
OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE SOBRE AS ADMISSÕES NO SERVIÇO PÚBLICO

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes¹

Num exame criterioso da Constituição Federal brasileira, verifica-se que compete aos Tribunais de Contas o exame e registro das admissões.

O exame, no caso, restringe-se à conformação com a Lei que, deve ser entendida como ordenamento jurídico. Sem dúvida, no desempenho dessa competência, inovadoramente definida pela Constituição Federal de 1988, no Brasil, os Tribunais de Contas têm dado ao País uma das mais importantes demonstrações de equilíbrio e seriedade na aplicação do Direito. Isto, por que inaugurou-se uma ampliação do dever de admitir, mediante concurso público, inclusive, para os entes da administração indireta, questão que se tornou controvertida nos albores da nova era constitucional.

Em outra oportunidade, quando, ainda, na qualidade de Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do DF, dirigimo-nos ao Procurador do Ministério Público do Trabalho, para no cumprimento do dever institucional do Ministério Público, buscar, com firme propósito, tornar efetiva a regra do concurso público, como garantia constitucional da consagração e corolário do princípio da impessoalidade da atuação da Administração Pública à vista de contratações irregulares de pessoal.

Na que la oportunidade, ressaltamos a importância do exercício da missão institucional do Ministério Público, que em última instância defende a sociedade do protecionismo e apadri nhamento de poucos, na maioria das vezes feito em detrimento da capacitação de quadros qualificados, não se revelando sua ve para os membros do Ministério Público. Antes, extremamente onerosa, e, na maioria das vezes incompreendida, mormente pelas pessoas que são atingidas pelas providências impostivas, indispensáveis à restauração da legalidade.

No desempenho das funções de Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, des de os albores da Constituição-cidadã, os membros do parquet não pouparam esforços para fazer vergar os dirigen tes dos órgãos aos princípios consagrados na Constituição Federal, como deve ocorrer num País que ado ta o Estado de mo crã ti code Direito.

¹ Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Mestre em Direito Público, Professor de Direito Administrativo e Membro do Conselho Interministerial de Desburocratização. Exerceu os cargos de Procurador e Procurador-geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do DF, Juiz do Trabalho do TRT/1ª Região, Advogado das Empresas Brasileiras de Correios e Telégrafos e Administrador Postal.

1. da competência dos Tribunais de Contas

O manifes to propó si to do Con sti tu in te em am pli ar o es pec tro de com pe tência do con tro le ex ter no fez ins cul pir o exa me da le ga li da de dos atos de ad mis são de pes so al, para fins de re gis tro².

Nesse parti cu lar, por que não pre ce di do da lo cu ção “jul gar”, –ao con trá rio do que o cor re com as con tas dos ad mi nis tra do res e de ma is res pon sá ve is por bens, di -nhe iros e va lo res pú bli cos –, é im pe ri o so re co nhe cer que a com pe tência não se apre sen ta de for ma ex clu si va, o que fa ria emer gir a in ci dê ncia do prin cí pio da am plare vi si bi li da de dos atos ad mi nis tra ti vos pelo Po der Ju di ci á rio.

O tema, con tu do, não é pa cí fi co, pois se a Con sti tu i ção de ter mi nou que o exa me da le ga li da de dos atos de ad mis são fos se fe i to pe los Tri bu na is de Con tas, a ação do Po der Ju di ci á rio po de ser en ten di da, com boa von ta de, como con cor ren te, e não mais ex clu si va. A con trá rio sen su, não te ria o Esta tu to Po lí ti co Fun da men tal im pos to o exa me da le ga li da de, ad mi tin do re exa me em ações in di vi du a is e no bo jo de ações des ti na das à tu te la de in te res ses di fu sos e co le ti vos, na me di da em que a cor re ta apli ca ção da Lei con sti tu i di re i to pú bli co sub je ti vo.

2. das decisões relevantes dos Tribunais de Contas da União e do Distrito Federal

O Tri bu nal de Con tas da União fir mou o en ten di men to de que a Ad mi nis tra ção Pú bli ca di re ta, in di re ta e fun da ci o nal da União so men te po de ria pro ver os car gos e em pre gos efe ti vos, após a reali za ção do con cur so pú bli co.

Essa exe ge se foi con sa gra da a par tir de 16.05.90³, to le ran do-se as ad mis sões efe ti va das até essa data.

De igual modo pro ce deu o Tri bu nal de Con tas do Dis tri to Fe de ral, ape nas di fe ren ci an do-se do pa ra dig ma fe de ral, por que uni for mi zou o en ten di men to a par tir de 31.11.92.⁴

3. da fundamentação das decisões dos Tribunais de Contas

Iso la das es sas exe ges sob a res tri ta le ga li da de, ca re cem de ló gi ca ju rí di ca.

Não po dem os Tri bu na is de Con tas ter a pre ten são de sus pen der a apli ca ção de nor ma con sti tu ci o nal de efi cá cia ple na a uma de ter mi na da data, a par tir da qual uni-

² BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Bra sil. São Pau lo: NDJ, 2000, cf. art. 71, inc. III.

³ BRASIL. Tri bu nal de Con tas da Unia. Ad mi nis tra ti vo. De ci são nº 172/96. Re la tor: Mi nis tro Ad he mar Pa la di ni Ghi si, Bra sí lia, DF, 16. De maio de 1990. Di á rio Ofi cial da Re pú bli ca Fe de ra ti va do Bra sil, Bra sí lia, DF, 2 de jul. 1990. Se ção 1, p. 12124.

⁴ DISTRITO FEDERAL. Tri bu nal de Con tas do Dis tri to Fe de ral. Ofí cio/GP nº 013/92.

formizar o seu entendimento. Seria o mesmo que reconhecer a existência de força vinculante acima da Constituição Federal, fato somente admissível na ordem jurídica como medida de exceção em períodos revolucionários, absolutamente incompatível com o Estado democrático de Direito.

Os membros desta instituição, porém, curvam-se a reconhecer, nas exegeses consagradas, uma fundamentação jurídica de vigor inafastável, tal vez, até, mais consistente do que aquela estreita, que recomenda a demissão sumária de admitidos sem concurso, logo após a Constituição Federal.

O excelso Carlos Maximiliano, sensível ao antagonismo que a aplicação da norma pode ensejar, entre o comando e a realidade, asseriu, amparado em Salomon, que:

*“a norma jurídica não é um conjunto de preceitos rijos, cadavéricos, e criados pela vontade humana; é uma força viva, operante, suscetível de desenvolvimento; mas o progresso e a adaptação à realidade efetuam-se de acordo, aproximado, ou pelo menos aparen-te, com o texto; não em contraste com este.”*⁵

Decorrida mais de uma década da promulgação da Constituição, é hoje evidente o alcance da norma imposta à do concurso público para todas as esferas de governo e para todas as entidades da Administração Pública. Soa até absurdo, na atualidade, aceitar a existência de tese diversa.

