JURISPRUDÊNCIA

TC 72.002.597/97-23

Consulta - CET - concurso para formação de cadastro para preenchimento de vagas futuras e não a vagas preexistentes - regularidade do procedimento (v.u.) - CF, art. 37, III e IV.

Exmo. Sr. Consº Relator

Versa o presente sobre consulta formulada por Aud II à Assessoria Técnica Jurídica, a respeito da legalidade de concurso público, a ser realizado pela Companhia de Engenharia de Tráfego - CET, com a finalidade de formação de cadastro.

Respondeu aquela Assessoria Técnica que o concurso público é procedimento administrativo dotado de finalidade específica, consistente no preenchimento de vagas, de sorte que, inexistentes as vagas, inexistente também a finalidade pública exigida, o que viciaria o procedimento, por desvio de poder. Arrimou-se em lições doutrinárias que expendem a mesma conclusão, opinando pela irregularidade do concurso público em exame, dada a sua finalidade expressa de criação de um banco de concursados e não do preenchimento de vagas (fls.09/11).

A CET prestou esclarecimentos, informando que seu quadro de recursos humanos apresenta uma rotatividade muito mais acentuada do que a verificada na administração pública direta, anotando que o tempo despendido para a realização de um concurso público é de aproximadamente nove meses, segundo sua prática ao longo dos anos. Esclareceu ainda, que, tendo já realizado dois concursos para formação de cadastro, a manutenção da qualidade e dos serviços por ela prestados somente foi possível graças à existência de cadastro de candidatos habilitados pela fundação Carlos Chagas, possibilitando o pronto preenchimento das vagas que surgiram no prazo de validade dos mencionados concursos (fls.12/14). Posteriormente, acrescentou que nenhum valor foi despendido pela Companhia, tendo sido as despesas do concurso suportadas pelos próprios candidatos, sendo unânimes a doutrina e a jurisprudência no tocante à inexistência do direito do candidato aprovado à nomeação (fls.16/17).

A Procuradoria da Fazenda Municipal sustentou a legitimidade da conduta da origem, tendo em conta o princípio da economicidade, pelo qual basta a previsão de ocorrência de vagas e não sua efetiva existência para justificar a abertura de concurso público, prática também adotada pela Administração Direta nos Editais dos seus concursos, que se referem ao preenchimento das vagas existentes e das que se abrirem no período de validade do certame. Acrescentando que a defesa da Origem havia denotado a existência de vagas, finalizou opinando pela regularidade do certame, propondo duas recomendações: a primeira no sentido de as contratações respeitarem rigorosamente a

ordem de classificação e a segunda relativa ao maior apuro na redação das cláusulas dos editais, para evitar quaisquer dúvidas (fls.18/21)

Cumpre, em primeiro lugar, registrar a escassez de doutrina sobre a matéria, o que exalta o mérito do parecer da Dra. Eveni Longo, da Assessoria Técnica Jurídica desta Corte, que expõe de forma clara e precisa o seu entendimento e fundamenta a sua conclusão, encartando-a em princípios próprios do direito administrativo.

José Afonso da Silva refere-se apenas vagamente ao assunto, ao dizer que a abertura de concurso "demonstra a existência de vagas" (Curso de Direito Constitucional Positivo, 6ª ed. RT, p.571).

Diógenes Gasparini é mais preciso, ao asseverar que o concurso somente pode ser aberto se existir cargo vago, "pois só a necessidade do preenchimento do cargo justifica esse certame" (Direito Administrativo - Saraiva - 4ª ed. - 1995 - p.210).

Seria, porém, equivocado extrair-se desse entendimento a conclusão de que no sistema jurídico pátrio o concurso somente se justifica para o preenchimento das vagas existentes no momento de sua abertura. A isso se opõe o inciso III, do art.37, da Constituição Federal, que estabelece o prazo de até dois anos para a validade do concurso, além da possibilidade de sua prorrogação. Vale dizer, as vagas a serem consideradas são não só as existentes na abertura do concurso, como as que se verificarem durante o período de sua validade e portanto inexistentes naquele primeiro momento.

É o que conclui Celso Antonio Bandeira de Mello, ao analisar o inciso IV, do art.37, da Constituição Federal: "...a partir da Constituição, em qualquer concurso os candidatos estarão disputando tanto as vagas existentes quando de sua abertura quanto as que venham a ocorrer ao longo do seu período de validade ..." (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, 2ª ed. RT - 1991, p.74).

Esse é o sistema adotado em Portugal, mesmo na ausência de norma escrita, como elucida Marcello Caetano, que destaca a prática de duas espécies de concurso para recrutamento de pessoal: " os concursos de habilitação e os concursos de provimento. O concurso de habilitação destina-se a determinar quais os indivíduos aptos a ingressar em certa categoria para depois serem providos nas vagas que se abram de lugares ou cargos dessa categoria durante o prazo marcado por lei para sua validade (...). O concurso de provimento é um concurso aberto para preenchimento da vaga de um cargo de certa categoria e a que podem apresentar-se os indivíduos declarados aptos, em anterior concurso de habilitação ou, quando este não seja exigido, que estejam nas condições legais para o exercício do lugar" (Manual de Direito Administrativo - Almedina, Coimbra - 1990 - 10ªed.Tomo II, p.664).

