
COMENTÁRIOS A MATÉRIA “TCE ANULA CONTRATAÇÕES EM UNIVERSIDADES”.

Primeiramente, há que se deixar claro que a referida matéria não traz todas as informações relativas ao caso, o que impede uma ampla discussão a respeito.

A mingua de maiores informações, não se pode perder de vista que qualquer investidura em cargo ou emprego para os quadros da Administração Pública, como vem estabelecido pelo inc. II do Art. 37 da Constituição Federal de 1988, deve ser precedida de concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, sob pena de nulidade de tal nomeação/contratação, frente à violação de texto constitucional.

Além disso, os cargos públicos são, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu “Curso de Direito Administrativo”, 1994, p. 126/127, são “*as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstos em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de direito público e criadas por lei*”.

A finalidade do concurso é assegurar igualdade de condições para todos os concorrentes, de maneira a se evitar favorecimentos ou discriminações, permitindo-se à Administração Pública escolher os melhores. Quanto tal princípio não é observado, estarão sendo feridos os princípios da impessoalidade, igualdade, publicidade, probidade e legalidade, consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição.

Portanto, para que uma contratação seja regular, deve ela observar o princípio do concurso público, além do que, o cargo que se pretenda preencher deve ter sido devidamente criado por lei.

Valendo-se da lição de Hely Lopes Meirelles, temos que:

*“Somente a lei pode criar esse conjunto inter-relacionado de competências, direitos e deveres que é o cargo público. (...)
A criação e a disciplina do cargo público faz-se necessariamente por lei no sentido de que a lei deverá contemplar a disciplina essencial e indispensável. Isso significa estabelecer o núcleo das competências, dos poderes, dos deveres, dos direitos, do modo de investidura e das condições de exercício das atividades.*

Portanto, não basta uma lei estabelecer, de modo simplista, que ‘fica criado o cargo de servidor público’. Exige-se que a lei promova a discriminação das competências e a inserção dessa posição jurídica no âmbito da organização administrativa, determinando as regras que dão identidade e diferenciam a referida posição jurídica.” (“Curso de Direito Administrativo”, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 581).

Todavia, nos casos de substituição de cargos já existentes e legalmente criados, não nos parece ilegal, o preenchimento decorrente das eventuais vagas por força de aposentadoria, falecimento, demissão ou exoneração.

Hugo Nigro Mazzilli, Procurador de Justiça de São Paulo e Membro do Conselho Superior do Ministério Público paulista, em artigo que trata da matéria, publicado na Revista Síntese Trabalhista nº 77 - NOV/1995, pág. 25, assim considerou:

“E que fazer do período em que ilegalmente foram contratados servidores, que assim receberam dos cofres públicos? Deve ou não ser exigida a reposição ao erário do dinheiro pago aos trabalhadores ilegalmente contratados? Se a exigíssemos, não estaria havendo eventual enriquecimento ilícito ou sem causa por parte da administração?”

Como já temos tido oportunidade de sustentar (A defesa dos interesses difusos em juízo, Cap. 9, nº 9.5, págs. 120/3, 6ª ed., Rev. dos Tribunais, 1994), não raro o administrador promove contratações ou realiza obras sem licitação, embora fosse esta última exigível, e, ao ser acionado em eventual ação civil pública de responsabilidade, alega que, não obstante as ilegalidades por ele cometidas, o pessoal contratado efetivamente trabalhou ou as obras foram de fato realizadas. Assim, argumentaria ele, não poderia o Estado locupletar-se ilicitamente com os serviços prestados ou com as obras realizadas, de forma que não haveria dano ao patrimônio público nem o que indenizar.

Precedentes do Superior Tribunal de Justiça indicam que um município carioca propôs algumas ações de reparação de danos contra seu ex-prefeito, objetivando o ressarcimento do Erário pela quantia despendida com a contratação irregular de servidores públicos em período eleitoral (cf. os Ag. Instr. nºs 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 07.12.1993). 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 cofres públicos" (Ementa constante do Ag. Instr. nº. 44.761-5-RJ, do STJ)."

Portanto, ainda que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo tenha negado o registro de alguns funcionários e docentes das Universidades Paulistas desde 2006, considerando válidas as admissões feitas apenas antes de 2004 mediante aprovação da Assembléia Legislativa, não se está pretendendo que a eventual responsabilização patrimonial se volte obrigatoriamente contra os contratados.

Não há concretamente qualquer informação sobre o resultado de demissões decorrentes da decisão tomada pelo Tribunal de Contas, o que também é um empecilho na análise dos efeitos de tal posicionamento.

De qualquer forma, caso a discussão passe para o campo judicial, se na fase de instrução ficar apurado que as ilegalidades cometidas em nada são imputáveis aos funcionários e docentes, a responsabilidade deve ser carregada tão-somente aos administradores que contrataram ilegalmente, pois eles sim é que devem arcar com os custos que os cofres públicos tiveram com as contratações sem o concurso que eles indevidamente dispensaram.

Bauru-SP, 13 de julho de 2.007.

SERGIO LUIZ RIBEIRO
OAB/SP 100.474

JOSÉ FRANCISCO MARTINS
OAB/SP 147.489

P/ Michelão Ribeiro – Advogados Associados