

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

FERNANDO DE BRITO ALVES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Fernando De Brito Alves – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-830-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

É uma grande responsabilidade apresentar os anais do Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II” do XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO que ocorreu em BELÉM-PA, entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019, que tentarei desincumbir com o maior esmero possível.

Existem muitas intersecções entre o Direito Administrativo e a Gestão Pública, mas gostaria para os fins a que se propõem uma apresentação resgatar uma qualquer reflexão crítica sobre o tema deve partir da compreensão de que o direito administrativo não é o direito que regula a burocracia, nem, tampouco que as relações entre o direito administrativo e a gestão pública se esgotam na implementação das metodologias do new public management.

Quanto ao primeiro aspecto, diversos autores, como Hannah Arendt (no texto ‘Da violência’), por exemplo, consideram que as burocracias plenamente desenvolvidas se constituem verdadeiras zonas de indistinção, a burocracia é a forma de poder onde todos são privados de liberdade política, do poder de agir, já que o governo de ninguém não é a ausência de governo, onde todos são igualmente destituídos de poder temos uma tirania sem tirano.

Ao contrário, o direito administrativo que emerge dos colapsos das ditaduras da segunda metade do século passado na América Latina, surge comprometido com novas concepções de gestão pública, preocupada com a promoção de uma cultura republicana e a consolidação da democracia, além da modernização do Estado, promovendo transformações verticais (nas estruturas administrativas estatais), mas também horizontais (possibilitando um melhor acesso às instituições públicas e a participação popular).

Quanto ao segundo, embora em moda na década de 1990, o new public management reduzia as relações entre o direito administrativo e a gestão pública à adoção de um modelo gerencial de estado, como se as ações do Estado pudessem ser medidas por razões privadas, e por seu potencial resultado financeiro superavitário, independentemente da implementação de políticas públicas, da promoção da igualdade, da redução da pobreza e consequentemente da consolidação da democracia.

Foi muito gratificante coordenar o Grupo de Trabalho, tendo em vista que todos os autores assumiram essa perspectiva crítica e propuseram uma reflexão sofisticada sobre os temas que abordaram.

Uma questão interessante foi a presença de estudos de caso, como foram os artigos: i) “Da revolta da vacina ao século XXI – políticas públicas para a saúde e seus enfrentamentos em relação ao combate ao *aedes aegypti*”, que faz um estudo de caso sobre as políticas de controle da dengue no município de Iporá-GO desde o ano de 2016; ii) “A nova metodologia da média regional de cargos comissionados implantada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: um reflexo da teoria da complexidade?”, que faz uma análise crítica da metodologia utilizada pelo TCE/SP a partir de um caso de Jaú-SP; iii) “Bloqueio em conta pessoal de gestor público: um estudo das possibilidades de responsabilização em tutela antecipada”, que faz a análise de decisão judicial que bloqueou conta pessoal de gestor da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará; iv) “Esvaziamento da atividade típica estatal das agências reguladoras pela delegação do núcleo intangível do poder de polícia e corresponsabilidade estatal no dano superveniente: estudo de caso da barragem de Brumadinho”, que aborda a corresponsabilidade estatal nos casos em que as agências reguladoras transferem aos fiscalizados – jurisdicionados – parcelas intangíveis de seu ciclo de polícia. É de se destacar que mesmo nas abordagens mais teóricas, foi possível perceber uma preocupação com a aplicabilidade dos institutos e a efetividade do direito.

Ademais, foram apresentadas revisões bibliográficas interessantes como: i) “Contratação irregular de servidores temporários como ato de improbidade administrativa”, que ocorre com alguma frequência em todos os rincões do país; ii) “Confidencialidade na autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”, que aborda questões relacionadas às obrigações de transparência da administração pública; iii) “A importância da participação e do controle social para a repulização da administração pública brasileira” sobre accountability e participação popular; iv) “Controle judicial dos atos administrativos discricionários e a separação dos poderes” e v) “A constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre a discricionariedade administrativa”, ambos sobre discricionariedade administrativa; vi) “A inovação do § 3, do art. 27 da Lei 13.303/2016: como interpretar e aplicar?” sobre a Lei das Estatais e contratos de patrocínio, e por fim, vii) “O atual desequilíbrio do pacto federativo brasileiro, os reflexos econômicos e os obstáculos para a efetividade dos direitos fundamentais sociais” sobre a evidente necessidade de se repensar o pacto federativo já que os municípios possuem inúmeros encargos além de suas capacidades financeiras de fazer frente às suas obrigações.

Os autores demonstraram uma sensibilidade singular com uma reflexão crítica e a apresentação de proposições para a melhoria técnica do direito administrativo com vistas a possibilidade de no futuro termos um Estado mais eficiente, mas não menos sensível com as demandas concretas dos mais pobres.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS COMO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

IRREGULAR CONTRACTING OF TEMPORARY SERVERS AS AN ACT OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

Márcio De Almeida Farias ¹

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise acerca das contratações irregulares de servidores temporários. Aborda os dispositivos constitucionais sobre essas contratações, apresenta um panorama geral da Lei 8.429/92 e os casos de aplicação da mesma em relação ao tema. A pesquisa é de natureza qualitativa, o método utilizado é o exploratório e a técnica de pesquisa é o levantamento bibliográfico de obras doutrinárias e jurisprudência. Conclui que o agente público que contratar servidores temporários sem demonstrar a necessidade temporária de excepcional interesse público estará sujeito as sanções da Lei 8.429/92 por violação aos princípios da Administração Pública.

