

**CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TERCEIROS PELA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: DELINEAMENTOS PARA A CONFIGURAÇÃO DE ATO DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

**HIRING ILLEGAL THIRD PARTY FOR PUBLIC OFFICE: DELINEATIONS FOR
CONFIGURATION OF IMPROBE ACT**

Júlio César Souza dos Santos¹⁴⁵

RESUMO

O presente artigo visa examinar a possibilidade de responsabilização por ato de improbidade administrativa, de acordo com a Lei nº 8.429/92, diante da contratação irregular de terceiros pela Administração Pública, a qual pode se dar através de irregularidades na contratação temporária por excepcional interesse público e na terceirização. Neste contexto, a partir de uma análise teórico-descritiva buscar-se-á demonstrar a caracterização de ato ímprobo quando tais contratações não observarem determinados requisitos. Os requisitos em questão serão sistematizados tomando como substrato as exigências legais e constitucionais a partir de uma leitura principiológica e teleológica destes institutos. Desta forma, buscar-se-á, a um só tempo, identificar critérios para afastar condenações desproporcionais diante da prática de meras irregularidades, em regra sanáveis, assim como para punir os maus gestores por atos administrativos eivados de desvio de finalidade, em clara afronta aos princípios e às regras que norteiam a atividade da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Contratação temporária. Terceirização. Desvio de finalidade. Proporcionalidade. Improbidade.

ABSTRACT

This article aims to examine the possibility of accountability for acts of “administrative improbity”, as defined by the Law nº 8.429/92, in face of the irregular hiring of third parties by the Public Office, which may be attained through irregularities in the temporary hiring by exceptional public interest and in outsourcing. In this context, from a theoretic-descriptive analysis, we will try and demonstrate the description of “improbe act” when such hiring don't comply with certain legal requirements. Such requirements will be codified in light of the legal and constitutional requirements, based on principles and teleology standpoint. This way we will try and identify, at once, both the criteria on which to repel disproportionate punishment in face of mere misdemeanors, as a rule rectifiable, as well as to punish bad managers for administrative acts riddled with ends desviation, which clearly affronts the principles and rules that guide the Public Office activity.

KEYWORDS: Temporary hiring; Outsourcing; Deviation of purpose; Proportionality; Misconduct.

¹⁴⁵ Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Graduado em Direito e em Biomedicina pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Servidor do Ministério Público Federal.

1. INTRODUÇÃO

Em especial relevo dado ao princípio da isonomia, a Constituição Federal de 1988 passou a exigir, em regra, a realização de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos diante da necessidade de pessoal para a prestação dos serviços estatais. Atualmente, entende-se que tal exigência abrange não apenas os órgãos da Administração Direta, mas também as entidades da Administração Indireta, sejam públicas, como as autarquias e as fundações públicas de direito público, sejam privadas, como as fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente de prestarem serviço público ou exercerem atividades econômicas.

Entretanto, dado o imenso tamanho da máquina estatal e seu amplo espectro de atuação, nem sempre é possível ou recomendável que o exercício de tais atividades se dê através de servidores públicos efetivos, sob pena de prejuízo ao interesse público. Dessa forma, torna-se possível, em caráter excepcional, a contratação precária de terceiros pela Administração Pública.

Nesse contexto, esta espécie de contratação caracteriza-se pela formação de vínculo transitório entre a Administração Pública e terceiros, apresentando-se, de forma geral, através de duas vertentes: contratação temporária por excepcional interesse público e terceirização. Caracterizadas pela contratação célere e econômica, tais contratações são amplamente utilizadas como meio de proporcionar o exercício de funções públicas de forma mais flexível.

Com efeito, não obstante a existência de diplomas regulamentadores destas matérias e da necessidade de conformação dos atos de admissão com os princípios norteadores da Administração Pública, é comum e recorrente a existência de vícios na celebração destes contratos.

Assim, a partir de uma breve apresentação do conceito moderno de improbidade administrativa e da contextualização destas contratações precárias, verifica-se a possibilidade de delineamento de fatos ou atos capazes de demonstrar a prática de ato ímprobo diante da ocorrência de tais situações.

Nessa ordem de ideias, o presente estudo visa estabelecer vetores para a caracterização de atos de improbidade administrativa diante de vícios existentes nestes contratos. De forma específica, pretende-se explicar em que medida tais circunstâncias podem influenciar para a configuração do ato ímprobo e as possíveis causas excludentes do dolo necessário para tal ocorrência.

As sanções previstas como consequência da prática de atos ímprobos são severas e exigem, na análise do caso concreto, a ponderação necessária para evitar condenações

abusivas, o que demonstra a importância da discussão acerca da delimitação dos atos em questão.

2. LINHAS GERAIS ACERCA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Etimologicamente, o vocábulo “probidade” é originário do latim *probitas*, do radical *probus*, que significa *crescer retilíneo* (expressão usualmente aplicada às plantas). Posteriormente, foi utilizada em sentido moral, de forma a dar origem aos termos relacionados à aprovação e reprovação. Significa, assim, a atitude de respeito total aos bens e direitos alheios, apresentando-se como ponto fundamental para a integridade do caráter (SERRANO; PAZETO, 2014, p. 49).

