

CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO: UM ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Marcos José Sampaio de Freitas Júnior
Acadêmico do 8º período do Curso de Direito – UFRN

1 - Introdução: O Histórico problema das práticas clientelistas

É antiga a compreensão de que a prática de se promover a inclusão de servidores nos quadros administrativos sem concurso público possui potencial altamente lesivo ao bom funcionamento da Administração Pública.

Mais que isso, tem-se reconhecido já há bastante tempo que a contratação de servidor sem concurso público, além de poder acarretar, de forma mediata, o supracitado comprometimento da eficiência e presteza da Administração, atinge, de forma imediata, princípios basilares de um Estado de Direito democrático, quais sejam, destacadamente, os princípios da impessoalidade da Administração e da isonomia, que neste caso se evidenciam como um princípio específico: o princípio da igual acessibilidade aos cargos e empregos públicos.

Ressalvadas as hipóteses de dispensa de concurso público taxativamente previstas na Constituição Federal de 1988 (CF), a incursão de servidores no chamado “serviço público” sem a prévia aprovação em certame é rejeitada de forma implacável por toda a doutrina administrativista que tenha examinado o assunto.

A experiência prática, no entanto, mostra que esse tipo de contratação irregular resiste aos avanços da legislação e das ciências jurídicas, constituindo-se num hábito social e político ainda poderoso: o chamado “clientelismo”.

Isto porque a distribuição de cargos e empregos públicos têm, historicamente, um papel central no jogo político, consistindo num eficiente mecanismo retributivo, perfeitamente adequado ao propósito eleitoral de agentes políticos em conquistar adesão e fidelidade de eleitores e “apadrinhados”.

Talvez o caso de Rui Barbosa seja o mais emblemático exemplo da sucumbência dos princípios jurídicos perante a força do clientelismo. Dono de um discurso virulento contra, digamos, a mentalidade “empreguista” dos brasileiros, o grande Rui acabou sendo um dos maiores agentes das práticas de favorecimento mediante investidas públicas, conforme atestam os números constantes do ensaio “Rui Barbosa e a Razão Clientelista”, do historiador José Murilo de Carvalho, publicado na revista acadêmica *Dados* e

objeto de reportagem da Revista *Veja* em setembro de 2000¹.

É bem verdade que, passados mais de cem anos, desenvolveram-se, especialmente na esfera da Administração Federal, mecanismos de controle hábeis a impedir a proliferação da “indústria” da contratação sem concurso público, e o discurso e a prática finalmente parecem se afinar na defesa dos princípios constitucionais.

O mesmo não se pode dizer aplicável, destacadamente, a muitas Administrações Municipais. Especialmente nas cidades de pequeno e médio porte, a distribuição de “vagas” no serviço público permanece com vigor comparável ao dos tempos da Proclamação da República. E isso fica bem atestado ao se observar o volume de reclamações trabalhistas que “sobem” aos Tribunais Regionais do Trabalho e até mesmo ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) tendo como causa de pedir próximas prestações de serviço irregulares, posto que desprovidas da condição *sine qua non* consubstanciada no concurso público, entre trabalhadores e os entes públicos municipais.

Para que se tenha uma idéia, numa única edição do Diário da Justiça, a de 17 de outubro de 2000 (pp. 230-241), foram publicados 43 acórdãos do TST diferentes, versando, em sede de Recurso de Revista, sobre os contratos nulos por ausência de prévio concurso. E os processos decididos por estes acórdãos são originários dos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª, 2ª, 3ª, 10ª, 12ª, 13ª, 14ª, 17ª, 19ª, 20ª e 21ª Regiões, o que mostra que não se trata de fenômeno localizado.

O presente estudo tem por objetivo fundamentar a caracterização das supracitadas contratações irregulares como atos de improbidade administrativa, levando em especial consideração o grande volume e a alta nocividade, sobre os quais se discorreu nesta introdução, dos atos desta natureza.