Palavras-chave: Contratação irregular, Servidores temporários, Improbidade administrativa, Princípios da administração pública

Abstract/Resumen/Résumé

The paper is to analyze the irregular hiring of temporary servers. It addresses the constitutional provisions on these hirings, presents an overview of improbity's Law and the cases of application of the same in relation to the subject. The research is qualitative in nature, the method used is exploratory and the research technique is the bibliographical survey of doctrinal works and jurisprudence. It concludes that the public agent that hiring temporary servants without demonstrating the temporary need for an exceptional public interest will be subject to the penalties of improbity's Law for violation of the principles publics.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Irregular contracting, Temporary servers, Administrative improbity, Principles of public administration

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela UNAMA. Promotor de Justiça no MPPA.

1.INTRODUÇÃO

Uma das situações mais comuns no dia-a-dia da Administração Pública, em especial das gestões municipais, são problemas advindos de contratações de servidores temporários por necessidade de excepcional interesse público. Muitos prefeitos são processados pelo Ministério Público, por ato de improbidade administrativa, devido a eventuais falhas nessas contratações.

É necessário, portanto, que os agentes públicos saibam em que situações tais contratações serão possíveis e de que forma as mesmas poderão ser realizadas sem que incorram nas penalidades da Lei de Improbidade Administrativa.

O Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica nos termos do artigo 178 do CPC de 2015, tem a atribuição de exercer nos municípios e estados brasileiros a fiscalização acerca da legalidade e da moralidade dessas contratações, tendo em vista que o respeito ao interesse público é a finalidade que deve ser buscada pelo administrador público.

A metodologia utilizada no presente trabalho é a pesquisa qualitativa, sendo que as fontes de pesquisa são obras doutrinárias, a legislação nacional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

No presente artigo, iremos iniciar a abordagem demonstrando que a regra geral para o ingresso no serviço público, após a promulgação da Constituição Federal, é a aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, nos termos do art. 37, II.

Em seguida, vamos analisar os dispositivos constitucionais relativos ao instituto da contratação de servidores temporários, bem como analisar a legislação correlata e os recentes posicionamentos de nossos tribunais superiores sobre o tema.

Assim, as contratações temporárias são uma exceção à regra geral e para serem consideradas válidas deverão observar rigorosamente os requisitos constitucionais e legais.

Faremos também uma análise panorâmica da Lei de Improbidade Administrativa, para em seguida relacionar as contratações irregulares de servidores temporários com os dispositivos da citada lei, levando em conta também os posicionamentos da jurisprudência.

Por fim, iremos demonstrar que aquelas contratações que não estão de acordo com os esses ditames, poderão ser enquadradas como atos de improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais, conforme determina os dispositivos da Lei nº 8.429/92.

2. REGRAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL SOBRE CONCURSO PÚBLICO E CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS

A Constituição de 1988, estabeleceu uma série de princípios jurídicos destinados à Administração Pública. Esses princípios constituem o que a doutrina chama de “regime jurídico administrativo”.

Nesse sentido:

O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo. Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo. (DI PIETRO, 2002, p. 64)

O caput do artigo 37 da Constituição Federal, apresenta os princípios que regem a Administração Pública e no inciso II, estabelece como regra geral para o ingresso no serviço público a aprovação em concurso público, *in verbis*:

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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

.....
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 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. (Grifamos)

Assim, o concurso público deve ser realizado por todos os órgãos que compõe a Administração Pública, como forma de recrutamento de servidores públicos, em respeito aos princípios previstos no caput do art. 37, em especial os da legalidade, impessoalidade e moralidade.

O objetivo desse dispositivo foi moralizar a gestão pública, pois sempre houve no serviço público brasileiro casos de corrupção, nepotismo e favorecimentos políticos envolvendo a nomeação para cargos públicos.

Raiano Tavares de Oliveira (2018, p. 62), assim se manifesta sobre o assunto:

O constituinte originário desejou, pois, que o acesso aos cargos e empregos públicos ocorresse de forma igualitária em que todos os candidatos poderiam concorrer do mesmo ponto de partida, aniquilando qualquer possibilidade, em tese, de apadrinhamento para se obter uma posição laboral efetiva na Administração Pública.

O concurso público é também um meio democrático de acesso ao serviço público, pois como é previsto no inciso I, do art. 37, da CF/88, “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”.

O espírito da Constituição, portanto, é a impessoalidade e a meritocracia. Conforme leciona Di Pietro, o princípio da impessoalidade significa que a “Administração Pública 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” (DI PIETRO, 2002, pg. 71).

A meritocracia está relacionada ao esforço pessoal, sendo que qualquer brasileiro, nacional ou estrangeiro, pode se candidatar a um cargo, emprego ou função pública, desde que preencha os requisitos legais para participar do concurso público e ser, posteriormente, nomeado em caso de aprovação.

A Constituição ainda dispõe, no art. 37, § 2º, 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.

