores Públicos, prevendo licença-maternidade de 180 dias para a funcionária gestante.¹⁷

Contudo, a lei de contratação por tempo determinado de São Paulo vincula os agentes ao Regime Geral de Previdência Social.¹⁸ E o regime geral prevê “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.¹⁹

Com base no direito à prorrogação da licença-maternidade previsto no Estatuto dos Servidores Públicos de São Paulo, as agentes temporárias ajuizaram ações pedindo o reconhecimento do direito aos 180 dias de licença.

Os acórdãos proferidos pelo TJSP analisados mostram decisões controvertidas, havendo não só acórdãos com conclusões opostas, mas também votos divergentes dentro dos próprios acórdãos.²⁰

¹⁶ Lei 11.770/2008, art. 2º.

¹⁷ Lei complementar 1.093/2009, art. 198 (com redação conferida pela Lei complementar 1.196/2013).

¹⁸ Idem, art. 20.

¹⁹ Constituição Federal, art. 7º, XVIII, e art. 201, II; Lei 8.213/1991, art. 71 e ss.; e CLT, art. 392.

²⁰ Por exemplo, TJSP, 8ª Câmara de Direito Público, Apelação / Remessa Necessária 1010729-15.2019.8.26.0451, Rel.: Ponte Neto, j. 06/11/2019

Diversos acórdãos negam às agentes o direito à prorrogação da licença-maternidade, com base em leitura literal do disposto na lei estadual de contratação por tempo determinado. Argumentam que o diploma estabeleceu a vinculação da contratada ao regime geral, de modo que “não há se falar em aplicação do disposto no artigo 198, da Lei Estadual nº 10.261/68 [Estatuto dos servidores], (...), eis que se trata de regime distinto, dirigido aos servidores titulares de cargo efetivo e não aos temporários”.²¹

Outros acórdãos, no entanto, reconhecem o direito das agentes à prorrogação da licença-maternidade, buscando equipará-las, para esse fim, às servidoras estatutárias.

O seguinte excerto ilustra o entendimento:

“Uma vez que submetidos aos mesmos deveres, proibições e responsabilidades que os servidores públicos estatutários, de rigor a aplicação do artigo 198 da Lei nº 10.261/68, reconhecendo-se o direito à licença gestante com duração de 180 (cento e oitenta) dias, em observância ao princípio da isonomia”.²²

Embora a maioria dos acórdãos sobre o tema reconheça o direito das agentes contratadas por tempo determinado à prorrogação da licença-maternidade, fica claro que a questão é controvertida no âmbito do TJSP.

1.6. Direito ao recolhimento de FGTS sobre contrato considerado nulo

Outro grande grupo de acórdãos discute se os agentes contratados por tempo determinado teriam direito ao recolhimento de FGTS diante de contrato temporário considerado nulo.

²¹ TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1001034-02.2019.8.26.0495, Rel. Oswaldo Luiz Palu, j. 24/01/2020

²² TJSP; 4ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1001678-32.2018.8.26.0445; Rel. Ana Liarte; j. em: 03/02/2020.

A discussão tem lugar em casos nos quais a contratação por tempo determinado é considerada nula por conta de alguma ilegalidade constatada, como a renovação do contrato por prazo superior ao limite previsto em lei.

Assim, há discussão se o temporário teria direito ao recolhimento do FGTS (por parte da administração) em relação ao período trabalhado sob o contrato posteriormente considerado nulo.

Nos acórdãos analisados, os tribunais reconheceram o direito dos agentes ao recolhimento de FGTS pela administração relativo a contrato considerado nulo, sendo essa a jurisprudência pacífica tanto do TJSP quanto do TJES.

O seguinte excerto, retirado de acórdão do TJES, ilustra o entendimento:

“Em consonância com o posicionamento firmado pelo STF no julgamento do RE 596478/RR, o TJES, em sede do Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 0001651-95.2008.8.08.0064, pacificou o entendimento segundo o qual nos termos do art. 19-A, da Lei n. 8.036/1990, é devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público. Assim, mesmo quando reconhecida a nulidade da contratação do empregado público, nos termos art. 37, incisos II, III, IX e § 2º, da Constituição Federal, subsiste o direito do trabalhador ao depósito do FGTS quando reconhecido ser devido o salário pelos serviços prestados.”²³

Portanto, os acórdãos analisados indicam haver entendimento já consolidado na Justiça no sentido de reconhecer o direito dos agentes contratados por tempo determinado ao recolhimento de FGTS sobre contrato considerado nulo.

