

A APLICAÇÃO DA TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA NAS CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS IRREGULARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Ana Flávia Lima Lazarino**

*Jean Carlos Barcelos Martins***

*Thiago Silva Santos****

Sumário: 1 Introdução; 2 Contratação temporária de excepcional interesse público; 2.1 Conceito; 2.2 Dos requisitos ensejadores da contratação temporária; 2.2.1 Dos casos excepcionais expressos em lei; 2.2.2 Da predeterminedação do prazo dos contratos; 2.2.3 Da necessidade temporária de excepcional interesse público; 2.2.4 Do processo seletivo simplificado; 3 Prestação de serviços em atividades permanentes por servidores em regime excepcional: visão do STF e da doutrina; 4 A tutela inibitória coletiva na proteção do patrimônio público; 5 Considerações finais.

Resumo: Este artigo aborda a atual controvérsia sobre a contratação temporária de excepcional interesse público visando ao desempenho de atividades ordinárias na administração pública e o uso da tutela inibitória coletiva como um instrumento jurídico capaz de resguardar a aplicação adequada desse meio de contratação no âmbito dos entes políticos, enfatizando a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Tem por objetivo estudar os preceitos legais que regem as contratações temporárias pela administração pública, identificar a ocorrência desses contratos públicos e apresentar os instrumentos tutelares de proteção aos interesses coletivos pela inobservância dos ditames jurídicos nacionais aplicados ao caso. O trabalho tem como problemática identificar qual instrumento deve ser utilizado como inibidor de abusos pela administração pública na contratação de servidores temporários.

Palavras-chave: Tutela inibitória. Excepcional interesse público. Contratações temporárias.

* Graduada em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior (ILES/ULBRA), Itumbiara/GO.

** Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Professor Assistente da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), no curso de Direito da Faculdade Professor Jacy de Assis.

*** Graduado em Direito pela Universidade de Rio Verde (UniRV), Rio Verde/GO.

1 Introdução

O legislador constituinte, impulsionado pelo dogma democrático e com o intuito de evitar arbitrariedades, disciplinou como seria o ingresso nos quadros da administração pública de maneira que esta não fosse alvo de eventuais interesses particulares. Assim agindo, consagrou expressamente no texto magno a exigência de prévio concurso público como forma de acesso à administração pelos cidadãos.

Partindo da premissa constitucional, a contratação via concurso é um pressuposto do cumprimento dos princípios básicos da Administração Pública que estão enumerados no art. 37 da CF/88, assim dispostos: a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Porém, há outros princípios relevantes que decorrem do nosso regime político, como, por exemplo, o da supremacia do interesse público sobre o privado, o da finalidade, o da razoabilidade, indisponibilidade do interesse público e proporcionalidade.

Mesmo que o concurso público seja a regra, existem situações em que o mesmo configura-se inviável. Desse modo, o próprio texto constitucional encarregou-se de taxar as exceções, sendo uma delas a contratação temporária de excepcional interesse público, objeto de estudo deste artigo.

A contratação temporária excepcional está prevista também no artigo 37, inciso IX, da Constituição, tratando-se, porém, de uma norma de eficácia limitada¹, cuja produção de efeitos depende da regulamentação por parte do legislador infraconstitucional. É interessante notar que a edição da lei de contratações temporárias é ônus de cada ente federativo, o qual deverá definir as situações fáticas e típicas, cuja excepcionalidade recairá sobre elas.

Em razão da interpretação restritiva dada ao inciso I do art. 114 da norma constitucional, pela liminar deferida na ADI 3395-6², na apreciação das causas que envolvem os litígios entre a administração pública e seus servidores, ocorreu o deslocamento da competência da Justiça do Trabalho para a Justiça Comum. A busca por medidas que visem a moralização

¹ Norma de eficácia limitada, é tirada da conceituação e classificação aludida por José Afonso da Silva, em sua obra *Direito Constitucional Brasileiro* (2009).

² O Supremo Tribunal Federal, em 27 de janeiro de 2005, concedeu liminar, com efeito *ex tunc*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6, atribuindo interpretação ao inciso I do art. 114, nos seguintes termos: “Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC/45, que incluía, na competência da justiça do trabalho, a “[...] apreciação [...] de causas que [...] sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo””.

das contratações temporárias faz-se necessária, já que essa modalidade de contratação figura num vazio jurídico de relação de trabalho, uma vez que os trabalhadores nessa condição não são tidos nem como empregados nem como servidores públicos.