Serão examinadas algumas das principais peculiaridades da chamada Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92) com suporte em algumas das melhores contribuições doutrinárias já feitas ao assunto,

¹“É um animal multimâmico de mil tetas, este a que se chama nação. De cujos peitos se dependuram, aos milhares, as crias vorazes da mamadura, mamões e mamadores para cuja gana insaciável não há desmame”. Essa dura crítica ao empreguismo foi feita pelo baiano Rui Barbosa (...) A frase, cunhada em 1920, é uma bela peça de retórica – no bom e no mau sentido do termo. No breve período em que esteve no governo, entre 15 de novembro de 1889 e 21 de janeiro de 1891, no cargo de ministro da Fazenda de Deodoro da Fonseca, Rui Barbosa fez nada menos do que 1.251 nomeações de próprio punho. (...) enquanto a vaca estatal esteve sob sua guarda, ele colocou à disposição de mamões e mamadores uma média de três úberes por dia. (...) O que levou Rui Barbosa a aderir tão entusiasticamente a uma prática que rejeitava com veemência em seus escritos? Murilo de Carvalho alega razões políticas: ‘A república que estava começando precisava de apoios, e distribuir empregos era uma forma de conseguir’. (O balcão da águia baiana, In: VEJA, Recife: Ed. Abril, nº 1.665, 06. setembro. 2000, p 154). O estudo de Murilo de Carvalho tem como fonte primordial a correspondência recebida por Rui Barbosa na época em que ocupou o cargo mencionado.

sempre com o fim de determinar de que forma se dá a subsunção das condutas em questão aos ilícitos enumerados nos artigos do diploma legal mencionado. Por fim, procurar-se-á, com base nas reflexões doutrinárias, refutar o vacilante entendimento pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em uma das raríssimas pretensões punitivas versando sobre a matéria em questão levadas ao Judiciário.

2 - A tutela constitucional da igualdade de acesso aos cargos públicos

Antes de iniciar a análise do “enquadramento” das contratações na Lei de Improbidade, necessário que se tracem alguns comentários sobre o tratamento constitucional reservado à matéria.

Dispõe o art. 37, II, da CF que: “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”. Somente este dispositivo, sutilmente alterado pela Emenda Constitucional n.º 19/98, basta para que se possa afirmar que a Carta de 1988 foi, dentre todas as constituições brasileiras, a que estabeleceu a exigência do concurso público de forma mais ampla².

Mas é no seu art. 37, § 2º, que a chamada “Constituição cidadã” evidencia de forma mais intensa, e pioneira, a sua rejeição e “preocupação preventiva” com relação à violação da exigência de concurso público, ao dispor que: “a não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei” (grifo não autêntico).

Passados doze anos, o colendo TST pacificou a exegese trabalhista acerca da nulidade do ato e dos efeitos de sua declaração com a edição do Enunciado 363, publicado no Diário da Justiça de 18.09.2000, de seguinte teor: “a contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento dos dias efetivamente trabalhados segundo a contraprestação pactuada” (grifo não autêntico).

² A Constituição de 1934 só fazia obrigatório o concurso “de provas e títulos” para a primeira investidura nos postos de carreira. A Carta de 1946 manteve o preceito, estendendo a exigência de concurso para “a primeira investidura em cargo de carreira e outros que a lei determinar”. Já a Constituição de 1967 ampliou, de forma semelhante à atual Carta, as hipóteses de exigência de concurso público, mas a ordenação de 1969 impediu a consolidação do avanço, dispondo em seu art. 97, § 1º, que “a primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia em concurso público de provas ou de prova e de títulos, salvo os casos indicados em lei”. (Cunha, 1994, p. 273).

Deu-se, assim, com muita firmeza, eficácia plena ao comando constitucional que estabelece a nulidade da contratação, negando-se todo e qualquer direito de natureza trabalhista ao prestador de serviços beneficiário da admissão irregular. Resguarda-se somente seu direito à indenização, de índole civil, pelos dias trabalhados, amparado na impossibilidade de devolução da força de trabalho despendida e na vedação ao enriquecimento ilícito da Administração.

Tal solução jurisprudencial veio atender aos anseios daqueles que se preocupavam com a possibilidade de as garantias trabalhistas acabarem servindo de estímulo à condenável prática sob exame:

“Toda investida contra a Constituição é um não-ser, seja por parte de empregado, empregador ou de ambos. (...) Embora a questão esteja sendo discutida no âmbito da Justiça do Trabalho, onde impera o princípio da proteção, não se pode olvidar que o ato sob comento é de natureza administrativa, envolvendo interesse público. E é nos termos da própria CLT, artigo 8.º, in fine, que a Justiça do Trabalho decidirá ‘sempre de modo que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público’ (Moraes, 2000, p. 106).