Entretanto, nem toda investidura em cargos ou funções públicas pode ser considerada como nula. A própria Constituição Federal apresenta as exceções à regra geral do concurso público. São elas: nomeação pelo chefe do Executivo competente de integrantes do quinto constitucional dos Tribunais Judiciários (art. 94), membros dos Tribunais de Contas (art. 73), ministros do STF e STJ (arts. 101 e 104), cargos em comissão (art. 37, inciso II) e contratação de servidores temporários (art. 37, inciso IX).

O que vai nos interessar neste momento é justamente a exceção prevista no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal, isto é, as contratações de servidores por necessidade temporária de excepcional interesse público.

O dispositivo em comento dispõe que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 281/282), assim se manifesta ao comentar o art. 37, IX, da Constituição Federal:

A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, “necessidade temporária”), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incomum que se tem de acobertar.

Podemos afirmar, a partir da análise desse dispositivo (art. 37, IX), que a Constituição estabelece os seguintes requisitos para a validade desse tipo de contratação: a) Exigência de criação de uma lei que estabeleça os casos que podem enquadrar-se nessa situação; b) A fixação de um prazo determinado e c) Comprovação da necessidade temporária de excepcional de interesse público.

Vamos analisar cada um dos desses requisitos. O primeiro é a exigência da criação de uma lei no âmbito do ente federativo competente que estabeleçam as situações em que tais contratações temporárias serão cabíveis. O objetivo é a observância do princípio da legalidade, insculpido no caput do art. 37 da Constituição Federal. A lei editada, portanto, deve apresentar uma relação de conformidade com o dispositivo constitucional.

Nesse sentido:

O princípio de legalidade, aplicado à atuação da Administração, e em particular aos seus atos (como aliás a qualquer outro objeto), pode ser entendido de duas maneiras: ou como exigência de não-contrariedade à legislação (relação de compatibilidade); ou como exigência, muito mais forte, de conformidade a uma regulamentação legislativa (relação de conformidade). (EISENMANN, 1959, p. 68).

Na esfera da União foi editada a Lei nº 8.745/93, destinada a regulamentar o art. 37, IX, da CF/88. No art. 2º da referida lei são apresentados as situações que caracterizam a “necessidade temporária de excepcional interesse público”. Dentre elas, podemos mencionar a assistência a situações de calamidade pública e a assistência a emergências em saúde pública, conforme incisos I e II, do art. 2º em comento. Nessas situações, é inegável a necessidade de se contratar servidores por prazo determinado enquanto se aguarda a volta da normalidade.

Podemos afirmar que o rol do art. 2º da Lei 8.745/93 é taxativo, devendo o administrador público, no âmbito da União, enquadrar a situação concreta perfeitamente nas hipóteses legais.

Vale ressaltar que nas demais esferas de governo (Estados e Municípios) também deverão ser criadas leis específicas destinadas a contemplar as hipóteses de necessidade temporária de interesse público, que justifiquem tais contratações.

O segundo requisito constitucional é a fixação, na lei de criação dos cargos temporários, de um tempo determinado para a contratação. Por isso, se diz servidor temporário. Não se admitem contratações eternas. Os servidores temporários não possuem estabilidade no serviço público, que é uma garantia exclusiva dos servidores públicos efetivos que ingressaram em cargos públicos por meio de concurso público, após terem sido aprovados em estágio probatório de 03 (três) anos, nos termos do caput, do art. 41 da CF/88.

Segundo o art. 4º da Lei 8.745/93 as contratações temporárias devem ter um prazo determinado. A lei estabelece, dependendo da situação concreta, os prazos máximos que variam de 01 (um) até 04 (quatro) anos¹.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que lei de ente federativo que estabeleça prazo

¹ Conferir o art. 4º da Lei 8745/93.

indeterminado para a renovação de contratos de servidores temporários é inconstitucional, conforme podemos verificar no julgamento da ADI 3662.

O terceiro requisito constitucional (e talvez, o mais relevante) é a comprovação da existência da chamada “necessidade temporária de excepcional interesse público.” A lei editada, seja federal, estadual ou municipal, deverá indicar da maneira mais clara e consistente possível as situações de anormalidade que estão ocorrendo e que justificam as contratações temporárias. As justificativas não podem ser genéricas e muito abrangentes.

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou o tema em diversas oportunidades. Podemos mencionar o acórdão proferido na ADI 3721, que teve como Relator o então Ministro Teori Zavascki, sendo, julgada em 09/06/2016, onde ficou assentado, conforme a ementa do julgamento que o artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de “necessidade temporária de excepcional interesse público” que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica.²

O objeto da ADI 3721, de acordo com a ementa do julgamento, foi analisar a suposta inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 22/2000, do Estado do Ceará, que autorizou a contratação temporária de professores nas situações de: “a) licença para tratamento de saúde; b) licença gestante; c) licença por motivo de doença de pessoa da família; d) licença para trato de interesses particulares; e) cursos de capacitação; e f) e outros afastamentos que repercutam em carência de natureza temporária”; e para “fins de implementação de projetos educacionais, com vistas à erradicação do analfabetismo, correção do fluxo escolar e qualificação da população cearense” (art. 3º, § único)³.