²³ TJES; Segunda Câmara Cível, Apelação/Remessa Necessária 0000332-71.2015.8.08.0024, Relator: José Paulo Calmon Nogueira Da Gama; j. em 02/07/2019.

2. Prerrogativas da administração

A presente seção busca expor os acórdãos proferidos por TJSP e TJES que discutem questões ligadas às prerrogativas da administração no âmbito das contratações por tempo determinado. Isto é, acórdãos que discutem as possibilidades de atuação da administração diante desse tipo de contratação.

Em geral as prerrogativas da administração são disciplinadas pelas respectivas leis de contratação por tempo determinado – que tendem a dizer quais as possibilidades de ação da administração diante dessas contratações. Contudo, como ficará claro a seguir, nem todas as questões discutidas em juízo tem conexão direta com as leis locais que disciplinam essas contratações.

2.1. Extinção do contrato por conveniência da administração

Considerável número de acórdãos versa sobre a possibilidade de extinção antecipada pela administração do contrato por tempo determinado (isto é, antes da data prevista no contrato para término do vínculo).

Algumas leis de contratação por tempo determinado disciplinam o assunto, prevendo que a administração poderá extinguir o contrato antecipadamente por conveniência da administração.

É o caso, por exemplo, da lei do Estado de São Paulo:

Lei complementar 1.093/2009 (Estado de São Paulo)

Artigo 8º. O contrato celebrado com fundamento nesta lei complementar extinguir-se-á antes do término de sua vigência:

VIII - por conveniência da Administração.

Em relação aos acórdãos analisados que versam sobre esse tema, vale destacar que as ações foram iniciadas pelos agentes contratados por tempo determinado, com intuito de obter o reconhecimento do direito de manutenção do contrato até a data prevista para término do vínculo.

Em todos os casos relativos a TJSP e TJES as leis de regência das contratações previam a possibilidade de extinção antecipada do contrato por conveniência da administração. Com base nisso, os acórdãos sustentaram que “a precariedade do vínculo permite à Administração, em juízo de conveniência administrativa, rescindir o contrato temporário firmado”²⁴

Vale notar que, em um dos acórdãos analisados, parece haver o entendimento de que, mesmo diante da ausência de previsão legal, a administração poderia extinguir antecipadamente o contrato temporário: “o contrato de trabalho temporário é pautado pelas regras e princípios dos Contratos Administrativos de Direito Público, podendo ser rescindido unilateralmente a qualquer tempo ante a ausência de relação empregatícia”.²⁵

Desse modo, os acórdãos analisados parecem indicar de forma clara que os tribunais têm conferido amplas possibilidades à administração de extinção antecipada dos contratos por tempo determinado.

2.2. Contratação por tempo determinado e direito à nomeação de aprovados em concurso fora do número de vagas

Outro grupo de acórdãos diz respeito à possibilidade de a administração realizar contratações por tempo determinado diante da existência de indivíduos aprovados em concurso público fora do número de vagas.

Aqui, diante da realização de contratações por tempo determinado pela administração, indivíduos aprovados em concursos públicos, mas que não foram nomeados pela inexistência de vagas disponíveis, recorreram à Justiça alegando que as contratações indicariam a existência de vagas disponíveis, o que ensejaria o direito à sua nomeação.

O entendimento unânime da Justiça nos acórdãos analisados foi que a contratação por tempo determinado, por si só, não enseja o direito à nomeação por aprovado em concurso público fora do número de vagas.

²⁴ TJSP; 10ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1002442-70.2018.8.26.0072; Rel. Torres de Carvalho; j. em: 22/07/2019.

²⁵ TJSP; 1ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1001606-22.2019.8.26.0506; Rel.: Danilo Panizza; j. em: 24/10/2019.

O excerto de acórdão do TJES ilustra o entendimento:

“A simples contratação temporária de servidores, por prazo determinado, é insuficiente para configurar a quebra de ordem classificatória do certame, e isto não porque não se pode dela inferir que existam cargos públicos vagos, na medida em que tal modalidade de contratação se presume realizada exclusivamente para o preenchimento de função transitória decorrente de necessidade excepcional do ente público.”²⁶

Portanto, aqui também os tribunais parecem preservar as prerrogativas da administração, respaldando a possibilidade de realização de contratações por tempo determinado diante da existência de aprovados em concurso fora do número de vagas.

2.3. Direito à nomeação por aprovado em processo seletivo simplificado

Um terceiro grupo de acórdãos analisado versa sobre a possibilidade de a administração, após a realização de processo seletivo simplificado para contrato por tempo determinado, não nomear os indivíduos aprovados, em vista de mudanças nas situações de fato.