Dessa forma, a despeito da dificuldade na conceituação do que seria improbidade administrativa, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceiro, comumente de forma dolosa, contra as entidades gestoras de recursos públicos, capaz de ocasionar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública.

No entanto, a improbidade não se confunde com mera ilegalidade ou com a conduta em desacordo com a lei, pois, se tal raciocínio fosse verdadeiro, a quase totalidade das irregularidades administrativas implicaria em atos ímprobos (RIZZARDO, 2014, p. 354). Por conseguinte, é de suma importância delinear peculiaridades para a correta caracterização e imputação do ato de improbidade administrativa ao gestor público diante da prática de atos de maior gravidade, violadores de princípios e deveres fundamentais da Administração Pública, principalmente quando se tem em vista a gravidade das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Corroborando com esta necessidade a postura de parte da doutrina que, na tentativa de inovar, busca construir um conceito “seletivo” de improbidade, sempre circundando por um número tal de exceções que dificulta a individualização das próprias regras propostas pela Lei nº 8.429/92. Apesar de reconhecerem o caráter normativo dos princípios constitucionais, tais ideias não costumam visualizar nestes princípios elementos estruturais da improbidade administrativa, o que termina por demonstrar curiosa contradição (GARCIA; ALVES, 2013, p. 102).

E mais: como substrato desta postura seletiva, defendem a necessidade de garantir a segurança jurídica dos agentes públicos, que poderiam ser atingidos por uma ampla liberdade valorativa do intérprete no delineamento de princípios. No entanto, ignoram que o *caput* do art. 37 da Constituição dispõe expressamente sobre o dever de observância, pelos agentes públicos, dos princípios regentes da atividade estatal (GARCIA; ALVES, 2013, p. 103).

Tendo como pano de fundo esta discussão e utilizando-se do princípio da proporcionalidade como balizador, será apresentada uma análise acerca dos requisitos das contratações em questão e a consequente possibilidade de desvio de finalidade. Com efeito, visa-se oferecer substratos para uma maior efetividade no combate à improbidade, fato crucial à preservação do princípio da moralidade administrativa e ao desenvolvimento dos serviços públicos.

3. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE TERCEIROS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O exercício precário de atividades na Administração Pública caracteriza-se pela existência de relações de trabalho marcadas pela instabilidade entre o Estado e terceiros – pessoas físicas, intermediadas ou não por pessoas jurídicas. Com efeito, as relações em questão ostentam as características de excepcionalidade e temporariedade, haja vista que a Constituição Federal exige, em regra, que as atividades estatais sejam exercidas por agentes regularmente aprovados em concurso público.

Nesse sentido, apresentando-se a contratação precária em desacordo com os diplomas legais regulamentadores da matéria ou diante da violação aos princípios norteadores da atividade administrativa, estará caracterizada, em tese, a contratação irregular de terceiros.

De modo geral, é possível observar o desvirtuamento deste instituto de duas formas: pela contratação irregular de indivíduos para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, em desacordo com a previsão constitucional do art. 37, IX, ou através da contratação de indivíduos por meio de empresas prestadoras de serviço para a realização de atividades típicas de cargos efetivos através da terceirização.

Os servidores previstos no art. 37, IX, da Constituição Federal, são contratados para exercer funções em caráter temporário, mediante regime jurídico especial a ser disciplinado em lei de cada unidade da federação¹⁴⁶. Estes servidores não ocupam cargo, mas função pública, cujo provimento não exige, necessariamente, a realização de procedimento concorrencial, dado que a urgência na contratação muitas vezes é incompatível com a demora na realização do certame (DI PIETRO, 2014, p. 606).

Por outro lado, a terceirização constitui-se em fenômeno pelo qual há a formação de um modelo trilateral diante da contratação de mão de obra (obreiro) por intermédio de empresa prestadora de serviços (contratada) para a realização de tarefas na empresa tomadora de serviços (contratante), que neste caso será a Administração Pública.

¹⁴⁶ Na esfera federal, a contratação temporária, com base no artigo 37, IX, está disciplinada pela Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993, alterada por leis posteriores.

Através desta espécie de contratação, o trabalhador insere-se no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justralhistas, que permanecem juntos à empresa prestadora de serviços. Por conseguinte, a administração, ao terceirizar serviços, recebe a prestação da atividade mas não assume a posição clássica de “empregador” (DELGADO, 2012, p. 832).

3.1. CONTRATAÇÃO POR EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO E CONFIGURAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 37, IX, da Constituição Federal, trouxe aos entes estatais, a título de exceção à regra do concurso público, a possibilidade de realizar contratações por tempo determinado e em caráter excepcional. Trata-se, na verdade, de suprimento de pessoal diante de contingências que fujam da normalidade e que presumem, portanto, admissões provisórias que reclamam satisfação imediata e temporária (MELLO, 2015, p. 292).

Inicialmente, o texto constitucional em questão trata-se, na clássica sistematização de José Afonso da Silva, de norma constitucional de eficácia limitada, porquanto afirma que “a lei estabelecerá” os casos em que tais contratações são permitidas. Desta maneira, a lei regulamentadora deverá ser editada pelo ente federativo que pretender realizar tais contratações, de acordo com seus interesses, sendo vedada, portanto, a utilização de lei editada por outro ente (CARVALHO FILHO, 2013, p. 604).

