

VOTO

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): A questão posta em debate nesta ação direta cinge-se a saber se a Lei Ordinária nº 10.678, de 13 de setembro de 2017, do Estado do Maranhão, ofende o princípio da simetria, previsto nos arts. 25 e 37, II, da Constituição Federal, e contraria as alterações propostas pela Emenda Constitucional nº 104/2019, no art. 144 do texto constitucional, ao permitir a contratação temporária no sistema prisional, área do serviço público maranhense de segurança.

Após detida análise dos autos, entendo procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

A Constituição Federal estabelece três formas básicas de ingresso na Administração Pública: por meio de concurso público (art. 37, inciso II); para provimento de cargo em comissão (art. 37, incisos II e V); e por meio de contratação temporária (art. 37, inciso IX). A primeira hipótese de ingresso, concurso público, é a regra para a posse de cargo público, de forma que as demais são exceções, como se depreende da própria leitura dos dispositivos. Veja-se:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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 ;

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

(...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a **necessidade temporária de excepcional interesse público;”**

Conclui-se, portanto, que, em uma Administração orientada pela legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público.

Assim, as outras hipóteses de contratação, que não a de concurso público, são exceções à regra, sendo a contratação temporária apenas para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Assim, a Constituição estabelece o caráter de excepcionalidade para a contratação temporária, somente sendo possível essa modalidade de contratação quando atendidas determinadas condições de excepcionalidade.

Sobre o tema, esta Corte possui jurisprudência que estabelece os requisitos para a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

Na ocasião do julgamento da ADI 5.163, de relatoria do Ministro Luiz Fux, foram estabelecidas as seguintes balizas à legitimação da contratação temporária: “ (i) os casos excepcionais devem estar previstos em lei; (ii) o prazo de contratação precisa ser predeterminado; (iii) a necessidade deve ser temporária; (iv) o interesse público deve ser excepcional; (v) a necessidade de contratação há de ser indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração, mormente na ausência de uma necessidade temporária ”.

Esse entendimento não representa inovação, pois esta Corte já havia decidido em sentido semelhante no julgamento da ADI 3.210, de relatoria do Min. Carlos Velloso. Confirmam-se, a propósito, as ementas desses julgados:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 17.882/2012 DO ESTADO DE GOIÁS. SERVIÇO DE INTERESSE MILITAR VOLUNTÁRIO (SIMVE). INOBSERVÂNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL IMPOSITIVA DO CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS ART. 37, II, E 144, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PREVISÃO GENÉRICA E ABRANGENTE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA: OFENSA AOS ARTS. 37, II, IX, E 144, CAPUT, DA CRFB/88.

INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. LEI ESTADUAL QUE CONTRARIA NORMAS GERAIS EDITADAS PELA UNIÃO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. A Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros Militar dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, conquanto instituições públicas, pressupõem o ingresso na carreira por meio de concurso público (CRFB/88, art. 37, II), ressalvadas as funções administrativas para trabalhos voluntários (Lei nº 10.029/2000), restando inconstitucional qualquer outra forma divergente de provimento. **3. À luz do conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição da República e da jurisprudência firmada por esta Suprema Corte em sede de Repercussão Geral (RE 658.026, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 31.10.2014), a contratação temporária reclama os seguintes requisitos para sua validade: (i) os casos excepcionais devem estar previstos em lei; (ii) o prazo de contratação precisa ser predeterminado; (iii) a necessidade deve ser temporária; (iv) o interesse público deve ser excepcional; (v) a necessidade de contratação há de ser indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração, mormente na ausência de uma necessidade temporária.**

(...)

9. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. 10. Proposta a modulação temporal pelo Relator, não se obteve, no Plenário, o quorum necessário para a sua aprovação.” (ADI 5.163, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 18.5.2015)

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná. I. - **A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II . As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional.** II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence. III. - A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer os casos de contratação temporária.

No caso, as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (ADI 3.210, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 11.11.2004, DJ em 3.12.2004)

Como se vê, a interpretação quanto à possibilidade de contratação de pessoas sem concurso público é altamente restritiva, considerada sua excepcionalidade. A urgência, a impossibilidade de previsão tempestiva para fins de realização de concurso e o caráter temporário do serviço são fundamentais para a possibilidade de contratação temporária.

Nos presentes autos, a Lei Ordinária nº 10.678, do Estado do Maranhão, estabelece hipóteses de contratação temporária para cargos da administração penitenciária estadual, considerando, em seu art. 2º, a "*necessidade temporária de excepcional interesse público a contratação de auxiliares e técnicos no âmbito do sistema penitenciário, desde que não existam candidatos aprovados em concurso público e devidamente habilitados*".

