

CONCURSO PÚBLICO NA ADMINISTRAÇÃO

Artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, 716/37, e selecionado pela Editora para integrar a coletânea dos melhores artigos doutrinários publicados em obra comemorativa de seu centenário, em Edição Especial denominada “Doutrinas essenciais” (2010).

Hugo Nigro Mazzilli

Membro do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo
Procurador de Justiça

A investidura em cargo ou emprego público depende de prévia aprovação em concurso público na administração pública direta, indireta ou fundacional, excetuadas apenas as nomeações para cargos em comissão, assim declarados em lei.

Esse princípio, insculpido no art. 37, II, da CF, alcança também as empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades de que o Estado participe, que explorem atividade econômica. Isso porque a Constituição de 1988 deu a essas entidades um tratamento assemelhado ao das empresas privadas, “ressalvados os casos previstos nela própria” (art. 173, § 1.º, da CF). Ora, entre as “ressalvas constitucionais expressas”, há um princípio que alcança não só a administração direta como a indireta (e nestas obrigatoriamente estão incluídas as sociedades de economia mista e empresas públicas, cf. Dec.-lei 200/67, alterado pelo Dec.-lei 900/69), está a necessidade de concurso público para admissão de pessoal (art. 37, II, da CF).

Assim, afora a investidura nos casos de cargos em comissão, desse modo declarados em lei, as demais admissões sem concurso feitas na administração direta e indireta serão írritas e deverão ser desconstituídas de imediato, sem prejuízo da ação de responsabilidade daí decorrente: esse é o entendimento que majoritariamente tem sido acolhido na atual gestão do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, havendo diversos precedentes nesse sentido. Em caso de deparar-se com admissões irregulares, esse colegiado tem determinado a propositura das ações civis públicas necessárias, visando à demissão dos servidores ilegalmente contratados.

E que fazer do período em que ilegalmente foram contratados servidores, que assim receberam dos cofres públicos? Deve ou não ser exigida a reposição ao erário do dinheiro pago aos trabalhadores ilegalmente contratados? Se a exigíssemos, não estaria havendo eventual enriquecimento ilícito ou sem causa por parte da administração?

Como já temos tido oportunidade de sustentar (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, Cap. 9, n. 9.5, pp. 120-3, 6.^a ed., RT, 1994), não raro o administrador promove contratações ou realiza obras sem licitação, embora fosse esta última exigível, e, ao ser acionado em eventual ação civil pública de responsabilidade, alega que, não obstante as ilegalidades por ele cometidas, o pessoal contratado efetivamente trabalhou ou as obras foram de fato realizadas. Assim, argumentaria ele, não poderia o Estado locupletar-se ilicitamente com os serviços prestados ou com as obras realizadas, de forma que não haveria dano ao patrimônio público nem o que indenizar.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça indicam que um município carioca propôs algumas ações de reparação de danos contra seu ex-prefeito, objetivando o ressarcimento do Erário pela quantia despendida com a contratação irregular de servidores públicos em período eleitoral (Cf. AI 44.761-5 e 44.189-0, ambos do Rio de Janeiro e relatados pelo Min. César Asfor Rocha, do STJ, *DOU* de 7.12.93). Por maioria de votos, a mais alta Corte Estadual tinha recusado o pedido inicial, entendendo não haver responsabilidade sem dano, pois, “para ensejar o dever de indenizar, além da prova do ato ilícito e da culpa, é indispensável a demonstração do prejuízo, que em nosso direito não pode ser presumido. Assim, se não obstante a contratação ilegal de servidor, este efetivamente prestou serviços à Administração, não caracterizam lesão aos cofres públicos os vencimentos que lhe foram pagos. Se assim não fosse, haveria locupletamento ilícito da Administração, valendo-se da sua própria torpeza. Nem todo ato administrativo nulo é lesivo aos cofres públicos” (Ementa constante do AI 44.761-5-RJ, do STJ).

Interposto recurso especial, foi ele trancado na origem, pela incidência dos verbetes ns. 7 e 13 da Súmula do STJ, sendo desacolhido o agravo de instrumento apresentado pela Municipalidade, com o seguinte fundamento:

“A soberana apreciação probatória concluiu pela inexistência de prejuízo, ficando, destarte, sem objeto a pretensão reparatória. Ainda que o ato seja ilegal, se não houver o dano, não há o que indenizar, embora, obviamente, sujeite-se o infrator às sanções cabíveis. Despropositada, ademais, a invocação de ofensa ao artigo 27 da Lei 7.664/88. Esta norma sequer trata de dano ao Erário ou da obrigação de repará-lo. Apenas veda a prática de ato e o acoima de nulo se vier a ser praticado. Neste sentido o REsp. 25.822-8-RJ, por mim relatado, j. em 28.10.92. A divergência jurisprudencial apontada, por outro lado, não rende ensejo ao recurso especial. É que não serve a tanto acórdão proferido pelo mesmo Tribunal prolator da decisão hostilizada”. (A passagem é idêntica nos dois agravos citados — cf. *DOU* de 7.12.93).