O próprio dispositivo em questão norteia que tal relação é de natureza contratual. Trata-se, na verdade, de contrato administrativo de caráter funcional, que diverge dos contratos administrativos de caráter geral por expressar um vínculo de trabalho entre a Administração Pública e o servidor. Neste caso, o contratado temporariamente não exerce cargo efetivo, mas desempenha função pública submetida a regime especial de contratação, ou seja, é mero prestador de serviço que exerce atribuições públicas sem ocupar cargo ou emprego público (FURTADO, 2007, p. 876).

Dessa maneira, a contratação por excepcional interesse público deve obedecer, ao mesmo tempo, às exigências constantes na Constituição Federal e nas leis editadas por cada ente da federação, que devem estar calcadas nos princípios norteadores da Administração Pública, sob pena de caracterizar, em tese, ato de improbidade administrativa. Na busca de uma breve sistematização, para a legítima contratação excepcional deve o administrador atentar aos seguintes requisitos:

a) Existência de lei regulamentar: para a realização das contratações temporárias deve existir lei específica do ente federativo que pretende contratar, disciplinando os casos que

ensejam tais contratações; o procedimento para a seleção e os casos nos quais esta é dispensada; o prazo máximo de celebração do contrato e a possibilidade de prorrogações; a quantidade de contratações; a remuneração; e demais caracteres do regime jurídico a ser aplicado.

Além disso, entende o Supremo Tribunal Federal (STF) que as leis que autorizam contratações temporárias não podem fixar hipóteses abrangentes ou genéricas sem especificar a contingência fática que, caso presente, demonstraria um estado de emergência. Assim sendo, não pode a lei simplesmente atribuir ao Chefe do Poder Executivo interessado na contratação a competência para estabelecer os casos nos quais as contratações seriam possíveis a partir de conceitos legais abertos e indeterminados¹⁴⁷.

b) Presença dos pressupostos constitucionais: neste ponto, deve o gestor público demonstrar que as contratações em questão obedecem aos critérios de temporariedade e excepcionalidade, conforme o disposto na Constituição Federal. Desse modo, a necessidade que justifica tais contratações deve ser sempre temporária, pois, caso seja permanente, deve o Estado criar cargos ou empregos públicos e provê-los através de concurso público.

Ademais, como consequência desta característica, tais contratos devem possuir prazo determinado, sendo vedada a possibilidade de prorrogações sucessivas. Por fim, deve o interesse público ser excepcional, na medida em que situações ordinárias não permitem a contratação de tais servidores, a exemplo de uma demanda sazonal ou adicional, comuns no serviço público e passíveis de suprimento por remanejamento de pessoal ou por maior esforço dos servidores já existentes.

c) Existência de prévia dotação orçamentária: de acordo com o art. 169, § 1º, da Constituição Federal, a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, só poderão ser feitas se houver prévia dotação orçamentária, ressalvadas as empresas públicas e sociedades de economia mista¹⁴⁸.

d) Não existência de vedações: deve o agente público verificar se não há óbices legais à contratação estatal. A título exemplificativo, a lei eleitoral veda a contratação de servidores ou empregados públicos, ainda que temporários, dos três meses que antecedem o pleito até a posse dos eleitos (Lei nº 9.504/97, art. 73, V); assim como é vedado ao gestor praticar ato que resulte em aumento das despesas com pessoal através de ato expedido nos últimos cento e

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.430. Min. Rel. Ricardo Lewandowski. Brasília, 12 de abril de 2009. **DJe**, 25 de agosto de 2009. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 658.026. Min. Rel. Dias Toffoli. Brasília, 09 de abril de 2014. **DJe**, 31 de outubro de 2014.

¹⁴⁸ O dispositivo em questão também exige a autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que demonstrar-se-á inadequada diante de situações marcadas pela urgência e que exigem, consequentemente, contratações imediatas.

oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo poder (Lei Complementar nº 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal –, art. 21, parágrafo único).

e) Realização de processo seletivo simplificado ou concurso público: em regra, às contratações temporárias deve ser aplicada a regra geral do concurso público, que neste caso sofre certa flexibilização diante da possibilidade de realização de processo seletivo simplificado, mais célere em relação ao primeiro.

Neste caso, deve ser levado em conta, tanto quanto o possível, as regras gerais observadas na realização de concursos públicos, a exemplo da ampla publicidade e da garantia de interposição de recursos. No entanto, quando a realização de certame se demonstrar incompatível com a urgência destas contratações, pode o administrador dispensar a sua realização, a exemplo de situações de calamidade pública, emergência ambiental ou saúde pública.

f) Formalização das contratações: todas as contratações devem ser formalizadas através de instrumento contratual escrito e assinado entre as partes, o qual se apresenta como contrato administrativo especial, conforme já citado. Inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (STJ) que tais contratações não revelam qualquer vínculo trabalhista disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), cabendo à Justiça Comum julgar questões envolvendo o pagamento de verbas decorrentes da celebração destes contratos, da mesma forma que os servidores estatutários, ainda que a lei estadual ou municipal estabeleça o regime celetista¹⁴⁹.