No entanto, a possibilidade de contratação temporária para os cargos na administração penitenciária é vedada, de acordo com o art. 4º da Emenda Constitucional nº 104/2019, segundo o qual o preenchimento de quadros das polícias penais deverá ser feito exclusivamente por meio de concursos. Confira-se:

"Art. 4º O preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito, exclusivamente, por meio de concurso público e por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes."

Conclui-se, portanto, que, a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 104/2019, torna-se vedada a contratação temporária para exercer a função de policiais penais. O ingresso deverá ocorrer, exclusivamente, mediante concurso público ou por meio da transformação de cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes.

Ademais, a hipótese de contratação temporária prevista na lei em questão não cumpre com os requisitos necessários e não atende ao caráter de excepcionalidade. A necessidade temporária de excepcional interesse público não depende de mera escolha da Administração Pública.

Dessa forma, obrigatoriamente, devem os estados e a União se abster da realização de todo e qualquer contrato temporário na admissão de pessoas para desempenho de atividades na administração penitenciária. O preenchimento do quadro das polícias penais deverá ser realizado exclusivamente por concurso público, como previsto constitucionalmente.

Corroborando com esse entendimento, cito a ADI 3.222, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, e a ADI 3.649, de relatoria do Min. Luiz Fux. Em ambas, o Tribunal julgou procedentes os pedidos das ações diretas para declarar a inconstitucionalidade de leis que previam possibilidade de contratação temporária para cargos que exigiam concurso público, de acordo com a Constituição. Confirmam-se as ementas dos julgados:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI GAÚCHA N. 11.991/2003: **CRIA O PROGRAMA DE MILITARES ESTADUAIS TEMPORÁRIOS DA BRIGADA MILITAR.** AFRONTA AOS ARTS. 5º, CAPUT, ART. 22, INC. XXI, 37, CAPUT E INC. II, E ART. 144, CAPUT E §§5º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. NECESSIDADE TEMPORÁRIA E EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO CONFIGURADOS. DESCUMPRIMENTO DOS INCISOS II E IX DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

(...)

3. Falta de contingente policial a agravar a violência e a insegurança na sociedade gaúcha não viabiliza a contratação temporária prevista no art. 37, inc. IX, da Constituição da República porque a demanda não tem contornos de temporariedade, tampouco decorre de interesse público é excepcional. **As demandas sociais ensejadoras da Lei gaúcha n. 11.991/2003 exigiriam soluções abrangentes, efetivas e duradouras: imprescindibilidade de se cumprir a regra constitucional do concurso público.** 4. Privilegiar soluções provisórias para problemas permanentes desatende o comando constitucional e agrava as dificuldades enfrentadas pela sociedade gaúcha, que se tem servido de prestações públicas afeitas à segurança que não atendem ao princípio da eficiência (arts. 37, caput, e 144, §§ 5º e 7º, da Constituição da República), executadas por policiais que não passaram pelo crivo de processos seletivos realizados segundo

princípios de mérito e impessoalidade (art. 37, inc. II, da Constituição da República). 5. As atividades a serem desenvolvidas pelos policiais temporários assemelham-se àquelas exercidas pelos policiais de carreira. A discrepância entre os regimes jurídicos aos quais as duas categorias de policias estão submetidas caracteriza afronta ao caput do art. 5º da Constituição da República. 6. **A exigência de concurso público para o preenchimento de cargos e funções nos quadros da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul é medida que viabilizará o acesso democrático ao serviço público, em cumprimento aos princípios da legalidade, da igualdade, da impessoalidade, da eficiência e, também, da moralidade.** 7. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.” (ADI 3.222, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 4.9.2020)

“1) **A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público.** 2) O concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribuições para o Estado, na visão anglo-saxônica do merit system, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado. 3) Deveras, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária. 4) A contratação temporária, consoante entendimento desta Corte, unicamente poderá ter lugar quando: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público. 5) In casu, o Plenário desta Corte entendeu a inconstitucionalidade de toda a Lei nº 4.599 do Estado do Rio de Janeiro que disciplina a contratação temporária, dado o seu caráter genérico diante da ausência de uma delimitação precisa das hipóteses de necessidade de contratação temporária. Restou ressalvada a posição vencida do relator, no sentido de que apenas o art. 3º da norma objurgada conteria preceito inconstitucional, posto dúbio e dotado de trecho capaz de originar uma compreensão imprecisa, inválida e demasiado genérica, no sentido de que a própria norma por si só estaria criando os cargos necessários à realização da atividade, o que é juridicamente inviável, uma vez que referida providência dependeria de lei específica a ser aprovada diante de uma superveniente necessidade, nos termos do que previsto no art. 61, §1º, II, alínea ‘a’, da Constituição da República. 6) **É inconstitucional a lei**