Mas houve e teve a patrociná-la expressivos juristas renomados, cada qual com sua linha de argumentação, ora afastando as premissas públicas, ora reconhecendo a carreira para a qual o concurso público seria incompatível ou insustentável.

Num retrospecto histórico, indissociável à compreensão do desenvolvimento do tema, não se pode olvidar a situação do Administrador Público, mormente destas décadas. Se por um lado o meio jurídico discutia o alcance da norma, por outro lado é forçoso reconhecer que a Constituição, nesse particular, não deu prazo para a Administração Pública se adaptar a esse cânon: simplesmente, a partir de 5 de outubro de 1988, todos os cargos e empregos públicos deveriam ser providos por concurso público. Acatar a fórmula na sua extensão subjugaria ou transnornmas de proteção da sociedade, como o princípio da continuidade do serviço público.

Inafastável, assim, o valor prático da discussão estabelecida, cujo desenvolvimento, como salientou o festejado mestre da hermenêutica, se fez no curso de não contrastar com a norma positiva.

As decisões das Cortes de Contas, antes de serem vislumbradas como uma acomodação da norma aos fatos, inserem-se num contexto de vanguarda do controle da Administração Pública.

Efetivamente, o tema era tão controvertido no mundo das interpretações que mesmo o Supremo Tribunal Federal só manifestou-se, definitivamente, após o julga-

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 80

mento da ADIn 231-7-RJ⁶, quando por maioria, sublinhe-se “por maioria”, pacificou o entendimento de que a norma do art. 37, II, é com parável e se harmoniza com o art. 173, § 1, da Constituição.

Ainda hoje, o alcance do art. 37, inc. II ocupa a inteligência dos juristas e se mostra controvertido em relação ao seu alcance, porque a norma fundamental não definiu as relações em desenvolvimento no momento de sua promulgação.

Daí o fundamental valor da execução firmada pelos Tribunais de Contas, incumbidos, constitucionalmente, do exame da legalidade das admissões ao de finir a obrigação de do curso para todos os cargos e empregos, ressalvados os de livre nomeação e exoneração, da Administração direta, indireta e fundacional, mesmo para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica. O TCU ante ci-pou-se ao Supremo Tribunal Federal, de forma corajosa, firme e coerente, valendo lembrar que a sua interpretação teve ressonância mesmo junto ao Excelso Pretório, dada a especialização constitucional das competências.

No amplo espectro de sua análise, que não se circunscreve à legalidade, deitou por terra, definitivamente, os argumentos dos que tentavam demonstrar a impossibilidade fática da exploração da atividade econômica com rigidez e inflexibilidade do curso público. E só o Tribunal de Contas poderia enfrentar esse argumento, porque sua ação não se adstringe à legalidade, mas à análise da economicidade, eficiência e eficácia dos atos da Administração Pública, apañando a dinâmica da ação administrativa em um dos mais poderosos instrumentos de controle já desenvolvidos, que é a auditoria operacional, exurgindo daí a legitimidade dos seus pronunciamentos e o prestígio de que desfrutam suas decisões. Por isso, quando o TCU sustentou que mesmo os que exploram atividade econômica deveriam sujeitar-se à regra do curso, sua manifestação teve ampla ressonância no meio jurídico.

Como enfatizado, o entendimento teve um matiz de coragem, porque à época os órgãos que deveriam estar desenvolvendo ações para delas com o mesmo escopo estavam silêntes. Mesmões se contexto, o tema foi enfrentado, impostas multas aos recalcitrantes, promovidas inspeções e levantamento de dados consistentes.

4. dos precedentes judiciais

É importante notar que a ordem constitucional pretérita não agasalhou admissões sem curso para a Administração Direta e, no entanto, pululam exemplos de sua natureza.

Basta lembrar que o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal foi um dos primeiros parquets do País a dar fiel cumprimento à Lei, sen do seus

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADIn nº 231-7-RJ. Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Moreira Alves, Brasília, DF 19 de abril de 1990. Diário da Justiça da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1 jun. 1990. Seção 1, p. 4930.

mem-bros, há mais de trinta anos admitidos, exclusivamente, após concurso público de provas e títulos, fato que, lamentavelmente, não encontra paradigma nacional.

Essa analogia reforça a tradição do Direito no sentido de impor indelével, firme e pacificamente a força imanente das normas judiciais, ajustando sua eficácia com adequação da parcimônia entre a imediação e a garantia de estabilidade das relações jurídicas.

Recordo-me aqui do parecer aprovado pela Consultoria Geral da Presidência da República, cujo caráter orientador é inequívoco, sustentando que “a exigência de concurso público, prevista no art. 37, inciso II, da Constituição, não obsta a que o já concursado ou estável, em virtude de habilitação seletiva interna, ascenda a outro cargo ou emprego superior ao seu...”⁷

Aliás, chegou inclusive a ser citado o órgão a emitir parecer, com força normativa aprovada pelo Presidente da República, excluindo da regra do artigo referido as empresas públicas e sociedades de economia mista, que explorem atividade econômica.⁸

Há decisões judiciais, até recentes, admitindo a validade de situações constituídas, após 5-10-88, em relação ao concurso interno.

Nesse contexto como se poderia exigir, à época, outra conduta do administrador público?

A admissão de pessoal na Administração Direta, Indireta e Fundacional, de acordo com jurisprudência pacífica da pelo Supremo Tribunal Federal, deve ser precedida de concurso público. Entre os vários acórdãos, o que parece ferir todos os pontos controvertidos tem a seguinte ementa:

“Cargos e empregos públicos. Administração pública direta, indireta e fundacional. Acessibilidade. Concurso público.

A acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da lei e mediante concurso público, é princípio constitucional explícito desde 1934, art. 168.

Embora cronicamente sofismado, mercê de expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II.

Pela vigência or dem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público.

As autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta e fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

⁷ BRASIL. Consultoria Geral da Presidência da República. Parecer nº SR-89. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 maio 1989. Seção 1, p. 7332.

⁸ BRASIL. Consultoria Geral da Presidência da República. Parecer nº FC-2/89. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília DF, 03 nov. 1989. Seção 1, p. 01.

Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1o.

*Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição.*⁹

Essa exceção do art. 37, II, foi, em nível federal, pioneiramente sustentada pelo TCU, mesmo antes do julgamento do STF, quando pretendiam alguns ver o tema como controlado para adiar a eficácia desse dispositivo.

Ocorre que, até meados de 1995, o TCU vinha de terminando a instauração de tomada de contas especial, por entender que a despesa com o pagamento dos salários era ilegal, ordenando a quantificação do dano pelas autoridades responsáveis.

De modo diverso, vinhamos sustentando, no âmbito do TCDF, que se o servidor foi admitido irregularmente, o ato era nulo de pleno direito¹⁰ e a autoridade responsável pela contratação de veriaserpuni da com aplicação de multa. Descaberia a restituição da despesa ilegal, se tivessem havido efetiva prestação do serviço e, por não configurar dano, já que o erário teve proveito do esforço laboral, também não deveria haver a instauração de TCE.

A jurisprudência do TCU firmou-se, por maioria de votos, pela necessidade de instaurar a TCE. Para adequada compreensão do assunto, é indispensável transcrever

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. MS nº 21.322-1/DF. Cargos e empregos públicos. Administração Pública direta, indireta e fundacional, acessibilidade. Concurso público. Acessibilidade aos cargos públicos a todos os brasileiros, nos termos da Lei mediante concurso público e princípio constitucional explícito, desde 1934, art. 168. Embora cronicamente sofismado, merece expedientes destinados a iludir a regra, não só foi reafirmado pela Constituição, como ampliado, para alcançar os empregos públicos, art. 37, I e II. Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que se pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas a regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Sociedade de economia mista destinada a explorar atividade econômica está igualmente sujeita a esse princípio, que não colide com o expresso no art. 173, § 1º. Exceções ao princípio, se existem, estão na própria Constituição. Requerente: Telma Leite Moraes e Outro. Relator: Ministro Paulo Brossard, Brasília, DF 03 de dezembro de 1992. Diário de Justiça da República Federativa do Brasil. Poder Judiciário. Brasília, DF, 23 abr. 1993. Seção 1, p. 6921.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: NDJ, 2000, conforme expressamente dispõe o art. 37, § 2º

os seguintes trechos das manifestações que fundamentaram a decisão nº 420/95 – TCU – Plenário.¹¹

Do voto do relator, o eminente Ministro Ademar Paladini Ghisi, extrai-se as seguintes passagens elucidativas:

“9. Entretanto, a instauração de tomada de contas especial com vistas ao ressarcimento do débito, conforme previsto no artigo 189 (renumerado), § 3º do Regimento Interno, e proposto, no item 8.2 da decisão em questão, não atende ao mandamento constitucional do art. 37, § 2º, *in fine*, visto que determina a instauração de TCE para apurar responsabilidades e quantificar o prejuízo causado ao erário pelos serviços que recebeu e, complementando o raciocínio anterior, ressarcimento das importâncias recebidas, da mesma forma não se pode fazê-lo em relação ao administrador responsável pela admissão inconstitucional, vez que este não se beneficiou do trabalho prestado, nem dos valores recebidos pelo empregado. Ainda, porém, que houvesse prejuízo a ser reparado, a tomada de contas especial e, por consequência, o ressarcimento, cumpriria apenas esta função: reparação financeira. Não alcançaria o objetivo constitucional de punição do responsável. Há que se destacar, ademais, não se confinar, no caso sob exame, nenhuma das circunstâncias arroladas no art. 8º da Lei nº 8.443/92, que ensejariam a instauração de tomada de contas especial, quais sejam: omissão no dever de prestar contas; não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União; ocorrência de desfalque, desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou ainda da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou anti-econômico de que resulte dano ao erário. Verificamos, portanto, que, em não havendo débito, a providência proposta no cita do § 3º do art. 189 do Regimento Interno, além de inadequada, não atende ao propósito do § 2º do art. 37 da Constituição Federal, que é o de punir a autoridade responsável, na forma da lei.”

“17. *Antes de encerrar, gostaria de enfatizar que não sou contrário à instauração de tomada de contas especial nas admissões em que se vislumbrem indícios de dano ou prejuízo ao erário. Apenas em tendo que o § 2º do art. 189 do Regimento Interno, como regra geral, já contém plenas situações, tornando despicado exigir-se a instauração da respectiva tomada de contas especial em todos os casos de admissão sem o prévio concurso público, mesmo nos casos em que não haja sinais de dano ou prejuízo a ser apurado. Julgo mais adequada que o Tribunal caracterize o ato administrativo praticado em desacordo ao mandamento constitucional, expresso em seu*

¹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Admissão de Pessoal. Telecomunicações Brasileiras S/A – TELEBRÁS. Processo TC nº 13.433/94-6, Decisão nº 420/95. Relator: Ministro Ademar Paladini Ghisi, Brasília, DF, 23 de agosto de 1995. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 set. 1995, p. 14244.

art. 37, II, como grave infração à norma legal e aplique aos responsáveis a sanção prevista no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/92.”

Na manifestação de desempate, o destaque do Min. Homero Santos deixou assentado que:

“Art. 188. O Tribunal, mediante Decisão, determinará o registro do ato que considerar legal.

Art. 189. Quando o Tribunal considerar ilegal ato de admissão de pessoal, o órgão de origem deverá, observada a legislação pertinente, adotar as medidas regularizadoras cabíveis, fazendo cessar todo e qualquer pagamento de corrente do ato impugnado.

§ 2º Se houver indício de procedimento culposo ou doloso na admissão de pessoal, o Tribunal determinará a instauração ou converção do processo em tomas de contas especial, para apurar responsabilidade e promover o ressarcimento das despesas irregularmente efetuadas.

§ 3º Se a ilegalidade da admissão de correr da ausência de aprovação prévia em concurso público ou da inobservância do seu prazo de validade, o Tribunal de clarará a nulidade do correspondente ato, nos termos do § 2º do art. 37 da Constituição Federal, e determinará a adoção da medida prevista no parágrafo anterior”.

“De acordo com o supracitado dispositivo do Regimento Interno, as deliberações nessas feições dão-se mediante decisão, sendo indevida, portanto, nos processos especiais de apreciação de atos sujeitos a registro pelo Tribunal, a adoção de procedimento (audiência ou citação) tendentes à penalização do responsável, a qual só se teria por meio de Acórdão e em processos de outra natureza como: contas, auditorias e denúncias.