Atualmente, a principal controvérsia atinente à matéria reside em saber se a admissão de pessoal temporário para o desempenho de atribuições regulares, idênticas às de servidores efetivos, tem o potencial de desnaturar o concurso público, e se a promoção de ações coletivas preventivas seria capaz de regularizar certas disfunções nessas contratações.

Para o cumprimento de tal mister, primeiramente serão delineados o conceito e os requisitos ensejadores das contratações temporárias. Em seguida, far-se-á uma exposição sobre como o Supremo Tribunal Federal e a doutrina têm se posicionado acerca do recrutamento de pessoal de serviços públicos permanentes, típicos de servidores efetivos.

Por fim, será mensurada a aplicação prática da tutela inibitória coletiva como forma de controlar o acesso de trabalhadores em regime precário nas atividades ordinárias da administração pública.

Não se pode perder de vista que o interesse por este estudo transcende a casuística a ser apresentada, resultando numa problemática vivenciada por diversos entes federativos brasileiros e que reclama uma solução eficiente, a fim de que a contratação temporária excepcional não se torne um instituto banalizado.

2 Contratação temporária de excepcional interesse público

2.1 Conceito

Consoante o dicionário Aurélio, a palavra “temporário” significa algo transitório ou provisório. Já a palavra “excepcional”, em sentido denotativo, significa algo em que há ou constitui exceção.

O cerne da contratação temporária reside na satisfação de dois conceitos jurídicos indeterminados: *necessidade temporária* e *excepcional interesse público*. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, as contratações admitidas pelo art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, são definidas como:

suprimento de pessoal perante contingências que desagarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária. A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é

contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muito importantes, é temporária eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitação do concurso público). [...] ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade, por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar. (MELLO, 2006, p. 261)

Veja que o autor administrativista faz distinção entre o que seja atividade temporária e o que seja interesse público excepcional, dando a entender que os institutos podem ser aplicados separadamente. O servidor contratado para trabalhar temporariamente para a administração pública na forma do artigo 37, IX, da Constituição Federal, exerce uma função pública, a qual pode ser conceituada de maneira residual como sendo:

O conjunto de atribuições conferido pela Administração a cada categoria ou a cada servidor individual para a concessão de serviços eventuais. Assim cargo e emprego possuem uma individualidade própria, já anteriormente definida em lei, certo de que existem atribuições exercidas por servidores públicos as quais não correspondem a um cargo ou emprego, operando-se apenas o exercício de uma função. (SILVA JUNIOR, 2009, p. 80).

Registre-se que a criação de cargos e empregos públicos é incompatível com o regime de contratações temporais, visto que os primeiros são dependentes de lei e ambos são preenchidos mediante concurso público, o que não ocorre com as funções públicas.

2.2 Dos requisitos ensejadores da contratação temporária

2.2.1 Dos casos excepcionais expressos em lei

A definição dos casos legais excepcionais é imprescindível para vincular as contratações temporárias às circunstâncias fáticas anormais, bem como restringir a discricionariedade do administrador público que não poderia, ao seu talento, contratar funcionários a qualquer tempo. No plano conceitual, essa exigência reflete a efetiva aplicabilidade do princípio da legalidade estrita.

Trata-se de um rol *numerus clausus* de situações hipotéticas que poderiam desestabilizar a prestação dos serviços públicos caso o ente político tivesse que deslocar servidores do contingente efetivo para a

realização das atividades de natureza efêmera, ou até mesmo para suprir deficiência numérica de efetivos para a necessidade temporária.

A previsão em lei dessas situações excepcionais permite ao gestor público manter um maior número de trabalhadores laborando na administração enquanto perdurar o estado de anormalidade, respeitadas as limitações impostas pela lei de responsabilidade fiscal.

No âmbito federal, as regras mínimas e os casos excepcionais podem ser encontrados na Lei 8.745/93 e nas alterações previstas nas Leis 9.849/99, 10.667/03, 10.973/04, 11.123/05 e 11.204/05.