De acordo com o STF, no referido julgamento, as hipóteses descritas entre as alíneas “a” e “e” indicam ocorrências alheias ao controle da Administração Pública cuja superveniência pode resultar em desaparecimento transitório do corpo docente, permitindo reconhecer que a emergencialidade está suficientemente demonstrada. Entretanto, segundo o ministro relator, o mesmo não se poderia dizer, em relação a hipótese prevista na alínea “f” do art. 3º da lei atacada, que padecia de generalidade manifesta, e cuja declaração de inconstitucionalidade se impunha, bem como a previsão de projetos educacionais previstos no § único do artigo 3º da LC 22/00 corresponderiam a objetivos corriqueiros das políticas públicas de educação praticadas no

² ADI 3721, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-170 DIVULG 12-08-2016 PUBLIC 15-08-2016.

³ Idem.

território nacional. Diante da continuada imprescindibilidade de ações desse tipo, segundo o relator, não podem elas ficarem à mercê de projetos de governo casuísticos, implementados por meio de contratos episódicos, sobretudo quando a lei não tratou de designar qualquer contingência especial a ser atendida⁴.

A ADI 3721 foi julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais a alínea “F” e o parágrafo único do art. 3º da Lei Complementar 22/00, do Estado do Ceará, com efeitos modulados para surtir um ano após a data da publicação da ata de julgamento⁵.

No julgamento da ADI 3649, que teve como relator o Ministro Luiz Fux, ocorrido em 28/05/2014, foi decidido pelo STF conforme pode ser visto na ementa de julgamento, que a contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público. Para o Pretório Excelso, o concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribuições para o Estado, na visão anglo-saxônica do *merit system*, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado. Ainda segundo o julgamento, foi esclarecido que há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária⁶.

O STF, no julgamento da ADI 3649, reforçou a tese de que a contratação temporária, unicamente poderá ter lugar quando: “1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público”⁷.

No que tange a natureza dos cargos a serem preenchidos por servidores temporários, no sentido de serem cargos permanentes ou não, inicialmente o STF entendia que não era possível o preenchimento de funções permanentes ou meramente burocráticas por servidores temporários.

Na ADI 3430, que teve como relator o ministro Ricardo Lewandowski, o STF ao julgar uma lei de criação de cargos temporários na área da saúde pública feita pelo Estado do Espírito

⁴ Idem.

⁵ Idem.

⁶ ADI 3649, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

⁷ Idem.

Santos, decidiu que o serviço público de saúde é essencial, jamais pode-se caracterizar como temporário, razão pela qual não assiste razão à Administração estadual capixaba ao contratar temporariamente servidores para exercer tais funções. Assim, o STJ julgou tal lei como inconstitucional.

Anteriormente, o STF havia fixado o entendimento de que a contratação temporária excepcional prevista no art. 37, IX, da CF/88, seria inconstitucional se aplicada para a admissão de servidores para funções burocráticas ordinárias e permanentes, conforme pode ser conferido na ADI 2987, que foi relatado pelo então ministro Sepúlveda Pertence.

No entanto, esse entendimento foi superado a partir de 2016, nos termos do julgamento da ADI 3721, que já foi mencionada neste trabalho, pois ficou assentado naquela ocasião, que as contratações temporárias previstas no art. 37, IX, são admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, ficando o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica.

Desse modo, para a validade das contratações de servidores temporários, o administrador público não deve se afastar em nenhuma hipótese dos requisitos constitucionais e legais, os quais foram abordados no presente tópico.

3. PANORAMA GERAL DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É necessário iniciarmos este tópico, apresentando um panorama geral da Lei nº 8.429/92 a chamada Lei de Improbidade Administrativa, que foi sancionada pelo ex-presidente da República Fernando Collor de Mello. Podemos afirmar que foi um dos mais importantes diplomas legais criados durante o curto mandato do ex-presidente.

A Lei nº 8.429/92 teve como finalidade a regulamentação do art. 37, § 4º da Constituição Federal⁸ e estabeleceu algumas hipóteses de atos praticados por agentes públicos que podem ser considerados como atos de improbidade administrativa, bem como as penalidades para cada tipo de ato, dentre outras disposições.

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 895), o § 4º do art. 37 do Texto Magno é uma norma constitucional de eficácia limitada e que lei regulamentadora, isto é, a Lei nº 8.429/92 possui caráter nacional, devendo ser observada obrigatoriamente pela União, os estados, o Distrito Federal e os municípios.

⁸ O dispositivo assim dispõe: “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 prevista em lei”.

Vamos iniciar a abordagem da referida lei, apresentando os sujeitos passivos de eventuais atos de improbidade administrativa, ou seja, as entidades que podem ser atingidas por esses atos. De acordo com o art. 1º da lei em estudo, os atos de improbidade podem ser praticados contra:

a) a administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios;

b) empresa incorporada ao patrimônio público e entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual e

c) entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público, bem como aquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se a sanção patrimonial, nesses casos, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

O segundo ponto da Lei nº 8.429/92, que merece ser mencionado, é sobre quem pode ser considerado como sujeito ativo de um ato de improbidade administrativa. O sujeito ativo será aquele que irá figurar no polo passivo de uma eventual ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Via de regra, o sujeito ativo do ato de improbidade administrativa será um agente público. O art. 2º da Lei nº 8.429/92 dispõe que agente público, para os efeitos da referida lei, é todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no art. 1º da lei.

