

Sanções no caso de irregularidades de admissão de pessoal

TRABALHO APRESENTADO NO
XX CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL
FORTALEZA-CE

* Dácio Rijo Rossiter Filho¹

* Roseane Milanez De Farias²

* Itárcio José De Souza Ferreira³

ÍNDICE

RESUMO

1. INTRODUÇÃO
2. FORMAS DE ADMISSÃO DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO
3. IRREGULARIDADES EM ADMISSÃO DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO
4. SANÇÕES PARA O CASO DE IRREGULARIDADES NAS ADMISSÕES DE PESSOAL
 - 4.1. DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
 - 4.2. JURISPRUDÊNCIA DO TCE-PE,
5. CONCLUSÃO
6. BIBLIOGRAFIA

RESUMO

Os Tribunais de Contas, órgãos criados consoante texto constitucional vigente, com fins de promover o necessário auxílio técnico ao Controle Externo exercido pelo Poder Legislativo, enquanto Poder Político representativo da vontade popular dentro do Estado Democrático de Direito, são insti-

tuições que têm a função primordial de fiscalizar e julgar as contas de todos aqueles responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos.

Da mesma forma, a Carta Magna ao tornar obrigatória a prévia aprovação em concurso público para a admissão válida no serviço estatal, determinou que os atos de admissão de pessoal também sejam apreciados pelos Tribunais de Contas, consoante o disposto no artigo 71, III, desta Lei Maior, aos quais cabe julgar a legalidade de tais atos, para fins de registro, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão.

No sentido social, os Tribunais de Contas passam a ter seu papel participativo e contributivo nos rumos da sociedade, quando no exercício de suas atribuições, de forma coerente, precisa e rigorosa, procede à fiscalização dos atos dos gestores públicos que impliquem em práticas de abusos e irregularidades contra a Administração Pública e, conseqüentemente, contra esta sociedade que justifica sua existência.

Nessa perspectiva, este trabalho técnico busca trazer contribuições de pesquisa, fornecendo informações que possam subsidiar o melhor entendimento das atuais sanções proferidas pelos órgãos judicantes e, em especial, àquelas advindas dos Tribunais de Contas, no que concerne à admissão irregular de pessoal no serviço público, olhos postos nos preceitos constitucionais vigentes, inicialmente

evidenciando as formas legais de ingresso no serviço público, bem como as principais irregularidades cometidas pelos gestores no que tange a tais admissões.

I. INTRODUÇÃO

A nossa atual Carta Magna, consoante “caput” de seu artigo 37, com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, estabelece os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como sendo norteadores da Administração Pública. Sendo assim, quaisquer que sejam os atos emanados do Poder Público, devem eles estar respaldados em tais princípios, em observância aos preceitos constitucionais vigentes, em especial, ao Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

O cenário nacional nos mostra uma sociedade que mergulha numa crise social, onde o cidadão já não mais acredita na solução dos problemas sociais prioritários, posto que a ineficácia administrativa, o abuso dos recursos públicos e a corrupção resultam numa afronta aos direitos sociais e burla aos deveres impostos pela legislação vigente, em especial, pela nossa Constituição Federal. E neste contexto, vemos constantemente casos de admissões irregulares no serviço público, em séria afronta aos princípios da moralidade e da impessoalidade que tão sabiamente o legislador Constituinte soube vislumbrar, ao impor a obrigatoriedade de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos como requisito indispensável à admissão de qualquer pessoa ao serviço público, quer como ocupante de cargo ou emprego, quer seja o indivíduo rico ou pobre, quer tenha “padrinhos” ou não. O concurso público, portanto, nada mais é que a prática efetiva da democracia em seu mais alto grau.

Neste sentido, ressaltamos que urge a necessidade da atuação séria e considerável de um órgão que fiscalize a arrecadação e utilização dos re-

ursos públicos em prol da única fonte de onde promana o Estado Democrático de Direito, definido no artigo 1º da nossa Carta Magna – o povo, que clama pelos seus direitos fundamentais e respeito à democracia e transparência nos atos de gestão pública.