Dentre os principais casos, podemos destacar do artigo 2º da Lei 8.745/93: a) assistência à calamidade pública; b) assistência a emergências em saúde pública; c) realização de recenseamentos; d) admissão de professor substituto e professor visitante; e) combate a emergências ambientais dentre outros, num total de 20 situações.

2.2.2 Da predeterminação do prazo dos contratos

É sabido que o pedido de anormalidade é temporário, e, por tal razão, não se justifica perpetuar a manutenção dos servidores em regime precário por um período superior ao necessário para sanar as situações excepcionais.

A indicação do tipo de função a ser exercida pelos servidores temporários dependerá do tipo de situação excepcional deflagrada, sendo inconveniente a especificação das funções públicas e sua quantificação na lei de contratações temporárias, uma vez que nem sempre a anormalidade exigirá a atuação daquele tipo de profissional ou o contingente indicado pela lei. Pode-se citar o caso de calamidade pública, em que não é possível determinar o pessoal necessário.

O prazo de duração dos contratos é geralmente fixado pela lei de contratações temporárias, com a possibilidade de renovação ou de rescisão no caso especial da situação anormal ajustada. Deve-se, entretanto, respeitar o limite máximo de duração, que varia de seis meses até quatro anos e as prorrogações até o prazo de seis anos.³

No tocante ao tempo máximo dos contratos, o Procurador de Contas Fabrício Motta revela que:

cabe à lei correspondente determinar as regras a respeito, obedecendo às disposições normativas superiores porventura existentes. Obviamente, deve guiar-se a lei pelo princípio da razoabilidade para permitir lapso temporal que

³ Artigo 4º da Lei 8.745/93.

seja suficiente para o mesmo tempo resguardar o atendimento ao interesse público excepcional emergente e prestigiar a regra geral da investidura por concurso público. (MOTTA, 2001, p. 91)

A razoabilidade deve ser aplicada de acordo com os valores do homem médio, sendo que a conduta do administrador será de acordo com a ordem jurídica, e não em conformidade com seus critérios pessoais. Esse princípio foi externado no texto da Lei 9.784/99, que regula o Processo Administrativo no âmbito federal, impondo a adequação entre os meios e os fins e vedando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias à coletividade pública.

Para Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (2007, p. 44),

os contratos que admitem sucessivas prorrogações de sua vigência, acarretando prazos demasiadamente longos de contratação, desvirtuam o instituto e descortinam o desvio de finalidade do Poder Público, malferindo o princípio constitucional do concurso público.

A renovação dos contratos temporários normalmente é admitida uma única vez por igual período. No entanto, é possível notar que alguns políticos admitem a possibilidade de sucessivas renovações, o que comprometeria a essência do instituto.

2.2.3 Da necessidade temporária de excepcional interesse público

O requisito necessidade temporária de excepcional interesse público traduz-se na exigência de uma circunstância fática que renderia ensejo ao acionamento da norma expressa na lei de contratações temporárias.

Na prática, o administrador público deverá obedecer ao elemento motivo, especificando minuciosamente em ato administrativo destinado a esse fim: o porquê de deflagrar o processo seletivo para contratação de pessoal em regime precário, a quantificação da demanda necessária de servidores para implementação de atividades, bem como a destinação de tal mão de obra e dos gastos para efetivação dos processos simplificados.

2.2.4 Do processo seletivo simplificado

O processo administrativo com base no Estado Democrático de Direito e nos preceitos constitucionais das garantias e dos direitos jusfundamentais, consiste no principal mecanismo de instrumentalização de tais ideais. Na

Administração Pública, existe a possibilidade de realização do processo por meio de diferentes procedimentos, o que tipifica o processo é a sucessão de atos administrativos com o objetivo de se chegar a um resultado final e conclusivo; a caracterização principal do procedimento é o modo como são ordenados esses atos administrativos.

O processo seletivo simplificado é uma forma democrática menos onerosa e mais célere que o concurso público tradicional para contratação de servidores. Ele se enquadra como um de instrumento de atos administrativos para assegurar igualdade de oportunidades àqueles que desejam ocupar uma função pública temporária.

Mesmo assumindo uma forma simplória, o processo seletivo é regido pelo princípio da indisponibilidade do interesse público e, por decorrência disso, não é permitido ao gestor contratar servidores tal como estivesse se na iniciativa privada.

