

A CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO¹

Luiz Sérgio de Oliveira²

Luciano Silva Costa Ramos³

RESUMO

O Brasil contemporâneo clama por uma prática que contemple os princípios da Administração Pública na contratação efetiva para a composição de seu quadro administrativo. É nesse contexto que está inserido o concurso público, a forma mais ajustada e isonômica do ente público contratar. Embora esteja prescrito na constituição que a regra para o provimento efetivo seja o concurso, alguns gestores burlam tal sistemática para contratar pessoas de sua preferência, se utilizando de critérios arbitrários. Primeiramente, o presente escrito se propõe a analisar os princípios constitucionais que são aplicados ao tema. Posteriormente, faz-se uma análise acerca do histórico de contratações desde o período do Império até os dias atuais, analisando o tratamento dado ao tema pelas Constituições. Em seguida, exploram-se as definições aplicadas ao tema, como também as regras definidas pela Constituição. Finalmente, demonstra-se a responsabilização dos Agentes Públicos, passando pelas ações cabíveis para conter tais abusos e posteriormente se analisam as consequências⁴ que tal forma de contratação gera para os servidores investidos ilegalmente e para a Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso público. Direito Administrativo. Princípios administrativos. Improbidade Administrativa.

THE HIRING PUBLIC SERVANT WITHOUT PUBLIC CONTEST

ABSTRACT

Contemporary Brazil is clamoring for a practice that addresses the principles of effective public administration in hiring for the public service. It is in this context that is inserted the entrance examinations, known as Public Contests, the more adjusted and isonomic way that

¹ Artigo Científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

² Acadêmico do curso de graduação em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN.

³ Orientador. Professor de direito administrativo da FARN; Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte.

⁴ Este trabalho foi redigido levando-se em consideração as mudanças introduzidas na ortografia da língua portuguesa pelo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, em dezembro de 1990, o qual foi aprovado, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 54, em 18 de abril de 1995. Entretanto, na ocorrência de citações diretas, conservou-se o texto original, procedendo-se a transcrição textual da obra consultada, conforme ensina a Norma 10520:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

the public entities have to hire public servants. Although it is prescribed in the constitution that the rule for filling public vacancy is through public contest, some managers circumvent such a system to hire people of your own, making use of arbitrary criteria. First, this writing is to analyze the constitutional principles that are applied to the subject. Subsequently, it is an analysis of the history of public hiring from the period of the Empire to the present day, examining the treatment of the subject by the constitution. Then explore the definitions applied to the subject, but also the rules defined by the Constitution. Finally, it demonstrates the accountability of public officials, through the reasonable actions to curb such abuses and subsequently to analyze the consequences that such recruitment leads to the public servants illegally invested and Public Administration.

Keywords: Public contest. Administrative Law. Management principles. Administrative misconduct.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil do século XXI é um país onde emergem mudanças, que apesar de não terem começado agora, estão mais nítidas neste momento histórico. Vive-se uma época de transformações na política, onde o antigo modelo clientelista e patriarcal tem sido deixado de lado em razão da chamada administração gerencial, em que o aparato estatal se torna cada vez mais impessoal e eficiente.

Segundo Pereira (1998, p. 28):

Tal modelo administrativo é orientado para o cidadão e para a obtenção de resultados, pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de um grau real ainda que limitado de confiança. Uma estratégia essencial ao se reformar o aparelho do Estado é reforçar o núcleo estratégico e o fazer ocupar por servidores públicos altamente competentes, bem treinados e bem pagos.

A administração gerencial é baseada na descentralização política e administrativa, com poucos níveis hierárquicos, flexibilidade organizacional e controle de resultados. O concurso público é o grande aliado de tal modelo, na medida em que fornece a isonomia necessária para a escolha das pessoas que irão compor a máquina administrativa.

No referido modelo é dada mais importância ao servidor de carreira, instituído por meio de concurso público, em detrimento aos escolhidos por cargos comissionados, que nem sempre possuem sua escolha pautada na qualificação profissional.

A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 37, II, determina que “a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Com base no dispositivo citado, ficou vetado, como regra, o acesso a cargos ou empregos públicos sem concurso, para que todos concorram em igualdade de condições.

Eis que o provimento do cargo em comissão, sem que o servidor submeta-se a concurso público é uma modalidade excepcional, destinada ao desempenho de funções de chefia, direção ou assessoramento, sendo requisito indispensável, a relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado.

A regra para a contratação de servidores públicos é que estes sejam admitidos por concurso público, o que é por vezes violada pela instituição de cargos comissionados em atividades que não permitem tal exceção. Cabe analisar, portanto, que ainda existem administradores ímprobos que contratam burlando a regra constitucional.

O tema ora em comento versa principalmente sobre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. Para o desenvolvimento deste trabalho será levada em consideração a evolução histórica da contratação do servidor público até alcançar a Constituição Federal de 1988. Além disso, será feita a análise de julgados que demonstram como alguns agentes públicos abrem mão do princípio constitucional do concurso público para contratar pessoal com o fito de realizar serviço ordinário e habitual, configurando, pois, um abuso aos princípios constitucionais.

Sendo assim, apresenta-se o referido trabalho disposto em seis partes. No primeiro capítulo serão apresentados os princípios constitucionais aplicados ao concurso público.

No segundo capítulo é feita uma retrospectiva de como se dava a contratação dos servidores públicos a partir do Império, analisando a transição até os dias atuais.

No terceiro capítulo são demonstradas as várias definições que os doutrinadores dão ao concurso público, servindo como prelúdio para o entendimento dos capítulos seguintes.

No quarto capítulo, são apresentadas as regras constitucionais para a contratação dos servidores, as exceções ao princípio do concurso público, bem como os efeitos produzidos quando o concurso possui algum tipo de vício.

O quinto capítulo discute a responsabilização legal dos agentes públicos e quais as ações cabíveis para a aplicação das sanções.

O sexto e último capítulo demonstra as consequências da contratação irregular, para a administração pública, para o contratado de forma ilegal e finalmente para o agente que produziu tais efeitos nocivos.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AOS CONCURSOS PÚBLICOS

A organização de um certame para cargos efetivos tem que ser embasada nos princípios constitucionais que regem a administração pública. Eis as lições de Mello (2008, p. 53) acerca de princípio:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

O acesso aos cargos e empregos públicos é reconhecido pelo sistema constitucional brasileiro, notadamente expresso no capítulo destinado à Administração pública. As restrições que porventura puderem ser feitas à participação em concursos devem ser justificadas com base nos princípios constitucionais em voga.

Quanto a isso, merece trazer à baila as palavras de Rocha (1999, p. 149):

É a busca da igualdade de oportunidades que o princípio da acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos propicia, permitindo às pessoas e obrigando o Estado a dar concretude ao princípio da igualdade jurídica. Não se de tratam cidadãos de uma República segundo conveniências, privilégios, preconceitos ou quaisquer elementos externos à qualificação que se lhes exige para o desempenho dos encargos de que se devem desincumbir no exercício que lhes seja especificado. Mais ainda, no Estado Democrático de Direito, há que se obrigar as entidades políticas a cuidar para que todos os cidadãos se dotem das condições materiais, intelectuais, psicológicas, políticas e sociais mínimas que os habilitem à disputa do cargo, da função e do emprego público.

