

# O dever do Administrador Público de Indenizar o Erário, em Decorrência da Contratação de Servidor sem Concurso Público.

(\*) *Cláudio Soares de Oliveira Ferreira*

**A** Constituição Federal erigiu o concurso público como princípio básico a ser observado, pela Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito dos três poderes, quando da contratação de servidores ou empregados públicos.

E buscando garantir maior efetividade a tal princípio, determinou ainda que todas as contratações, exceto aquelas para provimento de cargo em comissão, devem ser submetidas, para fins de registro, aos Tribunais de Contas.

Inobstante, no curso das diversas auditorias realizados pelo TCE-PE, assim como mediante ofício advindos da Justiça do Trabalho, verificamos que a prática da contratação de servidor público sem a observância do concurso público continua a existir de maneira considerável nos diversos municípios do Estado.

O Tribunal de Contas de Pernambuco, quando da análise de processos em que o ato de contratação sem concurso público aflora, tem tido uma posição quase que unânime no sentido de que, como o servidor público foi contratado sem concurso público, o ato é nulo de pleno direito, no entanto descabe a devolução da despesa decorrente do pagamento dos salários, caso tenha havido a efetiva prestação do trabalho, por não restar configurado o dano, visto que o erário teve proveito do trabalho realizado pelo servidor contratado ilegalmente.

Assim, nos processos em que ficam comprovadas as contratações sem concurso público, o TCE-PE tem se limitado a determinar o desfazimento do

ato, quando o servidor ainda encontra-se em atividade, e/ou a aplicação de multa ao Administrador que procedeu a admissão irregular, sem determinar a devolução de qualquer valor aos cofres públicos, ou melhor, sem determinar ao administrador qualquer obrigação de indenizar.

Registre-se que este, inclusive, é o entendimento dominante na jurisprudência brasileira. Veja-se para ilustrar a seguinte trecho do Acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 44.761-5-RJ, relatado pelo Ministro César Asfor Rocha, do Superior Tribunal de Justiça (DOU de 07/12/1993):

"...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 do 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 de sua própria torpeza. Nem todo ato administrativo nulo é lesivo aos cofres públicos".

Em que pese o entendimento anteriormente exposto, data venia, ousamos discordar. A discordância decorre de que as decisões que desobrigam o administrador a indenizar, nesta Corte de Contas e no judiciário, deixam de observar dois aspectos fundamentais.

O primeiro aspecto decorre de que, a partir da análise das posições que negam a existência do dever

de indenizar, verifica-se que elas baseiam-se única e exclusivamente na alegação da inexistência de dano material, esquecendo-se no entanto que o dever de indenizar no direito brasileiro decorre não só do dano material, mas também em decorrência de dano moral. É bem verdade que o direito brasileiro sempre foi reacio na elaboração de normas que possibilitassem o controle judicial da moralidade administrativa. Tanto é assim que um dos principais instrumentos de defesa do interesse público, a ação popular, lei 4.717, de 29.06.65, não ataca de forma direta a questão do dano moral, preferindo apenas tangenciá-lo ao enquadrar o desvio de finalidade como sendo ato ilegal.

Este receio normativo somente veio findar com a Constituição Federal de 1988 que, pela primeira vez, em seu art. 37, caput, elencou o princípio da moralidade como sendo um daqueles pelo qual se deve pautar no seu agir todo administrador público. Assim, principalmente a partir da CF/88, a moralidade administrativa passou a ser um dos requisitos de validade do ato administrativo.

Mas recentemente, com a nova redação dada pelo art. 88, da lei 8.884/94, o caput do art 1º da lei 7.347/85 (lei da ação civil pública) permite hoje que não só os danos patrimoniais, mas também os danos morais possam ser objeto da ação de responsabilidade, criando-se desta forma a possibilidade de vir a ser cobrado em juízo o dano moral causado à administração pública.

A moral administrativa, no sentido modernamente aceito, a partir do conceito de Maurice Hauriou, consiste no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

Destarte, 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.