O presente trabalho, portanto, constitui-se uma proposta de contribuições técnicas, provenientes de pesquisas bibliográficas, relativas à concepção sobre as diversas sanções impostas pelo Poder Judiciário e pelos Tribunais de Contas, a que estão sujeitos os administradores públicos ao burlar as formas legais de admissão de pessoal no serviço público, previstas no artigo 37 da nossa Lei Maior.

2. FORMAS DE ADMISSÃO DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição Federal representa a arma que todos os cidadãos devem saber usar para encaminhar e conquistar propostas mais igualitárias, cobrando de seus representantes eleitos, ações que possibilitem o progresso social, seja fiscalizando seus gastos e denunciando a malversação dos recursos públicos, seja observando o fiel cumprimento dos preceitos legais por parte dos gestores, já que como bem afirma Hely Lopes Meirelles:

*“Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘poder fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.”*³²

Ora, espera-se do administrador público, tanto o agir de acordo com o princípio da moralidade, quanto o abster-se de todo e qualquer comportamento que implique em ofensa à Lei Federal nº 8.429/92 que dispõe sobre os atos de improbidade, pois a inobservância de princípios da admi-

³² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores - 22a Edição, 1997, p. 82.

nistração pública poderá constituir ato de improbidade administrativa, cause ou não prejuízo ao erário, enseje ou não o enriquecimento pessoal.

Neste sentido, devemos estar atentos aos atos da Administração Pública que impliquem na burla aos princípios administrativos vigentes, em especial os da moralidade e impessoalidade, nos quais se fundamenta o Concurso Público, que, no nosso entendimento, representa a forma mais democrática de acesso aos cargos e empregos públicos por qualquer pessoa, constituindo também a melhor forma de se obter eficiência, moralização e aperfeiçoamento do serviço público no nosso país.

É considerável a quantidade de processos trabalhistas que tramitam pelos Tribunais, revelando um número assombroso de servidores admitidos sem observância ao princípio do Concurso Público consagrado pela Constituição Federal em vigor: alguns, como bem coloca Carlos Henrique Bezerra Leite (1996), ingressando com contrato de emprego na carteira de trabalho, outros sendo admitidos sob a máscara de “autônomos”, existindo ainda os “estagiários” e os chamados “temporários”, entretanto, sempre fica evidente a prestação de serviços subordinados, continuados, remunerados, bem como a caracterização de serviços permanentes e essenciais às atividades institucionais do Estado.

Ressalte-se ainda que os retrocitados servidores, como afirma o autor Carlos Henrique Bezerra Leite “*não raro, são pessoas apaniguadas que, por terem atuado como fiéis ‘cabos eleitorais’ nas campanhas político-partidárias, recebem do administrador, como recompensa pelos ‘serviços prestados’, um emprego público*”⁵³. No entanto, com a posse de novo administrador público, de partido diverso do antecessor, continua o autor, os aludidos servidores são dispensados passando a correr contra o prejuízo, ou seja, batendo à porta do Judiciário para fazer valer o vínculo empregatício.

Desta forma, em oportuno, lembramos o que nos afirma Manoel de Oliveira Franco Sobrinho:

*“A Administração não deve discriminar-se a si mesma, carregando flagrantes distorções executórias ou trazendo para verificação elementos estranhos à motivação, afetando, assim, a intenção e a vontade pública.”*⁵⁴

Historicamente falando, sabe-se que a exigência do concurso público esteve presente nas Constituições brasileiras de 1934 (artigo 70, parágrafo 2^o), 1937 (artigo 156, “b”), 1946 (artigo 186), 1967 (artigo 97, parágrafo 1^o) e 1969 (artigo 97, parágrafo 1^o) entretanto, segundo o autor Bezerra Leite (1996), aquelas anteriores à de 1967, ora exigiam concurso apenas para os cargos de carreira, ora para estes e outros que viessem a ser estabelecidos em norma infraconstitucional, enquanto a Carta de 1969, além de não fazer distinção entre cargo de carreira ou não, alterou a regra anterior, estabelecendo que a dispensa do concurso, e não a sua exigência, é que deveria ser prevista em lei.