Segundo o art. 37, *caput*, do texto constitucional, 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, assim como, outros princípios constitucionais aplicados ao concurso público. Seguem, pois, os principais.

2.1 Princípio da Isonomia

A igualdade é a base do princípio republicano e da democracia em si. De tal princípio decorre o tratamento igual aos que se encontram em situação de equivalência e que se trate de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O Supremo Tribunal Federal (STF) aponta o seu tríplice objetivo: limitar o legislador, a autoridade pública e o particular. (precedente: STF, pleno, MI 58-DF, Rel. p/acórdão Min. Celso de Mello, DJ, 1, de 19-4-1991, p. 4580).

O princípio constitucional da igualdade não proíbe que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, de profissão, de sexo etc. O que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, sem levar em conta a razoabilidade, ou deixe de lado questões de ordem pública.

Cabe ressaltar que tais restrições somente terão validade se previstas em lei, não podendo o edital impor restrições a direitos constitucionais.

Importante preceito ligado aos concursos públicos é a reserva constitucional de percentual dos cargos e empregos públicos aos portadores de deficiência (art. 37, VIII), concebida com o sentido de conferir-lhes igualdade de oportunidades de acesso e assim diminuir os problemas enfrentados, assim como inseri-los no serviço público e no mercado de consumo.

A esse respeito segue um julgado que demonstra a aplicação do princípio da isonomia em favor de candidatos portadores de deficiência física.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. DEFICIENTE FÍSICO. ARTIGO 37, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ARTIGO 5º, § 2º, DA LEI Nº 8.112/90. RESERVA DE VAGAS. OBRIGATORIEDADE. - A inércia do administrador público em não reservar percentual de vagas destinadas a deficiente físico, providência determinada pelo artigo 37, VIII, da Constituição Federal e regulamentado pelo artigo 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90, não pode obstar o cumprimento do mandamento constitucional e afastar o direito assegurado aos candidatos de concurso portadores de deficiência. - Recurso não conhecido. (BRASIL, STJ – 6ª Turma, Resp 331688, Relator: Paulo Gallotti, 2004).

2.2 Contraditório e Ampla Defesa

Os princípios do contraditório e ampla defesa estão descritos expressamente na Constituição Federal no art. 5º, LV, aduzindo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” e, embora não seja apenas um princípio, os dois estão intrinsecamente ligados e embasam todo o processo administrativo e judicial.

Pode-se definir ampla defesa como sendo a faculdade do litigante apresentar todos os meios de prova admitidos no direito para comprovar sua verdade, ou mesmo omitir-se, se assim quiser, para evitar provas contra si.

Já o contraditório é o direito que o litigante tem de repulsar tudo que for alegado pela parte adversa no decorrer do processo. Segundo Alexandrino; Paulo (2008, p.165):

Significa dizer que todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se, de apresentar suas contra-razões, de levar ao juiz do feito uma versão ou uma interpretação diversa daquela apontada inicialmente pelo autor. O contraditório assegura também, a igualdade das partes no processo, pois equipara, no feito, o direito da acusação com o direito de defesa.

Em relação aos concursos públicos algumas regras devem ser levadas em conta para assegurar a aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa. Deve ser assegurado o direito de ter acesso aos documentos de correção, não resguardados por sigilo, para viabilizar seu direito de defesa; o direito de recorrer quando tiver negada a inscrição, ou a não aprovação em provas, por meio da via administrativa e judicial; as provas orais devem ser registradas em gravações ou taquigrafadas a fim de possibilitar direito de defesa a eventuais impugnações.

Tais mecanismos não só dão aplicação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como também, possibilitam a igualdade dos candidatos no processo seletivo, objetivando a escolha dos mais aptos para o desempenho da função pública.

2.3 Moralidade

O princípio da moralidade, cuja fundamentação legal está no art. 37, *caput*, da Carta Magna, determina que o administrador público se utilize da ética como parâmetro em suas condutas. E além de observar os critérios de conveniência e oportunidade deve, sobretudo, se pautar na honestidade.

Em relação aos concursos públicos, a Administração deve pautar-se na boa fé, se utilizando da lei para reger o certame, vedados, pois, comportamentos que ofendam a ética e a moralidade exigidos dos entes públicos.

Importante frisar que é de extrema importância a observância do regramento do Código de Processo Civil no tocante as exceções de suspeição e impedimento e não se permitindo, assim, que os organizadores do concurso e os demais colaboradores concorram ao referido processo seletivo.

É muito importante que o administrador se pautar na moralidade para a seleção dos mais aptos a exercer a função pública. O concurso público presta-se a ser o meio mais idôneo de seleção, utilizando-se de critérios objetivos que permitem aferir quem de fato está mais preparado para exercer tal função.

A moralidade deve ser usada em contraposição às contratações que, embora algumas vezes possuam previsão legal, burlam o amplo acesso ao cargo público pela via do concurso público. Tais práticas abusivas se efetivam no nepotismo, no excesso de cargos em comissão, pela terceirização por intermédio de contratação de empresas prestadoras de serviço de atividade eminentemente públicas e pela contratação de pessoal fora das hipóteses de excepcionalidade.

2.4 Motivação

Pode-se dizer que o princípio da motivação é o elo dos demais princípios constitucionais, já que é imprescindível num Estado Democrático de Direito que todos os seus atos sejam motivados, a fim de que os cidadãos fiquem cientes das decisões administrativas.

Portanto, decisões administrativas, legislativas e judiciais devem ser precedidas dos pressupostos de fato e de direito que fundamentaram a prática dos atos discricionários e vinculados.

Como regra, devem ser motivados todos os atos administrativos, embora tal regra comporte algumas exceções. Em relação aos concursos públicos, sempre prevalece a motivação, tendo em vista que pode afetar direitos e interesses dos cidadãos.

O concurso público, como ato administrativo, deve sempre ser motivado, desde a proposta para a sua feitura até após a aplicação dos exames. Tal medida visa dar abertura a todo processo e permite que as pessoas que se sintam prejudicadas por qualquer ato, defendam sua posição embasada no que foi alegado pela Administração. A motivação se presta também a coibir os desmandos que, por acaso, possam ser cometidos pelo agente político visando beneficiar alguns e preterir outros.