Resta, então, a necessidade de um enfrentamento com a mesma firmeza, por parte do Ministério Público e do Poder Judiciário, do problema da **punição da autoridade responsável pelas contratações irregulares**, que será examinado em seguida, para que se dê efetividade plena ao § 2º do art. 37 da CF, e para que se consiga, finalmente, dar um basta à indústria do “cabide de emprego” na Administração Pública.

3 - Algumas breves reflexões sobre a Lei de Improbidade Administrativa (lei n.º 8.429/92)

A Lei n.º 8.429, de 3 de junho de 1992, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a finalidade de integrar o § 4º do art. 37 da CF, de seguinte redação: “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, *a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”.

Operou ela expressamente, em seu art. 25, a revogação das Leis 3.164/57 e 3.502/58, conhecidas, respectivamente, como Lei Pitombo-Godói Ilha e Lei Bilac Pinto. Estas versavam exclusivamente sobre o **enriquecimento ilícito** dos agentes públicos, e já não mais se faziam suficientes ante à nova ordem constitucional (CF/1988), cujo Texto Maior “*não falou mais em*

enriquecimento ilícito, ampliando seu espectro tutelar da administração Pública para tratar da improbidade administrativa” (grifo não autêntico; Pazzaglini Filho *et alii*, 1998, p. 34).

Improbidade é uma violação do dever de probidade administrativa. E esta corresponde a uma “*espécie do gênero ‘moralidade administrativa’, a que alude o art. 37, caput e seu §4º, da CF*” (Figueiredo, 2000, p. 23). O princípio da probidade administrativa tem como núcleo, portanto, a proibição de atos que importem em uma forma especial de transgressão à moralidade administrativa.

E qual seria essa modalidade especial de infringência à moralidade que consiste em improbidade administrativa? Resposta simples: a **desonestidade** no trato da administração Pública.

Com esteio na lição de José Afonso da Silva, o Ex-Procurador-Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga resume esta idéia de forma precisa:

“Pode-se, pois, conceituar improbidade administrativa como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. (...) nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador de lesão, marcada pela desonestidade” (Alvarenga *In Bueno*, 2001, p. 88).

A necessidade de se instituir novas modalidades de condutas puníveis além do enriquecimento ilícito advém, portanto, do próprio conceito de improbidade administrativa.

Assim é que a Lei n.º 8.429/92 instituiu, ao disciplinar o art. 37, § 4º, da CF, duas inovações na seara da tutela da moralidade na administração: os atos de improbidade consistentes em condutas lesivas ao erário (art. 10) e em violação aos princípios da administração (art. 11).

E, nesta perspectiva de ampliação da tutela da moralidade administrativa, estabeleceu ainda, em seu art. 21, uma importante diretriz interpretativa: “*a aplicação das sanções previstas nesta Lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público*”. (grifo não autêntico)

Procurou-se, por meio deste dispositivo, assegurar que, salvo no caso das hipóteses elencadas no art. 10 e em alguns incisos do art. 9.º, a caracterização de um ato como sendo de improbidade administrativa prescinde da ocorrência de prejuízo econômico-financeiro ao ente público, bastando que se configure o dano numa acepção mais ampla.

Tal propósito foi perspicazmente percebido pela doutrina:

“Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à Administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de “corrupção” (sentido leigo). Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo “econômico-financeiro” à administração” (Figueiredo, 2000, p. 284).

Há, portanto, violações ao dever de probidade que causam não prejuízos materiais, mas “danos morais” à administração, para usar a expressão adotada por Juarez Freitas. (1996, pp. 53/60-61) e, de certa forma, por Maria Sylvia Di Pietro, que ressalta que determinada conduta “*pode não resultar em qualquer prejuízo para o patrimônio público, mas ainda assim constituir ato de improbidade, porque fere o patrimônio moral da instituição, que abrange as idéias de honestidade, boa-fé, lealdade e imparcialidade...*” (grifo não autêntico; 2001, p. 675).

Passaremos a tentar demonstrar que as admissões irregulares sob exame se enquadram, em sua grande maioria, na hipótese prevista no art. 11 da Lei n.º 8.429/92: a improbidade por violação aos princípios da administração, que prescinde da caracterização de prejuízo econômico.

4 - A Admissão de servidor sem concurso público como ato de improbidade administrativa

4.1 - A violação aos princípios da Administração Pública

Como foi dito na introdução do presente estudo, a contratação sem concurso público frustra, de maneira imediata, dois importantes princípios constitucionais, inerentes à idéia mesma de Estado de Direito democrático: os princípios da isonomia e da impessoalidade da administração.