Pinto Ferreira também se refere a sistemas semelhantes na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde não há necessidade de vagas para a abertura de concursos: "Na Inglaterra existe um júri de concurso permanente, formado de comissários do Serviço Civil. Expedem certificados para todos os serviços subalternos, além dos concursos limitados para determinadas funções. Nos EUA o sistema se assemelha" (Comentários à Constituição brasileira - Saraiva - 1990, p.371).

O Brasil não conhece o sistema do duplo concurso.

Além disso, como já se apontou, irrepreensível a formulação teórica posta no parecer da ATJ, eis que afinada com a melhor doutrina.

Esclarece, com efeito, Maria Sylvia Zanella di Pietro, que a finalidade do ato administrativo tem dois sentidos diferentes: em sentido amplo corresponde à consecução de um interesse público, e em sentido restrito é o resultado específico que cada ato deve produzir conforme definido na lei: "Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por desvio de poder" (Direito Administrativo - 5ª ed. - Alves - SP, 1995, p.174).

No caso, embora se constate uma finalidade pública evidente na formação de um banco de concursados, apto a impedir a solução de continuidade dos serviços prestados pela entidade paraestatal - dado o seu alto índice de rotatividade de pessoal - a finalidade específica do concurso público foi desatendida, se considerados os estritos termos do Edital.

Forçoso porém é convir que um dado novo foi introduzido pela Constituição Federal de 1988. Assentado pela doutrina dominante estarem as entidades paraestatais submetidas à regra do concurso público, inclusive as prestadoras de serviços públicos, novos mecanismos teriam que ter sido criados para atender às especificidades dessas estatais, sabidamente sujeitas a altos índices de rotatividade de pessoal, além de mais vulneráveis às greves, em virtude de uma experiência cultural diversa da conhecida pela Administração Direta.

O publicista italiano Bachelet, conhecido por seu empenho científico na integração entre o quadro constitucional e a atividade administrativa, observa uma certa lentidão no acompanhamento do direito administrativo à mudança constitucional, que entretanto, não deixa de ocorrer: "notam-se lentos, mas constantes processos de sedimentação de novos institutos que, embora apresentando-se, de início, como parciais inovações que não atingiam a lógica do sistema originário, acabaram por multiplicar-se, modificando em profundidade o quadro da Administração" (Evoluzione del ruole e delle strutture della pubblica amministrazione - apud Odete Medauar in O Direito Administrativo em Evolução - RT. SP - 1997, p.160).

Atenta às teses jurídicas relativas à integração da Constituição e do direito administrativo, produzidas na análise de ordenamentos jurídicos de países diversos, conclui Odete Medauar que essas ponderações permitiriam deduzir o seguinte: "o direito constitucional mantém-se estável, ao menos na forma, e por conseguinte, ocorreria estabilidade no direito administrativo. Ou o seguinte: se o direito constitucional muda, também muda o direito administrativo. E se não muda, deveria mudar" (op. cit. p.161). (grifei).

No caso concreto, seria necessária a edição de lei prevendo a possibilidade de concurso público de habilitação, para promover a desejada adequação do direito administrativo ao sistema constitucional vigente, dada a incidência, também pacificamente aceita, do princípio nominalista, no sentido de se considerar interesse público o que a lei diz que é.

As considerações feitas levam-me entretanto a endossar a manifestação da Procuradoria da Fazenda Municipal, que investe apenas contra a redação do Edital - que, ao que tudo indica, deixou de considerar as vagas existentes - invocando a inexistência de má-fé e de lesão ao erário na conduta impugnada, para propor o reconhecimento da regularidade do concurso em pauta.

É o que também recomendo e submeto à consideração de Vossa Excelência.

São Paulo, 29 de agosto de 1.997

JOÃO ALBERTO GUEDES
Secretário-Diretor Geral

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do processo TC nº 72-002.597/97*23, devolvidos, na presente sessão, pelo Conselheiro ANTONIO CARLOS CARUSO, após vista que lhe fora concedida na 1.766ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE – Relator.

CONSIDERANDO a auto-aplicabilidade da Norma Constitucional, que exige aprovação prévia em concurso público;

CONSIDERANDO a determinação, já exarada por esta Corte, no TC nº 72.008.025.93-89, de não contratar sem o referido procedimento;

CONSIDERANDO a impossibilidade de a empresa em questão ficar aguardando resultado de concurso a cada vaga surgida em seu quadro funcional celetista,

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, em considerar regular o procedimento, determinando à Origem, que fique claro, nos editais, que o concurso se destina à formação de cadastro para futuras vagas e não para vagas preexistentes.

Participaram do julgamento os Conselheiros ANTONIO CARLOS CARUSO – Revisor "ad hoc" na 1.766ª S.O., EURÍPEDES SALES e EDSON SIMÕES.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de outubro de 1997.

WALTER ABRAHÃO
Presidente

PAULO PLANET BUARQUE
Relator na 1.766ª S.O.