Cabe citar a Súmula 684 do STF, que diz que “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público”. Tal entendimento não se coaduna com a aplicação de testes, entrevistas e exames, inclusive psicotécnicos, sigilosos ou subjetivos. (RE 326349 AgReg. Rel. Min. Gilmar Mendes)

Segue um julgado do STF que declara a inconstitucionalidade de lei que institui veto a candidato:

CONCURSO PÚBLICO: MAGISTRATURA ESTADUAL: LEI QUE CONCEDE AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER DE VETO A CANDIDATO: INCONSTITUCIONALIDADE. 1. Embora a Constituição admita o condicionamento do acesso aos cargos públicos a requisitos estabelecidos em lei, esta não o pode subordinar a pressupostos que façam inúteis as inspirações do sistema de concurso público (art. 97, § 1º), que são um corolário do princípio fundamental da isonomia. 2. Além de inconciliável com a exigência constitucional do concurso público e com o princípio de isonomia, que a inspira, a eliminação de candidatos, mediante voto secreto e imotivado de um colegiado administrativo - ainda que se trate de um Tribunal - esvazia e fraudula outra garantia básica da Constituição, qual seja, a da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário: tanto vale proibir explicitamente a apreciação judicial de um ato administrativo, quanto discipliná-lo de tal modo que se faça impossível verificar em juízo a sua eventual nulidade. 3. A circunstância de tratar-se de um concurso para a carreira da magistratura - ao contrário de legitimar o poder de "veto de consciência" a candidatos - agrava a sua ilegitimidade constitucional: acima do problema individual do direito subjetivo de acesso à função pública, situa-se o da incompatibilidade com o regime democrático de qualquer sistema que viabilize a cooptação arbitrária, como base de composição de um dos poderes do Estado. 4. O STF - por fidelidade às inspirações do princípio do concurso público - tem fulminado por diversas vezes o veto a candidato a concurso, ainda quando vinculado a conclusões de exame psicotécnico previsto em lei, se a sua realização se reduz a "entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia" (RE 112.676, Rezek: com mais razão é de declarar-se a inconstitucionalidade, se à conclusão do exame psicotécnico - seja qual for a sua confiabilidade - não se vincula o Tribunal que - "conforme ele, contra ele ou apesar dele" -, recebe o poder da eliminação de candidatos, com ou sem entrevistas, por juízo da consciência de votos secretos e imotivados. 5. De reconhecer-se o direito à investidura de candidata à magistrada, que, depois de habilitada nas provas do concurso, não foi indicada à

nomeação - então, de competência do Poder Executivo - por força de veto imotivado do Tribunal de Justiça. 6. Consequências patrimoniais pretéritas da preterição do direito à nomeação a calcular-se conforme o critério do STF em casos assimiláveis. (RE 194657-RS, Relator: Min. Sepúlveda Pertence)

Em relação aos concursos públicos todas as decisões devem ser motivadas de forma clara, devendo os critérios utilizados na avaliação do certame estar bem nítidos no edital.

A motivação dos atos administrativos é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, na medida que o administrador público responde em nome do Estado, do povo, por isso não pode agir livremente, devendo justificar seus atos de forma pautada na lei, sob pena de ter os efeitos de tais atos declarados nulos.

2.5 Legalidade

Segundo o inciso II do art. 5º da CF, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O princípio da legalidade dirige-se tanto aos poderes públicos quanto aos particulares, embora o parâmetro não seja o mesmo. Para os particulares em suas relações privadas, é permitido tudo que não for vedado pela lei. Já os poderes públicos devem seguir os mandamentos da lei, sob pena de cometer ilegalidades.

Em relação aos concursos públicos, a Constituição prevê que os requisitos para o provimento de cargos, empregos e funções públicas devem ser estabelecidos em lei, não sendo o edital meio idôneo para inovar o regramento legal.

2.6 Vinculação ao Edital

Todas as normas envolvidas na confecção de um concurso público devem estar necessariamente prescritas no edital. Portanto, cabe ao edital a regulação de todo o processo seletivo. Importante perceber que embora o edital seja o instrumento que produz as regras do certame o mesmo não pode inovar no mundo jurídico e prevê exceções em seu texto. Tal princípio é decorrente de outros dois, a saber, o da legalidade e o da moralidade, anteriormente citados.

O Poder Público se sujeita a observância do edital tanto quanto os candidatos que participam do certame. Por isso, segundo Motta (2004), a Administração não pode evadir-se das regras que ela mesma determinou. O princípio da moralidade exige da Administração postura de respeito aos parâmetros previamente definidos no instrumento, que é o vínculo entre poder público e candidatos.

Não cabe ao poder judiciário avaliar as regras contidas no edital, cabe a tal poder, julgar a legalidade das normas constantes no instrumento. Segundo o STF:

Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame. (...) Consoante já manifestou esta Corte, em se tratando de interpretação das normas editalícias de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade do edital. Em sendo assim, o Administrador tem todo o direito de se valer do seu poder discricionário, desde que o mesmo não afronte comandos legais. (BRASIL, STJ, RMS 18.798/SE, 2004).

2.7 Razoabilidade e Proporcionalidade

A razoabilidade e proporcionalidade seriam a busca do servidor público pela adequação, a racionalidade, a idoneidade, evitando assim, o abuso de poder.

É um mecanismo que limita a discricionariedade administrativa e legislativa, permitindo que o judiciário invalide ações abusivas dos administradores ou legisladores.

Em relação aos concursos as leis que estabelecem as regras de acesso aos cargos, empregos e funções públicas não podem ser desarrazoadas, contendo exigências que não se relacionam com o exercício da função pública.

Em relação à proporcionalidade cabe registrar que o concurso público deve ser pautado na ponderação, não pode ter rigorosidade excessiva nem tampouco facilidade extrema, tudo isso prezando pela seleção dos candidatos mais capazes para compor os quadros da Administração.

2.8 Publicidade

O princípio da publicidade determina que a administração dê ampla divulgação aos seus atos, a fim de que os administrados possam controlar e legitimar a conduta dos agentes públicos.

O referido princípio encontra-se inserto no texto constitucional, no *caput* do artigo 37, bem como no inciso XXXIII do artigo 5º, que declara expressamente: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

A publicidade, apesar de não ser elemento de formação dos atos, constitui-se requisito de sua moralidade e eficácia, entendida esta última como aptidão do ato para produção dos seus efeitos.

Tal princípio, diz respeito à obrigação de dar publicidade, levar ao conhecimento de todos os atos, contratos ou instrumentos jurídicos praticados pela Administração Pública. Isso dá transparência e confere a possibilidade de qualquer pessoa questionar e controlar toda a atividade administrativa que deve representar o interesse público, por isso não se justifica, em regra, o sigilo.

Para o cumprimento de tal princípio os atos administrativos são publicados em órgãos de imprensa ou colocados em locais de fácil visualização nas repartições públicas. Tais medidas servem para dar efetividade ao princípio referido, comportando raríssimas hipóteses em que se admitem atos sigilosos.

Em relação aos concursos públicos a publicidade deve ser ampla o suficiente para ser acessível ao maior número de candidatos possível. O edital de abertura do concurso deverá ter ampla divulgação, tanto nos meios oficiais, quanto nos demais meios de divulgação. A divulgação deverá ocorrer com uma razoável antecedência da aplicação das provas.

A mesma divulgação deve ser dada em relação a todas as etapas do concurso, para permitir que as pessoas participem de todo o processo seletivo e que as normas feitas sem a observância dos preceitos constitucionais possam ser impugnadas pelo poder público.

Passado o exposto sobre os princípios aplicados ao tema concurso público, segue-se ao próximo ponto que analisa o histórico de contratação do servidor público.