No que concerne ao primeiro, tem-se que o desrespeito à exigência do certame impede a concretização da idéia de igualdade de acesso aos cargos e empregos públicos, pois o concurso é a única garantia de utilização de critérios minimamente objetivos para a escolha de servidores dentre a massa de interessados em prestar serviços à administração, seja sob vínculo contratual (celetista) ou estatutário.

É justamente por isso que as espécies constitucionalmente previstas

de concurso público são os de provas e as de provas e títulos, restando inábil qualquer outro processo seletivo³. São estes os meios mais objetivos de se determinar quem são os mais habilitados concorrentes, e também de se evitar que tenham acesso aos cargos e empregos pessoas sem qualquer aptidão ou preparo. Daí se poder dizer que o concurso público tutela também a eficiência da administração.

Resta falar da outra grande utilidade do concurso público: a sua capacidade de impedir que as investiduras em cargos e empregos públicos se tornem “atentados” não só aos princípios da isonomia e da eficiência da administração, mas também à impessoalidade e à moralidade administrativas.

Não há a menor dúvida de que os cargos e empregos públicos podem assumir a feição, se não tutelados eficazmente, de uma moeda valiosa nas trocas políticas. Não são poucos os agentes políticos que, sempre que possível, recorrem a este artifício, seja para recompensar ou angariar eleitores, seja para agradar amigos e colaboradores ou mesmo para ter funcionários “fiéis” e submissos a seu dispor e afastar a possibilidade de que “desafetos” venham a ingressar nos quadros da administração.

Nesse cenário, o concurso público passa a ser mais que um critério para comparar e selecionar pleiteantes aos cargos e empregos. Constitui-se ele num instrumento neutralizador das influências políticas espúrias que se lançam sobre a administração. Concretiza o princípio da impessoalidade, o qual *“significa que a administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear seu comportamento”* (grifo não autêntico; Di Pietro, 2001, p. 71). E também o princípio da moralidade administrativa, que, consoante lição do Min. José Augusto Delgado, *“implica, tão somente, na necessidade de que os atos externos e públicos dos agentes detentores de poder e de atribuições sejam praticados de acordo com as exigências da moral e dos bons costumes, visando uma boa administração”* (grifo não autêntico; *apud* Lima, 1998, p. 17).

Chega-se então à conclusão de que *“o concurso público e impessoal é o instrumento técnico destinado a concretizar os princípios explícitos e implícitos que orientam a administração Pública em todos os níveis e em toda sua extensão”* (Pazzagliani Filho, 1998, p. 125).

Ora, se o concurso público é o mecanismo por meio do qual se concretizam os princípios da administração Pública em toda sua extensão, os **procedimentos contrários a sua existência contrariam aqueles mesmos princípios.**

³ A exceção é o “processo seletivo simplificado” da Lei n.º 8.745/93, reservado às situações transitórias de excepcional interesse público (art. 37, IX, da CF), nas quais a relativa demora do concurso não se compatibiliza com as necessidades imediatas da administração.

Passemos, então, para o enquadramento das admissões sem concurso público no art. 11, *caput*, da Lei n.º 8.429/92: “*Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, ...*”.

4.2 - A “tipificação” da conduta

A sistemática de descrição de condutas puníveis adotada pela Lei de Improbidade Administrativa não é das mais convencionais.

No *caput* dos arts. 9.º, 10 e 11 são previstas características gerais de condutas ilícitas, como que “fórmulas” dos atos de improbidade. Seguem-se, então, as hipóteses enumeradas exemplificativamente nos incisos de cada artigo.

Há quem sustente que, tendo em vista a gravidade das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, as pretensões punitivas não poderiam se amparar nos enunciados dos *capita* dos artigos, os quais seriam excessivamente abertos e teriam muitos conceitos indeterminados:

“A pretensão de ver configurados outros ilícitos que não os definidos pelos incisos dos três artigos se mostra incompatível com as exigências de legalidade e tipicidade – razão pela qual, em homenagem a tais princípios, entendemos resultarem taxativas as hipóteses enunciadas pelos incisos dos artigos 9.º, 10 e 11 da Lei 8.429, de 1992” (Prado, 2001, p. 35).