Neste contexto, afirma Adilson Dallari que a “*redação (dolorosamente) defeituosa do texto de 1969, art. 97, par. 1^o, dizendo que ‘apenas a primeira investidura’, somente em ‘cargos públicos’, é que dependia de aprovação em concurso público, ‘salvo os casos indicados em lei’, permitiu toda sorte de burlas e abusos, gerando um empreguismo desenfreado, um superinchamento dos quadros de pessoal, um descontrole completo do funcionalismo e a desmoralização do serviço público*”⁵⁵.

Sendo assim, como reação contrária a este quadro de desmoralização, o legislador constituinte sabiamente inseriu no artigo 37 da atual Constituição Federal os incisos I e II, com o intuito de

⁵³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Contratação Ilegal de Servidor Público e Ação Civil Pública Trabalhista*. Belo Horizonte: Editora RTM Ltda, 1996, p. 13.

⁵⁴ SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco. *Ética e Moralidade nos Atos Administrativos*. Palestra realizada no 1o Encontro Internacional sobre ombudsman. Curitiba, 1993. In *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Ano 1 - no 26. Março/1994 - p. 34.

⁵⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime Constitucional dos Servidores Públicos*. In *Contratação Ilegal de Servidor Público e Ação Civil Pública Trabalhista de Carlos Henrique Bezerra Leite*. Belo Horizonte: Editora RTM Ltda, 1996, p. 14.

evitar tais comportamentos dos administradores públicos.

Desta forma, em observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, nos quais deve fundamentar-se todo e qualquer comportamento da administração pública, o atual texto constitucional prescreve, com nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98:

“Art. 37. 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 e, também, ao seguinte:

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de 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;”⁵⁶

Saliente-se que, no que pertine à abrangência da norma supracitada, a obrigação do concurso público se dirige tanto ao provimento de cargos quanto ao preenchimento de empregos, inovação esta dada pela Carta Magna em vigor, posto que os textos constitucionais anteriores determina-

vam a realização de concurso público apenas para os cargos públicos, conforme nos lembra o professor Flávio Sátiro Fernandes⁵⁷, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

Pelo exposto até aqui, claro fica que a admissão no serviço público fica sujeita, portanto, ao princípio do concurso público, o qual, por sua vez, fundamenta-se nos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, porquanto, de acordo com o professor Flávio Sátiro Fernandes: evita o favorecimento de apadrinhados; privilegia o mérito, apurado de maneira impessoal e comprovado mediante a aprovação em certame, garantindo mais qualidade ao serviço público; e assegura lealdade à administração, na medida em que o administrador só convocará os mais capazes, que demonstrem aptidão para o serviço público.

Importante faz-se lembrar que o princípio do concurso público é adotado universalmente, figurando, inclusive, como nos afirma o autor Carlos Henrique Bezerra Leite (1996), no texto da Declaração Geral dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, nos seguintes termos: *“Cada indivíduo tem o direito de ingresso, sob condições iguais, no serviço público de seu país”⁵⁸*.

Ademais, acordando com o retrocitado autor, podemos concluir que o princípio da acessibilidade é emergente do princípio da isonomia ou da igualdade, pelo qual todos são iguais perante a lei, bem como do princípio da impessoalidade, dirigido este à administração pública.

Convém finalmente lembrar as palavras do mestre administrativista Hely Lopes Meirelles ao definir concurso público:

“Concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do

⁵⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 33/34.

⁵⁷FERNANDES, Flávio Sátiro. Admissões Irregulares de Servidores Públicos e Suas Consequências Jurídicas. Endereço da página na Internet: www.jus.com.br/doutrina/admirr.html. 31/08/99, pp. 1-10.

⁵⁸FRISCHAUER, Paul. In LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Contratação Ilegal de Servidor Público e Ação Civil Pública Trabalhista. Belo Horizonte: Editora RTM Ltda, 1996, p. 15.

serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, 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 empregos públicos”⁵⁹. (Gri-fos nossos).

