



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Contratação sem concurso — Ilegalidade — Lesividade presumida

PT nº. 036.954/094

Promotoria: Nova Odessa

EMENTA: Voto pela não-homologação da promoção de arquivamento, para propositura da competente ação civil pública, cf. art. 225 do Ato n. 5/94-CSMP.

RELATÓRIO

1. Trata-se de inquérito civil instaurado pela zelosa Promotoria de Justiça de Nova Odessa, à vista de denúncias que lhe chegaram de que a sociedade de economia mista municipal *C.ia de Desenvolvimento de Nova Odessa — Coden* teria em seus quadros 364 funcionários contratados sem concurso público.

Após diversas providências, a douta Promotoria de Justiça obteve o compromisso de ajustamento de fls. 166/9, mediante o qual o Prefeito Municipal, o Presidente e o Diretor Fi-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

nanceiro da Coden aceitavam o prazo de 18 meses para regularizar a situação do pessoal, por meio de concursos.

Com base nisto, o Dr. Promotor de Justiça propendeu pelo arquivamento do inquérito civil (fls. 170/4), no que foi secundado pelo ilustre Cons. Relator Dr. Munir Cury (fls. 177/9), fundados ambos na necessidade de encontrar solução que atenuasse os graves problemas sociais que adviriam de eventual e imediata demissão em massa.

VOTO

2. Do exame destes autos verifica-se a atuação zelosa e notável do digno Promotor de Justiça Dr. Claudemir Battalini, seja no exercício das funções que lhe comete o art. 129, II, da CF, como ainda até mesmo no zelo de outras importantes questões atinentes a interesses difusos relacionados com matérias ambientais (fls. 53v. — queimada de cana-de-açúcar).

Seu zelo ainda é maior porque, não obstante tenha lutado pela solução que lhe pareceu a mais justa, não deixou de antever a possibilidade, de todo plausível, pois que decorre da estrita aplicação da lei, de ter de ser proposta de imediato ação civil pública; e nesse caso, demonstrando conhecimento da normatividade regimental deste E. Colegiado, dispôs-se desde já para propor eventual ação, o que só dignifica ainda mais sua dedicação (fls. 174, n. 16).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Entretanto, na sua tese de mérito, *concessa venia*, não podemos acompanhar por inteiro o raciocínio do zeloso Dr. Promotor de Justiça.

3. Em primeiro lugar, o compromisso de ajustamento tomado a fls. 166/169 não atende às exigências deste Conselho, aprovadas por unanimidade, e consubstanciadas em sua Súm. n. 9: “Só será homologada a promoção de arquivamento de inquérito civil, em decorrência de compromisso de ajustamento, se deste constar que seu não-cumprimento sujeitará o infrator a suportar a execução do título executivo extrajudicial ali formado, devendo a obrigação ser certa quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.”

Fundamento: Por força do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85, introduzido pela Lei n. 8.078/90, o compromisso de ajustamento terá eficácia de título executivo extrajudicial. Ora, para que possa ter tal eficácia, é indispensável que nele se insira obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto, como manda a lei civil (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85; art. 1.533 do CC; Ato n. 52/92-PGJ/CSMP; Pt. n. 30.918/93).

E, como lealmente reconhece o próprio Dr. Promotor (fls. 173, n. 14), o compromisso não atende a esse requisito básico.

Ainda que seja nobre o escopo do Dr. Promotor de Justiça em dispensar tal exigência, na verdade, a ser feito o compromisso como está nos autos, ele perde qualquer liquidez, de forma que é imprestável aos fins a que se destina por força da lei (art. 5º, § 6º, *in fine*, da Lei n. 7.347/85, com as alterações que lhe deu a Lei n. 8.078/90; no mesmo sentido, cf. nosso *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 6ª ed., Rev. dos Tribunais, 1994, p. 243 e 291).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

4. Mas não é só. Há um segundo e não menor aspecto a considerar.

Ressalvados os casos previstos nela própria, a Constituição de 1988 deu às sociedades de economia mista um tratamento assemelhado ao das empresas privadas (art. 173, § 1º, da CF).