Muitos municípios têm-se utilizado dessas contratações como instrumento para atender a interesses políticos, caprichos pessoais e distribuição de “empregos” na administração pública, agindo em verdadeira afronta aos princípios da impessoalidade, ao realizar contratos sem realização de processo de seleção simplificado; da legalidade, haja vista configurar verdadeira burla ao concurso público e da moralidade, diante dos abusos e descumprimento das normas administrativas em proveito, movido por interesses particulares. (SILVA JUNIOR, 2009, p. 118)

Aliás, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37, incisos I e II, determina que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”, e que “a investidura em cargo 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”.

Para contratação temporária federal, o processo de seleção simplificado está previsto no §3º do art. 3º da Lei 8.745/93 e é regulamentado pelo Decreto nº 4.748/2003, o qual dispõe em seu art. 4º que:

A contratação de pessoal de que trata este Decreto dar-se-á mediante processo seletivo simplificado, compreendendo, obrigatoriamente, prova escrita e, facultativamente, análise de *curriculum vitae*, sem prejuízo de outras modalidades que, a critério do órgão ou entidade contratante, venham a ser exigidas.

Além disso, o §2º do art. 4º do Decreto nº 4.748/03 aduz que “a análise do *curriculum vitae* dar-se-á a partir de sistema de pontuação previamente divulgado, que contemple, entre outros fatores considerados necessários para o desempenho das atividades a serem realizadas, a qualificação, experiência e habilidades específicas do candidato”.

Observe que na esfera federal as provas escritas possuem caráter compulsório e que a análise curricular é uma mera faculdade do administrador, constituindo um verdadeiro complemento na avaliação dos candidatos.

É certo que o decreto em questão regulamenta uma lei federal e, não, nacional, contudo, esse fato não exige os demais entes políticos de assegurarem a observância do princípio da isonomia ao editarem suas próprias leis.

3 Prestação de serviços em atividades permanentes por servidores em regime excepcional: visão do STF e da doutrina

O combate às contratações temporárias irregulares encontra respaldo na jurisprudência da Suprema Corte Brasileira, que há anos vem proferindo sucessivas decisões a respeito do uso da excepcionalidade para se contratar pessoal para realização de atividades permanentes. A título de exemplo, podem ser citadas a ADIn⁴ 2.380-2/DF, ADIn 1.500-1/ES, REsp⁵ 168.566-RS, ADIn 2.125 MC/DF e ADIn 2.987/SC.

Entretanto, é imperioso destacar que o STF (Supremo Tribunal Federal), ao analisar o caso das contratações temporárias no âmbito da CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), chancelou um novo entendimento, como se observa no texto do informativo 358:

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente o pedido de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo PFL – Partido da Frente Liberal – contra a Lei 10.843/2004 [...] No mérito, ressaltou-se que o inciso IX do art. 37 da CF não fez distinção entre atividades a serem desempenhadas em caráter eventual, temporário ou excepcional, e atividades de caráter regular e permanente, nem previu, exclusivamente, a contratação por tempo determinado de pessoal para desempenho apenas das primeiras, mas, amplamente, autorizou contratações para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público tanto numa quanto noutra hipótese, o que teria ocorrido na espécie, já que a norma impugnada visara suprir, temporariamente, enquanto não criado o quadro de pessoal permanente do CADE, a ser preenchido por meio de concurso público,

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade.

⁵ Recurso Especial.

a notória carência de pessoal da autarquia. Salientou-se, por fim, que a alegada inércia da Administração não poderia ser punida em detrimento do interesse público, que ocorre quando colocado em risco a continuidade do serviço estatal, como no caso. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence que julgavam procedente o pedido por considerarem inócua, na espécie, necessidade temporária de excepcional interesse público, e ressaltavam a jurisprudência do STF no sentido de não admitir a investidura em cargos públicos sem a prévia aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, nos termos do inciso II do art. 37 da CF. ADI 3068/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau, 25.8.2004.

Em momento ulterior, o Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, realçou orientação no sentido de condicionar a contratação temporária ao preenchimento dos seguintes requisitos: a) casos excepcionais previstos em lei; b) prazo da contratação predeterminado; c) necessidade temporária, e d) interesse público excepcional.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LEI ESTADUAL CAPIXABA QUE DISCIPLINOU A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS DA ÁREA DE SAÚDE. POSSÍVEL EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO IX DO ART. 37 DA LEI MAIOR. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI JULGADA PROCEDENTE.