Quanto às exceções à regra do concurso público, o texto constitucional prevê as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração e a investidura em cargos de direção das empresas estatais, porquanto estes encerram funções de confiança de livre provimento e exoneração. Entretanto, ressaltamos que as exceções devem ser sempre interpretadas restritivamente, no sentido de que se deve abolir seguramente quaisquer hipóteses em que o cargo em comissão é constituído como burla ao preceito constitucional da exigência do concurso público. Com o advento da Emenda Constitucional n^o 19/98, que deu nova redação ao inciso V do artigo 37 da Constituição Federal/88, atentou-se para uma especificação e restrição maior, no que pertine ao exercício das funções de confiança, de forma a evitar a burla proveniente dos abusos praticados por alguns legisladores infraconstitucionais, senão vejamos:

“V – as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;”⁶⁰

3. IRREGULARIDADES EM ADMISSÃO DE PESSOAL NO SERVIÇO PÚBLICO

Não obstante a nossa Carta Maior erigir o Concurso Público como única forma de investidura em Cargo ou Emprego público, à exceção da Contratação Temporária e das nomeações para cargos comissionados, notamos diariamente que alguns agentes públicos, no sentido de burlar tal exigência constitucional, lançam mão de expedientes os mais diversos para a contratação de pessoal. De acordo com o professor e Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, Dr. Flávio Sátiro Fernandes, as principais formas usadas no sentido de tal burla são:

- a) admissão sem prévia aprovação em concurso público;
- b) admissão mediante aprovação em concurso público em cuja realização não se seguiram os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade;
- c) admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas violando a ordem de classificação oficialmente divulgada;
- d) admissão mediante aprovação em concurso público regularmente instituído e realizado, mas procedida após decorrência do prazo de validade do certame, com violação ao disposto no artigo 37, III;
- e) admissão sob qualquer uma das antigas formas derivadas de provimento, tais como, transferência, enquadramento, ascensão etc.

Acrescentamos, também, alicerçados na experiência prática das auditorias do TCE-PE, outras irregularidades encontradas quando da realização de atos admissórios, sejam eles efetivos, comissionados ou temporários:

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores - 22a Edição, 1997, p. 380.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 34.

a) critérios de desempate dirigidos: acontecem quando as provas de ingresso a determinados entes públicos, mormente em pequenas cidades interioranas, são de nível elementar, ensejando que um número vastíssimo de candidatos obtenha a nota máxima no certame. Os critérios de desempate é que decidirão, na verdade, a ordem de nomeação. Pode ocorrer direcionamento (burla) através da eleição de tais critérios;

b) contratos temporários realizados sem a existência da necessidade material exigida pela CF/88, ou seja, não caracterizam excepcional interesse público;

c) contratos temporários cujo prazo ultrapasse o permissivo constitucional;

d) recontração de um servidor temporário por mais de um período ou de um outro servidor sobre um mesmo fundamento;

e) contratações temporárias para cargos criados por lei para o ente público, ou seja, se o cargo foi criado por lei depende-se não ser o mesmo de natureza eventual;

f) não envio ao Tribunal de Contas dos atos referentes às contratações temporárias, infringindo, no nosso caso, a Resolução TC/PE nº 9/92, que assim o determina, tornando-se tais contratações burla à forma escolhida pelo constituinte para a provisão de suas necessidades contínuas de pessoal, ou seja, o concurso público;

g) criação de cargos comissionados desprovidos dessa natureza, ou seja, sem as características de direção, chefia e assessoramento, conforme preceitua a CF em seu art. 37, V.

4. SANÇÕES PARA O CASO DE IRREGULARIDADES NAS ADMISSÕES DE PESSOAL

Sanção, no dizer de Aurélio Buarque de Holanda significa, dentre outras coisas:

“Pena ou recompensa com que se tenta garantir a execução de uma lei”⁶¹.

Dispõe o artigo 37 parágrafo 4º da nossa Constituição Federal:

“ Art. 37 – 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 e, também, ao seguinte:

(Omissis)

II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de 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;

III – o prazo de validade do concurso público será de dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

(Omissis)

Parágrafo 2º – 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.

(omissis)

Parágrafo 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a

⁶¹ HOLANDA, Aurélio Buarque de. Novo Dicionário da Língua Portuguesa - Ed. Nova Fronteira.

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.” (Grifos nossos)

Por sua vez, a Lei Federal 8.429/92 reza em seu artigo 11, I:

“Art. 11 – 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, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento, ou diverso daquele previsto na regra de competência”.