Pois, como corretamente observou o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Milton Prereira:

"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 -nexo causal das obrigações da relação de trabalho nascido do 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".<sup>1</sup>

Este mesmo entedimento vamos encontrar na lição de Sérgio Ferraz e Lúcia Vale Figueiredo que asseveram:<sup>2</sup>

"É preciso deixar claro: as teorias, quer do enriquecimento sem causa, quer dos quase-contratos administrativos, surgiram como meios de se indenizar aquele que colaborou com a Administração de boa fé; e floresceram nos sistemas jurídicos em que outras soluções não fossem conseguidas, o que não é o caso brasileiro.

Não são tais construções, por sem dúvida, aplicáveis ao agente público, a quem se pode imputar sempre, pelo menos, culpa. Caso circunstâncias completamente alheia à sua vontade possam ter surgido, a uma análise casuística, resta-lhe a *actio in rem verso*. Porém, todos os ônus da prova caberão ao mau ordenador da despesa. Em âmbito administrativo, a presunção há de ser de lesão ao Erário, e, por via de consequência, a imposição da reposição à coletividade atingida será incontornável."

Também neste sentido Hugo Nigro Mazzilli:<sup>3</sup>

"Enfim, se é verdade que não se pode a administração locupletar-se ilicitamente, ao mesmo tempo não pode o administrador realizar despesas não autorizadas por lei. Assim, ainda que devam receber pela obra ou pelos serviços aqueles que a realizaram ou a prestaram, especialmente se de boa fé, já com os custos de sua retribuição, quando devida, deve arcar o administrador impondo que contratou

indevidamente, e não a coletividade, que não pode ser condenada a custear as contratações ilegais que o administrador faz de seus favorecidos".

Configurado o dano moral, questão que surge imediatamente após a sua constatação é aquela relati-

<sup>1</sup>Voto proferido no Recurso Especial nº 34.272-0-RJ, e votos do mesmo Ministro, no mesmo sentido, proferidos nos Recursos Especiais nº 18.693-RJ e nº 20.316-1.

<sup>2</sup>Sérgio Ferraz e Lúcia Vale Figueiredo, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, 3ª Ed., 1994, Ed. Malheiros, p. 108/9.

<sup>3</sup>Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difuso em juízo*, 7ª edição, 1995, Ed. Saraiva, p. 164.

va ao *quantum*, ao valor da indenização por dano moral a ser ressarcido pelo administrador aos cofres públicos.

Quanto a esta questão, entendemos que, como em relação aos recursos públicos quem gastar tem de fazê-lo de acordo com a lei, o valor a ser ressarcido por dano a moralidade pública é o equivalente aos valores efetivamente pagos ao servidor contratado sem concurso público. Neste sentido, corretamente lecionam Sérgio Ferraz e Lúcia Vale Figueiredo:<sup>4</sup>

⇒ "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".

Assim, resta claro que, em ocorrendo contratação de servidor público sem concurso, impõe-se a condenação do administrador público nos encargos decorrentes da contratação por dano à moralidade administrativa.

O segundo aspecto que pretendemos enfrentar no presente artigo, refere-se ao fato de que combinado com o dano moral poderá ocorrer, ainda, dano material decorrente da contratação de servidor sem concurso.

O dano material tem surgido primacialmente posterior ao desfazimento da relação de trabalho ilegal, em decorrência direta do resultado das ações trabalhistas processadas junto à Justiça do Trabalho.

É que, quando do julgamento de tais ações, duas posições confrontam-se no judiciário trabalhista.

A primeira, entende que a contratação de empregado público sem concurso leva à completa e absoluta nulidade do contrato de trabalho, não podendo o trabalhador desta forma reivindicar qualquer parcela decorrente de sua rescisão.

A segunda, ancorada nos princípios tutelares do Direito do Trabalho, entende que a norma constitucional que exige o concurso público gera como ônus para o servidor apenas a rescisão do contrato de Trabalho, sem no entanto suprimir os direitos dela decorrentes, na medida em que como a força de trabalho não pode ser repostada e não foi o servidor quem deu causa a sua contratação irregular, o ônus do encerramento do contrato de trabalho terá de ser suportado pela Administração, cabendo a ela direito de regresso

contra o administrador que deu causa a ele.