I – A contratação temporária de servidores sem concurso público é exceção, e não regra na Administração Pública, e há de ser regulamentada por lei do ente federativo que assim disponha.

II – Para que se efetue a contratação temporária, é necessário que não apenas seja estipulado o prazo de contratação em lei, mas, principalmente, que o serviço a ser prestado revista-se do caráter da temporariedade.

III – O serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções.

IV – Prazo de contratação prorrogado por nova lei complementar: inconstitucionalidade.

V – É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de não permitir contratação temporária de servidores para a execução de serviços meramente burocráticos. Ausência de relevância e interesse social nesses casos.

VI – Ação que se julga procedente. (STF, Pleno, ADI 3430/ES, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 12.8.2009).

Com efeito, em caso recente, o Supremo Tribunal Federal manteve posicionamento predominante e declarou o desvirtuamento da contratação em regime precário:

Por reputar caracterizada a afronta aos incisos II e IX do art. 37 da CF, o Plenário julgou procedente pedido formulado em ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República para declarar a inconstitucionalidade da Lei amapaense 765/2003. A norma impugnada autoriza a contratação de pessoal para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público nas áreas de saúde; educação; assistência jurídica; de competência específica dos órgãos autônomos, autarquias e fundações públicas desprovidos de quadro próprio de pessoal e de técnicos especializados no âmbito de projetos especiais instituídos por ato do Chefe do Poder Executivo daquela unidade federada. Entendeu-se que a lei adversada fixaria hipóteses abrangentes e genéricas de contratação, sem definir qual a contingência fática emergencial apta a ensejá-la, bem como permitiria a contratação para o exercício de serviços típicos de carreira e de cargos permanentes no Estado, sem concurso público ou motivação de excepcional relevância que a justificasse. Acrescentou-se que a norma questionada teria como fundamento a Lei amapaense 192/94, cuja validade das contratações temporárias fora afirmada em razão da incipiência da estrutura administrativa do referido ente federativo, criado em 1990. Consignou-se que as leis amapaenses que lhe sucederam teriam como características marcantes o caráter permanente das funções passíveis desse tipo de arregimentação e a previsibilidade da necessidade ensejadora dessa contratação. No ponto, destacou-se a perpetuação da edição dessas leis inconstitucionais. (STF, ADI 3116/AP, rel. Min. Cármen Lúcia, publ. 14.4.2011).

O recrutamento temporário de pessoal para o desempenho de atividades de caráter regular e permanente ainda não é visto com bons olhos pelo ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, alargando-se a aplicabilidade da exceção, corre-se o risco de se desnaturar o concurso público, que é essencial para o bom funcionamento da Administração Pública, conforme citado anteriormente.

Essa preocupação foi defendida pela Procuradoria de Contas do Estado de Goiás, que, em contribuição ao Manual de Atuação na Defesa do Patrimônio Público, alerta sobre o

uso indiscriminado de tais contratações, fruto da falta de planejamento e zelo com o interesse público, vão de encontro à sistemática constitucional e, ainda que amparadas por lei específica, transformam a exceção em regra e a transitoriedade em permanência, devendo ser rigidamente fiscalizadas, coibidas e sancionadas. (MOTTA, 1996, p. 82)

Em sentido contrário, todavia, Florivaldo Dutra de Araújo (2009, p. 119) admite esse tipo de contratação e sustenta que:

o posicionamento rígido, de se condenar qualquer hipótese de contratação temporária para o exercício de atividades permanentes, poderá ter o perverso

efeito de induzir a administração pública a admitir, em cargos de provimento efetivo, maior número de servidores do que o normalmente necessário, apenas para se precaver contra eventuais situações de necessidade temporária. Tal situação ofenderia, no mínimo, os princípios da eficiência e da economicidade, previstos na CF, arts. 37 e 70.