Desta feita, a contratação irregular de terceiros com fulcro no art. 37, IX, da Constituição Federal, é passível de caracterizar ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (Lei nº 8.429/92, art. 11), desde que presentes determinados requisitos, a serem analisados no caso concreto. Inicialmente, quanto ao elemento subjetivo da conduta, exige-se a comprovação do dolo por parte do agente público, não sendo suficiente a mera prática de ato ilegal¹⁵⁰.

Todavia, não é necessária a existência de enriquecimento por parte do agente público, assim como é dispensada a demonstração de dano ao erário, seja ele direto ou indireto. Pela própria topografia do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, verifica-se o seu caráter residual em relação às tipificações constantes nos artigos 9º e 10, haja vista que as normas

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 784.188. Min. Rel. Joaquim Barbosa. Brasília, 10 de maio de 2009. **DJe**, 23 maio 2011. No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no CC nº 38.459. Min. Rel. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 22 de outubro de 2003. **DJe**, 17 de novembro de 2003.

¹⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp nº 221.770. Min. Rel. Herman Benjamin. Brasília, 04 de novembro de 2014. **DJe**, 27 de novembro de 2014.

referentes à violação dos princípios da Administração Pública somente serão aplicadas quando não constatado o enriquecimento ilícito ou o dano ao erário (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 279).

Nesse sentido, contratações realizadas sem a existência de lei anterior do ente federativo que regulamente o regime de contratação e todas as especificidades do regime jurídico são flagrantemente violadoras de norma constitucional expressa, cujo desconhecimento é inescusável, caracterizando dolo do agente público, ainda que eventual, de acordo com o art. 11, I, da Lei nº 8.429/92. Ora, a Constituição Federal está em vigor há mais de vinte e oito anos, não sendo razoável a alegação de desconhecimento da norma, principalmente quando leva-se em conta que é dever do agente público pautar toda a sua atuação de acordo com o princípio da legalidade.

Na verdade, há, nestes casos, verdadeira violação ao referido princípio, fundamento do Estado Democrático de Direito, no sentido de que nada pode a Administração Pública que não esteja consagrado no ordenamento jurídico. No entanto, a violação que aqui se apresenta diz respeito à legalidade em sentido amplo, caracterizadora do princípio da juridicidade, que visa o respeito a todo o sistema jurídico, não apenas em relação às regras, como também aos princípios (BITENCOURT NETO, 2005, p. 127).

Trata-se muito mais do que simples irregularidade formal. Entender de forma diversa poderia levar o agente público a realizar contratações à sua livre vontade, sem qualquer amparo legal. Consequentemente, abre-se espaço para a ocorrência de favoritismos e livre determinação das diversas características de tais admissões, como o tempo de duração dos contratos e a quantidade de contratos a serem assinados, em clara usurpação da competência legislativa.

Entretanto, ponderações devem ser realizadas na análise do caso concreto, sempre a partir dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesta perspectiva, estará descaracterizado o ato de improbidade administrativa quando as admissões se derem em virtude de caso fortuito ou força maior passíveis de gerar graves danos à coletividade e que exigem, portanto, rápida e efetiva ação estatal, a exemplo de severos danos ambientais ou à saúde coletiva.

No mesmo sentido, as contratações ou prorrogações irregulares realizadas com fundamento em lei local não são aptas, por si só, a caracterizar ato de improbidade administrativa. Isto porque a referida lei goza de presunção de constitucionalidade, o que

descaracteriza, em uma análise perfunctória, o elemento subjetivo doloso¹⁵¹.

Também de acordo com o mandamento constitucional citado, devem as contratações obedecer aos critérios de temporariedade e excepcionalidade. À vista disso, as contratações devem possuir prazo fixado, cujo máximo e suas possíveis prorrogações devem estar previstos em lei específica. Consequentemente, é vedada a celebração de contratos por prazo indeterminado, ao contrário da regra dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Da mesma forma, são vedadas sucessivas prorrogações destes contratos, tendo em vista a desnaturação do critério de temporariedade.

Já a excepcionalidade estará caracterizada diante da ocorrência de situações extraordinárias, para as quais o provimento efetivo demonstre-se ineficiente – seja pela sua demora, seja pela desnecessidade de preenchimento permanente de cargos após o evento imprevisível. Logo, a realização de contratações precárias marcadas pela elevada duração dos contratos, pelo número manifestamente desproporcional de contratações ou pela não existência de situação excepcional caracterizam desvio de finalidade nas contratações, demonstrando o elemento doloso da conduta e a consequente caracterização do ato de improbidade administrativa.

No entanto, a contratação de servidores temporários para o exercício de serviços públicos regulares e permanentes, a exemplo das atividades desenvolvidas na área de saúde, educação e segurança pública, não caracteriza, por si só, ato ímprobo. Isto porque a natureza da atividade a ser exercida – eventual ou permanente – não é elemento preponderante para legitimar a contratação temporária, porquanto o que é fundamental para a contratação é a necessidade e excepcionalidade do interesse público a justificá-la¹⁵². Nesta perspectiva, o que deve ser temporária é a *necessidade*, não a *atividade em si considerada*, conforme Cármem Lúcia Antunes assevera:

Pode-se ter, contudo, situação em que o interesse seja regular, a situação comum, mas advém uma circunstância que impõe uma contratação temporária. É o que se dá quando há vacância de cargo de magistério antes de novo concurso para prover o cargo vago ou quando se tem o afastamento temporário do titular do cargo em razão de doença ou licença para estudo etc. O magistério tem de ser desempenhado, o aluno tem direito a ter aula, e o Estado tem o dever constitucional de assegurar a presença do professor em sala. Há, então, a excepcionalidade do interesse público determinante da contratação. Aqui a excepcionalidade não está na singularidade da atividade ou no seu contingenciamento, mas na imprevista, porém imprescindível,

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.231.150. Min. Rel. Herman Benjamin. Brasília, 13 de março de 2012. **DJe**, 12 de abril de 2012.

