



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

**Contratação sem concurso — Ilegalidade — Lesividade presumida**

PT nº. 003.555/094

Promotoria: Bragança Paulista

EMENTA: Recusa-se a promoção de arquivamento e determina-se a propositura de ação civil pública em defesa do patrimônio público.

RELATÓRIO

1. Conquanto autuado sem tal nome, trata-se do procedimento administrativo que a lei federal designa como inquérito civil (arts. 8º e 9º da Lei n. 7.347/85 — Lei da Ação Civil Pública), instaurado pela digna Promotoria de Justiça de Bragança Paulista, para apurar eventuais danos ao patrimônio público, decorrentes de contratações de servidores públicos do Município sem o necessário concurso público, embora fora das hipóteses legais em que o concurso é dispensável.

As investigações do Ministério Público estadual começaram a partir de iniciativa do Ministério Público do Trabalho, que, ao oficiar numa reclamação trabalhista movida por Edna Aparecida de Siqueira Duarte contra aquele Município, constatou a violação ao art. 37, XI, da CF, pela contratação ilegal de dita ser-



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

vidora no período de julho a dezembro de 1990 (fls. 9 e s.; cf. também fls. 13).

O zeloso Dr. Promotor de Justiça de Bragança Paulista juntou documentos esclarecedores dos fatos (fls. 10 e s.), colheu informações do ex-prefeito municipal Nicola Cortez, que dirigia o Município à época das contratações denunciadas (fls. 78/82), do atual Prefeito (fls. 201 e s.), bem como juntou comprovante do arquivamento do caso sob o aspecto criminal, à vista da anterior jurisprudência de que a saída do exercício impedia apurar crimes do Decreto-lei 201/67 (fls. 268/273).

Em seguida, o Dr. Promotor de Justiça, mesmo reconhecendo a existência de diversas contratações dessa índole, propendeu pelo arquivamento do expediente, argumentando que: *a)* ainda que irregularmente contratados, em violação ao art. 37, XI, da CF, os serviços foram efetivamente prestados, não havendo reclamação de má qualidade nem se vislumbrando má-fé; *b)* além disso, o Tribunal de Contas aprovou as contas do período; *c)* os contratos já estão extintos, de forma que não haveria objeto em buscar sua declaração de nulidade; *d)* além disso, não houve prejuízo ao patrimônio público, pois que, segundo lição de doutrina que invocou, os serviços foram regularmente prestados (fls. 276/280).

VOTO

2. A questão é bem conhecida deste E. Conselho Superior do Ministério Público, pois há diversos precedentes.



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

No caso, temos a contratação sem concurso, como se fosse serviço temporário, decorrente de necessidade excepcional, de servidores para os serviços de assistência médica, ensino, serviços jurídicos e contábeis e serviços gerais (fls. 277). Ademais, a aprovação das contas pelo Tribunal de Contas não cria óbice algum à apuração judicial de eventuais danos ao patrimônio público (cf. nossa *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 6ª ed., p. 115 e s., ed. Rev. dos Tribunais, 1994).

No caso concreto, como muito bem o demonstrou a zelosa Procuradora do Trabalho Dr.<sup>a</sup> Marisa Tiemann, em seu primoroso trabalho de fls. 12/5 e 260/4, houve violação ao art. 37, XI, da CF, pois que tais serviços não tinham a característica da necessidade temporária e excepcional dos serviços — decorriam de necessidade normal e permanente do serviço público. Não bastasse a natureza dessas contratações, ainda há notícia de renovação de contratos por mais de ano (cf. fls. 10).

Assim, a demissão dos servidores ilegalmente contratados ou a posterior realização de concurso quanto aos demais, resolve somente em parte o problema. O que fazer do período em que ilegalmente foram contratados servidores, que assim receberam dos cofres públicos?

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.



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

3. 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 e 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 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



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

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 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 concor-



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

rentes; 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 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*.



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

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 investigação. 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. 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



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

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 — nexa 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 culposo é apto, na área civil, a determinar o dever de indenizar, especialmente quando, como no caso, houve comportamento voluntário, apto 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 *tabula rasa* da lei, e ficar tudo por isso mesmo? Pode





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

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 outras palavras, 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*, 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).



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

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).

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



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

Ainda que devam receber pela obra ou serviços os que acaso os tenham realizado de boa fé — e nesse sentido é a correta lição de Hely Lopes Meirelles, invocada a fls. 279 pelo ilustre Dr. Promotor de Justiça —, 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.

4. Não se está pretendendo, pois, 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 ao administrador que contratou ilegalmente, pois ele sim deve arcar com os custos que o Erário teve com as contratações sem o concurso que ele indevidamente dispensou.

5. Voto, pois, no sentido de recusar-se o arquivamento do inquérito civil e designar-se o substituto automático do ilustre Dr. Promotor de Justiça para a propositura da ação civil pública contra os administradores responsáveis pelas contratações ilícitas.

São Paulo, 6 de dezembro de 1994.

HUGO NIGRO MAZZILLI  
PROCURADOR DE JUSTIÇA  
CONSELHEIRO