O entendimento unânime dos acórdãos é que, por tratar-se de contratação por tempo determinado (e não concurso público), a administração pode não realizar a nomeação daqueles aprovados no processo seletivo simplificado.

O excerto de acórdão do TJSP mostra o entendimento:

“Por se tratar de contratação temporária, o direito à nomeação é mitigado pelas circunstâncias que legitimam o ato. A realização de processo seletivo para contratação temporária destinada a atender situação excepcional e transitória não gera à candidata aprovada direito à

²⁶ TJES; Tribunal Pleno; Mandado de Segurança 0037215-84.2018.8.08.0000; Relator: Carlos Simões Fonseca; j. em 04/07/2019.

nomeação, máxime em razão da superveniente inviabilidade orçamentária e controle da situação emergencial.”²⁷

Desse modo, nesse terceiro grupo de acórdãos sobre as prerrogativas da administração, a Justiça também parece respaldar as possibilidades de atuação pela administração – no caso, assegurando a legalidade de a administração não nomear indivíduos aprovados em processo seletivo para contrato por tempo determinado em vista de mudanças na situação ensejadora da contratação.

3. Controle das contratações por tempo determinado

Essa terceira e última seção, que cuida do controle das contratações por tempo determinado, busca expor as questões discutidas nos acórdãos do TJSP e TJES preferidos no âmbito de ações de improbidade e ações diretas de inconstitucionalidade – ADIs.

É importante ressaltar que a expressão “controle” tem sentidos diferentes em cada um desses casos. Em se tratando de ações de improbidade, há controle em relação à própria administração, a partir da propositura das ações contra gestores. Já no caso das ADIs, há controle de constitucionalidade das leis de contratação por tempo determinado.

Vale ressaltar, contudo, que o controle da constitucionalidade de leis locais sobre contratação por tempo determinado impacta diretamente a própria administração. Isso porque, diante de eventual declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da lei local de contratação por tempo determinado, o gestor poderá ter suas possibilidades de contratação reduzidas.

3.1. Ações de improbidade administrativa

O primeiro conjunto de acórdãos aqui analisados diz respeito aos julgamentos do TJSP e TJES de ações de improbidade propostas pelo Ministério

²⁷ TJSP; 6ª Câmara de Direito Público; Apelação/Remessa Necessária 1002272-67.2019.8.26.0168; Rel. Evaristo dos Santos; j. em: 15/06/2020.

Público (MP) contra gestores por atos relacionados às contratações por tempo determinado.

As decisões mapeadas apontam que frequentemente o MP ajuíza as ações de improbidade sob o fundamento de que o uso da contratação por tempo determinado teria violado o dever de realização de concurso público.

Nesses casos, em geral, os tribunais têm levado em consideração a circunstâncias fáticas ensejadoras das contratações por tempo determinado realizadas pelos gestores. E entendendo tratar-se de situação na qual de fato as contratações eram necessárias, TJSP e TJES têm afastado a improbidade.

O seguinte excerto de decisão do TJSP ilustra o entendimento:

“Desse modo, diante do quadro probatório, não se verifica a configuração do ato de improbidade (...). A apelante limitou-se a atuar dentro do que lhe era permitido à época de acordo com as prementes contratações que se fizeram necessárias à satisfação temporária no máximo de seis meses de preenchimento do quadro de profissionais faltantes na área social e da saúde”.²⁸

No mesmo sentido, vale conferir a seguinte passagem de acórdão do TJES:

“Não ocorrência, na espécie, de violação a princípios da Administração, já que a não convocação dos aprovados em concurso público decorreu de fatores plenamente justificáveis (crise econômico-financeira; decisões judiciais com direta interferência no andamento do certame; etc.), havendo, inclusive, Lei Municipal, presumivelmente constitucional na ocasião (declarada inconstitucional somente depois dos fatos apurados na demanda), autorizando a contratação e a prorrogação de servidores em designação temporária”.²⁹

²⁸ TJSP; 9ª Câmara de Direito Público; Apelação Cível 1000019-35.2016.8.26.0355; Rel. Oswaldo Luiz Palu; j. em: 31/07/2019.

²⁹ TJES, 4ª Câmara Cível, Apelação 0000903-29.2017.8.08.0038, Rel. Arthur José Neiva De Almeida, j. 12/08/2019.

Vale destacar também que, nos julgamentos dessas ações de improbidade, diante de dúvidas jurídicas quanto às contratações, os tribunais têm resguardado, ao menos em alguma medida, a boa-fé de gestores, decidindo, por exemplo, que: “não há como se concluir que o requerido (...) tenha praticado ato de improbidade administrativa, pois é crível que essas contratações temporárias estejam em consonância com o inc. IX, do art. 37, da CF”.³⁰

Por fim, mesmo quando os magistrados entendem que houve irregularidade em contratação por tempo determinado, também têm frequentemente afastado a improbidade por ausência de dolo (intenção do gestor de cometer ato ilícito).