Os seguintes acórdãos refletem com clareza estas posições:

"NULIDADE DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO - EFEITOS JURÍDICO - SALÁRIOS - PRINCÍPIO DA MORALIDADE PÚBLICA  
A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. A não observância desse dispositivo constitucional implicará a nulidade do ato de contratação e a punição da autoridade responsável (art 37, II e seu par. 2º da Constituição Federal). Tratando-se de nulidade absoluta, a declaração judicial independe de provocação dos litigantes. Os seus efeitos são *ex tunc*. Incabível, portanto, a condenação mesmo à título de verbas salariais, eis que a nulidade, no caso, decorre de norma constitucional, cuja sanção prevalece sobre a doutrina clássica do Direito do Trabalho. Apenas por equidade, não se determina a devolução dos salários e vantagens já percebidos pelo reclamante, ante a impossibilidade de restituição da força de trabalho. O princípio da moralidade consagrado no texto constitucional deve ser observado". (TRT 8ª Região, RO 7457/93, Ac. 2ª T., 27.06.94, in Revista LTr 58-09/1104).

"CARGO PÚBLICO - RELAÇÃO DE EMPREGO  
É indiscutível que a investidura em cargo público depende de prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37 da CF/88), ressalvados os cargos em comissão. A regra destina-se ao Poder Público e, uma vez desobedecido o comando do referido artigo, o administrador deverá arcar com todos os ônus do seu ato, do contrário estar-se-ia admitindo o enriquecimento ilícito da administração que se utilizou dos serviços de alguém sem depender da correspondente retribuição. Logo o ato irregular de admissão gera direitos aos trabalhadores, cabendo ao Estado responsabilizar o administrador pelos encargos pecuniários" (TRT 3ª Região, 2ª T. RO 4.551/92, DJMG 12.03.1993, in Revista Síntese Trabalhista nº 50, ago/93, p. 55).

"SERVIDOR CELETISTA - EFEITOS DA RESCISÃO CONTRATUAL

O contrato do servidor celetista, sem o devido concurso público após a Constituição Federal de 88, é

<sup>4</sup>op. cit., p. 93.

nulo, mas produz efeitos *ex nunc*, isto é, são devidas as verbas resilitórias. Contudo, o Tribunal de Contas deve tomar conhecimento das irregularidades cometidas pelo Administrador Público, autor de tais nomeações"(TRT 17ª Região, RO 0300/94, DOES 21.07.1994, Rel. Juiz Geraldo de Castro Pereira)".

Deste modo, sempre que os tribunais de contas tomarem ciência de decisões trabalhistas, que versem acerca da contratação irregular de servidor público, deverá observar se o resultado final da ação acarretou ou não o pagamento de verbas resilitórias. Caso afirmativo, deverá determinar ao administrador, que deu causa à contratação, a devolução dos valores decorrentes da condenação, visto que neste caso estará configurada a hipótese de dano material decorrente da contratação irregular, pois, caso a mesma não ti-

vesse ocorrido, nenhum dispêndio teria tido a Administração.

À guisa de conclusão, é importante observarmos que a mudança de postura do Poder Judiciário e das Cortes de Contas, quanto à aplicação do dever do administrador de indenizar o Erário em decorrência da contratação de servidor público sem concurso, passa por uma melhor compreensão da Constituição de 1988, pelo que representa de inovação na maneira de conceber o Estado e o direito, assim como pela necessidade premente de darmos resposta à "voz das ruas", quanto à indignação decorrente do fato de o administrador, ignorando o que preceitua a constituição, continuar contratando sem concurso público e mandando a conta para os cofres públicos.

---

(\*) CLÁUDIO SOARES DE OLIVEIRA FERREIRA É INSPE-  
TOR REGIONAL DA INSPETORIA METROPOLITANA NOR-  
TE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE  
PERNAMBUCO