Pelos ditames do supracitado art. 37 da nossa Lei Maior, duas são as conseqüências pela admissão irregular de servidor pelo administrador público: a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável. Podemos observar que enquanto a segunda conseqüência diz respeito à punição da autoridade responsável pela contratação, podemos notar ser a primeira uma das punições que serão impostas ao contratado, visto que a nulidade do ato implica no desfazimento imediato do vínculo.

Há grande divergência doutrinária, com discussão entre publicistas e juslaboralistas, bem como na jurisprudência trabalhista acerca das punições decorrentes de contratação irregular de trabalhador pela administração pública, sem a prévia aprovação em concurso público.

Há os que entendem que sem o requisito básico exigido pela Constituição Federal em seu art. 37, II, a contratação é NULA, portanto não

podendo gerar efeito para nenhuma das partes contratantes. Fundamentam esse entendimento no parágrafo 2º do artigo supracitado.

Por outro lado, há os que entendam que, muito embora não se possa reconhecer vínculo empregatício de nenhuma espécie em função de descumprimento de regramento constitucional, não se pode deixar o trabalhador sem a proteção legal trabalhista, e são da opinião de que o contratado deve fazer jus às verbas trabalhistas, a título de indenização, como se fosse empregado regular.

Já a terceira corrente defende a não aplicação em sua totalidade da regra da nulidade do ato, lastreando esse entendimento no magistério dos íclitos doutrinadores Orlando Gomes e Elson Gottschalk, que afirmam: *“O princípio, segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz, não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistido em força de trabalho, que implica dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual ‘trabalho feito é salário ganho’. Pouco importa que a prestação do serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a ‘irretroatividade das nulidades’. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardiais da teoria civilista das nulidades. A diferença entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável, se permanece para alguns, não subsiste em relação a este contrato”*⁶².

Da mesma forma divergem publicistas de juslaboralistas no que concerne aos efeitos jurídicos decorrentes da nulidade do contrato de trabalho firmado ao arrepio do princípio constitucional que erigiu o concurso público como única forma de admissão em cargos e empregos públicos, com suas exceções constitucionais, como bem nos ensina Carlos Henrique Bezerra Leite. Diz, citando posição de alguns publicistas:

⁶² GOMES, Orlando. Curso de Direito do Trabalho. 1ª Edição, Ed. Forense, 1990, Vols I e II, pp. 136/137.

a) primeiro, que os atos são nulos, por força da Constituição;

b) segundo, que por serem nulos, tais atos não geram qualquer efeito, não tendo, pois, o servidor admitido através desses atos, direito a qualquer tipo de indenização.

Portanto, nas palavras do Mestre, entendem os publicistas que “a nulidade retroage à data do ato admissional, não tendo o servidor ilegalmente contratado direito a qualquer crédito decorrente da relação jurídica viciada”.

Do lado dos juslaboralistas, por sua vez, vemos três correntes distintas, “em virtude das peculiaridades do Direito do Trabalho e dos princípios que o informam, notadamente o da primazia da realidade e o da proteção do emprego.”

A primeira corrente, ainda segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, adotando a literalidade da regra constitucional, defende a nulidade absoluta do contrato sem que o trabalhador possa reivindicar parcelas rescisórias. E citando Cláudio Mascarenhas Brandão: “*absolutamente nula a contratação de empregado público sem observância do concurso após a Constituição de 1988, devendo tal nulidade ser reconhecida em juízo, impossibilitando o deferimento das parcelas decorrentes da rescisão imotivada do pacto laboral*”⁶³. Sobre o direito do trabalhador a outras parcelas que não as rescisórias, nada falam os defensores desta corrente.

Márcio Túlio Viana é quem capitaneia a 2ª corrente, ancorado nos princípios tutelares do direito do trabalho. Para ele “a norma que exige o concurso público também gera efeitos para o servidor, na medida em que autoriza a ruptura do contrato. Mas são efeitos ‘ex nunc’, que não penalizam, ou pelo menos, não lhe subtraem o fruto do seu suor. Concluindo: os ônus da contratação irregular são suportados pelo poder público...”⁶⁴