Ora, entre as *ressalvas* expressas, que alcançam não só a administração direta como a indireta (e nestas obrigatoriamente estão incluídas as sociedades de economia mista, cf. Dec.-Lei n. 200/67, alterado pelo Dec.-Lei n. 900/69), está a necessidade de concurso público para admissão de pessoal (art. 37, II, da CF).

Assim, as admissões sem concurso são írritas e devem ser desconstituídas de imediato, sem prejuízo da ação de responsabilidade daí decorrente.

5. Nesse passo, a questão é bem conhecida deste E. Conselho Superior do Ministério Público; há diversos precedentes.

É imperioso buscar, como já se tem determinado em outros casos, a demissão dos servidores ilegalmente contratados; também é importante buscar a realização de concurso nas admissões futuras da Coden.

Mas resta o problema: e o que fazer do período em que ilegalmente foram contratados servidores, que assim receberam dos cofres públicos?



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trata-se, enfim, da análise da questão já várias vezes examinada neste E. Conselho, sobre se há ou não de exigir reposição ao erário do dinheiro pago aos trabalhadores ilegalmente contratados, e se, exigindo-o, haveria eventual enriquecimento ilícito da administração.

6. Como já temos tido oportunidade de sustentar (*A defesa dos interesses difusos em juízo*, Cap. 9, n. 9.5, p. 120-3, 6ª ed., Rev. dos Tribunais, 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. os Ag.Instr. ns. 44.761-5 e 44.189-0, ambos do Rio de Janeiro e relatados pelo Min. César Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça (*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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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 Ag.Instr. n. 44.761-5-RJ, do STJ).

Interposto recurso especial, foi ele trancado na origem, pela incidência dos verbetes ns. 7 e 13 da Súm. 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 n. 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. n. 25.822-8-RJ, por mim relatado, julgado 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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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 sequer foram investigados nos autos, e cumpre que o sejam, 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 n. 1 deste E. Conselho: “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. 3º da Lei n. 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



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

com limitação discriminatória para os concorrentes ...” (*Mandado de segurança, ação popular e ação civil pública*, 2ª parte, cap. 4).

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 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 lici-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

tação 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. n. 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 proferido no REsp. n. 34.272.0-RJ, julgado em 12-5-93 pelo STJ; v., ainda, votos dos mesmo Ministro, proferidos nos REsps ns. 18.693-RJ e 20.316-1.).

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 culposos é apto, na área civil, a determi-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

nar o dever de indenizar, especialmente quando, como no caso, houve comportamento voluntário, ou omissão, ambos aptos a conduzir a solução em contrariedade com a Lei Maior.

É preciso deixar claro que está em questão um princípio: pode o administrador contratar impunemente, sem concurso, fazer *tabula 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-lo, poderá contratar impunemente seus apaniguados para ardorosamente 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 licita-*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ção, 3ª 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 inexcusável 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., p. 107/8).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

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, ed. 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

7. 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 indesejados aspectos sociais negativos; contudo, maiores prejuízos advêm, a nosso entender, da flagrante, direta e altamente perniciosa violação à nossa Lei Fundamental, base de todo o ordenamento jurídico.

8. De tudo quanto foi exposto, meu voto recusa a promoção de arquivamento, para que o mesmo ilustre e zeloso Dr.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Promotor de Justiça pré-oficiante proponha a competente ação civil pública (fls. 174, n. 16), para buscar a imediata demissão dos empregados irregularmente contratados e para buscar a competente indenização em favor do erário.

Outrossim, deverá Sua Excelência: *a)* apurar quais as irregularidades que levaram o Tribunal de Contas a rejeitar as contas da Coden (fls. 19/20), apurando-as em outro inquérito civil, se não estiverem incluídas no objeto deste; *b)* apurar quais os administradores permitiram, determinaram ou autorizaram contratações sem concurso, ou se omitiram quando tinham o dever de agir a respeito, ou diretamente contrataram sem concurso, para serem incluídos no pólo passivo da ação de responsabilidade.

São Paulo, 8 de fevereiro de 1995.

HUGO NIGRO MAZZILLI
PROCURADOR DE JUSTIÇA
CONSELHEIRO