¹⁵² Recentemente, o entendimento anterior acerca da impossibilidade de contratações temporárias relacionadas a atividades permanentes sofreu temperamentos no âmbito do STF, de forma que os últimos julgados apresentaram-se alinhados com o exposto. Neste sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.247. Min. Rel. Cármem Lúcia. Brasília, 25 de maio de 2014. **DJe**, 15 de agosto de 2014.

prestação, que impõe que o interesse tenha de ser atendido, ainda que em circunstância excepcional. A necessidade da contratação é temporária, e o interesse é excepcional para que ocorra o desempenho da função naquela especial condição (ROCHA, 1999, p. 241).

Situação ainda mais grave ocorre diante da contratação de servidores temporários quando há candidatos aprovados em concurso público eficaz mas não nomeados, em clara situação de preterição. Todavia, a mera contratação de terceiros durante o prazo de eficácia do concurso público não é apta, por si só, a caracterizar irregularidade ou ato de improbidade administrativa.

Neste caso, para a configuração de ato ímprobo é necessária a união dos seguintes requisitos: i) existência de concurso público eficaz; ii) existência de cargos ou empregos públicos vagos; iii) existência de candidatos aprovados e não nomeados; iv) contratação de terceiros para a realização de atividades típicas ou análogas às que seriam desempenhadas pelos candidatos aprovados. Diante da reunião destes requisitos, estará configurada a conduta dolosa e o consequente cometimento de ato de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 11, II e V).

Nesse contexto, a contratação temporária de terceiros para exercerem funções em prejuízo de candidatos aprovados em concurso público afronta o livre acesso aos cargos e empregos públicos, caracterizando ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, à luz do art. 11, incisos I e V, da Lei nº 8.429/1992.

Não obstante o entendimento inicial do STJ tenha se dado em sentido oposto, de forma que tal ato ocorreria por mera inabilidade do gestor público¹⁵³, recentemente o referido tribunal vem apresentando posicionamentos no sentido de condenar os gestores responsáveis por atos desta natureza às sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente¹⁵⁴.

Em recente julgado o STJ manteve a condenação de prefeito municipal à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos e multa civil de três vezes o valor de seu subsídio, em virtude do elevado número de contratações temporárias para as mais diversas funções no âmbito municipal, dentre as quais havia candidatos aprovados e não nomeados. Ainda conforme a decisão, a mera alegação de que o agente público atuou em defesa do interesse público com o objetivo de preservar a continuidade da prestação dos serviços públicos não elide a sua responsabilidade, sobretudo quando o conjunto probatório apresenta-

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 917.437. Min. Rel. Luiz Fux. Brasília, 16 de setembro de 2008. **DJe**, 01 de outubro de 2008.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1.346.814. Min. Rel. Herman Benjamin. Brasília, 18 de setembro de 2014. **DJe**, 10 de outubro de 2014.

se insuficiente para tal pretensão¹⁵⁵.

Em decorrência disto, a contratação temporária de terceiros de forma irregular quando há aprovados em concurso público demonstra, a um só tempo, a necessidade no provimento de cargos públicos e o arbítrio do administrador ao não nomear aqueles que haviam sido aprovados. Verificada essa situação, a expectativa de direito à nomeação convola-se em direito líquido e certo, legitimando, inclusive, o Ministério Público a pleitear tal providência em juízo.

Ademais, embora, como já afirmado, seja necessária a demonstração de dolo na conduta, seja ele direto ou eventual, não é necessária a ocorrência de dano ao erário para a configuração do ato de improbidade administrativa em tais casos. Isto porque, na dicção do art. 21, I, da Lei nº 8.429/92, a aplicação das sanções previstas para tais atos independe “da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento”. Conseqüentemente, quando o dano não se apresentar como substrato legitimador da sanção, será elemento prescindível à caracterização da improbidade.

Ainda que as contratações temporárias estejam devidamente legitimadas pelos pressupostos de temporariedade e excepcionalidade, haverá prática de ato ímprobo, em tese, diante da contratação direta sem a realização de concurso público ou processo seletivo simplificado fora das situações previstas em lei regulamentadora.

Neste cenário, o dolo estará caracterizado caso a inexistência de procedimento concorrencial tenha se dado com a intenção de favorecer determinados indivíduos, em desacordo com os princípios da igualdade, moralidade e impessoalidade. Além disso, no que diz respeito ao critério de urgência, o dolo estará presente caso a situação fática não corresponda, inequivocamente, a evento capaz de ocasionar danos caso seja efetivamente realizado o certame.