3 CONTRATAÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO (HISTÓRICO)

Desde os primórdios do descobrimento do Brasil que seu aparato estatal é composto por pessoas investidas em seus cargos através do critério de apadrinhamento político e pessoal, e é nesse cenário que o país vai montando sua máquina administrativa, umas vezes escancarada e outras latente, mas sempre pautado num critério de completa arbitrariedade.

Na época do Império, as funções públicas davam-se por meio de delegação do Imperador. Os cargos eram providos sob o aspecto de confiança, cabendo ao Imperador a admissão ou a exoneração dos servidores estatais.

Como forma de legitimar tal prática de provimento, a Constituição de 1824 tratou de positivar e legitimar a vontade do Imperador em seu artigo 179, XIV, versando que “Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Cíveis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes”.

Com o advento da República e a promulgação da Constituição de 1891, o sistema de seleção baseado na escolha do governante continuou vigente, o que fica explicitado através do art. 73, aduzindo que “os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas”.

O concurso público no Brasil nasceu com a Constituição de 1934, que deu o primeiro passo para a isonomia da administração pública, no seu art. 170, ao estabelecer que “o Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor”, sendo uma das normas aquela prevista no parágrafo 2º do referido artigo, aduzindo que “a primeira investidura nos postos de carreira das repartições administrativas, e nos demais que a lei determinar, efetuar-se-á depois de exame de sanidade e concurso de provas ou títulos”.

É interessante perceber no artigo acima, que o concurso público passou a ser exigido como critério de ingresso do serviço público, mas apenas para provimento inicial de carreira. Assim, a pessoa poderia entrar para assumir um determinado cargo X e quando estivesse investido neste cargo poderia migrar para um cargo Y.

A partir da constituição de 1934 o concurso público foi incorporado aos ordenamentos futuros, é o que se observa nas Constituições de 1937 (art. 156), na de 1946 (art. 186), e na de 1969 (art. 97, parágrafos 1º e 2º), transcritos abaixo:

Art 156 da Constituição de 1937 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

a) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos criados em lei, seja qual for a forma de pagamento;

b) a primeira investidura nos cargos de carreira far-se-á mediante concurso de provas ou de títulos;

Art 186 da Constituição de 1946 - A primeira investidura em cargo de carreira e em outros que a lei determinar efetuar-se-á mediante concurso, precedendo inspeção de saúde.

Art. 97 da constituição de 1969. Os cargos públicos serão acessíveis a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

§ 1º. A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei.

§ 2º. Prescindirá de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração

O passo maior para a democratização e a legitimidade para o acesso a carreira pública foi dada com a Constituição de 1988, que instituiu definitivamente o concurso público no ordenamento pátrio.

A emenda constitucional nº 19 veio para sanar qualquer dúvida acerca da progressão funcional e instituiu que não poderia ocorrer o provimento derivado. Assim, com o novo texto, ficou claro que não se permite a passagem de ocupantes de determinados cargos para outros cargos integrantes de carreiras diversas.

Para não ficar qualquer dúvida a respeito da impossibilidade da progressão funcional entre carreiras diversas segue julgado do STF, esclarecendo tal questão.

EMENTA: - “Relevância jurídica da arguição de inconstitucionalidade, perante o art. 37, II, da Carta Federal, da previsão de provimento derivado, a título de ascensão funcional, quando impropriamente considerada, como integrada, na mesma carreira, a série de cargos superiores, a ser preenchida com preterição da exigência de concurso público. Medida cautelar deferida.” (BRASIL, STF. Tribunal Pleno. ADIMC-1345/ES. Rel. Min. Octavio Gallotti. DJ. 20.09.95)

Nesse sentido, o STF editou a súmula 685: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”.

Embora o princípio do concurso público esteja consolidado no ordenamento pátrio, quando ocorreu a transição a partir da Constituição de 1988, mereceu um artigo na

ADCT para contemplar as pessoas que foram investidas no serviço público antes da promulgação da lei maior e assim, garantir estabilidade para essas pessoas.

Para regular tal situação o constituinte estabeleceu no art. 19 e parágrafos, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que “os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

Percebe-se que foi um longo percurso para deixar a forma clientelista e patriarcal longe da Administração Pública, ao menos no campo teórico, pois mesmo com as grandes mudanças que já foram promovidas muitas ações ainda devem ocorrer. Na forma da lei a contratação do servidor público deve ter critérios técnicos aferidos pela lei maior como será visto no próximo capítulo.

4 DEFINIÇÕES DE CONCURSO PÚBLICO

Ao longo da história do Brasil o concurso público⁵ foi se firmando como o meio mais isonômico para contratação de servidores públicos, é interessante perceber a questão técnica que está por trás desta modalidade de contratação.

Gasparini (2007, p. 178) conceitua concurso público como sendo:

O procedimento prático-jurídico posto à disposição da Administração pública direta, autárquica, fundacional e governamental de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade. É um processo competitivo, em que os cargos são disputados por vários candidatos. Os cargos hão de estar sem os respectivos titulares ou em estado de vacância.

Em sua definição Meirelles (2001, p. 403) enfatiza a questão de probidade e isonomia na contratação do servidor:

⁵ O concurso público foi implantado na França ao tempo de Napoleão e, apesar de sua idoneidade, foi objeto de renhidas resistências, que definham posteriormente ante o aspecto democrático que foi reconhecido a esse tipo de procedimento. CRETELLA JÚNIOR (1994, p. 461).

O concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos.

Na mesma linha, Carvalho Filho (2009, p. 595) aduz que:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

O inciso I do artigo 37 da CF determina que os concursos públicos devam ser de provas ou de provas e títulos, mas nunca somente de títulos.

O mais corriqueiro é que a Administração realize concursos públicos somente de provas, nos quais os candidatos se submetem a uma avaliação objetiva, formada por questões de múltipla escolha. Entretanto, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, a Administração poderá exigir a aprovação dos candidatos em outras etapas, a exemplo da formada por questões dissertativas, da realização de testes físicos, análise da vida pregressa, ou, ainda, participação obrigatória em curso de formação, no qual o candidato está obrigado a obter uma pontuação mínima para ser nomeado em caráter efetivo.

5 REGRAS PARA CONTRATAR O SERVIDOR

O acesso ao serviço público é garantia inerente à condição de cidadão brasileiro. É isso o que diz Dallari (1992, p. 28):

Em resumo, todo brasileiro tem constitucionalmente assegurado o direito de, por qualquer forma, participar da administração pública, direta ou indiretamente, mesmo quando ela se apresenta com uma roupagem de pessoa jurídica de direito privado.

Para se ter uma idéia da importância do tema, basta dizer que ele figura no texto da Declaração Geral dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.1948, com o seguinte enunciado: “Cada indivíduo tem o direito ao ingresso, sob condições iguais, no serviço do seu país”.

No mesmo sentido Moraes (2009, p.346):

Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros, natos ou naturalizados, aos portugueses equiparados que preencham os requisitos estabelecidos em lei e, desde a promulgação da Emenda Constitucional n 19, aos estrangeiros, na forma da lei, sendo vedada qualquer possibilidade de discriminação abusiva, que desrespeite o princípio da igualdade, por flagrante inconstitucionalidade.