O seguinte excerto de acórdão do TJSP parece ilustrar o ponto:

“Para o caso dos autos, em que pese a reconhecerem-se tanto alguns matizes de ilegalidade nas discutidas condutas administrativas – omissão de planejamento, falta de processo regular para a aferição da necessidade excepcional da contratação, ausência de motivação expresse dos atos –, (...), o que falta é a desonestidade grave dos agentes para a configuração do *actus improbus*”.³¹

Desse modo, os acórdãos analisados parecem indicar que TJSP e TJES, em geral, têm decidido pela improcedência de ações de improbidade movidas pelo MP contra os gestores por atos ligados às contratações por tempo determinado. Como apontado, tal posicionamento dos tribunais têm levado em consideração tanto as circunstâncias fáticas da contratação como a ausência de dolo por parte dos gestores.

³⁰ TJSP; 9ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1000077-93.2016.8.26.0466; Rel. Carlos Eduardo Pachi; j. em: 19/05/2020.

³¹ TJSP; 11ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível 1000032-96.2015.8.26.0281; Rel. Ricardo Dip; j. em: 03/03/2020.

3.2. Ações diretas de inconstitucionalidade

O segundo conjunto de acórdãos relativos ao controle das contratações temporárias diz respeito a julgamentos do TJSP e TJES de ADIs ajuizadas contra dispositivos de leis locais de contratação por tempo determinado.

Aqui cabe apontar que, no recorte de 1 ano utilizado pela presente pesquisa, foram identificadas 19 ADIs contra leis municipais de contratação por tempo determinado, sendo 18 no âmbito do TJSP e 1 no TJES. Em todos os casos as ADIs foram consideradas procedentes ou parcialmente procedentes pelos tribunais.

Em geral as ADIs recaem sobre as hipóteses de contratação previstas nas leis locais de contratação por tempo determinado. E os tribunais têm entendido pela inconstitucionalidade de tais hipóteses sob o fundamento de que violariam o “excepcional interesse público” previsto pelo art. 37, IX, da Constituição Federal (e reproduzido pelas Constituições estaduais).

O seguinte excerto de acórdão do TJSP ilustra tal entendimento:

“A substituição de docentes que se encontrem afastados, reduzido número de aulas, vacância de cargo e desenvolvimento de projetos de recuperação educacional paralela constituem atividades rotineiras da Administração Pública no campo da docência e, por isso, contrariam frontalmente o comando constitucional de que a necessidade seja temporária e de excepcional interesse público. Ademais, referidos incisos preveem necessidades genéricas, sem apontar qualquer hipótese de situação incomum ou anormal. São situações por demais abrangentes, desacompanhadas de especificação ou delimitação. A possibilidade de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público constitui exceção à regra do concurso público obrigatório, devendo, portanto, ser interpretada de forma restritiva”.³²

³² TJSP; Órgão Especial; Direta de Inconstitucionalidade 2187170-23.2019.8.26.0000; Rel. Márcio Bartoli; j. em: 05/02/2020.

Portanto, os acórdãos analisados parecem apontar para a existência de tendência no TJSP e TJES no sentido de declarar a inconstitucionalidade de dispositivos das leis locais sobre contratações por tempo determinado. Em geral tais dispositivos consistem nas hipóteses para contratação, as quais os tribunais têm entendido como inconstitucionais em vista do requisito de “excepcional interesse público” previsto na Constituição Federal.

Conclusões e apontamentos:

- As leis locais sobre contratações por tempo determinado apresentam grande diversidade quanto aos direitos garantidos a esses agentes, sendo que nem todas garantem os direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal;
- A Justiça entende que as contratações por tempo determinado consistem em regime especial, regido por lei própria, e ao qual não são extensíveis direitos previstos na CLT ou nos estatutos dos servidores públicos;
- Com relação aos direitos sociais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição Federal, embora algumas decisões reconheçam a aplicação de tais direitos aos agentes contratados por tempo determinado, há controvérsia, e por vezes os tribunais defendem que mesmo esses direitos constitucionais só podem ser aplicados se houver previsão expressa na lei local de regência da contratação;
- Além disso, também há controvérsia nos tribunais com relação a direitos específicos para os agentes contratados por tempo determinado, a exemplo do direito à prorrogação da licença maternidade;
- Apesar de algumas questões já terem sido pacificadas nos tribunais, continuam ensejando a propositura de ações (como é o caso do direito ao recolhimento de FGTS sobre o contrato considerado nulo), o que pode significar desrespeito recorrente pela administração em relação a esses direitos dos agentes contratados por tempo determinado;
- No geral, a Justiça tem preservado as prerrogativas da administração em relação às contratações por tempo determinado, assegurando por exemplo a possibilidade de extinção antecipada do contrato temporário;