Importa asseverar que a interpretação do art. 11, VI, da Lei nº 8.429/92, deve ser realizada no sentido de que *frustrar a licitude de concurso público* refere-se a qualquer ato que tenha como fim burlar o caráter competitivo e isonômico de processos seletivos para admissão de pessoal, não importando se, no caso, deve ser realizado concurso público ou processo seletivo simplificado.

Diante da ocorrência de contratações temporárias irregulares, é fundamental a ação dos órgãos de controle externo na tentativa de fazer cessar as irregularidades e, se for o caso, responsabilizar o agente público. Nesse diapasão, em um primeiro momento é crucial a

¹⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.403.361. Min. Rel. Benedito Gonçalves. Brasília, 03 de dezembro de 2013. **DJe**, 26 de maio de 2014.

atuação dos Tribunais de Contas na apreciação da admissão de pessoal para fins de registro, excetuadas as nomeações para provimento de cargos em comissão (Constituição Federal, art. 71, III, e, por simetria, aos Estados-membros). Neste momento, cabe à Corte de Contas verificar se a situação alegada como fundamento destas contratações caracteriza-se como excepcional e temporária, podendo, se necessário, negar registro ao ato de admissão¹⁵⁶.

Dessa maneira, cabe aos Tribunais de Contas não a mera chancela do ato de contratação, mas a realização de verdadeiro controle de verificação da presença dos pressupostos de fato e de direito que cercam o ato sujeito a registro, ou seja, sua atuação deve ir além da mera formalidade (BUSQUETS, 2011, p. 766). Além disso, deve, se for o caso, remeter cópia do referido processo ao Ministério Público para a apuração de possível prática de ato ímprobo que, caso seja confirmado, ensejará a propositura de ação civil por ato de improbidade administrativa, não se excetuando a atuação de ofício ou por provocação da sociedade civil. Por fim, além do *parquet*, é legitimado para a propositura da ação em questão a pessoa jurídica interessada (Lei nº 8.429/92, art. 17), caso no qual o Ministério Público atuará como *custos legis*.

3.2 Fraude na terceirização e configuração de improbidade administrativa

Os processos de terceirização no âmbito da Administração Pública surgiram há décadas como instrumento de melhoria da gestão do interesse público. Nesse sentido, apresenta-se como um instrumento que visa assegurar um sistema de trabalho mais dinâmico e eficiente, permitindo ao Estado executar suas competências essenciais com maior foco, ao passo que repassa a terceiros tarefas assessoriais, de mera execução e com menor custo de produção, as quais seriam executados diretamente. Ampara-se, portanto, na ideia de eficiência e, em tese, a redução de custos.

Nesse contexto, em meio à proposta de Reforma Administrativa na Área Federal, o primeiro diploma a tratar da terceirização no setor público foi o Decreto nº 200/67. Na oportunidade, permitiu-se ao Estado desincumbir-se da realização material de tarefas executivas para impedir o crescimento desmesurado da máquina pública.

Com a promulgação da atual Constituição Federal, a celebração de contratos administrativos passou a exigir, expressamente, a realização de licitação (art. 37, XXI). Desta

¹⁵⁶ A Instrução Normativa do TCU nº 55, de 24 de outubro de 2007, estabelece em seu art. 15 que a negativa de registro de atos de admissão obrigará o órgão ou entidade a cessar todo e qualquer pagamento decorrente do ato impugnado no prazo de quinze dias, contados da ciência da recusa ou da publicação da decisão do Tribunal no Diário Oficial da União. Ainda segundo a normativa, o gestor público possui o dever de comunicar ao Tribunal, no mesmo prazo, as providências adotadas, sob pena de solidariedade na obrigação de ressarcimento das quantias pagas após essa data.

forma, o dispositivo foi regulamentado através da edição da Lei nº 8.666/93, que permitiu a execução indireta de serviços no âmbito estatal (art. 10. II), desde que antecedida de procedimento licitatório que permita a igualdade de condições entre as empresas interessadas.

Ainda na década de 90, o instituto da terceirização de serviços foi utilizado em massa para camuflar a intermediação de mão de obra no setor público a partir de distorções na aplicação da legislação federal. Como consequência, foi publicado o Decreto nº 2.271/97, que trouxe inúmeras vedações no sentido de inibir o desvirtuamento da terceirização (CARELLI, 2003, p. 117).

Não obstante as tentativas no combate ao uso indiscriminado de mão de obra terceirizada pela Administração Pública, verifica-se que este fenômeno ainda é corriqueiro, o que traz à tona a necessidade de traçar limites passíveis de configurar a terceirização ilícita. Por conseguinte, para que seja legítima a terceirização de serviços pelo Estado é necessária a reunião dos seguintes requisitos:

a) Execução de atividades incluídas no rol de competências: fundamentada no binômio supremacia/indisponibilidade do interesse público, a terceirização deve, primeiramente, visar o cumprimento de seus objetivos legais. Logo, deve a terceirização: i) permitir que os entes e órgãos do Estado possam concentrar-se (DL nº 200/67, art. 10, § 2º) nas atividades centrais de suas competências para delas melhor desincumbir-se (DL nº 200/67, art. 10, § 7º); ii) impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa (DL nº 200/67, art. 10, § 2º); e iii) promover maior economicidade e melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis (Decreto nº 2.271/97, art. 2º, III) (AMORIM, 2009, p. 94).