O particular pode também figurar no polo passivo de uma ação de improbidade administrativa, desde que esteja em conluio com o agente público ou que seja beneficiário do ato de improbidade, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.429/92⁹.

A Lei de Improbidade dispõe ainda no art. 8º que o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente estará sujeito às cominações da referida lei até o limite do valor da herança.

Vale ressaltar que não há que se falar em prerrogativa de foro em face de agentes políticos por ato de improbidade administrativa. Assim, embora os agentes políticos, que também são uma espécie de agente público, tenham prerrogativa de foro para ações penais em

⁹ Art. 3º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

crimes cometidos durante o curso do mandato, como os Senadores e Deputados Federais, por exemplo, os mesmos não possuem essa prerrogativa para ações de improbidade administrativa, as quais serão processadas e julgadas na primeira instância. A única exceção ao chamado “duplo regime sancionatório” (crimes de responsabilidade e improbidade administrativa sendo julgados de forma concomitante) é o Presidente da República, nos termos do art. 85, V, CF/88¹⁰, este é, inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal exposto na Pet.3240 AgR¹¹.

Ainda de acordo com o artigo 4º da Lei nº 8.429/92 os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, no trato dos assuntos que lhes são afetos.

O dispositivo, portanto, remete ao art. 37, caput, da CF/88, o qual estabelece os princípios básicos da Administração Pública, que obrigam todos os agentes públicos a sua obediência sob pena das sanções cabíveis.

O art. 5º da Lei em análise dispõe ainda que ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro beneficiário, haverá a obrigação do ressarcimento integral do dano provocado.

Vale ressaltar, que um ato de improbidade administrativa nem sempre poderá provocar dano ao erário, como iremos ver adiante. Mas em caso positivo, o agente público ou terceiro

¹⁰ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente contra: V – a probidade na administração.

¹¹ Podemos conferir a ementa desse julgamento: Direito Constitucional. Agravo Regimental em Petição. Sujeição dos Agentes Políticos a Duplo Regime Sancionatório em Matéria de Improbidade. Impossibilidade de Extensão do Foro por Prerrogativa de Função à Ação de Improbidade Administrativa. 1. Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa, quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade. Não há qualquer impedimento à concorrência de esferas de responsabilização distintas, de modo que carece de fundamento constitucional a tentativa de imunizar os agentes políticos das sanções da ação de improbidade administrativa, a pretexto de que estas seriam absorvidas pelo crime de responsabilidade. A única exceção ao duplo regime sancionatório em matéria de improbidade se refere aos atos praticados pelo Presidente da República, conforme previsão do art. 85, V, da Constituição. 2. O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensível às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal. Em segundo lugar, o foro privilegiado submete-se a regime de direito estrito, já que representa exceção aos princípios estruturantes da igualdade e da república. Não comporta, portanto, ampliação a hipóteses não expressamente previstas no texto constitucional. E isso especialmente porque, na hipótese, não há lacuna constitucional, mas legítima opção do poder constituinte originário em não instituir foro privilegiado para o processo e julgamento de agentes políticos pela prática de atos de improbidade na esfera civil. Por fim, a fixação de competência para julgar a ação de improbidade no 1º grau de jurisdição, além de constituir fórmula mais republicana, é atenta às capacidades institucionais dos diferentes graus de jurisdição para a realização da instrução processual, de modo a promover maior eficiência no combate à corrupção e na proteção à moralidade administrativa. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Pet 3240 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-171 DIVULG 21-08-2018 PUBLIC 22-08-2018).

deverá ressarcir os cofres públicos do prejuízo causado. O dispositivo em questão reforça o que vem previsto no art. 37, §4º da CF/88.

No art. 6º da Lei de Improbidade, é dito que no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

O dispositivo prevê uma consequência direta da condenação em uma ação de improbidade administrativa, que é a perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente público ou terceiro improbo. Entendemos que é uma medida justa, com grande impacto pedagógico.

Vemos ainda que no art. 7º da Lei de Improbidade é previsto que quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Essa indisponibilidade, segundo o parágrafo único, deve recair sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A indisponibilidade de bens é um poderoso instrumento para se garantir o ressarcimento integral do dano causado aos cofres públicos e deve ser requerido como pedido liminar na ação civil pública de improbidade administrativa, devendo o representante do Ministério Público demonstrar os requisitos presentes em todas as medidas liminares, ou seja, *o periculum in mora e o fumus bonis juris*¹².

Poderá ainda ser requerido em sede de ação cautelar devendo o representante ministerial ingressar com a ação principal após a concessão da medida cautelar, no prazo de 30 dias, conforme prevê o art. 17 da Lei nº 8.429/92 e a legislação processual civil¹³.

A legitimidade *ad causam* para a propositura de ação de improbidade administrativa pertence, nos termos do art. 17 da Lei nº 8.429/92, ao Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, isto é, como leciona Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2011, p. 903), a pessoa jurídica contra a qual o ato de improbidade tenha sido praticado, “ou que tenha sofrido lesão patrimonial dele decorrente, desde que se trate de uma daquelas pessoas que a lei enquadra como sujeito passivo dos atos de improbidade administrativa”.

¹² Entendemos que o representante do Ministério Público ao ingressar com ação civil pública por ato de improbidade administrativa ao fazer o pedido de indisponibilidade de bens como medida liminar deverá fazer menção também ao art. 300 do CPC de 2015, que assim dispõe: Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

¹³ O art. 308 do CPC de 2015 também dispõe: “Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.”