- Além disso, no tocante ao controle das contratações, os tribunais têm entendido pela improcedência de ações de improbidade contra gestores públicos por atos relacionados às contratações por tempo determinado – seja em vista das circunstâncias do caso concreto ou da ausência de dolo;
- Contudo, os tribunais mostram forte propensão a julgar como inconstitucionais as hipóteses de contratação por tempo determinado questionadas na justiça, sob o fundamento de descumprimento do requisito constitucional de “excepcional interesse público”.

CONTRATAÇÕES POR TEMPO DETERMINADO EM JUÍZO



Radiografia de um ano de jurisprudência no
TJSP, TJES, STJ e STF sobre contratações
temporárias pela administração

Coordenação: Conrado Tristão
Pesquisadoras: Isabela de Oliveira Parisio, Nathalia Myki
Fukunaga, Mariana Vilella e Rebeca de Oliveira Souza

Versão de 09/10/2020

Metodologia de pesquisa

Tribunais analisados: Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Termos de busca: “contratação temporária” ou “contratação por tempo determinado”.

Recorte temporal: 01/07/2019 a 01/07/2020.

Tipos de julgados analisados:

- TJ-SP e TJ-ES: apelações, mandados de segurança e ações diretas de inconstitucionalidade.
- STJ: recursos ordinários em mandados de segurança, recursos especiais.
- STF: recursos extraordinários e reclamações.

Tribunais de Justiça de São Paulo e Espírito Santo

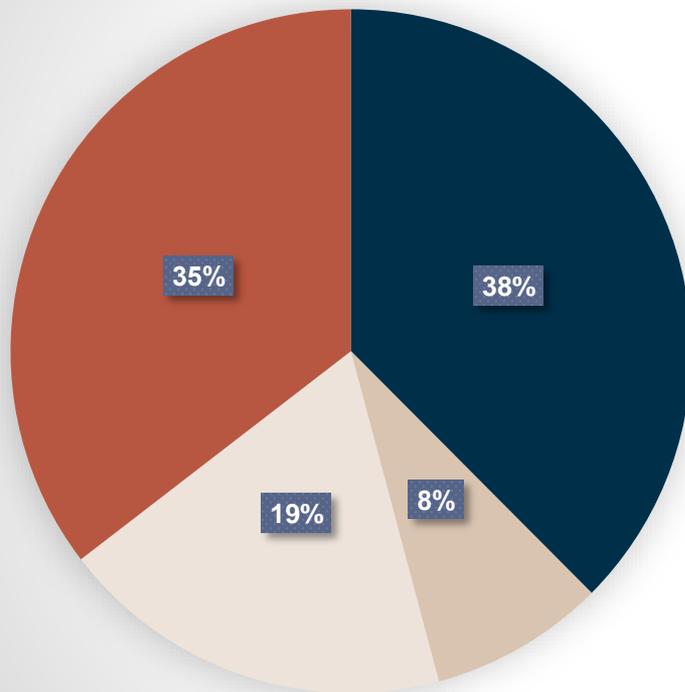
Contratações temporárias e direitos constitucionais

O primeiro conjunto de acórdãos mapeados no TJSP e TJES envolve demandas ajuizadas por temporários relacionadas a direitos garantidos pela Constituição Federal: direito à licença da gestante; vedação à dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante; direito dos trabalhadores ao recebimento de 13º salário e férias acrescidas do terço constitucional; e direito ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Esse conjunto compreende 47 acórdãos: 18 acórdãos envolvem pedido de reconhecimento do direito a 180 dias de licença à gestante; 4 acórdãos versam sobre o reconhecimento do direito à estabilidade da gestante; 9 acórdãos envolvem pedido de reconhecimento do direito ao recebimento de 13º salário e férias acrescidas do terço constitucional; e 17 acórdãos trazem a questão do reconhecimento do direito ao recolhimento de FGTS sobre contrato temporário declarado nulo.