que, de forma vaga, admite a contratação temporária para as atividades de educação pública, saúde pública, sistema penitenciário e assistência à infância e à adolescência, **sem que haja demonstração da necessidade temporária subjacente**. 7) A realização de contratação temporária pela Administração Pública nem sempre é ofensiva à salutar exigência constitucional do concurso público, máxime porque ela poderá ocorrer em hipóteses em que não há qualquer vacância de cargo efetivo e com o escopo, verbi gratia, de atendimento de necessidades temporárias até que o ocupante do cargo efetivo a ele retorne. Contudo, **a contratação destinada a suprir uma necessidade temporária que exsurge da vacância do cargo efetivo há de durar apenas o tempo necessário para a realização do próximo concurso público**, ressoando como razoável o prazo de 12 meses. 8) A hermenêutica consequencialista indicia que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei fluminense com efeitos ex tunc faria exsurgir um vácuo jurídico no ordenamento estadual, inviabilizando, ainda que temporariamente, a manutenção de qualquer tipo de contratação temporária, o que carrearía um periculum in mora inverso daquele que leis como essa, preventivas, destinadas às tragédias abruptas da natureza e às epidemias procuram minimizar, violando o princípio da proporcionalidade – razoabilidade. 9) Ex positis, e ressalvada a posição do relator, julgou-se procedente a ação declarando-se a inconstitucionalidade da Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 4.599, de 27 de setembro de 2005. 10) Reconhecida a necessidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade para preservar os contratos celebrados até a data desta sessão (28/05/2014), improrrogáveis após 12 (doze) meses a partir do termo a quo acima.” (ADI 3.649, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014)

Por oportuno, transcrevo, ainda, trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República pela inconstitucionalidade da norma impugnada:

“A Lei 10.678/2017, do Estado do Maranhão, estabelece hipóteses de contratação temporária para cargos na administração penitenciária estadual, prescrevendo, em seu art. 4º, que ‘ as contratações serão feitas por tempo determinado e prorrogáveis, desde que não ultrapassem o prazo de 04 (quatro) anos’ .

Explicitou o legislador maranhense que se considera ‘ necessidade temporária de excepcional interesse público a contratação de auxiliares e técnicos no âmbito do sistema penitenciário, desde que não existam candidatos aprovados em concurso público e devidamente habilitados’ (art. 2º da Lei 10.678/2017).

No entanto, há de se ressaltar a impossibilidade de realização de contratação temporária para o preenchimento de cargos na administração penitenciária, em estrita observância ao disposto no art. 4º da EC 104/2019, que cria as polícias penais federal, estaduais e distrital.

Nos termos desse comando constitucional, *' o preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito, exclusivamente, por meio de concurso público e por meio da transformação dos cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e dos cargos públicos equivalentes'* (grifo nosso).

Entendeu o constituinte derivado reformador por afastar a possibilidade de contratação temporária para o preenchimento de cargos nos quadros da polícia penal, determinando que seu ingresso só poderá ocorrer mediante concurso público ou por meio da transformação de cargos isolados, dos cargos de carreira dos atuais agentes penitenciários e de cargos públicos equivalentes.

Nessa trilha, Pedro Lenza observa que *' por ter o constituinte criado uma carreira específica para cuidar da segurança dos estabelecimentos penais, devendo ser preenchido o quadro de seus servidores exclusivamente por concurso público (claro, além do aproveitamento dos atuais agentes penitenciários), entendemos que não há mais espaço para contratação temporária ou terceirização para prestação do serviço por empresa privada' ."*

Portanto, conforme demonstrado, a contratação temporária para o exercício de funções na administração penitenciária em cargos de servidores da polícia penal não pode ser admitida, de modo que o Estado do Maranhão deverá realizar o necessário concurso público ou o aproveitamento dos cargos públicos equivalentes, conforme disposto no art. 4º da EC nº 104/2019.

Ante o exposto, conheço da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade e julgo procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Ordinária nº 10.678, de 13 de setembro de 2017, do Estado do Maranhão.

Por razões de segurança jurídica, proponho a **modulação dos efeitos** desta decisão, para que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade só tenham eficácia a partir de 2 anos, contados da publicação da ata deste julgamento.

É como voto.