Todavia, tal entendimento é rejeitado pela maioria da doutrina⁴. Primeiro porque é quase unânime a compreensão de que a **Lei de Improbidade Administrativa tem natureza civil em sentido amplo**, ou extrapenal, de modo que o método de interpretação restritiva das condutas proibidas (“*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*”), característico do Direito Penal, deve ser afastado.

Foi com raciocínio semelhante que a Corte Especial do STJ afastou a aplicação de outro instituto de natureza penal à Lei de Improbidade, a prerrogativa de foro, no julgamento da Recl. 591-SP, decidindo que, “*implicitamente, sequer, admite-se tal competência, porquanto, aqui, trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau*” (grifo não autêntico; *apud* Delgado In Bueno, 2001, p. 217).

⁴ Dentre outros que rejeitam a tese da taxatividade das hipóteses previstas nos incisos, destacamos Di Pietro (2001, p.673), Pazzagliani Filho (1998, p.60) e Figueiredo (2000, p. 69).

Além disso, numa interpretação teleológica dos dispositivos sob exame, verifica-se, pelo uso do vocábulo “notadamente” nos *capita* dos artigos 9.º, 10 e 11, que o legislador não pretendeu enumerar nos incisos todas as condutas que considerava ilícitas. Isto quer dizer que outras condutas consideradas igualmente graves não foram minuciosamente descritas por haver o propósito consciente de enquadrá-las nos *capita*. Conseqüentemente, a restrição da punibilidade aos atos descritos nos incisos resultaria numa injusta situação em que atos de semelhante natureza e gravidade deixariam de ser coibidos pelo rigor da lei.

E o exemplo que melhor demonstra a incoerência a que se chegaria com essa exigência de “tipicidade” das condutas frente aos incisos é exatamente a violação à exigência de concurso público. Trata-se de ato que não é expressamente previsto nos incisos do art. 11.

Entretanto, o art. 11, V, dispõe que é ato de improbidade administrativa “*frustrar a licitude de concurso público*”. Ora, a licitude do concurso é um bem que visa ao mesmo objetivo que a própria existência do certame: impedir que a admissão de servidor se constitua em ato que atenta contra os princípios da administração. Logo, a frustração da licitude de concurso e a admissão de pessoal diretamente, sem prévio certame, são atos igualmente reprováveis, posto que ambos possuem a marca da arbitrariedade na escolha dos servidores públicos, consistindo, portanto, em violações aos mesmos valores protegidos constitucionalmente.

Pode-se argumentar que frustrar a licitude de determinado concurso tem um elemento de gravidade extra, que é o intuito de simular que a admissão eivada de “vício de pessoalidade” foi feita de acordo com as exigências legais.

Porém, a nota principal da admissão sem concurso também é o favorecimento pessoal, feito nesse caso com ainda menos “pudor”, o que lhe confere o caráter de ação que viola “*os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições*”.

Parece-nos, pois, clara a possibilidade de caracterizar a admissão sem prévio concurso como ato de improbidade, nos termos do art. 11, *caput*, e não se trata de um entendimento isolado:

“Ainda que contratações sem concurso nem sempre acarretem dano concreto ao patrimônio público, a moralidade administrativa, a legalidade e a impessoalidade são irremediavelmente maculadas por elas, donde a aptidão do Ministério Público para se insurgir contra elas” (Pazzagliani Filho *et alii*, 1998, p. 124).

4.3 - O elemento subjetivo

Interessante reproduzir agora a seguinte reflexão de Maria Sylvia Di Pietro:

“A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato e improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, **para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei...**” (grifo não autêntico; Di Pietro, 2001, p. 674).

Vislumbra-se aí, nitidamente, a aplicação da tradicional concepção de responsabilização fundada no binômio dolo-culpa. O fato é que a doutrina imerge em controvérsia quanto à assertividade desse entendimento.

O dissenso doutrinário floresce frente ao art. 10, *caput*, da Lei de Improbidade. Prevê ele que “*constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa,...*”, enquanto que nos artigos 9.º e 11 não há qualquer referência a dolo ou culpa.

Analisando esse tratamento diferenciado, a conclusão a que a maioria chega é a de que se pretendeu afastar as modalidades culposas de enriquecimento ilícito e violação aos princípios da administração, as quais seriam necessariamente dolosas.

Muitos apontam como fundamento para essa conclusão a analogia às normas penais, “*onde as formas culposas somente são puníveis se devidamente tipificadas*” (LUCON, Paulo H. dos Santos, Litisconsórcio necessário e eficácia da sentença na Lei de Improbidade Administrativa, *In*: Bueno, Porto Filho (Coord.), 2001, p. 312).