Por outro lado, uma terceira corrente mantém um meio termo em relação ao tema. Nesse rol, estão Márcio Barbosa Maia e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (2007, p. 47), cuja posição é a seguinte:

Na hipótese raríssima de uma entidade pública ficar completamente desprovida de pessoal ou com número manifestamente insuficiente de agentes públicos para o cumprimento de suas finalidades permanentes, entendemos que a contratação por prazo determinado, neste caso, atenderá ao princípio da continuidade do serviço público e, em consequência, ao escopo da regra constante no art. 37, IX, da CF/88, uma vez que as referidas funções, nas circunstâncias e na forma em que prestadas, são temporárias, até que se ultime concurso público para que se restabeleça a forma normal e perene de sua execução por intermédio de agentes definitivamente vinculados e comprometidos com os desígnios do Poder Público. [...] Independente da natureza transitória ou permanente do serviço, é indispensável a comprovação de excepcional interesse público, da ingente necessidade, da situação incomum e inesperada por que passa a Administração.

O grande problema é que alguns gestores públicos – sob o argumento de evitar um colapso na prestação de serviços essenciais em virtude da inexistência de concurso vigente – autorizam a instauração de uma infinidade de certames simplificados sem, no entanto, darem prosseguimento ulterior à realização de concurso público no transcurso das atividades exercidas pelos servidores temporários, que são substituídos sempre por novos trabalhadores, ocorrendo a contínua contratação temporária.

Portanto, é de se entender que proibir a contratação temporária de excepcional necessidade, nesses casos, não parece ser a melhor solução, pois não restam dúvidas da eficiência do instituto, se aplicado adequadamente, e não simplesmente para contratação de trabalhadores por prazo determinado sem realização de concurso.

4 A tutela inibitória coletiva na proteção do patrimônio público

Conquanto não seja conveniente classificar certos direitos como sendo coletivos *stricto sensu*, difusos ou individuais homogêneos, a doutrina tem se posicionado no sentido de colocar o patrimônio público na categoria de direitos ou interesses difusos, visto que o uso adequado

das receitas tributárias que todos devemos pagar interessa à coletividade de uma forma indistinta.

Diante da afirmação de que o patrimônio público pertence ao universo dos direitos transindividuais, a utilização da *tutela inibitória coletiva* mostra-se necessária quando ainda não seja possível visualizar a ocorrência de danos, bastando a existência de uma ação ilícita. Caso haja um dano efetivo a tutela cabível, será a tutela ressarcitória ou reparatória, embora a inibitória seja adequada para cessar o dano.

Sobre a necessidade do uso de pedidos inibitórios em serviço da proteção efetiva do patrimônio público, buscamos colacionar o trecho seguinte de autoria de Manoel Cabral Machado Neto e de Nilzir Soares Vieira Júnior (2010, p. 313-314):

Num país onde campeia a impunidade como o nosso, urge cada vez mais desenvolver a postura jurídica de buscar a prevenção de ilícitos, do que simplesmente punir. [...] Seja pela ousadia do infrator contumaz, seja em razão da confiança que o administrador ímprobo deposita no sistema jurídico que tantas vezes favorece aquele que não se comporta de acordo com o direito, o fato é que as práticas de improbidade administrativa saltam aos olhos da população gerando a descrença coletiva sobre todas as instituições. Muitas vezes, o ato de improbidade administrativa chega a ser corriqueiro repetido, fazendo-se tábula rasa da legislação aprovada de acordo com todo o processo legislativo ditado pela democracia participativa. [...] As instituições responsáveis pela defesa do Erário [...] dispõem de um específico tipo de tutela que procura prevenir lesões ao direito material e tem ganhado muito enfoque principalmente em áreas específicas como a proteção do consumidor e do meio ambiente. Estamos falando da tutela inibitória, que tem, na figura do ilustre Professor Marinoni, o maior expoente em favor dessa forma de defesa de direito. Essa espécie de tutela é veiculada por uma demanda cognitiva que se volta contra a possibilidade de que determinado ilícito venha ou torne a ocorrer. Sendo sua função prevenir, esse tipo de proteção “põe olhos no futuro”, o que “casa” bem, ou seja, completa a ação civil pública ajuizada para impor sanções civis e políticas. O fundamento da tutela inibitória reside na expressão “ameaça a direito”, encontrada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Este, aliás, foi um dos objetivos da reforma processual que introduziu a tutela coletiva dos “novos direitos”, como ensina o eminente processualista Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 55):

O processo de conhecimento clássico não foi estruturado para permitir a tutela preventiva, o que se afigura extremamente grave, quando se percebe que os direitos não patrimoniais, aí incluídos os da personalidade e os denominados “novos direitos”, não se compadecem com outra forma de tutela. As sentenças

da classificação trínária são completamente inidôneas para a prevenção, uma vez que são impotentes para impedir a violação de um direito, ou mesmo para impedir a reiteração ou continuação de um ato ilícito.