O art. 37, inciso II, preceitua a obrigatoriedade do concurso público para investidura em concurso público como regra, embora existam algumas exceções que serão mencionadas posteriormente.

O concurso deve, necessariamente, ser aberto por um edital elaborado com total base na lei, sob o risco de não possuir validade. Segundo prescreve o art. 5º, II da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, configurando o princípio da legalidade. O edital só vai ter validade se seguir os preceitos e princípios do direito, pois sua feitura tem que se basear principalmente na legalidade e na isonomia.

As opções fundamentais quanto à forma de realização do concurso, quem pode participar do certame e os critérios de avaliação das provas, deverão ser necessariamente estabelecidas por lei. Não se admite determinadas flexibilizações que coloquem em risco a isonomia e a legalidade. Sobre isso, Bulos (2008, p.810):

Obrigatoriedade de concurso público – a voz “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego” não pode servir de apanágio para a quebra da obrigatoriedade do concurso público de provas ou de provas e títulos. Logo, será inconstitucional a lei que flexibilizar o ritual dos concursos, independentemente da natureza, simples ou complexa, de determinado encargo. Poderá, no máximo, adaptar os métodos de avaliação ao perfil específico dos conhecimentos exigidos para cargo ou emprego, mas sem agredir o

critério de escolha dos melhores e mais competentes, que demonstram maior aptidão para o exercício de um dado mister. Qualquer investidura no serviço público depende de concurso. Nem mesmo a lei, mediante agrupamento de carreiras, pode determinar o contrário. Até os titulares de serventias judiciais e os exercentes de atividade notarial e de registro, sujeitam-se ao ditame constitucional. O mesmo vale para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, que, ao contratar servidores sob o regime das leis trabalhistas, devem adotar os reajustes salariais estabelecidos pela União.

Na esfera federal, o artigo 5º da Lei 8.112/90 disciplina quais são os requisitos básicos a serem preenchidos para ocupar um cargo público, quais sejam: o pleno gozo dos direitos políticos, a quitação com as obrigações militares e eleitorais, o nível de escolaridade exigido para o exercício do cargo, a idade mínima de dezoito anos, aptidão física e mental, entre outros que possam ser justificados pelas atribuições do cargo.

A administração pode prescrever em lei exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional que entenderem convenientes, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público.

Embora a administração local tenha certa discricionariedade na elaboração das normas constantes do edital, é defeso dispensar condições estabelecida em lei nacional para a investidura de cargos públicos.

5.1 Exceções ao Dever de Realizar Concurso Público

Há determinadas situações em que a constituição dispensa a prévia aprovação em concurso público pelo servidor. É interessante destacar que tal situação é de caráter excepcional.

A primeira exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público. Não cabendo aos gestores ampliar tais exceções.

Outra medida flexibilizadora se deu com a Emenda Constitucional 51/2006, que alterou o art. 198 da Constituição Federal, e, a partir de então, foi autorizado o provimento de cargos públicos de agente comunitário de saúde e de agente de combate às endemias através de processo seletivo simplificado, tudo isso por que o cargo foi criado para atuar em situações excepcionais, não necessitando de agentes permanentes na função.

Nos cargos de provimento vitalício o concurso público é exigido nos quadros iniciais de carreira, a exceção fica por conta do quinto constitucional, dos tribunais superiores, composto de membros do Ministério Público e advogados (art. 94, CF), a exemplo do STJ (art. 104, parágrafo único, CF). Já o STF (art. 101, parágrafo único, CF) não se sujeita a concurso público e a escolha dos seus membros é feita pelo Presidente da República com a anuência do Senado Federal.

Outra exceção é em relação ao Tribunal de Contas da União (art. 73, §§ 1º e 2º, CF), no qual, os seus membros não se sujeitam a concurso público como forma de provimento direto. Tal exceção se faz presente com uma escolha feita pelo Presidente da República e seis feitas pelo Congresso Nacional, dentre cidadãos com notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública, que não necessariamente prescindem de ingresso via concurso público.

Nos cargos de provimento efetivo, a exceção beneficia membros da carreira militar que participaram da Segunda Grande Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT da CF).

Igual exceção é em relação aos servidores temporários que, como prescreve o art. 37, IX, da CF, são cargos determinados pela carência e excepcionalidade temporárias, ficando adstrito ao interesse público.

Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, o excepcional interesse público, temporariedade da contratação e hipóteses expressamente previstas em lei.

Ademais, a investidura em cargos ou empregos públicos depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, não existindo possibilidade de edição de lei que, mediante junção de carreiras, transforme cargos, permitindo que os ocupantes dos cargos originários fossem investidos nos cargos emergentes, de carreira diversa daquela para a qual ingressaram no serviço público sem concurso.

5.2 Invalidade do Concurso

Não é incomum que a Administração faça concursos baseada em critérios pouco legítimos. Isso ocorre quando favorece a determinadas pessoas, usa critérios que contrariam a lei, e quando ocorrem suspeitas de fraudes e aplicação de provas mal elaboradas.

Quando se faz um concurso a Administração Pública tem que valer de uma série de princípios para sua eficácia e validade. Contudo, muitas vezes alguns requisitos não são observados e não é raro que alguns concursos sejam anulados.

Se o concurso for eivado por vícios de legalidade ele deve ser invalidado, e deve ser novamente realizado sem os vícios que causaram tal invalidação. A invalidação pode ser efetivada como ocorre com os demais atos administrativos, pelo poder judiciário ou pela própria administração.

É interessante perceber que se a invalidação ocorre durante uma das fases do certame e antes da investidura dos aprovados, a Administração pode invalidar o procedimento sem que esteja assegurado qualquer direito de defesa aos participantes. Isto ocorre devido a Administração gozar da prerrogativa da auto-executoriedade⁶ e poder rever seus atos a qualquer tempo.

Porém, se os candidatos forem investidos nos cargos, e estiverem laborando em suas funções, cabe a estes que se utilizem do princípio do contraditório e da ampla defesa para terem seus direitos ressaltados.

Uma situação bastante corriqueira é quando determinado candidato não é aprovado em determinada fase do concurso (exame físico, psicotécnico etc) e lança mão de tutelas jurisdicionais como o mandado de segurança, e em sede de liminar o poder judiciário determina que o candidato seja empossado.

Segundo Carvalho Filho (2009, p. 611):

Esse tipo de decisão cautelar *in limine* é totalmente inconstitucional e carece de qualquer técnica jurídica. A medida cautelar pode, quando muito, ordenar a reserva de vaga, mas nunca impor a formação da relação funcional pela investidura, porque isso ofende diretamente a prerrogativa da presunção de legitimidade de que são dotados os atos da Administração.

Por fim, caso os vícios no certame sejam consequência de má gestão ou de improbidade, o agente público deverá responder legalmente por tais vícios, é o que fará parte do capítulo seguinte.

6 RESPONSABILIZAÇÃO LEGAL

⁶ O poder da Administração Pública de executar as suas próprias decisões sem precisar se socorrer da tutela judicial. Assim, a Administração Pública por si só cumpre as suas funções com os seus próprios meios, ainda quando tal execução interfira na esfera privada do administrado. DE PLÁCIDO E SILVA (2007, p.174).