Ora, o prejuízo ou lesividade está sempre presente quando a administração dispensa licitação ou concurso exigidos pela lei. Na dispensa de concurso, a administração estará contratando pessoal sem a seleção necessária, exigível não só para assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da administração (art. 37, *caput*, da CF), como ainda para recrutar os melhores dentre os candidatos às vagas; na dispensa de licitação, estará indevidamente abrindo mão do direito-dever de selecionar entre os melhores preços e a melhor qualidade entre os concorrentes; na violação da lei, está causando prejuízo à moralidade administrativa. Pode ainda haver danos materiais concretos à qualidade da obra ou dos serviços

contratados, quando dispensado o concurso — e esses fatos cumpre sempre sejam investigados, com as garantias do contraditório.

Na ação popular, a lesividade é um dos pressupostos da defesa do patrimônio público, sendo pertinente a analogia com a ação civil pública em defesa do patrimônio público. Há diversos pontos de contato entre ambas, como, aliás, o reconhece a Súmula 1 do Conselho Superior do Ministério Público paulista: “Se os mesmos fatos investigados no inquérito civil foram objeto de ação popular julgada improcedente pelo mérito e não por falta de provas, o caso é de arquivamento do procedimento instaurado”.

Em diversos casos, a Lei da Ação Popular presume a lesividade (art. 3.º da Lei 4.771/65). Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles lembrava: “Dentre os atos com presunção legal de ilegitimidade e lesividade, sujeitos à anulação pela ação popular, a mesma Lei enumera: I — a admissão ao serviço público remunerado, com desobediência às condições de habilitação, às normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais;... III — a empreitada, a tarefa e a concessão de serviço público contratadas sem concorrência, ou com edital irregular, ou com limitação discriminatória para os concorrentes...” (*Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública*, 2.ª parte, cap. 4, 11.ª ed.).

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

A par, pois, da efetiva ocorrência de dano patrimonial ao patrimônio público, ainda há a lesão à moralidade administrativa.

Entretanto, quanto ao prejuízo propriamente patrimonial em contratações ilegais, não se trata apenas de presumir sua ocorrência. Não raro existe de forma efetiva: a uma, porque essas contratações podem ser feitas de apadrinhados políticos e por preços sem correspondência no mercado de trabalho, o que exige regular apuração sob as garantias do contraditório. Além disso, tais ilicitudes eliminam ou restringem o direito de todos de concorrer às vagas, com violação a direitos constitucionais dos cidadãos e prejuízos à qualidade dos serviços contratados, com lesão a direitos dos outros potenciais interessados de concorrer em igualdade de condições, dentro de critérios impessoais (cf. *RDA 42/248*, e *RT 363/371*).

A finalidade do concurso é assegurar igualdade de condições para todos os concorrentes, evitando-se favorecimentos ou discriminações, e permitindo-se à administração selecionar os melhores. Fere, pois, os princípios da impessoalidade, igualdade, publicidade, probidade e legalidade que a administração escolha com quem quer contratar independentemente de licitação ou concurso, e discrimine aqueles com quem não quer contratar. Trata-se de princípios consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição.

A moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade do ato administrativo (Ap. Cív. 151.580-TJSP, *RDA 89/134*); o ato administrativo nulo, que de forma contrária à lei provoca a contratação de uma obra ou um serviço, sempre gera efeitos econômicos. Quem deve responder por esses efeitos?

Como corretamente anotou o Min. Milton Pereira, “a escusar-se a responsabilidade do administrador público, pela salvaguarda de que o empregado, em contraprestação, prestou serviços, será construir um estranho indene de impunidade em favor do agente político que praticou ato manifestamente contra a lei — nexos causal das obrigações da relação de trabalho nascida de ato ilegal — criando-se inusitada convalidação dos efeitos de ato nulo. Será estimular o ímprobo a agir porque, a final, aquela contraprestação o resguardará contra ação de responsabilidade civil” (cf. voto minoritário proferido no REsp. 34.272.0-RJ, j. 12.5.93 pelo STJ).