“Outrossim, segundo o disposto no artigo 8º da Lei nº 8.443/92, o instrumento de que dispõe o Tribunal para apurar a prática de qualquer ato ilegal de que resulte dano ao erário é a tomas de contas especial, cuja instauração permite aferir o tipo de punição que deve ser aplicada ao responsável, consideradas as circunstâncias específicas de cada situação.

“Desa forma, enquanto não houver alteração regimental, a solução preconizada pelo Ministro revisor não deve prevalecer, restando a Corte a possibilidade de alterar os referidos dispositivos, nos termos do art. 257 do Regimento Interno, caso assim entenda o e. Plenário.”

Como resultado do julgamento, foi mantida a jurisprudência, pela necessidade de instauração de TCE, para apurar a responsabilidade e quantificar o dano.

Sobre progressão e ascensão funcional, formas de provimento derivado de cargo sem concurso público, mesmo tendo havido pagamento de salário a maior durante o lapso de tempo em que foi praticada a irregularidade e o momento em

que o TCU determinou a anulação, em magistrado voto, o eminente Ministro Humberto Souto inaugurou a jurisprudência no sentido de admitir a dispensa de instauração de TCE, tendo em linha de consideração o fato de que houve contratação do trabalho no período.

4. registro de admissões

Ainda é importante esclarecer que o Constituinte obriga o exame de legalidade, para fins de registro. Esse procedimento reforça a ideia que após 1988, as admissões no serviço público passaram a ser atos compostos, precisando, para sua validade, do exame e confirmação pelos Tribunais de Contas.

Determina a Constituição brasileira que não são registrados os casos de admissão para cargos de provimento em comissão.

Outro, pretende afastar do controle externo a prerrogativa de examinar a legalidade das admissões nesses casos, tendo o Tribunal de Contas da União firmado o entendimento de que a Constituição excluiu apenas o registro dos cargos de livre provimento, dada a precariedade das nomeações e, por certo o volume decorrente: “Embargos Declaratórios contra Decisão nº 178/92. TRT. Cargo em Comissão. Nomeação de cônjuges ou parentes. Alegação de que a Res. Adm. do TRT 18ª Região, questionando a constituição na li da de do art. 18 da Lei nº 7.873/89, não foi apreciada pelo TCU. Refoge à competência do TCU o exame da matéria. Conhecimento. Não Provimento.”

Sobre os registros das admissões de serviços por contrato temporário, parece que pelos mesmos motivos deveriam ser genericamente apreciadas pelo Tribunal, mas sem registro dos atos, dada a precariedade da ocupação.¹²

5. procedimento de controle sobre as admissões

É comum que as Cortes de Contas exijam a remessa de editais e relação de admitidos dos órgãos jurisdicionados, para fins de exame.

Mantendo a linha de coerência que guia o presente trabalho, não parece ser correto esse procedimento, por dois motivos: primeiro, porque a elaboração de lista gens toma tempo da que les que se dedicam às atividades fins dos órgãos jurisdicionados; segundo, porque a elaboração de material específico para o controle afeta a confiabilidade; terceiro, porque na verdade nada controla.

¹² Em sentido contrário, entendendo que as admissões temporárias devem ser registradas: DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Admissão de Pessoal. Fundação Hospitalar do DF. Processo nº 5255/97, Decisão nº 344/00. Relator: Conselheiro José Eduardo Barbosa, Brasília, DF, 23 de maio de 2000. Diário Oficial do Distrito Federal, Brasília, DF, 2 jun. 2000, p. 26-45.

Há formas de verificação mais recomendáveis, segundo o desenvolvimento tecnológico em que se encontra cada Tribunal: primeiro obter cópia do edital, a partir da publicação noticiada na imprensa oficial, comparecendo até o órgão. Daí em diante, acompanhar na conclusão de cada etapa a conformidade com o Decreto no desenvolvimento do concurso. Segundo, acompanhar, em tempo real, online, os ingressos de pessoas nos sistemas de folha de pagamento ou de cursos e, a partir daí, formar autos para verificação *in loco*.

Em várias unidades da Federação tem-se desenvolvido a prática de remeter o edital do concurso para exame prévio dos Tribunais de Contas. Com esse procedimento, observam-se os transtornos de anulação do concurso e inicia-se o controle concomitante. Como o edital traz ato da Administração Pública, o seu exame prévio só pode representar aspectos positivos, quando controlado e controlador estão verdadeiramente imbuídos do espírito público.

6. taxas de inscrição e direitos dos candidatos

Verifica-se que no cotidiano dos Tribunais de Contas, os aspectos pertinentes à taxa de inscrição e direitos dos candidatos ainda não encontraram todo o amplo espectro de força que essas Cortes podem trazer em prol da sociedade. As decisões, na maior parte dos Tribunais, são tímidas e por vezes manietadas por magistrados de estreita visão.

Durante décadas desenvolveu-se sólida doutrina sustentando, de um lado, o poder de império e exercício da gestão discricionária da Administração Pública e, de outro, a minúsculos direitos públicos subjetivos do cidadão.

É próprio dos regimes democráticos uma nova perspectiva da visão de Estado, sociedade e cidadania, visando a harmonização e equilíbrio das relações, onde ambos os polos devem ter com promissos com o interesse público.

A Constituição Federal de 1988, erigindo os princípios vetoriais da Administração Pública, de fíniú, no que se refere ao ingresso no serviço público, o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas.¹³

Esse princípio, na prática, vem sendo frustrado por editais que estabelecem restrições não essenciais ao desenvolvimento das atribuições a serem desempenhadas e, outras vezes, apenas úteis aos interesses secundários da Administração, como, por exemplo, arrecadação de valores.

Erigiu-se, no passado, com base em Lei, a permissividade para os agentes públicos fazerem do poder aquisitivo dos candidatos barreiras quase intransponíveis para o acesso a cargos, empregos e funções.

Na esfera federal, o Decreto nº 86.364, de 14 de setembro de 1981, permitiu a cobrança do valor da taxa de inscrição correspondente a 2,5% (dois e meio pontos

¹³ BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo, NDJ, 2000, art. 37, I.

percentuais) da remuneração fixada para a referência inicial do cargo ou emprego.¹⁴ No Distrito Federal, esse limite chegou a ser de 10% (dez pontos percentuais), tendo sido alterado posteriormente pelo Decreto nº 16.254, de 29 de dezembro de 1994, que disciplinou os concursos na Administração Pública do Distrito Federal, e prevê a cobrança de taxa de inscrição correspondente a 2,5% do valor da remuneração do cargo objeto do certame, podendo, à vista da especificidade do concurso, ser elevar até o percentual de 5%.