A Administração Pública é sempre pautada na legalidade para o estabelecimento de seus ditames. Embora o gestor público possua discricionariedade em relação ao momento de contratar, o mesmo não pode abrir mão dos preceitos legais para embasar a admissão de servidores.

A atuação do agente público na materialização das atividades administrativas não pode se pautar em sua vontade pessoal. É necessário que seus atos e condutas sejam pautados na lei e amparados por uma fundamentação fática e jurídica que permita o respectivo controle e fiscalização.

A obrigatoriedade de realização de concurso público tem o objetivo de garantir o cumprimento de vários princípios constitucionais, entre eles o princípio da isonomia, pelo qual é possibilitada a igualdade de oportunidades a todos que desejarem ingressar no serviço público e o da eficiência, buscando a seleção dos candidatos mais preparados para o exercício das funções públicas.

O inciso II do artigo 37 da CF estabelece que a contratação de servidores para cargos e empregos públicos deve ocorrer através de concurso público, e as contratações feitas sem a observância de tal procedimento devem ser declaradas nulas, acarretando a responsabilização penal, administrativa e cível da autoridade responsável pelo ato irregular.

Em relação à contratação de pessoal para realização de serviços ordinários, segue um parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, formulado pelo procurador Carlos Thompson Costa Fernandes, que invalida tal forma de contratação:

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. CONTRATAÇÃO DIRETA QUE CEIFOU O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONCURSO PÚBLICO. DANO MATERIAL PRESUMIDO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO TAMBÉM DE DANO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA E À COLETIVIDADE. DESPESA NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE GUIA DE TOMBAMENTO. IRREGULARIDADE SANADA. DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS. DEVOLUÇÃO DOS VALORES AO ERÁRIO E MULTA.

De outro lado, se o servidor contratado sem concurso prestou serviços à Administração Pública, fica caracterizado o ilícito, acarretando a nulidade do ato, e o pagamento dos salários como contraprestação laboral.

No caso em tela a administração não pode pedir que o servidor restitua o dinheiro recebido a título de pagamento, já que este efetivamente trabalhou. A restituição de tal verba se caracterizaria pelo enriquecimento sem causa, algo vedado pela legislação pátria.

Quando o princípio da moralidade administrativa é violado, faz surgir, a vista do caso concreto, o dever de indenizar o patrimônio público lesado.

Para configurar tal lesão, a prova de dano ao erário se faz prescindível, especialmente em relação às hipóteses previstas no artigo 9 e 11, da Lei n.º 8.429/92.

Muitos dos ilícitos previstos nos artigos 9, 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa tem correspondência com os ilícitos definidos na legislação penal e as infrações previstas nos Estatutos dos Servidores, nada impede que a instauração do processo se dê nas três instâncias.

A esfera administrativa apura o ilícito segundo as normas estabelecidas no estatuto funcional; a civil apura a improbidade administrativa e aplica as sanções previstas na Lei nº 8.429/92; e a penal apura o ilícito penal segundo as normas constantes no CPP.

Em regra as instâncias são independentes, porém, quando há decisão definitiva na esfera penal esta vincula as demais instâncias.

6.1 Improbidade Administrativa

Os agentes públicos que contratarem pessoal sem a observância dos procedimentos legais respondem por ato de improbidade administrativa, é o que se aduz do art. 11, inciso V, da Lei 8.429/92, “frustrar a licitude de concurso público”, como ato de improbidade administrativa”.

A pena prevista aos agentes que cometem tal abuso se encontra prevista no art. 12, III, da lei de improbidade, “na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

Segue julgado do STJ, que analisa o ato de improbidade cometido por agente político na contratação de servidor sem a observância dos princípios administrativos:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. A conduta do recorrente de contratar e manter servidores sem concurso público na Administração amolda-se ao caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado.

3. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

4. Acórdão reformado para excluir a condenação ao ressarcimento de danos e reduzir a multa civil de dez para três vezes o valor da última remuneração recebida no último ano de mandato em face da ausência de prejuízo ao erário.

5. Recurso especial provido em parte. (REsp 737.279/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13.05.2008, DJ 21.05.2008 p. 1)

Mesmo que a conduta do agente público não tenha importado em enriquecimento ilícito ou causado prejuízo ao patrimônio público, será possível a caracterização do ato de improbidade administrativa. Para isso, basta que esteja configurada a violação de qualquer dos princípios da Administração Pública.

O mesmo ato pode se subsumir em mais de uma hipótese de improbidade prevista na Lei anticorrupção. Porém, se o caso concreto se enquadrar nos art. 9º e 10 da referida lei, não se deve tipificar a conduta no art. 11. Pois, aqueles dispositivos são mais graves e mais amplos que este.

6.2 Ação Civil Pública

A ação civil pública constitui um dos mais importantes instrumentos de controle da Administração Pública brasileira, ao lado do mandado de segurança, do habeas data, da ação popular e outras ações judiciais. A exemplo dos demais instrumentos processuais citados, também possui amparo constitucional, art. 129, III da CF, e está regulamentada pela Lei 7.347/85.

A Ação Civil Pública é cabível contra a contratação que não atender a prévia seleção através de concurso público, com fundamento no art. 1º, inciso IV, da Lei 7.347/85, conjugada com a lei 8.429/92, já que tal ato fere interesses difusos ou coletivos.

Seguem dois julgados sobre a contratação irregular na qual os administradores são julgados com base na lei supramencionada.

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO - NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO POR PARTE DO AGENTE QUE PRATICOU O ATO. Ainda que tenha havido contratação e manutenção de servidores sem concurso público na gestão administrativa dos réus, praticando ato em desacordo com os princípios norteadores da Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal), reputo necessária a caracterização de dano ou de proveito patrimonial, conforme se infere do que dispõe a Lei nº 8.249/92." (Apelação cível nº 475225 - Comarca de Conselheiro Lafaiete, Rel. Des. Silas Vieira, 27/4/2006, pub. 6/9/2006).

A Ação Civil Pública se presta tanto para a responsabilização do agente por improbidade, quanto para a anulação das contratações firmadas sem a observância do princípio do concurso público.

Segundo prescreve o art. 3º da Lei 7.347/85, “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Portanto, a sentença pode ser condenatória em pecúnia, obrigando o réu a pagar em dinheiro o dano, ou condenatória mandamental, quando o juiz determinar que o réu cumpra uma obrigação de fazer ou não fazer. Ou ainda, declaratória negativa, quando o réu for absolvido de tal ação.

A Lei 7.347/85 previu apenas as duas formas supracitadas de tutela. Em relação a anulação de atos e cláusulas de contratos ilegais cabe citar Carvalho dos Santos (2009, p.1011):

A lei n 8.078/90 (o código do consumidor) passou a admitir hipóteses em que o pedido é o de anulação de atos ou de cláusulas contratuais. A Lei n 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), a seu turno também admite a ação civil pública para a invalidação de atos.