Tribunais de Justiça de São Paulo e Espírito Santo

Demandas relacionadas a direitos constitucionais



- Licença da gestante
- Estabilidade da gestante
- 13º e terço constitucional
- Recolhimento de FGTS

Tribunais de Justiça de São Paulo e Espírito Santo

Contratações temporárias e direitos celetistas

O segundo conjunto de acórdãos mapeados no TJSP e TJES envolve demandas ajuizadas por temporários buscando o reconhecimento de direitos presentes na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT): direito a verbas rescisórias trabalhistas; e direito a adicional de insalubridade, noturno e horas extras. Vale destacar que, diferente do caso dos direitos constitucionais (garantidos para todos), aqui a controvérsia gira em torno da possibilidade de aplicação de regras celetistas àqueles contratados por tempo determinado.

Esse conjunto compreende 45 acórdãos, sendo que em 44 acórdãos foi pleiteado o reconhecimento do direito às verbas rescisórias trabalhistas (devido à rescisão do contrato pela administração), e apenas em 1 acórdão foi pleiteado o reconhecimento ao direito a adicional de insalubridade, noturno e horas extras.

Tribunais de Justiça de São Paulo e Espírito Santo

Contratações temporárias e direitos estatutários

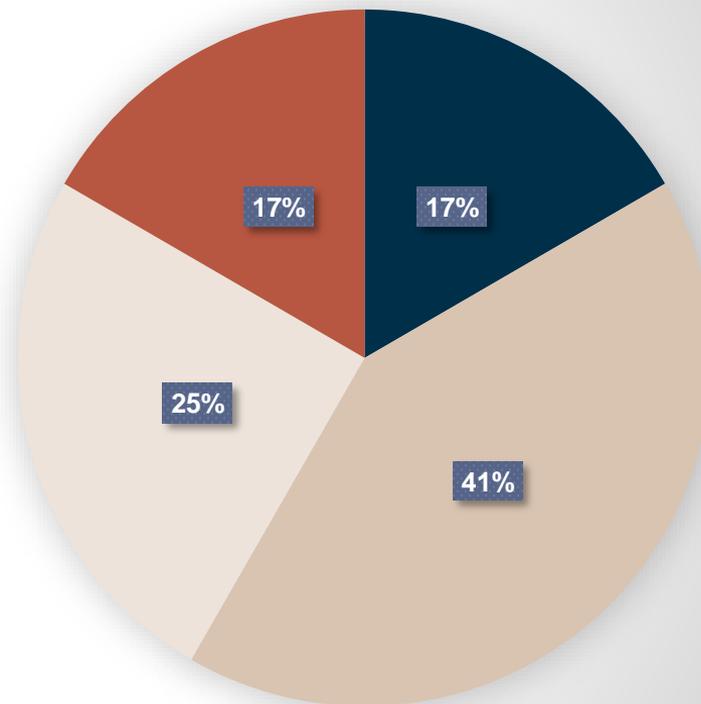
O terceiro conjunto de acórdãos mapeados no TJSP e TJES diz respeito a pleitos ajuizados por temporários buscando o reconhecimento de direitos próprios do regime estatutário dos servidores públicos, presentes na Lei nº 8.112 de 1990. Os direitos pleiteados são: direito a afastamento remunerado para concorrer a cargo eletivo; direito à estabilidade; direito ao pagamento de diferenças salariais entre cargo efetivo e contrato temporário; e direito à efetivação do temporário.

Esse conjunto compreende 12 acórdãos, distribuídos do seguinte modo: 2 acórdãos envolvendo direito ao afastamento remunerado; 5 acórdãos envolvendo direito à estabilidade; 3 acórdãos envolvendo diferenças salariais; e 2 acórdãos envolvendo direito à efetivação.

Tribunais de Justiça de São Paulo e Espírito Santo

Demandas relacionadas a direitos estatutários

- Afastamento remunerado
- Estabilidade
- Pagamento de diferenças salariais
- Direito à efetivação



Tribunais de Justiça de São Paulo e Espírito Santo

Contratações temporárias e a discricionariedade administrativa

O quarto conjunto de acórdãos mapeados no TJSP e TJES tem relação com a questão da discricionariedade administrativa no âmbito das contratações temporárias, reunindo diferentes tipos de temas: as condições para rescisão de contratos temporários; os postos de trabalho passíveis de contratação temporária; se a contratação temporária para preenchimento de vacância em cargo efetivo gera direito à nomeação de aprovado em concurso público; e a possibilidade de contratação temporária por tempo indefinido.

Esse conjunto compreende 45 acórdãos, sendo 40 acórdãos sobre a questão do direito à nomeação diante de contratação temporária, 3 acórdãos sobre condições para rescisão, 1 acórdão sobre os tipos de postos passíveis de contratação temporária, e 1 acórdão sobre a questão da duração da contratação.