Neste momento, passaremos a analisar as modalidades de atos de improbidade administrativa elencados pela Lei nº 8.429/92. A referida lei apresenta 04 (quatro) modalidades desses atos:

- a) os que importam enriquecimento ilícito (art.9º);
- b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10);
- c) os decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10 -A)
- d) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 686) afirma que embora a lei fale em ato de improbidade, tem-se que entender que o vocábulo ato não é utilizado, nesses dispositivos, no sentido de ato administrativo. O ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo propriamente dito, a uma omissão, a uma conduta.

Ainda segundo a autora:

Esse ato tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada a expressão em seu sentido mais amplo, de modo que abranja as três funções do Estado; mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, o ato tem que ter algum reflexo sobre uma função pública exercida por agente público. Difícil conceber ato de improbidade praticado por terceiro que não esteja em relação de cumplicidade com agente público. (DI PIETRO, 2001, pg. 686).

De acordo com o art. 9º da Lei nº 8.429/92, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito são aqueles previstos no caput do artigo e nos seus doze incisos. O caput do artigo 9º, dispõe que constitui “ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no ar. 1º da lei”.

Podemos afirmar que se trata de rol exemplificativo, pois estabelece outras hipóteses de atos de improbidade por enriquecimento ilícito constantes nos doze incisos do mesmo artigo 9º.

Portanto, houve aumento no patrimônio do agente público e de terceiro em razão de algum ato praticado em razão da função pública, como práticas de corrupção e desvio de dinheiro público, deve o mesmo ser enquadrado no art. 9º da Lei de Improbidade Administrativa.

As sanções para os atos de improbidade administrativa previstos no art. 9º estão elencadas no art. 12, inciso I, da Lei de Improbidade e são as seguintes: perda dos bens ou

valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário são aqueles previstos no caput do art. 10 e em seus vinte e um incisos. De acordo com o caput constituem atos de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades previstas no art. 1º da Lei de Improbidade.

Mais um rol exemplificativo, pois nos vinte e um incisos do artigo constam outras hipóteses desse tipo de ato improbidade administrativa, além das previstas no caput. São situações que envolvem em sua maioria a dilapidação do patrimônio público, causados por atos comissivos e omissos dos agentes públicos.

No artigo 10 vemos também que a conduta do agente público ou terceiro que tenha causado prejuízo ao erário, poderá ser culposa, ou seja, proveniente de imprudência, negligência e imperícia. É a única hipótese de ato de improbidade por culpa prevista na Lei de Improbidade.

As sanções para os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, estão previstas no art. 12, II, da Lei de Improbidade e são as seguintes: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

A novidade na Lei de Improbidade Administrativa foi a inclusão do art. 10-A feito pela Lei Complementar nº 157, de 29/12/2016.

O art. 10-A estabelece que constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e o § 1º do art. 8º A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003¹⁴.

¹⁴ Lei Complementar nº 116: Art. 8º-A. A alíquota mínima do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é de 2% (dois por cento). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016). § 1º O imposto não será objeto de concessão de isenções, incentivos ou benefícios tributários ou financeiros, inclusive de redução de base de cálculo

O dispositivo em questão refere-se a concessão irregular de benefícios ou incentivos fiscais em relação ao ISS (Imposto sobre Serviços). O objetivo desse novo dispositivo é a proteção do patrimônio público, pois a concessão de benefícios ou incentivos fiscais significam perda de receita, o que em momentos de crise econômica não pode ser tolerado.

A sanção prevista na Lei de Improbidade para esse tipo de ato de improbidade é a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 05 (cinco) a 08 (oito) anos e multa civil de até 03 (vezes) o valor do benefício financeiro ou tributário concedido, nos termos do art. 12, IV, da Lei em comento.

Finalmente, o art. 11 da Lei de Improbidade apresenta os atos de improbidade administrativa que atentam contra a Administração Pública. No caput, vemos que “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” pode ser considerado como ato de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública. Trata-se de mais um rol exemplificativo, pois outras hipóteses são previstas nos dez incisos do dispositivo em análise.

O que chama atenção no art. 11 da Lei de Improbidade é que a violação ao um princípio da Administração Pública nem sempre pode causar dano ou lesão ao erário. Basta a simples não observância da moralidade administrativa, por exemplo, para ficar configurado o ato de improbidade.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça no REsp 951.389/SC, que teve como Relator o Ministro Herman Benjamin, assentou o entendimento que “para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário”.

Vale lembrar que o art. 21, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que as sanções por ato de improbidade administrativa independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento.

Ainda de acordo com o art. 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa são aplicadas as seguintes sanções por essa modalidade de ato de improbidade: ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo

ou de crédito presumido ou outorgado, ou sob qualquer outra forma que resulte, direta ou indiretamente, em carga tributária menor que a decorrente da aplicação da alíquota mínima estabelecida no **caput**, exceto para os serviços a que se referem os subitens 7.02, 7.05 e 16.01 da lista anexa a esta Lei Complementar.

agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Para finalizar este tópico, é necessário abordarmos um tema de suma importância que é a questão do dolo no ato de improbidade administrativa. Podemos afirmar que as condutas dolosas, ou seja, aquelas dotadas de vontade livre e consciente são necessárias para a configuração de todas as modalidades de atos de improbidade administrativa, que são as previstas nos arts. 9, 10, 10-A e 11 da LIA.