6.3 Ação Popular

Outro instrumento de controle da Administração Pública, configurando um mecanismo de controle social, a Ação Popular está prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da CF: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. Tal ação encontra-se também disciplinada na Lei 4.717/65.

Promover a defesa do patrimônio público é combater danos morais e patrimoniais causados contra o erário por agentes, servidores e representantes públicos corruptos, por abuso de poder ou má gestão do dinheiro público como, por exemplo, obras com preços superfaturados, contratação de servidores no serviço público sem prévio concurso público, concessão de benefícios fiscais, administrativos e creditícios ilegais, dentre outros.

Trata-se de um instrumento disponibilizado a todos os cidadãos a fim de que possam fiscalizar a moralidade administrativa, a prática de atos que possam ser lesivos ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a proteção ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Permite que o particular possa fiscalizar a atuação de seus representantes públicos, servidores e agentes que tratam da coisa pública em todos os níveis hierárquicos administrativos.

Além disso, também pode ser utilizada com a finalidade de promover a restituição de bens ou o ressarcimento de danos em relação às pessoas que, por ação ou omissão, causaram ou deram oportunidade à lesão, bem como em relação aos beneficiários do fato (art. 5º, LXXIII, da CF).

A ação popular se presta a anular os atos lesivos aos bens sob tutela da norma constitucional. A lesividade está sempre presente quando a administração dispensa o concurso exigido pela lei. Na dispensa de concurso, a administração contrata pessoal sem a seleção necessária, exigível não só para assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da administração, como ainda para recrutar os mais aptos dentre os candidatos às vagas.

Assim, havendo contratação de servidores sem concurso, há presunção legal de ilegitimidade e também e especialmente de lesividade.

A jurisprudência pátria tem se manifestado pelo cabimento da Ação Popular que ataca ato lesivo como a contratação de servidor público, sem aprovação em concurso:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO POPULAR - SERVIDOR PÚBLICO - CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO - NULIDADE - CF, ART. 37, II E IX - I - A investidura no serviço público, seja como estatutário, seja como celetista, depende de aprovação em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. CF, art. 37, II - A contratação por tempo determinado, para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, tem como pressuposto lei que estabeleça os casos de contratação. CF, art. 37, IX. Inexistindo essa lei, não há falar em tal contratação. III - RE conhecido e provido. (STF - RE 168.566-2 - RS - 2ª T. - Rel. Min. Nelson Jobim - Unânime - DJU 18.06.1999)

Interessante perceber que a sentença de ação popular é tanto constitutiva quanto condenatória é o que dispõe o art. 11 da referida lei: “A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa”.

Portanto, a lei em comento se presta não apenas para desconstituir o ato lesivo como também à responsabilização legal dos responsáveis, mesmo que este não tenha figurado como pedido do autor da ação.

6.4 Decreto Lei 201/67

Caso o prefeito contrate sem a observância do princípio do concurso público, este estará sujeito à condenação por crime de responsabilidade, nos termos do art. 1, do decreto lei 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos: “São crimes de responsabilidade dos prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores”. E o inciso XIII, prevê que “nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei”, configuram tal crime.

Em relação ao crime de responsabilidade segue julgado:

PREFEITO MUNICIPAL – CRIME DE RESPONSABILIDADE – CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES – DOLO GENÉRICO

– DELITO DE MERA CONDUTA – Crime configurado. Desobediência à lei. Consunção. Configura-se o crime descrito no inciso XIII do art. 1º do Decreto-Lei nº 201/67 se o Prefeito Municipal, sem lei que o autorize, efetua contratações irregulares e desnecessárias de servidores para o trabalho municipal sem a realização de concurso público. O elemento subjetivo do crime é o dolo genérico, podendo a ação do agente, conforme o caso, revelar a existência de concurso material. O crime é de mera conduta. A ação do prefeito ao nomear, admitir ou designar servidor sem cumprir os mandamentos da lei configura por si mesma a infração penal, que se perfaz independentemente da produção de um resultado. Se o Prefeito desobedece à lei ao exercitar a contratação irregular, a conduta perfaz um único fato punível, ocorrendo a consunção. (TJMG – Proc-C 76.484/5 – 2ª C. Crim. – Rel. Des. José Arthur – J. 29.12.1988)

7 CONSEQUÊNCIAS DA CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO

O art. 37, II da Constituição Federal estabelece a obrigatoriedade de concurso público para a investidura em cargos, empregos ou funções públicas na administração direta, indireta, autárquica e fundacional.

O Tribunal Superior do Trabalho se limita a reconhecer o direito pelos dias efetivamente trabalhados como também reconhece a nulidade de um contrato firmado sem a prévia existência de concurso público. Não reconhecendo, portanto, o vínculo empregatício entre o contratado e administração. É o que diz a Súmula 363 do referido tribunal.

A Constituição Federal prescreve, de maneira taxativa, o resultado da contratação sem concurso. Segundo o texto constitucional (art. 37, § 2º), a não observância do disposto nos incisos I e II implica na nulidade do ato e na punição da autoridade responsável, nos termos da lei.

Portanto, as consequências da admissão irregular de servidores, com infringência do artigo 37, II e III, da Constituição, se fundamentam em duas vertentes: nulidade do ato e punição da autoridade responsável. Em relação à nulidade do ato, sendo o ato nulo, nenhum efeito ocasionará. A violação ao preceito maior impede o ato de gerar efeitos.

Em relação à responsabilização pela admissão irregular de servidores públicos, a punição vai desde a aplicação de sanções administrativas, até a aplicação de pena, se configurado algum tipo delituoso, assim definido em lei. Por exemplo, prevaricação, acaso não tenha sido praticado ato de ofício em virtude de sentimento pessoal, art. 319, do Código Penal.

Figuram entre as sanções de natureza condenatória o ressarcimento do dano, o pagamento de multa civil e a perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio do agente público ou de terceiro beneficiado.

O art. 5º da Lei de Improbidade Administrativa, preceitua que sempre que ocorrer lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, haverá o ressarcimento integral do dano, pois qualquer que seja a espécie de ato de improbidade, a lesão ao patrimônio público implicará sempre no dever de ressarcimento.

Em relação à devolução aos cofres públicos, das quantias pagas, aos servidores admitidos irregularmente, os Tribunais de Contas, não tem se demonstrado favoráveis, já que os valores pagos correspondem aos serviços prestados e, portanto, devidos.

Tal devolução não é possível, na medida que, acarretaria o enriquecimento sem causa⁷ para a Administração Pública.

As decisões dos Tribunais de Contas, compreendem o julgamento irregular das contas, por configurar-se, no caso, a prática de gestão ilegal, e a aplicação de multa ao responsável, com todas as suas consequências, dentre os quais a possível declaração de inelegibilidade pela Justiça Eleitoral, conforme dispõe a legislação própria. Da mesma forma, a admissão irregular de servidor público, representando um ato que viola os deveres de honestidade, imparcialidade e legalidade às instituições, podendo configurar improbidade administrativa, nos termos da Lei 8.429/92.