Nem se poderia invocar falta de dolo do administrador. O dolo que se exige é o comum, a vontade genérica de fazer o que a lei veda, ou não fazer o que a lei manda. Não seria preciso que o administrador violasse um concurso ou uma licitação por motivos especiais (como para contratar parentes ou beneficiar amigos). O mero ato culposo também seria apto, na área civil, a determinar o dever de indenizar; mais ainda quando tenha havido comportamento voluntário, voltado a fazer conscientemente algo em contrariedade com a lei.

É preciso deixar claro que está em questão um princípio: pode o administrador contratar impunemente, sem concurso, fazer tábula rasa da lei, e ficar tudo por isso mesmo? Pode cometer tais ilegalidades gritantes e mandar a conta para os cofres públicos?

Se o administrador puder fazê-la, poderá contratar impunemente seus apaniguados para arduamente labutarem em sinecuras ou fazerem obras que terceiros poderiam fazer melhor e mais barato para o erário.

Em matéria de dinheiros públicos, “quem gastar, tem que gastar de acordo com a lei” — é o que corretamente anotou Batista Ramos (“Considerações sobre: parecer prévio, princípio da legalidade, competência para julgamento”, em *Revista do Tribunal de Contas da União* 5(8):41-54).

Assim, aduzem Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo: “quem gastar em desacordo com a lei, há de fazê-lo por sua conta, risco e perigos. Pois, impugnada a despesa, a quantia gasta irregularmente terá de retornar ao Erário Público. Não caberá a invocação, assaz de vezes realizada, de enriquecimento ilícito da Administração. Ter-se-ia esta, consoante essa linha de argumentação, beneficiado com a obra, serviço e fornecimento, e, ainda mais, com o recolhimento do responsável ou responsáveis pela despesa considerada ilegal” (*Dispensa e inexigibilidade de licitação*, 3.^a ed., Malheiros, p. 93). Invocando Gabriel Bayle, aduzem os referidos autores que a figura do enriquecimento ilícito sequer se acomoda pacificamente ao direito público, e deve ser admitida precipuamente para salvaguarda dos interesses de terceiros de boa-fé (*op. cit.*, p. 94).

Arrematam Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo, cuidando de caso análogo: “A presunção de lesividade desses atos ilegais é fácil de intuir. Se o ordenamento jurídico obriga o procedimento licitatório, para o cumprimento da isonomia e da moralidade da administração, o esquivar-se a esse procedimento constitui inequívoca lesão à coletividade. Será esta ressarcida pela devolução do dispêndio à revelia do procedimento legal. Aquele que praticou os atos terá agido por sua conta, riscos e perigos. Ainda que pronta a obra,

entregue o fornecimento ou prestado o serviço, se impassível de convalidação o ato praticado, impõe-se a devolução. Não estaremos diante do chamado enriquecimento sem causa. Isso porque o prestador do serviço, o fornecedor ou executor da obra serão indenizados, na medida em que tiverem agido de boa-fé. Entretanto, a autoridade superior que determinou a execução sem as cautelas legais, provada sua culpa (o erro inescusável ou o desconhecimento da lei), deverá, caso se negue a pagar espontaneamente, em ação regressiva indenizar o Erário por sua conduta ilícita. O patrimônio enriquecido, o da comunidade e nunca o da Administração (pois esta é a própria comunidade), não o terá sido com ausência de título jurídico. Mas sim, em decorrência de uma lesão aos seus valores fundamentais, como o da moralidade administrativa. Compete à parte, e não à Administração, a prova de que o dano, decorrente da presunção de lesividade, é menor do que a reposição integral” (*op. cit.*, pp. 107-8).

Se é verdade que não pode a administração locupletar-se ilicitamente, ao mesmo tempo não pode realizar despesas não autorizadas pela lei.

Ainda que devam receber pela obra ou serviços os que de boa-fé os realizaram — e nesse sentido é a correta lição de Hely Lopes Meirelles, *in Direito administrativo brasileiro*, 19.^a ed., p. 217, Malheiros, 1994 —, pela sua retribuição, quando devida, deve arcar o administrador ímprobo que contratou indevidamente, e não a coletividade, que não pode ser condenada a custear as contratações ilegais que o administrador faz de seus favorecidos.

Não se está pretendendo que a eventual responsabilização patrimonial se volte obrigatoriamente contra os contratados. Se na instrução judicial ficar apurado que as ilegalidades cometidas em nada lhes são imputáveis, a responsabilidade deve ser carregada tão-somente aos administradores que contrataram ilegalmente, pois eles sim é que devem arcar com os custos que o Erário teve com as contratações sem o concurso que eles indevidamente dispensaram.

Não há dúvida de que demissões em massa têm indesejáveis aspectos sociais negativos; contudo, maiores prejuízos advêm da flagrante, direta e altamente perniciosa violação à nossa Lei Fundamental, base de todo o ordenamento jurídico.