Tribunais de Justiça de São Paulo e Espírito Santo

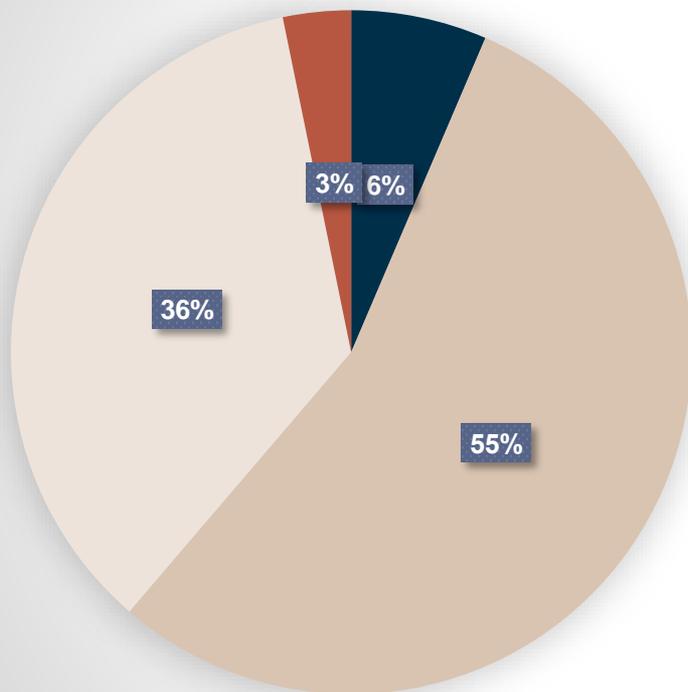
Controle judicial das contratações temporárias

O quinto e último conjunto de acórdãos mapeados no TJSP e TJES diz respeito ao controle das contratações temporárias pela administração. Esse conjunto se divide entre Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas contra leis locais que versem sobre contratações temporárias, e ações de improbidade iniciadas contra gestores por atos relacionados às contratações temporárias.

Esse conjunto compreende 31 acórdãos, sendo que 19 acórdãos envolvem ADIs e 12 acórdãos envolvem ações de improbidade. Dentre as ADIs, 2 acórdãos compreendem ações contra leis que transformaram contratos temporários em cargos efetivos e 17 acórdãos compreendem ações buscando declarar a inconstitucionalidade de hipóteses de contratação temporária previstas em leis locais. Já dentre as ações de improbidade, 11 acórdãos têm por base ações que alegam contratação sem concurso público e 1 acórdão envolve ação que alega ter havido prorrogação indevida do contrato temporário.

Tribunais de Justiça de São Paulo e Espírito Santo

Controle judicial das contratações temporárias



- ADIs contra "efetivação" de temporário
- ADIs contra hipótese de contratação temporária
- Improbidade por contratação sem concurso
- Improbidade por prorrogação indevida

Superior Tribunal de Justiça

No STJ a quantidade de temas mapeados nos acórdãos analisados foi menor, não sendo necessário agrupá-los em conjuntos. Além disso, a maioria dos temas identificados no STJ também estão presentes nos julgamentos do TJSP e TJES. Ao todo foram analisados 73 acórdãos do STJ. Os temas identificados nos julgados do STJ, com a respectiva quantidade de acórdãos, foram: direito à estabilidade (6 acórdãos); direito à nomeação de aprovado em concurso diante de contratação temporária para preenchimento de vacância em cargo efetivo (9 acórdãos); direito ao recolhimento de FGTS sobre contrato temporário declarado nulo (51 acórdãos); contratação temporária subsequente para outro órgão (1 acórdão); e improbidade por contratação de servidor sem concurso público (6 acórdãos).