Acerca da multa civil, trata-se de sanção do tipo pecuniária, que incide sobre o patrimônio do transgressor. Segundo Pazzaglini Filho (2009, p. 141), “a multa civil não tem natureza indenizatória, mas simplesmente punitiva. E, perante a sua índole genuinamente corretiva, não se estende aos sucessores do agente condenado por improbidade”.

Nas sanções desconstitutivas, a Lei de Improbidade Administrativa prevê a perda da função pública que se aplica a todas as espécies de improbidade e atinge o agente seja qual for a natureza do vínculo que o prende ao Estado. Sendo assim, não alcança o terceiro, por este não pertencer aos quadros da Administração, e nem tem aplicação ao agente que, por qualquer outro motivo, deixou de exercer a função pública.

⁷ Por “enriquecimento” toma-se qualquer proveito de cunho patrimonial auferido por uma pessoa; enquanto a “causa” para justificá-lo deve estar encampada numa norma jurídica. Havendo proveito patrimonial sem que haja norma jurídica que legitime o motivo que o ensejou, tem-se o chamado “enriquecimento sem causa”. A tipologia do princípio que proíbe o enriquecimento desprovido de causa estaria completa quando ao enriquecimento desprovido de causa jurídica correspondesse o empobrecimento do agente causador do aumento patrimonial, surgindo, neste caso, a obrigação daquele para com este. Jacintho Arruda (1999, p.84).

Finalmente, em relação às sanções restritivas de direitos, pode ocorrer a suspensão dos direitos políticos, de natureza política, e a proibição de contratar com o poder público e de receber dele benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, de natureza administrativa.

Em relação ao cabimento de medida liminar, o afastamento do cargo ou função pública, antes do trânsito em julgado de decisão condenatória, apenas se mostra viável se a medida for necessária à instrução processual, ao bom desenvolvimento das investigações voltadas à apuração do ato de improbidade, nos termos do que dispõe o art. 20, § único da Lei de improbidade.

O processo administrativo disciplinar funciona como instrumento de apuração de infrações disciplinares, que terão que estar demonstradas através de fatos concretos, devidamente tipificados no tipo legal pertinente. Se presta também a aplicação de sanções disciplinares no âmbito da Administração Pública

Se na apuração da infração há indícios de crime ou contravenção, em tese, deve a autoridade julgadora oficiar cópia integral do processo administrativo disciplinar ao Ministério Público Federal, a fim de que este promova a ação penal pública, em rito próprio de responsabilização penal.

Existem algumas correntes que defendem que os administradores que contratam sem a observância do concurso público, podem ser responsabilizados objetivamente. Seguindo tal linha, segue um julgado sobre o tema:

Contratação de Servidor Municipal após a Constituição de 1988 sem Concurso Público – Responsabilidade Pessoal do Prefeito Responsável pela Irregularidade, no Âmbito Trabalhista – Havendo a contratação do reclamante sem prévia aprovação em concurso público, pelo entendimento majoritário da Eg. Turma Julgadora, produzindo todos os efeitos de uma relação de emprego válida e regular até a data de sua extinção, com a conseqüente condenação do Município contratante ao pagamento das correspondentes verbas trabalhistas, deve o ex-Prefeito Municipal que também foi demandado responder por aquelas obrigações com seu patrimônio pessoal e de forma solidária. Tal responsabilidade decorre da própria Constituição (artigo 37, parágrafos 2º, 4º e 6º) e da Lei (artigo 1º, XIII, do Decreto-lei nº 201/67 c/c os artigos 159 e 1.518 do Código Civil). Por outro lado, a circunstância de o reclamante não ter sido empregado direto daquele agente público não afasta a competência da Justiça do Trabalho para julgar, em toda a sua extensão necessária, as lides decorrentes das relações de emprego (artigo 114 da CF/88). Não é por outro motivo, aliás, que o item IV do Enunciado nº 331/TST corretamente consagrou o entendimento de que o tomador de serviços responde, subsidiariamente e de forma objetiva, pelo inadimplemento das

obrigações trabalhistas pelo empregador direto dos obreiros que atuarem em seu benefício, bastando que tenha participado da relação processual" (TRT 3ª R. – RO 17.062/94 – 3ª T. – Rel. Juiz José Roberto Freire Pimenta – DJMG 07.11.95).

A partir do julgado citado percebe-se a intenção do julgador em enquadrar o Agente Público na responsabilização objetiva, sujeitando-o a responder com o patrimônio de forma solidária ao ente municipal, já que este deu causa ao ato administrativo inválido, violando, portanto, o ordenamento jurídico e consequentemente causando um dano ao Estado.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apresentado, as transformações no cenário político-administrativo estão mais acentuadas no contexto brasileiro atual, em razão da pressão social e da consciência dos cidadãos quanto ao exercício de direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional.

Considerando o concurso público como regra essencial para o ingresso na atividade estatal, estando aliado à própria descentralização administrativa gerencial, que visa a otimização dos serviços e a obtenção de resultados positivos, o que se vê como prática usual é a burla à regra contida no art. 37, II da CF, em detrimento dos cargos comissionados que abarrotam a administração, pondo em risco, muitas vezes a operacionalização eficaz da gestão pública.

Não se pode negar a preocupação do constituinte originário em estabelecer um capítulo próprio à administração pública quando da promulgação da Constituição de 1988, enumerando, pois, princípios basilares e regras para o provimento de cargos e funções, posteriormente, tendo sido complementada com a Emenda constitucional nº 19, sanando qualquer dúvida acerca da progressão funcional e, posteriormente, com o enunciado 685, sumulado pelo Supremo Tribunal Federal.

Nem sempre a administração pública realiza o certame com base em regras legítimas, o que acarreta a inviolabilidade do ato, seja pela própria administração ou pelo poder judiciário, além da responsabilização da autoridade responsável, nos termos da lei.

Isso quer dizer que, os agentes públicos que contratam sem a observância dos procedimentos legais respondem por ato de improbidade administrativa, nos moldes capitulados na Lei nº 8429/92 e, no caso da autoridade máxima do poder executivo municipal, há de responder por crime de responsabilidade, com base no Decreto – Lei 201/67.

Dessa forma, espera-se que a lei seja aplicada com rigor e as hipóteses de cabimento de cargos comissionados sejam cada vez mais restritos, pois, só assim, a Administração Pública se libertará dos vícios de ilegalidade, contribuindo para uma administração pautada na ética e na moralidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

ANGHER, Ana Joyce (org.). **Vadem mecum acadêmico de direito**. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Obrigações derivadas de contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos**. 2 ed. revista e atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988, 2 tiragem. São Paulo: revista dos tribunais.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. **Curso de português jurídico**. São Paulo: Atlas, 1993.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Manual de orientação para elaboração e apresentação de trabalhos de curso em Direito da FARN**. Natal, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 26ª ed. atualizada por Eurico Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. SP: Malheiros Editores, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MOTTA, Fabrício. **Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos**. In: Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa (coord.). **Direito Público – estudos em homenagem ao Prof. Adilson Dallari**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008

PEREIRA, Luis Carlos Bresser. **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial.** 2 ed. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos.** São Paulo: Saraiva, 1999.