O Decreto, ao definir os limites concernentes à taxa de inscrição, firmou, em um primeiro momento, a regra genérica: a taxa de inscrição correspondente a 2,5% da remuneração do cargo. Esta estabelece a exceção: pode chegar, à vista da especificidade do concurso, a 5%. A exceção, como regra comum de hermenêutica, deverá ser considerada restritivamente.

Destemodo, para que o administrador possa fugir à regra principal, deverá dizer das razões que o levaram a elevar o valor da taxa; deverá explicitar a especificidade, a característica do evento que justificou o custo mais elevado. O ato administrativo que foge à regra geral deve ser motivo do contrário incurrirá em manifestar arbitrariedade.

Embora a legislação tenha definido os percentuais permitidos à definição das taxas de inscrição, competiu ao Tribunal de Contas da União, pelo seu valoroso corpo técnico, estabelecer que a taxa de inscrição em concurso deve ser fixada de modo a apenar cobrir os custos do certame.¹⁵

A decisão não alcançou a essência que era de esperar e continuar essas taxas sendo fixadas em valores muito próximos aos limites estabelecidos em Lei.

Vale ressaltar que o valor limite definido, por via oblíqua, constituiu-se em restrição à competição em nada justificável; verdadeiramente ilegítimo.

A seleção, além dos fatos pessoais do candidato, exige uma concorrência entre esses: a disponibilidade de vagas dessa ordem, que se impõem à fulcra do exercício do direito de disputar uma vaga.

Opoder aqui situar o resultado, dessa forma, em odioso meio de seleção.

¹⁴ Cf. alteração promovida pelo: BRASIL. Decreto Federal nº 88.376, de 10 de junho de 1983. Altera o artigo 3º do Decreto nº 86.364, de 14 de setembro de 1981, que dispõe sobre concursos e provas de seleção para ingresso nos órgãos e entidades da Administração Federal Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo. Brasília, DF, 14 jun. 1983. Seção 2, p. 10250.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Requerimento. Subprocuradoria-Geral da República. Processo TC nº 12.919/94-2, Decisão nº 143/96. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi, Brasília, DF, 27 de março de 1997. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF 15 abr. 1996, p. 6283.

A Lei nº 9.527 de 10 de dezembro de 1997, resultada da conversão da Medida Provisória nº 1.573, estabelece exatamente a seguinte medida: o valor da taxa deve ser apenas o suficiente para cobrir os custos do concurso.

São passíveis de ser firmes na direção de melhor de finiro interesse público.

Infelizmente, é forçoso reconhecer a dificuldade que a cidadã terá para cobrar a fixação das taxas e as despesas, porque oneroso o questionamento junto ao Poder Judiciário.

Existe, porém, a possibilidade de arguir perante os Tribunais de Contas esse fato, quando da publicação dos editais, cobrando das instituições o exame dos fatos e circunstâncias que levam à definição dos valores.

É que, por dever constitucional, compete a essas Cortes apreciar não só a legalidade, mas também a legitimidade econômica dos atos da Administração Pública.

O recolhimento das taxas de concurso, é um desses atos, sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União, que já de finiu, de acordo com a Súmula nº 214¹⁶, o recolhimento das taxas de inscrição à conta do Tesouro Nacional.

No âmbito do DF, o Decreto nº 16.254/94 direciona o pagamento da taxa ao BRB, mostrando-se a sua natureza quanto ao seu destino. Embora se de nome taxa, não é na verdade um tributo, mas não deixa de ter natureza de curso público de venda integral dos haveres do Estado, e deverá, nestas medidas, situar-se no lugar comum a todos os recursos públicos: no caso, o Tesouro do Distrito Federal.

Nesse sentido, relativamente à esfera federal, pronunciou-se a Ministra do Tribunal de Contas da União, Elvia Lorde do Castelo Branco, com sua habitual lucidez, após reconhecer o caráter público desses valores, admitindo, em caráter excepcional que o recolhimento dos valores da taxa de inscrição fosse recolhido à conta específica destes subtráda de remuneração da instituição contratada, por terceirização, para realizar o concurso público, recolhendo-se o saldo ao tesouro nacional.¹⁷

Mais recentemente, o Tribunal de Contas da União teve que enfrentar a questão em que o limite máximo admitido para a taxa de inscrição era insuficiente para cobrir os custos do concurso e foi caetergórico afirmar que o valor não pode ser transferido como ônus aos candidatos. Na oportunidade, recomendou:

“organize um sistema de controle de custos de modo a permitir que seja estimada com maior precisão o valor da taxa a ser cobrada dos candidatos quando da realização de seus concursos públicos, observando como

¹⁶ BRASIL. Súmula nº 214. Os valores correspondentes às taxas de inscrição em concursos públicos devem ser recolhidos ao Banco do Brasil S/A, à conta do Tesouro Nacional, por meio de documentos próprio, de acordo com a sistemática de arrecadação das receitas federais prevista no Decreto-Lei nº 1.755, de 31-12-79, e integridade das ou presenças de contas dos responsáveis ou dirigentes de órgãos da Administração Federal Direta, para exame e julgamento pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em:

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 014.861/93-3. Decisão 470-, por maioria. Brasília - DF, 27 de outubro de 1993. Disponível em. Consulta em 10 nov. 1999.

*limite máximo percentual de 2,5%, previsto pelo Decreto nº 88.376/83, calculado sobre o valor da remuneração do cargo, observando que as despesas que ultrapassarem ao percentual acima de serão suportadas pela própria Unidade*¹⁸

É preciso, pois, que os administradores tenham bom senso e espírito público, na elaboração dos editais. É necessário buscar o melhor candidato, com atenção às garantias fundamentais que lhe foram conferidas pelo Estatuto Maior, evitando selecioná-lo pelo fator econômico, com a imposição de altas taxas, ou custos excessivos. O respeito aos seus direitos é imperativo da boa Administração, de um Estado de mo crático de Direito, onde realmente se busca o bem comum.

7. direito de ser nomeado

O outro tema relevante, que tem sido alvo de calorosas discussões, é o direito de ser nomeado. Durante muito tempo em nosso País, a doutrina e a jurisprudência firmaram o entendimento de que a aprovação em concurso público gera a mera expectativa de direito à nomeação. Somente quando violada a ordem de classificação, o candidato poderia ter direito perante o Judiciário.

Levado ao extremo, esse entendimento permitiu a ocorrência de situações estranhas como a de candidatos que, após intensa devidação, obtinham a aprovação dentro do número das vagas oferecidas e amargavam o dissa bor de ver expirar-se o prazo de validade de um concurso sem nomeação.