Concordamos com a proposição de que os arts. 9.º e 11, não tendo mencionado as modalidades culposas, abrangem hipóteses que exigem condutas necessariamente dolosas. Mas rejeitamos a fundamentação ancorada na analogia às normas penais, como já havíamos feito para nos contrapor à idéia de taxatividade das hipóteses dos incisos.

A sustentação para a tese destacada acima se dá, ao nosso ver, em outros termos. Como já ressaltamos quando tratávamos da distinção entre improbidade e imoralidade administrativa, o elemento essencial para a caracterização da improbidade é a desonestidade do agente: “*o vocábulo ‘improbidade’, constante da formulação constitucional, repele a possibilidade de sancionar, como ímprobos, atos que não evidenciem um desvio ético, uma*

desonestidade, uma transgressão consciente a preceito de observância obrigatória" (Prado, 2001, p. 38).

Ora, a desonestidade é a falta de retidão, de integridade. É o agir de forma deliberadamente contrária ao Direito e aos bons costumes, é a intenção ou indiferença em praticar atos considerados nocivos segundo os princípios éticos dominantes, de forma que resta *"inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as idéias de má-fé, de deslealdade, a denotar presente o dolo"* (ALVARENGA, Ob. Cit., p. 89)².

Assim, para caracterizar a admissão de servidor sem concurso público como ato de improbidade, é necessária a demonstração de dolo no procedimento do agente, o que não chega a ser uma dificuldade.

Isto porque **aquele que promove o ingresso de outrem no "serviço público" sem prévio concurso age com o deliberado objetivo de beneficiar a pessoa do admitido**, em detrimento do interesse público, e de forma contrária à Constituição, às leis e aos bons costumes. A intenção de favorecer outrem de forma ilícita é evidente. Se não bastasse isso, a experiência histórica evidencia que tais atos se constituem numa "consagrada" forma de angariar votos e apoio político, tendo na maioria das vezes, portanto, como finalidade última beneficiar o próprio agente ilicitamente.

Ademais, não nos parece plausível cogitar de falta de consciência da ilicitude nos casos em questão, dada a vasta difusão do mandamento constitucional da exigência do concurso público, de forma que consideramos superada a empreitada teórica de caracterização das admissões sem concurso público como atos de improbidade administrativa.

Resta proceder ao exame do entendimento contrário pronunciado pelo STJ, oportunidade em que se buscará reafirmar os conceitos e reflexões aqui considerados mais convincentes, eliminando qualquer dúvida porventura existente de que efetivamente se tem em questão um ato de improbidade administrativa.

5 - Considerações finais: uma análise crítica da orientação tomada pelo STJ

Em 1999, a 1.ª Turma do STJ apreciou, em sede de Recurso Especial (RESP 213994/MG), uma pretensão punitiva do Ministério Público de Minas Gerais contra prefeito municipal tendo por objeto a caracterização da contratação de pessoal sem concurso público como ato de improbidade. Por unanimidade, decidiu-se da seguinte forma:

² Esse mesmo autor conclui o raciocínio transcrito com a convicção de que a modalidade culposa prevista no art. 10 é, ante o exposto, inconstitucional. Por limitação de espaço, e para não sair do "foco" deste estudo, não examinaremos tal questão mais detidamente.

“ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE DE PREFEITO – CONTRATAÇÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei nº 8.429/92. A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido” (grifo não autêntico; acórdão 1999/0041561-2, de 17/08/99. Rel. Min. GARCIA VIEIRA. DJ 27/09/99, p. 59).

Inicialmente, constata-se que o acórdão *supra* deixa implícita uma tese que certamente não se coaduna com a sistemática introduzida pela Lei n.º 8.429/92: a de que é necessário haver enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário para que se configure o ato de improbidade.

Como já foi assinalado neste estudo, a maior inovação trazida pela Lei de Improbidade foi justamente a previsão de atos de improbidade que violam os princípios da administração (art. 11) independentemente de resultarem em enriquecimento ilícito ou em dano econômico-financeiro ao Poder Público (art. 21, I).

Em segundo lugar, verifica-se que a contratação sem concurso público é considerada mera “inabilidade” do agente, o que afastaria a aplicação das sanções previstas na Lei.