b) Execução de atividades aptas a serem terceirizadas: as atividades passíveis de terceirização devem estar localizadas no âmbito meramente instrumental ou acessório, afastando-se do exercício de atividades típicas estatais, de modo a não atingir as atividades-fim da Administração Pública. Nessa lógica, o Decreto nº 2.271/97, em seu art. 1º, aponta para a preferência, através da execução indireta, de atividades de conservação, limpeza, segurança, reprografia, dentre outras, com o claro objetivo de impedir a contratação de prestadores de serviços para a execução de atividades tipicamente estatais.

c) Vedação à intermediação de mão de obra: os contratos administrativos em questão devem ser celebrados na modalidade prestação de serviços, nunca fornecimento de mão de obra. Assim, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 6º, II, é clara ao delimitar serviços como a "atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse à Administração". Tal previsão termina por vedar, ainda que implicitamente, a contratação para o mero fornecimento de mão

de obra. Tanto é assim que, diante de inúmeras irregularidades na utilização de terceirizados no âmbito da União, o Decreto nº 2.271/97 vedou a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais de serviços que permitissem a caracterização exclusiva do objeto como de mão de obra (art. 4º, II).

d) Inexistência de cargo ou emprego público de mesmas atribuições na estrutura funcional: para que a terceirização seja lícita, além de não ser possível a execução de atividades inerentes à atividade-fim, é necessário que não haja, na estrutura organizacional do órgão ou entidade, cargo ou emprego público de funções equivalentes, as quais devem ser exercidas por servidores regularmente aprovados em concurso público.

e) Realização de licitação: a Constituição Federal exige, expressamente, que os contratos de prestação de serviços para a Administração Pública devem ser precedidos de procedimento licitatório que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, XXI).

Conforme já foi tratado neste trabalho, com a Constituição Federal de 1988 foi instituída, em regra, a exigência de concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos, como forma de dar efetividade aos princípios da impessoalidade, isonomia e moralidade. Por consequência, quando o administrador público celebra contratos para a aquisição de mão de obra termina por inviabilizar o livre acesso democrático aos quadros da Administração Pública pelos indivíduos que preencham os requisitos legais e constitucionais à sua ocupação, favorecendo o nepotismo e o apadrinhamento, em clara violação aos princípios citados (LUDWIG, 2007, *apud* SILVA, 2011, p. 112).

Desta forma, para a caracterização do ato de improbidade administrativa por desvirtuamento na contratação terceirizada é necessária a reunião dos seguintes requisitos: i) que haja na estrutura organizacional do órgão ou entidade cargos com atribuições determinadas que visam atender a finalidades específicas; ii) que haja a contratação de empresa terceirizada para a prestação de serviços típicos de cargos ou empregos públicos, caracterizando a terceirização de mão de obra; iii) que o administrador tenha agido de má-fé, visando contratar empresa para intermediação de mão de obra para o exercício de atividades centrais, que deveriam ser realizadas por servidores de carreira.

Corroborando com este entendimento, o STJ já decidiu que a contratação de funcionários mediante a manutenção de contratos de fornecimento de mão de obra, via terceirização de serviços, por empresa pública estadual caracteriza ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, pela clara lesão aos

princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa¹⁵⁷.

Contudo, fato diverso ocorre quando a celebração de contrato de prestação de serviços diz respeito à execução de atividades inerentes às categorias funcionais do órgão ou entidade e estas encontrem-se em processo de extinção ou definitivamente extintas, total ou parcialmente¹⁵⁸. Aqui, trata-se de aplicação do princípio da continuidade dos serviços públicos no sentido de que deve o Estado assegurar a prestação destas atividades, abstendo-se de condutas omissivas que possam gerar danos aos administrados.

Por outro lado, dada as exigências constitucional e legal, para a celebração de contrato administrativo de prestação de serviços de terceirização deve o agente público, regra geral, realizar procedimento licitatório prévio objetivando a proteção ao erário consubstanciada na escolha da proposta mais vantajosa para a Administração. Diante disto, também é possível vislumbrar possíveis práticas de atos ímprobos, na medida em que o art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, prevê como ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário o ato de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

A frustração da licitude do procedimento licitatório ocorre diante do descumprimento dos princípios e das regras do certame, a exemplo do superfaturamento da proposta do objeto do contrato ou da fraude à concorrência dos participantes, maculando a sua finalidade. Já a dispensa indevida ocorre diante da não verificação das situações previstas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93, que tratam, respectivamente, dos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. Aqui, o termo *dispensa indevida* deve ser interpretado sistematicamente, no sentido de que o objetivo da norma é punir contratações diretas fora dos casos previstos em lei.

Isto posto, em tais casos estará configurado o ato de improbidade administrativa, de acordo com o art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, desde que seja demonstrado o dano ao erário decorrente de tais condutas, sejam dolosas ou culposas. Por conseguinte, para que ocorra a tipificação citada, a simples violação a dever legal não é apto, *de per se*, a configurar ato ímprobo sujeito às sanções previstas no preceito legal citado. Ainda que não ocorra dano ao erário, será possível a averiguação quanto à violação aos princípios administrativos (art. 11), pelo caráter aberto e subsidiário das condutas previstas nos artigos 9º, 10 e 11.