Vale ressaltar, que de acordo com a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o dolo a ser exigido para as modalidades dos arts. 9, 10 e 10-A da LIA, será o dolo específico, isto é, aquele que se caracteriza pela vontade livre e consciente para se praticar uma determinada finalidade. Já para a modalidade prevista no art. 11 da LIA, basta o dolo genérico, ou seja, aquele que não se destina a um fim específico, pois presume-se que o gestor conheça os princípios da Administração Pública¹⁵. Nesse sentido, podemos mencionar o acórdão proferido no AgInt no REsp 1518920/PE.

No que tange às condutas culposas, isto é, as praticadas por meio de negligência, imprudência ou imperícia, somente são cabíveis nos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, nos termos do caput do art. 10 da LIA.

Desse modo, estas foram as principais observações sobre a Lei de Improbidade Administrativa que realizamos neste tópico, pois consideramos de suma importância o conhecimento desses dispositivos legais para relacionarmos com as contratações irregulares de servidores temporários.

4. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM CASOS ENVOLVENDO CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS

Vimos que a regra geral para recrutamento de pessoal no serviço público é a realização de concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF/88, sendo que as contratações de servidores temporários, previstas no inciso IX, do mesmo dispositivo, representam uma exceção.

A Constituição Federal (art. 37, IX) estabeleceu, como já analisado em linhas

¹⁵ Cleber Masson (2010, p. 254) apresenta a distinção entre dolo genérico e específico: Falava-se em dolo genérico quando a vontade do agente se limitava à prática da conduta típica, sem nenhuma finalidade específica (...) o dolo específico existia nos crimes em que a referida vontade era acrescida de uma finalidade especial (...) Atualmente, com a superveniência da teoria finalista, utiliza-se o termo dolo para referir-se ao antigo dolo genérico.

anteriores, os requisitos para a validade das contratações temporárias: a) Exigência de criação de uma lei que estabeleça os casos que podem enquadrar-se nessa situação; b) A fixação de um prazo determinado e c) Comprovação da necessidade temporária de excepcional de interesse público.

A questão que se coloca neste momento é a seguinte: a falta de um ou mais desses requisitos pode ser considerada como um ato de improbidade administrativa? A resposta é positiva. A partir do momento em que o administrador público realiza contratações de servidores temporários de forma irregular, ou seja, sem a observância de um ou mais requisitos constitucionais e agindo de forma dolosa, estará incorrendo na violação de vários princípios constitucionais, em especial, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa, estabelecidos pelo caput do art. 37 da CF/88.

Mas, que modalidade de ato de improbidade administrativa pratica um gestor público que dolosamente contrata servidores públicos temporários de forma ilegal? Entendemos que a situação jurídica amolda-se ao previsto no art. 11, caput, e também nas hipóteses previstas pelos incisos I, II e V, da Lei de Improbidade Administrativa.

O caput do art. 11 da lei em comento estabelece que 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”.

Apenas no caput do art. 11 já se é possível enquadrar a conduta do gestor público que procede a contratação indevida de temporários. Isto porque essa prática viola de forma flagrante o dever de honestidade, que para nós, é sinônimo do princípio da moralidade administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 687), afirma que em tese 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 ser considerado como ato de improbidade administrativa. Desde que a conduta do agente tenha sido dolosa e não culposa, isto é, que tenha havido a vontade livre e consciente em cometer o ilícito.

Contratar servidores públicos sem concurso fora das hipóteses previstas pelo art. 37, IX, da CF/88 é ato violador como já dito do princípio da moralidade administrativa.

Vale lembrar a lição do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 53):

(...) princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento

obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.

Assim, ao se violar o princípio da moralidade administrativa que se revela como um mandamento nuclear do regime jurídico administrativo deve o responsável ser punido severamente nas sanções previstas da Lei de Improbidade Administrativa.

Também considera-se ato de improbidade administrativa por violação aos princípios constitucionais e que podem amoldar-se em situações envolvendo contratações irregulares de temporários, as hipóteses previstas nos incisos I, II e V, do art. 11 em comento que dispõe nos seguintes termos: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; V - frustrar a licitude de concurso público.

A hipótese prevista no inciso I está relacionada com o chamado desvio de finalidade. Quando a contratação de servidores temporários, ou seja ocorre para acomodar apaniguados de prefeitos ou governadores, fazendo da Administração Pública um verdadeiro cabide de empregos, ao invés de atender uma necessidade emergencial por exemplo, estamos diante de uma violação ao interesse público, que deve ser a finalidade precípua da atuação administrativa.

As hipóteses previstas nos incisos II e V referem-se a violações aos princípios da eficiência e da legalidade. Da eficiência, porque se o administrador retarda a realização de um concurso público estará contribuindo para que a máquina administrativa funcione de maneira precária, com servidores sem estabilidade. A realização de um procedimento licitatório para organizar um concurso público é um ato de ofício do administrador, que deve ser feito todas as vezes que houver vacância considerável no serviço público.