Por fim a terceira corrente preconiza que se o contrato é considerado nulo, os efeitos seriam ‘ex tunc’ seguindo os princípios do direito comum. Délio Maranhão nos ensina: “*atingindo a nulidade o próprio contrato, segundo os princípios do direito comum, produziria dissolução “ex tunc” da relação[...] Evidentemente, não pode o empregador ‘devolver’ ao empregado a prestação do trabalho, que este executou em virtude de um contrato nulo. Assim, não é possível aplicar-se, no caso, o princípio do efeito retroativo da nulidade. Daí por que os salários, que já foram pagos, não devem ser restituídos, correspondendo, como correspondem, à contraprestação de uma prestação definitivamente realizada[...] Se o trabalho foi prestado, ainda que com base em um contrato nulo, o salário há de ser devido: o empregador obteve proveito desta prestação do empregado que, sendo, por sua natureza, infungível, não pode ser ‘restituída’. Impõe-se, por conseguinte, o pagamento da contraprestação equivalente, isto é, do salário, para que não haja enriquecimento ilícito*”⁶⁵.

Resumindo, podemos observar que os seguidores desta corrente reconhecem apenas o pagamento do salário em função do serviço ter sido prestado, até como forma de evitar enriquecimento ilícito, mas sem a conferência de nenhum outro direito de natureza salarial, como por exemplo, adicionais, gratificações, comissões, porcentagens, que compreendem o “preço” do serviço realizado.

Carlos Henrique Bezerra Leite sintetiza as divergências entre publicistas e juslaboralistas. Diz:

*“As divergências concernem às conseqüências jurídicas da nulidade, vez que para os publicistas esta não gera qualquer efeito para o trabalhador contratado ilegalmente. Já os juslaboralistas, reconhecem a nulidade, mas admitem alguns direitos para o prestador do serviço”*⁶⁶.

⁶³ Idem nota 2.

⁶⁴ In Revista Ltr, 57-07/842.

⁶⁵ *Instituições de Direito Do Trabalho*, 16.ed., p.243.

⁶⁶ Idem nota 2.

Nos posicionamos de acordo com o entendimento majoritário no sentido de que o ato admissional sendo nulo, com efeitos "ex tunc", não pode gerar direitos quaisquer ao trabalhador, ou seja, as sanções devem ser impostas tanto ao administrador público que fez a admissão irregular quanto ao contratado irregularmente, até porque ninguém pode se escusar do cumprimento de um dispositivo legal em função de sua ignorância. (LICC – Lei de Introdução ao Código Civil, Art. 3º).

Por outro lado, resta a responsabilização da autoridade administrativa que produziu tal ato, por força dos parágrafos 2º e 4º do art. 37 da CF.

A respeito da matéria, Cláudio Soares de Oliveira Ferreira⁶⁷, em artigo defende que "*o dever de indenizar no direito brasileiro decorre não só do dano material, mas também em decorrência de dano moral*", concluindo que "*quando o administrador público contrata servidor sem concurso, quando não poderia fazê-lo, fica patente a violação à moralidade administrativa, surgindo daí o dever de indenizar*".

Portanto, com base no até aqui expostos, somos do entendimento de que o contratado terá como sanções: a perda do emprego/cargo sem direito a nenhuma verba indenizatória, já que o trabalho foi efetivamente prestado. Do lado do administrador, somos de acordo com o pagamento de multa, perda de direitos públicos e todos os demais previstos no art.12, III da Lei Federal 8.429/92.

4.1. DO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ao Tribunal de Contas, cabe, segundo disposição constitucional, o contido nos artigos 70 a 72 da Lei Maior.

No entanto, para uma maior eficácia no sentido do cumprimento das decisões dos Tribunais de Contas, bem como para um cumprimento mais

efetivo da lei de uma forma geral, necessário se faz uma integração com o Ministério Público.

A nossa Constituição Federal, em seu art. 129, estabelece as funções institucionais do Ministério Público, que são, dentre outras: "*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*". Neste sentido, a lição de Luiz Fabião Guasque:

"... a Constituição da República de 1988 legitimou o Ministério Público à defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, além da proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos promovendo as medidas necessárias à sua garantia. (art. 129 e incisos).