Impunha o interesse público a efetivação de medidas coercitivas desse poder discricionário, verdadeiramente absurdo. O momento é chegado.

Após o julgamento do RE nº 192.568-0-PI,¹⁹ pelo Supremo Tribunal Federal é possível reconhecer o dever da Administração Pública de nomear os candidatos aprovados para as vagas disponíveis ou oferecidas no edital.

O voto lúcido do Ministro-relator, Marco Aurélio, acompanhado dos Ministros Maurício Corrêa e Francisco Rezek, teve a ementa redigida nos seguintes termos:

“CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO.
As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na fidelização de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna com corréncia.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº TC 012.919/94-2. Decisão nº 143/96. Brasília, DF, 27 de março de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 abr. 1996, Seção 1, p. 6283.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Recurso Extraordinário. RE nº 192.568-0-PI. Virgílio Madeira Martins Filho e Outros. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 23 de abril de 1996. *Diário de Justiça da República Federativa do Brasil*. Poder Judiciário, Brasília, DF, 13 set. 1996. Seção 1, p. 3241.

CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. *O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, em deferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “...como o inc. IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, se gue-se que a Administração não pode rá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, de ixar es co ar de li be ra da men te o pe rí o do de va li da de do pe rí o do de con cur so an te ri or pa ra no me ar os apro va dos em cer ta mes sub se qü en te. For a isto pos sí ve le o in ci so IV tor nar-se-ia le tra mor ta, cons tu in do-sen a mais rú ptil das ga ran ti as (MELLO, Cel so An to nio Ban de ira. Re gi me Con sti tu cion al dos ser vi do res da Ad mi nis tra ção Di re ta e In di re ta. 2. ed. São Pa u lo: RT, 1991, p. 74.)”*

Na mesma linha de entendimento, tem se pronunciado o Superior Tribunal de Justiça em outros casos, parecendo firme a iniciativa de tutelar o direito dos candidatos aprovados.

Sea Administração oferece no edital determinado número de vagas, é evidente que os candidatos aprovados no limite têm, efetivamente, direito à nomeação. Se, contudo, não foi fixado o número de vagas, cuja ocupação se pretende – o que em princípio não nos parece correto, é razoável presumir-se que o concurso se destina às vagas existentes e as que vierem a ocorrer no período de validade do concurso. É uma aplicação prática e elementar da *teoria dos motivos determinantes do ato administrativo*, tão festejada pelo saudoso Helly Lopes Meirelles.²⁰

A não nomeação nessas condições viola o direito líquido e certo do candidato-candidato, passível de ser contestado não só perante o Judiciário, mas também junto aos Tribunais de Contas.

No Rio de Janeiro, o constituinte estadual tentou definir a obrigatoriedade desse aproveitamento, colhendo a força pujante do precedente do STF, já referido. Lamentavelmente, foi entendido que o provimento dos cargos do Poder Executivo não pode ser disciplinado pela Constituição Federal, ficando postergada a possibilidade de solidificar a jurisprudência no sentido de garantir o direito a nomeação aos candidatos aprovados no limite do número de vagas oferecidas. A força da quele precedente permanece, posto que neste caso a excelência Corte não contrariou os fundamentos da quele decisão.

²⁰ Em sua clássica obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, p. 181.

Para melhor compreensão, traz-se à colação a decisão do Supremo Tribunal Federal:²¹

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. ARTIGO 77, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: NOMEAÇÃO DE CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO. PRAZO MÁXIMO CONTADO DA HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO DO CONCURSO PÚBLICO. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. *Aprovação em concurso público. Direitos subjetivo do candidato à nomeação, de acordo com a respectiva ordem de classificação e no prazo de sua validade.*

2. *Constituição do Estado do Rio de Janeiro, artigo 77, VII. Proveniente de cargo público. Iniciativa reservada ao Chefe do Executivo para edição de leis que disponham sobre o regime jurídico dos servidores públicos. Ofensa ao princípio da separação dos poderes: Inconstitucionalidade de formal. Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando-se, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 77 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.”*

Em decisões históricas, o Poder Judiciário já decidiu pela necessidade de prorrogar a validade do concurso, se existentes candidatos aprovados e vagas a serem preenchidas, conforme se vê:

“Apesar de constar do Edital o prazo de validade de um ano, improrrogável, é de rigor e há de se subjugar ao preceito constitucional. A abertura de novo concurso, nessas circunstâncias, é afronta in chisi ve ao direito adquirido, ainda mais se comprovado o aproveitamento de candidatos, com pior pontuação, em detrimento dos melhores classificados.”²²

“Mesmo que improrrogável pelo edital é de ver da Administração Pública prorrogar-se sur gir no vas va gas e hou ver can di da tos apro va dos.”²³

Cabe ainda considerar que as convocações e não as nomeações de verão ser feitas dentro do prazo de validade do concurso público. O art. 37, III, da Constituição Federal, limita a validade do concurso a dois anos, prorrogável por igual período. Realizada a convocação dentro deste prazo, a concretização dos atos administrativos ne-

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE-229450/RJ. Relator: Min. Maurício Corrêa Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2000. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 30 ago. 2001, p. 65.

²² Apel. Cível 4298696-DFacórdão 93057 DJ de 9-4-97 pág. 6.083. Relator: Eduardo de Moraes.

²³ Embargos de Declaração no AC 42986/96 _ DJ 9-4-97, FONTE: Processo nº 5682/93 Parecer nº 1411/99

ces sá rios, en tre eles à no me a ção e pos se, po derá dar-se em mo men to pos te ri or, bus can do ape nas dar efe ti vi da de ao pre ce i to.

Se o pra zo de va li da de é de até dois anos, pre vis to no edi tal, não po de rá ser me nor. Per se gu in do esta li nha de ra ci o cí nio, a Ad mi nis tra ção po de rá con vo car can di da tos dez dias an tes do fim do pra zo, jus ta men te por que este não se es go tou. E está cer ta em agir des ta for ma, se a con vo ca ção esti ver ar ri ma da em con ven iên cia e o por tu ni da de para a Ad mi nis tra ção.

Só que o pra zo fal tan te para en cer rar a va li da de do con cur so po de mos trar-se in su fi ci en te para a pro mo ção dos atos ne ces sá rios à ad mis são, su je i ta às pror ro ga ções le ga is, pra zos para pu bli ca ção, re cur sos le ga is, e ou tros obs tá cu los le ga is. Com es te qua dro, pa re ce na tu ral que os atos com ple men ta res pos sam ser fe i tos após ven ci do o pra zo. Tra ta-se de dar efe ti vi da de ao pre ce i to li mi tan te, den tro de prin cí pi os com e zi nhos de ra zo a bi li da de.