Superior Tribunal de Justiça

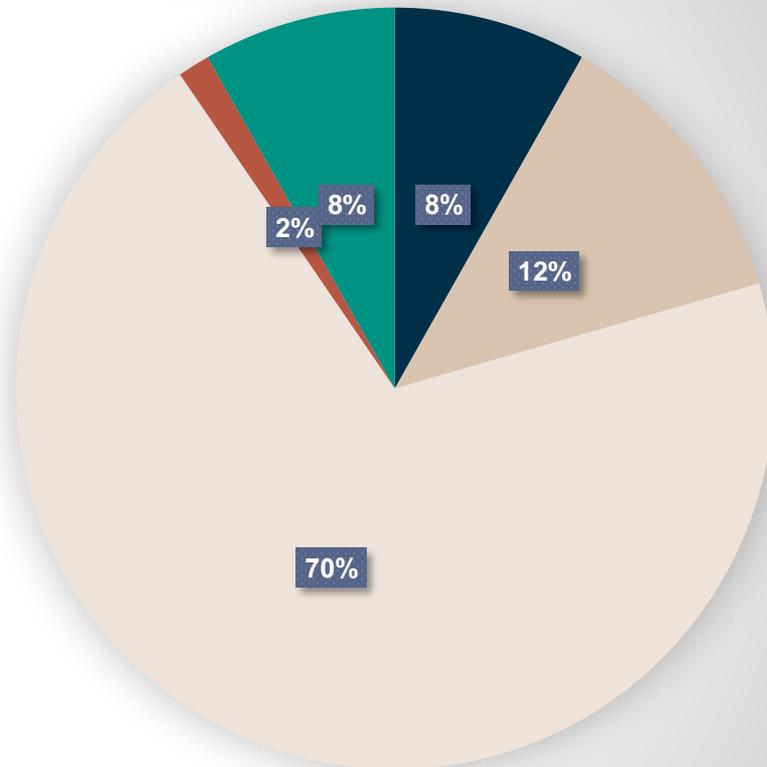
■ Direito à estabilidade

■ Direito à nomeação

■ Recolhimento de FGTS

■ Contratação subsequente

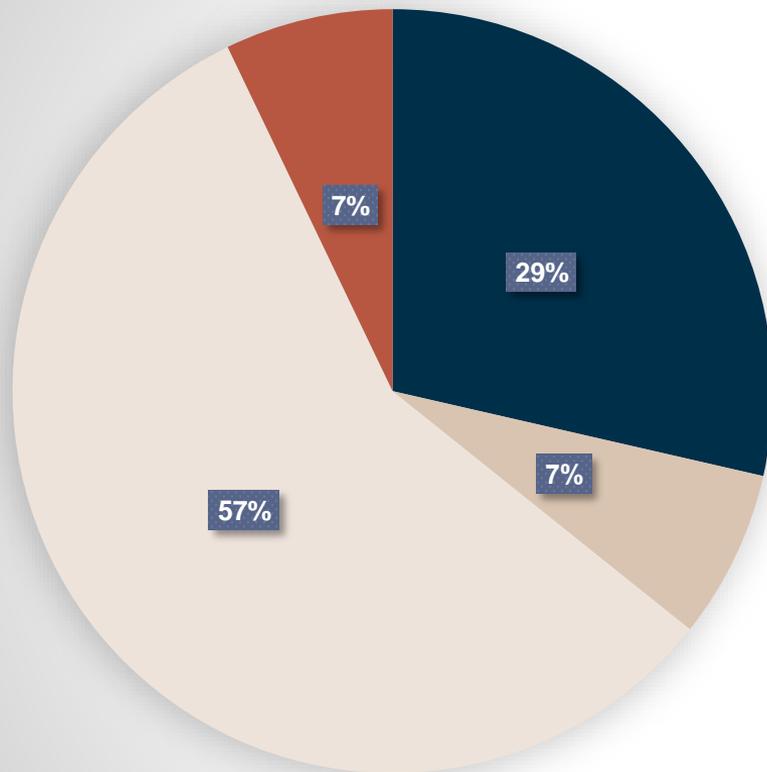
■ Improbidade por contratação sem concurso



Supremo Tribunal Federal

Por fim, quatro temas diferentes foram identificados nos julgados do STF, em um total de 14 acórdãos: a questão acerca da instância judicial competente para conhecer das causas envolvendo contratações temporárias (Justiça do Trabalho ou Justiça Comum) foi tema de 8 acórdãos; a discussão sobre o direito ao recolhimento de FGTS sobre contrato temporário declarado nulo foi abordada em 4 acórdãos; a questão do direito à nomeação de aprovado em concurso diante de contratação temporária para preenchimento de vacância em cargo efetivo foi tema de 1 acórdão; e o último acórdão envolveu ADI contra leis que não estabeleciam prazo para a contratação ou não especificavam a contingência ensejadora da contratação temporária.

Supremo Tribunal Federal



- Recolhimento de FGTS
- Direito a nomeação
- Instância judicial competente
- ADI

Temas de maior incidência

Entre todos os acórdãos analisados, em todas as instâncias abrangidas pela pesquisa, o tema com maior incidência foi o recolhimento de FGTS sobre contrato temporário declarado nulo, abrangendo 72 acórdãos dos 267 analisados. Na sequência, os temas com maior incidência foram nomeação de concursado diante da contratação de temporário para preenchimento de cargo efetivo (50 acórdãos), verbas rescisórias trabalhistas (44 acórdãos), e direito a 180 dias de licença à gestante (18 acórdãos).