"Desta forma não é difícil concluir-se que ao Ministério Público foi conferida legitimação para agir da forma mais ampla possível como requer uma norma constitucional, utilizando-se de qualquer ação possível no ordenamento jurídico brasileiro, desde que a pretensão seja atender à missão que lhe confere o constituinte originário. Qualquer disposição infraconstitucional que lhe diminua o campo de ação deverá ser considerada expressamente contrária à lei maior".⁶⁸

Já a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, diz em seu art. 25, IV, b:

"Art. 25 – Além das funções previstas nas

⁶⁷ In Revista do Tribunal de Contas de Pernambuco - 1996 - "O dever do Administrador de Indenizar o Erário, em decorrência da Contratação de Servidor sem Concurso Público" - pp. 30 a 33.

⁶⁸ In Ministério Público e Tutela dos Interesses Difusos, Revista Trimestral de Direito Público, nº 8, p. 182, Ed. Malheiros.

Constituições Federal e estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública na forma da lei;

a) *Omissis*

b) *para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais, ou de entidades privadas de que participem.*”

Marino Pazzaglini Filho, no intuito de bem demonstrar a legitimidade do Ministério Público acerca da matéria, nos apresenta o dizer do doutor José Fernandes da Silva Lopes:

*“Ao co-legitimar o Ministério Público para a persecução civil de atos que maculam o patrimônio público, o legislador constituinte quis reforçar as possibilidades de controle jurisdicional sobre a legalidade ou a moralidade dos atos administrativos, minimizando ‘os obstáculos técnicos e econômicos que inibem a participação popular na formação do processo’, suprir a inacessibilidade ao Poder Judiciário e impedir que se reduza ‘a ordem jurídica afirmada a uma ordem não efetivamente garantida’.”*⁶⁹

Podemos concluir pela legitimidade do Ministério Público para propositura de Ação Ordinária de Responsabilização por Ato de Improbidade Administrativa, amparados na CF, art. 129, III, bem como na disposição do art. 17 da Lei Federal 8.429/92, fato que reforça a nossa posição no sentido da já citada integração dos Tribunais de Contas ao Ministério Público.

4.2. JURISPRUDÊNCIA DO TCE/PE

Trazemos à cola, por oportuno a este trabalho, algumas decisões do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco em que houve infração à norma legal quando da admissão de pessoal por órgãos afetos ao controle daquela Corte de Contas

Decisão TC nº 1050/99

– Negou registro a nomeações em função da inexistência de cargos vagos e ainda imputou uma multa ao responsável pelas admissões.

Decisão TC nº 1088/99

– Determinou imediato desligamento de servidores admitidos sem concurso público.

Decisão TC nº 1033/99

– Considerou irregulares contratações temporárias sucessivas por burla ao concurso público.

Decisão TC nº 809/99

– Negou registro a diversas nomeações em virtude de preterição de candidato melhor classificado.

Decisão TC nº 717/99

– Negou registro a enquadramentos irregulares.

Decisão TC nº 670/99

– Transcrevemos parte: “...contratações não caracterizam excepcional interesse público, mas uma necessidade permanente da autarquia, que deveria ser suprida através de Concurso Público, pela ILEGALIDADE dos atos.” Burla ao Concurso Público.

Decisão TC nº 671/99

– Em função de admissões ilegais sem concurso público nos anos de 1991 a 1997 e não envio de documentação ao TCE-PE conforme determina a Resolução 09/92: afastamento imediato dos servidores, multa de 2.000 UFIRs e remessa dos AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO.

⁶⁹ In Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Editora Atlas, 1996, p. 182.

Decisão TC nº 656/99

– Decidiu pelo desligamento de servidora e determinou à Mesa Diretora da Câmara a verificação de possíveis danos financeiros causados ao Município e, constatado o dano, ingressar em juízo com ação indenizatória contra os responsáveis com vistas ao devido ressarcimento financeiro ao município.

Decisão TC nº 556/99

– Ilegalidade dos atos de nomeação oriundos de Concurso INTERNO para investidura em emprego público distinto do anteriormente ocupado.

Decisão TC nº 465/99

Ilegalidade de Contratação Temporária com multa ao responsável pela contratação em função da não comprovação de “excepcional interesse público”

Decisão TC nº 253/99

– Recontração. Multa de 2.000 UFIRs e desligamento imediato dos servidores recontraídos.