E a pró pria Con sti tu i ção Fe de ral pa re ce dar va zão a este en ten di men to, pois o art. 37, IV, es ta be le ce que, no pra zo de va li da de, o can di da to apro va do será con vo ca do com pri ori da de so bre no vos con cur sa dos. Fa la-se, des te mo do, em con vo ca ção, e não em ad mis são, o que per mi te uma ar gu men ta ção por ab sur do: se o can di da to é con vo ca do um dia an tes do ven ci men to do pra zo, terá pri o ri da de so bre no vos con cur sa dos, e ao mes mo tem po não po de rá as su mir o car go, pela im pos si bi li da de prá ti ca de re a li zar os atos pre pa ra tó ri os no pra zo fal tan te.

Por ou tro la do, o in ci so II do mes mo arti go fa la em in ves ti du ra (que se ma te ri a li za com a pos se), sem re fe rên cia a pra zo.

A com bi na ção dos in ci sos II, III e IV do art. 37 da Con sti tu i ção Fe de ral pa re ce mel hor si tu ar a ques tão. O in ci so II se re fe re à in ves ti du ra me di an te pré vio con cur so, sem alu dir a pra zo; o in ci so IV diz que a con vo ca ção po de rá se dar no pra zo es ti pu la do no in ci so III, mas não exi ge ex pres sa men te que to dos os atos ad mis si o na is se dê em no pra zo.

Pa re ce não ser ou tra a con clu são: a con vo ca ção é a con se quên cia prá ti ca do con cur so, e es go ta a in ci dên cia des te, vale di zer, o con cur so ser ve para que a Ad mi nis tra ção Pú bli ca te nha can di da tos há be is a se rem con vo ca dos. Após a con vo ca ção, os atos ad mi nis tra ti vos pos te ri o res de i xam de ter re la ção di re ta com o cer ta me, pas san do a in te grar a ati vi da de da Ad mi nis tra ção. Em ou tras pa la vras, a in fluên cia do con cur so se en cer ra com a con vo ca ção; a pos se e no me a ção não são eta pas do con cur so, e não so frem a ob je ção de pra zo.

Pronun ciou-se a res pe i to, o STF, me di an te jul ga men to do RE 192.568-0, do qual ex trai-se la pí dar sín te se do voto do Min. Mar co Au ré lio:

“A in ter pre ta ção de dis po si ti vo le gal ou con sti tu ci o nal há de fa zer-se de mo do sis te má ti co e te lo ló gi co, me ti dos aos qua is não se so

bre põe o alusivo à interpretação verbal. Se a Carta assecura, no prazo de validade do concurso, a convocação de candidatos nele aprovados com prioridade sobre nos concursos, ou seja, candidatos aprovados em concursos posteriores, é de concluir-se que a inércia, intencional, ou não, da Administração Pública, deixando de preencher cargos existentes, leva à convocação sobre a titularidade do direito subjetivo de ser nomeado. No campo da atuação administrativa, não se pode admitir atos que substanciem tergiversação, verdadeiro dribble a normas imperativas como são as constantes da Carta de 1988.”

Do trecho reproduzido, vislumbra-se que a inércia da Administração pode levar à lesão de direito subjetivo do candidato, representado no art. 37, IV, da Constituição Federal. Ou seja, há a vaga, há a necessidade da Administração, há o interesse do candidato, mas não há a nomeação. Se a convocação ocorre no prazo de validade, materializa-se com maior força este direito subjetivo; a Administração não mais poderá negar-lhe a assunção do cargo, independentemente de atos complementares terem sido dados após o esgotamento do prazo. É uma decorrência lógica da interpretação levada a efeito pela Excelso Corte.

Posteriormente a essa decisão, o STF, em sede de ADIn, entendeu, por maioria, em uma de suas turmas, que a norma da Constituição do Rio de Janeiro que obriga a nomear todos os aprovados, no número de vagas oferecidas durante o prazo de validade do concurso, não guarda conformidade com a Constituição Federal. Como referido, o voto foi por maioria, e é possível que o STF evolua em seu entendimento.²⁴

Nada obstante entendimentos diversos, é importante notar que apenas a convocação do candidato de ver ser feita no prazo de validade, e, atendido este requisito, os atos de atos complementares poderão ocorrer após a fluência deste.

9. exame de editais

Tanto os editais de concurso como de licitação podem ser examinados pelos Tribunais de Contas, previamente à realização do certame, durante a seleção, ou até após. Fosse a Administração Pública composta de agentes de votados ao interesse público, certamente essa provisão seria requerida às Cortes de Contas, efetuando o controle prévio, das normas que regerão um conjunto de atos.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RE-229450/RJ. Relator: Min. Maurício Corrêa, Brasília, DF, 10 de fevereiro de 2000. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 30 ago. 2001, p. 65.

Podemos Tribuna is de Contas examinar os editais e ainda ordenar os acertos necessários à efetivação do princípio da legalidade.²⁵

10. acumulação de proventos e vencimentos

Cuidado redobrado deve ser tomado, quando o concursando é convocado para tomar posse no cargo público. Sendo já possuidor de outro cargo, estará incorrendo na proibição da acumulação de cargos e percepção simultânea de proventos e vencimentos, salvo se os cargos forem acumuláveis na atividade.

Tal questão encontra-se presente e superada, conquanto a Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 estabeleceu nova redação ao § 1º do art. 37 da Constituição Federal,²⁶ nos seguintes termos:

“É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.”

A referida emenda, no entanto, ressalvou as situações consolidadas, como se lê de seu art. 11:

“A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores em litas, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo.”

²⁵ Admitindo o exame dos editais de licitação: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Suspensão de Segurança. SS nº 1.308-9. Requerente; Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 9 de outubro de 1998. *Diário de Justiça*. Poder Judiciário, Brasília, DF, 19 de outubro de 1998. Seção 1, p. 26-27. Inadmitido existem acórdãos isolados: DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Administrativo. Mandado de Segurança. MS nº 3.714/94. Relator: A Rosa de Farias, Brasília, DF, 22 de novembro de 1994. *Diário de Justiça da República Federativa do Brasil*, Poder Judiciário. Brasília, DF, 10 maio de 1995. Seção 3, p. 5965.

²⁶ Por força da Emenda Constitucional nº 34, de 13 de dezembro de 2001, o art. 37 teve o inciso XVI alterado, estendendo-se a acumulação permitida aos médicos a todos os profissionais de saúde, com profissões regulamentadas de cargos. Consulta: Acesso em 10 jan. 2002.