E acrescenta em outra obra, com apoio no consagrado jurista Barbosa Moreira, que:

antes do advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), afirmava: Considere-se por um instante o caso do interesse na sanidade do ambiente, ou na preservação das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, ou na honestidade das mensagens de propaganda; o do interesse em que não se ponham à venda produtos alimentícios ou farmacêuticos nocivos à saúde, em que funcionem com regularidade e eficiência os serviços de utilidade pública, prestados pela Administração ou por particulares, e assim por diante. Se a Justiça Civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo algum os compensaria adequadamente do prejuízo sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia. (MARINONI, 2000, p. 75-76)

Conclui-se, portanto, que no âmbito das ações coletivas, são previstos dois tipos de tutela inibitória: a) a tutela inibitória pura, disciplinada no artigo 84 do CDC (Código de Defesa do Consumidor) e no artigo 461 do CPC (Código de Processo Civil), que pode ser acionada independentemente da ocorrência de qualquer ilícito; e b) a tutela inibitória que visa a cessação da atividade lesiva, disciplinada no artigo 11 da Lei de Ação Civil Pública.

Nesse sentido, a tutela inibitória corresponde a uma ação de conhecimento próprio de natureza preventiva, com o objetivo de impedir a prática ou a continuidade de uma ação ilícita, não se confundindo com a tutela cautelar ou declaratória, posto ser aquela independente de qualquer outra espécie de ação para concretizar a execução dos meios de paralisação das ilicitudes.

Dentre os instrumentos judiciais contemplados pelo microsistema de direito processual coletivo, está a tutela inibitória coletiva prevista parcialmente no artigo 11 da Lei n° 7.347/85, a qual prevê que: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, [...] independentemente de requerimento”.

Assim, um dos objetivos da ação civil pública será o cumprimento da obrigação de não fazer, a qual teve por objeto imediato a condenação do réu no dever de se abster de praticar determinada conduta, e como objeto

mediato, o bem jurídico tutelado consistente na proteção do interesse difuso, que é o patrimônio público, quando da realização de processos seletivos simplificados e da contratação temporária em descaracterização da utilidade pública.

Sobre o objeto da ação civil pública, José dos Santos Carvalho Filho (1995, p. 255-256) assevera que:

conquanto a lei admita como objeto da ação a condenação em dinheiro, não é esse o seu principal alvo. O fim precípua da *actio* é a de obter providência jurisdicional que determine ao réu o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, vale dizer, um *facere* ou um *non facere*. Não se pode perder de vista que a ação civil se preordena à tutela de interesses coletivos e difusos. A violação desses interesses, é natural, pode consumir-se por meio de ações ou de omissões. Quando o agente os vulnera por meio de ação, a providência judicial a ser requerida é a ordem para que não mais a pratique, isto é, para não fazer. Se, ao contrário, é a omissão o fato gerador da ofensa, deve o juiz expedir contra o agente omissa ordem de fazer. Em suma, a decisão que acolher o pedido deverá obrigar o réu a uma conduta positiva ou negativa.

Em complemento, o referido autor ainda revela que a Lei nº 7437/85 admitiu dois tipos de tutela:

a tutela repressiva e a tutela preventiva. Quando a sentença condena o réu à indenização em dinheiro, está comumente reprimindo a ação ou omissão causadora do dano. Em outras palavras, tem-se que o dano já ocorreu, e nesse caso a tutela é repressiva. Se a condenação obriga o réu a fazer ou a não fazer, está prevenindo a ocorrência do dano (se este ainda não foi causado) ou, ao menos, evitando que a conduta ilegítima prossiga dando causa a ele. A tutela aqui será evidentemente preventiva no que se refere a novos danos, sem embargo, como é claro, de haver certo conteúdo repressivo no que tange a eventual comportamento danoso anterior.