Repetimos, então, as considerações anteriormente lançadas de que esse tipo de admissão irregular consiste num intencional favorecimento ilícito do contratado. O agente procede com o intuito de beneficiar determinadas pessoas de forma ilegal, e com plena consciência da reprovação social de sua conduta. Não se trata de simples “inabilidade”, portanto, mas de desonesta violação aos princípios da administração.

No voto do eminente Relator⁶, Ministro Garcia Vieira, fez-se referência ao entendimento pronunciado pelo Desembargador Monteiro de Barros por ocasião do julgamento do caso em segunda instância, segundo o qual:

“Não obstante o próprio embargado ter reconhecido que contratou servidores sem concurso público, particularidades do caso concreto levam-me a concluir que as contratações irregulares por ele promovidas, a par de terem inobservado os princípios norteadores da administração Pública, não têm gravidade suficiente

⁶ Teve-se acesso ao referido voto mediante pesquisa, em 06/09/2001, na seção “Inteiro Teor” do site do STJ.

para admitir a aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, bem como proibi-lo de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios ..." (grifo não autêntico).

Contrapomo-nos agora à idéia de que a conduta em questão não teria gravidade suficiente para ensejar as sanções da Lei n.º 8.429/92.

Dispõe o art. 1.º do Decreto-lei n.º 201/67, o qual teve, nas palavras do autor de seu projeto, Hely Lopes Meirelles, "*a preocupação de definir os tipos mais danosos à administração Municipal*" (grifo não autêntico; *apud* Pereira, 1997, p. 132):

"São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do poder judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: (...); XIII – nomear, admitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei" (grifos não autênticos).

Tal dispositivo tem sido regularmente aplicado pelo Supremo Tribunal Federal (STF):

"O trancamento da ação penal pressupõe exsurgir, à primeira vista, a atipicidade da conduta, o que não ocorre quando a denúncia concerne ao disposto no art. 1.º, XIII, do Decreto-lei n.º 201/67, relativamente a nomeações, pelo chefe do Executivo local, de servidores sem o indispensável concurso público" (STF – HC 72858-8. Rel. Min. Marco Aurélio. *In*: Informativo STF n.º 26 - 8 a 12.4.96).

No § 1.º deste mesmo art. 1.º, estabeleceu-se que **a pena aplicável a este crime é a de detenção de três meses a três anos**. E no § 2.º são previstos, como efeitos da condenação definitiva, "*a perda do cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil do dano causado ao patrimônio público ou particular*".

Conclui-se que **aplicar a Lei de Improbidade Administrativa às contratações irregulares não pode ser considerada medida excessivamente severa, já que se trata de conduta tipificada como crime, com a cominação de sanções ainda mais severas**.

Consideramos, pois, que o acórdão sob exame afastou a aplicação da Lei n.º 8.429/92 de forma indevida.

Mais que isso, a tese sustentada pela colenda corte negou vigência ao § 2.º, *in fine*, do art. 37, que determina, como implicação da contratação sem concurso, “a punição da autoridade responsável, nos termo da lei”.

Encerramos este estudo com a sincera expectativa de, com ele, contribuir para afastar os óbices interpretativos à caracterização das contratações irregulares como atos de improbidade, tendo sempre em vista um objetivo maior: concretizar os ainda tão vulnerados princípios da igualdade de acesso aos cargos públicos e da moralidade da Administração.

6 - Referências bibliográficas

BUENO, Cassio Scarpinella, PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.). **Improbidade Administrativa (Questões Polêmicas e Atuais)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Regime Jurídico Único: inclusão, sem concurso, de servidores celetistas**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, a. 31, n. 121, jan./mar. 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 13.ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa**. 4.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREITAS, Juarez. **Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, a. 33, n. 129, jan./mar. 1996.

LIMA, Adriana Fernandes de. **O controle jurisdicional da moralidade administrativa**. In: Revista Jurídica In Verbis, Natal: EDUFRN, v.4, n. 8, jul./dez. 1998.

MORAES, Jose Diniz de. **Contrato nulo e direito ao salário mínimo: um falso dilema constitucional**. In: Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, ano X, n. 20, setembro/2000.

PAZZAGLINI FILHO, Marino *et alii*. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**. 3.ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PEREIRA, José de Lima Ramos. **Contratação irregular de servidores: responsabilidade dos Prefeitos Municipais.** In: Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, ano VII, n. 13, março/1997.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa.** São Paulo: Malheiros, 2001.