Desse modo, mostra-se conveniente que os tribunais de já estabelecida intangibilidade da vedação constitucional. Neste diapasão, dever-se-ia determinar, ainda, que nos editais de concursos vindouros conste a exigência de declaração expressa dos candidatos de que não recebem proventos ou vencimentos de cargo ou emprego público, na forma do preceito constitucional. Deverá a declaração prever, expressamente, que a falsidade da declaração sujeitará o candidato às sanções civis, administrativas e penais cabíveis, nos termos da lei.

11. testes psicotécnicos

Muitos concursos públicos têm exigido que o candidato se submeta a testes psicotécnicos, como forma de avaliação. Entretanto, muitos desses testes, de avaliação subjetiva, têm aliado do certame bons candidatos, sem nenhuma justificativa plausível para a inabilitação.

O teste psicotécnico deve arriar-se em critérios objetivos que permitam ao candidato, de um lado, conhecer as razões de sua inabilitação, e de outro, exercer o seu constitucional direito de defesa, com todos os recursos a ele inerentes.

Nesta linha de entendimento, pro nunciou-se o Ministro Francisco Rezek, no RE-112676/MG:

“Concurso público. Polícia Federal. Exame psicotécnico. Entrevista carente de rigor científico. Eliminação de candidato, afinal de autorizada pelo judiciário, por ilegalidade, em mandado de segurança. Quando a lei do Congresso prevê a realização de exame psicotécnico para ingresso em carreira do serviço público, não pode a administração travar o tiro significativo curial das palavras, qualificando como exame a entrevista em clausura, de cujos parâmetros técnicos não se tenha notícia. Não é exame, nem pode integrá-lo, uma aferição carente de qualquer rigor científico, onde a possibilidade teórica do arbítrio, do capricho e do preconceito não conheça limites.”

Nomes mo julgado, consta do voto do relator o seguinte trecho, bastante elucidativo:

“É certo que a psicologia vive ainda hoje um estágio primitivo, em grande parte experimental, de sua evolução como ciência. Tanto não significa que no seu domínio não se conheçam, e não se pratiquem, de longa data, em nações de vanguarda, diversos métodos de avaliação da habilidade de profissionais dos candidatos ao serviço público. Essas práticas merecem o nome de exames na medida em que as sentam sob o pretexto de valores reconhecidos, qual sucede no âmbito da medicina geral.”

A questão cinge-se às seguintes premissas, necessárias ao estabelecimento de uma gestão transparente e organizada na Administração Pública:

I – que se jame estabelecidos critérios objetivos prévios para a realização dos testes, vale dizer, de conteúdo científico;

II – que do resultado do exame tenha o candidato amplo conhecimento;

III – que lhe seja dada oportunidade para contestar tanto os critérios como o resultado em si, por intermédio de recurso administrativo, e do qual também deverá ter ciência dos motivos de sua eventual rejeição.

O atendimento a essas premissas deveria constar expressamente dos editais de concurso.

12. ônus dos exames pré-admissionais

Como se não bastassem os altos custos das taxas de inscrição, em geral, muitos órgãos da Administração Pública têm cominado aos candidatos, também o custo dos exames pré-admissionais, quando este deveria ser do órgão contratante.

Estes exames, em princípio, visam assegurar o interesse da Administração, em um maior espectro, o interesse público, evitando o bloqueio de uma vaga no serviço público por um candidato que não poderá exercê-lo a contento. É a prevalência do interesse público sobre o estritamente privado.

Se é interesse da Administração, dela deverá ser o respectivo ônus. Por outro lado, lembrando o princípio da legalidade, o particular não pode ser forçado a arcar com o custo dos exames sem lei formal que o obrigue.

Importante ao tema é a afirmação do órgão técnico, no sentido de que “... em boa posssa o candidato se valer da rede pública de saúde, pode ocorrer que, por de ficiência do sistema, perca o prazo para a investidura no cargo.”

Justamente por não haver legislações a respeito, é conveniente que as Cortes assemtem o entendimento no sentido de que o custo dos exames pré-admissionais deverá ser de responsabilidade do órgão a que interessa o concurso público.

13. exame laboratorial – HIV

Dentre os exames pré-admissionais exigidos, um em especial tem causa do certo desforço aos órgãos da Administração, assim como à comunidade de forma geral: o exame HIV.

A particular preocupação, também afeta aos órgãos de controle, diz respeito à possibilidade de que o portador da síndrome ingressando no serviço público e, imediatamente, em decorrência de sua moléstia, requeira aposentadoria com proventos integrais.

Teríamos, mais uma vez, que suscitá-lo o interesse público como prevalente em relação ao interesse do particular. Ainda que se possa fazer alguma incursão quanto ao princípio da moralidade, mais adequada seria uma providência prévia, evitando-se o prejuízo à sociedade.

Em recente parecer da unidade técnica do Tribunal de Contas do Distrito Federal, asse riu com certa razão o parecerista “... O Estado tem-se preocupado com as pessoas portadoras de HIV e, por isso, tem realizado ações no sentido de amenizar o estigma que essas pessoas levam consigo.”

No entanto, é preciso considerar que a sociedade de tem interesses mais abrangentes do que o estritamente particular. A questão social relativa aos portadores de

Aids não é mais im por tan te que a de ou tros ex tra tos da so ci e da de. O fato é que o can di da to a uma vaga no ser vi ço pú bli co deve pos su ir boa sa ú de para o exer cí cio do car go, ou de ou tro modo, po de rí a mos ter o caso de um can di da to por ta dor do ví rus que as su ma o car go pú bli co, en tre de li cen ça mé di ca, não tra ba lhe um ú ni co dia e ten ha o di re i to as se gu ra do a uma apos en ta do ria com pro ven tos in te gra is, bem como pen são vi ta lí cia ao cõn ju ge e de pen den tes. Uma re la ção cus to/be ne fí cio ex trem a men te pe no sa para or ga ni s mo so cial.

É ne ces sá rio que as Cortes de Con tas se pro nun ci em so bre es sas si tu a ções li mi tes, como por exem plo exi gin do que o ser vi dor exer ça o car go por um mí ni mo de cin co anos para a in te gra li za ção do di re i to.

Mas so men te isso não é bas tan te, já que o pon to com por ta ma i o res dis cus sões. Se ria de me lhor tom que tam bém o Che fe do Exe cu ti vo, a quem cabe pro por as leis re la ti vas ao funcio nali s mo pú bli co, re metes se pro je to de lei re gu lan do o tema.