Decisão TC nº 1066/99

– Irregulares as admissões em virtude de configurarem burla ao concurso público a partir do momento em que foram feitas contratações temporárias onde existe a necessidade de prestação continuada dos serviços conforme já havia determinado esta Corte de Contas. Multa de 1000 UFIRs.

Em nome do Ministério Público de Pernambuco, várias ações correm contra administradores públicos flagrados em irregularidades, como por exemplo, o processo 00197061159-6, proposto na Vara da Fazenda Estadual da Comarca da Capital onde requer a condenação do administrador nas sanções do art. 12, II da Lei nº 8.429/92, quais sejam: suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa quando da investidura de servidor sem concurso público.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho técnico buscou contribuir com informações que possam subsidiar os interessados leitores, em especial os órgãos de controle externo, em matéria de atos de admissão de pessoal no serviço público, evidenciando tanto o acesso legal como o ilegal e analisando detalhadamente as sanções para os atos de admissão ilegal, tema central abordado.

Por tudo o que foi exposto, observamos que a Constituição de 1988 proíbe a investidura em cargo ou emprego público de agente não submetido à prévia aprovação em concurso público, em prol do resguardo da moralidade administrativa, buscando represar o hábito brasileiro de usar o serviço público para abrigo de apadrinhados, consoante o disposto na Declaração Geral dos Direitos Humanos que preceitua o direito de ingresso de qualquer pessoa, sob condições iguais, no serviço público de seu país.

Neste sentido, por serem multiplicadoras as contratações infringentes à norma constitucional em vigor, este trabalho buscou mostrar as diversas sanções proferidas pelo Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, quando da análise de casos concretos, relativos à admissão irregular de pessoal no serviço público, como forma de tentar levar até os administradores públicos a importância de se observar os preceitos legais vigentes, em especial aqueles que fundamentam o Estado Democrático de Direito.

Ademais, entendemos que a contratação irregular de pessoal ao serviço público é nula de pleno direito, entretanto, não pode ensejar devolução, caso comprove-se a prestação efetiva do serviço, fato que deflagaria em enriquecimento ilícito do Estado. Desta forma, ao administrador contratante cabe a aplicação de multa, bem como as penalidade no art. 12, III da Lei Federal 8.429/92, enquanto ao contratado cabe a perda do emprego/cargo, sem direito a qualquer verba indenizatória.

6. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1999.
DECISÕES DO TCE-PE.

- FERNANDES, Flávio Sátiro. *Admissões Irregulares de Servidores Públicos e Suas Conseqüências Jurídicas*. Texto extraído da Internet, endereço : www.jus.com.br/doutrina/admirr.html. Recife, 31/8/99.
- FERREIRA, Cláudio Soares de Oliveira. "O dever do Administrador de Indenizar o Erário, em decorrência da Contratação de Servidor sem Concurso Público". In *Revista do Tribunal de Contas de Pernambuco* – 1996.
- GOMES, Orlando. *Curso de Direito do Trabalho*. 1ª Edição, Ed. Forense, 1990, Vols I e II.
- GUASQUE, Luiz Fabião. "Ministério Público e Tutela dos Interesses Difusos". In *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 8, Ed. Malheiros.
- HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa* – Ed. Nova Fronteira.
- LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL.
- LEI FEDERAL 8.429/92.
- LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Contratação Ilegal de Servidor Público e Ação Civil Pública Trabalhista*. Belo Horizonte: Editora RTM Ltda., 1996.
- MARANHÃO, Délio. In *Instituições de Direito Do Trabalho*, 16ª. Edição.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores – 22ª Edição, 1997.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. In *Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público*. São Paulo: Editora Atlas, 1996.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco – *Ética e Moralidade nos Atos Administrativos* – Palestra realizada no 1º Encontro Internacional sobre ombudsman – Curitiba – 1993 – in *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro* – Ano 1 – nº 26 – março/1994.
- VIANA, Márcio Túlio. In *Revista Ltr*, 57-07/842.

*** Dácio Rijo Rossiter Filho**

Bacharel em Direito e Auditor das Contas Públicas do TCE/PE

*** Roseane Milanez de Farias**

Bacharela em Administração e Auditora das Contas Públicas do TCE/PE

*** Itárcio José de Souza Ferreira**

Bacharel em Ciências Contábeis e Auditor das Contas Públicas do TCE/PE