Nos pedidos de tutela inibitória, para assegurar o resultado prático dessa obrigação infungível, e na preocupação com a possível hipótese de descumprimento da determinação judicial, torna-se conveniente munir o pedido de meio coercitivo indireto (*astreintes*), traduzindo-se numa pena pecuniária cuja finalidade precípua consiste em induzir o devedor/réu a cumprir a obrigação; e, num segundo instante, em caso de inadimplemento, na conversão em perdas e danos, já que agora estão visualizados e configurados o dano e o prejuízo ao erário público.

A formulação do *astreintes* deverá ser no sentido de que sua aplicação ocorra em desfavor dos agentes públicos que renderem ensejo à violação do dever de abstenção, e não à pessoa jurídica de direito público ao qual pertencem.

5 Considerações finais

A utilização da contratação temporária excepcional para suprir a carência de recursos humanos em atividades permanentes nos entes públicos sem a adequada cautela põe em risco a qualidade do serviço público prestado, uma vez que o Estado não investirá nos servidores em regime precário da mesma forma com que investiria nos efetivos, tampouco lhes assegurará garantias fundamentais da dignidade dos trabalhadores.

Além disso, é difícil identificar situações que fugiriam da previsão dos gestores públicos, visto que os PPAs (Plano Plurianual), as LDOs (Lei de Diretrizes Orçamentárias) e as LOAs (Lei Orçamentária Anual) permitem um planejamento prévio por parte do ente público no sentido de organizarem seu quadro de pessoal e evitarem eventual e excepcional interesse público por contratos temporários precários.

Por outro lado, é de se reconhecer que, em certas situações, o uso da contratação temporária para o desempenho de atividades permanentes será necessário, pois haverá fatos jurídicos dotados de imprevisibilidade, os quais escaparão do alcance do gestor público, forçando-o a contratar servidores para tal finalidade em regime precário. Desse modo, para preservar o interesse público e o princípio da continuidade do serviço público, cada caso deverá ser analisado de acordo com as necessidades do ente político, de modo a realizar ponderações nas obrigações de abstenção.

O uso da tutela inibitória coletiva mostra-se como um mecanismo apto a resguardar o princípio constitucional do concurso público e do interesse público, traduzindo-se na mais cristalina aplicação do princípio do acesso à justiça no sentido de repelir ameaças ao direito difuso tutelado.

Não se pretende aqui condenar o uso da contratação temporária. O que se faz presente é a necessidade da utilização adequada do instituto, aplicando-o em situações em que o interesse público realmente o exija e, não, como uma opção para a Administração furtar-se do dever de realizar concurso público e organizar seu quadro de pessoal efetivo, bem como demonstrar o instrumento jurídico adequado para prevenir ou reprimir o uso dessa prática, contrária aos princípios da justa legalidade, da efetividade, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

The application of the collective inhibitory trusteeship in the irregular temporary hiring by the public administration

Abstract: This article discusses the current controversy over the temporary hiring of exceptional public interest aimed at the performance of ordinary activities in public administration and the use of inhibitory collective protection as a legal instrument capable of safe guarding the proper application of procurement within the political entities, emphasizing the safe guarding the fundamental rights of citizens. It aims to study the legal principles governing the temporary hiring by government, identify when and possibility of occurrence of theses contracts and provide the tools tutelary protection to collective interests for breach of national law dictates applied to the case. The work is to approach the problem about which instrument should be used as an inhibitor of abuses by the government when hiring temporary servers.

Keywords: Inhibitory trusteeship. Exceptional public interest. Temporary hires.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Requisitos constitucionais para a contratação temporária de servidores públicos. In: FORTINI, Cristiana (Coord.). **Servidor Público**: Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil Pública**: Comentários por Artigo. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar**: o minidicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MACHADO NETO, Manoel Cabral; VIEIRA JÚNIOR, Nilzir Soares. A Cumulação de Pedidos nas Ações de Improbidade Administrativa. In: OLIVEIRA, Alexandre Albagli; FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). **Estudos sobre a Improbidade Administrativa Em Homenagem ao Prof. J.J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Tutela inibitória**: Individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOTTA, Fabrício. Da contratação temporária. In: BUENO, Marlene Nunes Freitas (Coord.). **Manual de Atuação na Defesa do Patrimônio Público**. Goiânia: ESMP/GO, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA JÚNIOR, Arnaldo. **Dos Servidores Públicos Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

☰ Recebido: abril/2012. Aprovado: agosto/2013.