A violação ao princípio da legalidade ocorre quando o administrador frustra a licitude do concurso público, ao contratar servidores temporários sem os requisitos legais. É uma verdadeira burla ao concurso público, que é obrigatório, nos termos do art. 37, II, da CF/88.

O Superior Tribunal de Justiça vem enfrentando o tema nos últimos anos. Podemos mencionar o acórdão proferido no Agravo Interno no REsp 1615010/CE, onde ficou assentado que:

(...)3.Nos termos da jurisprudência do STJ, para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art.11 da LIA basta o dolo genérico, consubstanciado no intuito do agente de infringir os princípios regentes da Administração Pública, o que se configura quando a parte imputada, tendo pleno conhecimento das normas, pratica o núcleo do tipo legal, mesmo que ausente uma finalidade especial de agir. 4. No caso em tela, não há como desconsiderar a efetiva prática de ato de improbidade administrativa, revelado na anuência do agravante quanto à realização de diversas contratações temporárias à margem da ordem legal, por isso que sua condenação pela

prática de ato de improbidade capitulado no art. 11 da Lei nº 8.429/92, no caso concreto, é medida que se impõe. (Grifamos).

Percebe-se que o STJ apenas exige o dolo genérico para os atos de improbidade administrativa previstos no art. 11 da LIA e que nesse julgado foi confirmada a condenação do gestor nas sanções da lei por contratação irregular de servidores temporários.

No Agravo Interno no AREsp 1073406/SE, o STJ também decidiu que os atos de improbidade administrativa descritos no art.11 da Lei n. 8.429/92, dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente e que no caso concreto analisado não há como se afastar a ocorrência da prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, na medida em que houve efetivamente a contratação dos servidores de forma irregular, porquanto não demonstrada a necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme determina o art. 37, IX da Constituição Federal.

No REsp 1005801/PR, o STJ ainda nessa linha de entendimento, asseverou que a ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Ao analisar o caso concreto o STJ também asseverou, conforme voto do relator: ao contratar e manter servidora sem concurso público na Administração, a conduta do recorrente amolda-se ao disposto no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido.

Desse modo, podemos afirmar, após a análise desses precedentes, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de exigir o dolo genérico para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 11 da LIA e que a conduta de se contratar servidores públicos temporários sem os requisitos do art. 37, IX, da CF/88 constitui ato de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública, devendo o responsável ser penalizado nos termos do art. 12, III, da LIA.

5. CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto em linhas anteriores podemos afirmar que a regra geral para o recrutamento de pessoal pela Administração Pública é a realização de concurso público, nos termos do art. 37, II, da CF/88, sendo que a contratação de servidores públicos temporários constitui exceção à essa regra geral, mas a mesma é possível, desde que esteja em consonância com o disposto no art. 37, IX, da CF/88.

Vimos que a jurisprudência do STF admite a contratação de servidores temporários até mesmo para funções permanentes e burocráticas, contanto que seja observado os requisitos constitucionais, conforme o acórdão na ADI 3649, analisado neste trabalho, o qual reforçou a tese de que a contratação temporária, unicamente poderá ter lugar quando: “1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público.”

Em relação à Lei de Improbidade Administrativa e suas relações com as contratações irregulares de servidores temporários, podemos concluir que tais contratações podem ser consideradas como ato de improbidade administrativa por violação ao princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11, caput, e incisos I, II, e V da lei acima referida, uma vez que temos a violação dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

Vale ressaltar, que para a configuração do ato de improbidade administrativa com base no art. 11 da Lei nº 8.429/92 é necessário que a conduta do agente público apresente, no mínimo o dolo genérico, sendo dispensável a ocorrência de dano ao erário, conforme entendimento consagrado do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, comprovada a conduta dolosa por parte do agente público em contratar servidores temporários ao arrepio da Constituição de 1988, o mesmo deverá figurar no polo passivo de eventual ação civil pública de improbidade administrativa, a ser manejada pelos legitimados do art. 17 da LIA e em caso de condenação o mesmo estará sujeito às sanções previstas no art. 12, III da LIA, a saber: ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

6.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 116/2003.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp116.htm.> Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Lei de Improbidade Administrativa.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm> Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.745/93.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8745cons.htm > Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão no Resp. 1615010/CE. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1615010&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. >Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão no Resp. 951.389/SC. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=951389&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Ag.Int. no ARESP 1073406/SE. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1073406&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true > Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Resp. 1005801/PR. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1005801&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.> Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão na ADI 3430. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2278722>> Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão na ADI 3649. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2349665>> Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão na ADI 3662. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2358497> >Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão na ADI 3721. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2381079> >Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão na Pet. 3240 AgR. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2250863>> Acesso em: 10/01/2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 14ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

EISENMANN, Charles. **O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade.** In: Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas, v. 56, 1959, pg. 68. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/19443/18166> > Acesso em: 05/01/2019.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – Parte geral**. 3ª edição. São Paulo: Método: 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

OLIVEIRA, Raiano Tavares de. **Espaço de atuação discricionária reduzido nos atos de nomeação para cargos oriundos de concurso público**. In: Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA, Coordenadores: Mateus Eduardo S. N. Bertocini e Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/0ds65m46/7t3wrh2j/pOhTHWwH9fH4VX7i.pdf>. >

Acesso em: 04/01/2019.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª edição. São Paulo: Método, 2011.