No entanto, a análise do caso concreto enseja uma interpretação baseada no princípio

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.397.414. Min. Rel. Humberto Martins. Brasília, 10 de junho de 2014. **DJe**, 24 de junho de 2014.

¹⁵⁸ Nessa linha, o Decreto nº 2.271/97 permite, em seu art. 1º, § 2º, a execução indireta de atividades estatais quando estas referirem-se a cargos extintos ou em processo de extinção. Todavia, a interpretação a ser dada ao dispositivo é no sentido de que a terceirização é possível quando todos os cargos em determinada carreira estejam extintos ou em processo de extinção definitiva. Assim, a mera extinção de cargos isolados para a redução de despesas ou para readequação estratégica não possibilita a contratação de terceirizados para tanto.

da proporcionalidade. Neste sentido, meras irregularidades formais ou procedimentais que não ocasionam limitação na concorrência ou não interfiram no resultado do procedimento licitatório não são suficientes para a caracterização de ato de improbidade administrativa, em virtude da ausência do elemento subjetivo necessário para tal imputação.

Dessa maneira, no tocante à dispensa indevida de licitação para a contratação de empresa terceirizada, em “não havendo o perfeito enquadramento da situação fática aos permissivos legais ou sendo provada a simulação, ter-se-á indevida a dispensa de licitação e a consequente configuração de improbidade” (GARCIA; ALVES, 2013, p. 493). Diante disto, o prejuízo ao erário é presumido, porquanto o administrador deixa de contratar a proposta mais vantajosa para a administração pelo fato de não permitir a devida concorrência entre os interessados.

Por outro lado, ainda que tais contratações sejam precedidas de licitação, é possível a escolha, por parte do administrador, das pessoas que venham a ocupar tais funções, dada a grande precariedade da relação terceirizada, pois “uma vez eleito o vencedor do certame, o administrador poderá a seu talante, por exemplo, em nome de uma relação harmoniosa para a execução contratual, pleitear a contratação pela terceirizada de pessoas por ele indicadas” (RAMOS, 2001, p. 160). Neste caso, também será possível a análise da possível prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a violação aos princípios da moralidade e da isonomia, visto que o gestor público se utilizará de um contrato administrativo para favorecer terceiros, de acordo com a sua vontade particular.

Logo, o dolo desta conduta estará demonstrado diante da contratação de indivíduo pela empresa terceirizada posteriormente à celebração do contrato administrativo, a pedido do agente público, e sua consequente designação para o exercício de atividades no órgão ou entidade; ou diante do favorecimento desta empresa no procedimento licitatório em atenção a uma já existente relação de trabalho entre o favorecido e a prestadora de serviços.

Por fim, são legitimados para a propositura de ação civil por ato de improbidade administrativa diante de irregularidades nos contratos de terceirização de serviços tanto o Ministério Público quanto a pessoa jurídica interessada, da mesma forma que o demonstrado em relação aos servidores temporários.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação de serviços públicos de forma eficiente a partir do respeito aos princípios administrativos é um desafio para o desenvolvimento e a concretização do Estado Democrático de Direito, garantidor de direitos fundamentais. Nesse contexto, é por

intermédio da atividade exercida pelos servidores públicos que tais objetivos podem ser devidamente alcançados.

Desse modo, em obediência aos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade, o acesso aos quadros estatais deve se dar em igualdade de condições, sem a existência de favoritismos que influenciem a contratação de agentes públicos. Como consequência, as contratações de servidores devem ser realizadas após regular aprovação em concurso público, sendo legítima a contratação precária como exceção, desde que não seja lesiva ao interesse público e esteja em conformidade com os parâmetros constitucionais e legais.

Outrossim, diante de indícios de irregularidades em tais contratações, surge a necessidade de apuração acerca da possível prática de ato de improbidade administrativa, de acordo com os delineamentos expostos. Nestes termos, buscar-se-á, a um só tempo, afastar condenações desproporcionais diante da prática de meras irregularidades, em regra sanáveis, assim como punir os maus gestores por atos eivados de desvio de finalidade e em afronta aos princípios e regras que norteiam a atividade da Administração Pública.

Destarte, através deste breve estudo não se pretende esgotar a discussão acerca da responsabilização do agente ímprobo diante da contratação irregular de terceiros. De outra forma, buscou-se, tão somente, expor de forma breve alguns parâmetros a serem analisados no caso concreto, a partir dos quais pode-se concluir pela caracterização – ou não – da conduta ímproba do agente público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional**. São Paulo: LTr, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BUSQUETS, Cristina Del Pilar Pinheiro. **Registro de atos pelo Tribunal de Contas**. Boletim de Direito Municipal [recurso eletrônico], São Paulo, v. 27, n. 11, p. 766-781, nov. 2011. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/13684/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 nov. 2014.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Terceirização na Administração Pública**. São Paulo: LTr, 2001.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SERRANO, Hermes Wagner Betete; PAZETO, Henrique Parisi. A ação de improbidade administrativa como tutela da moralidade administrativa. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 165, p. 45-52, nov. 2014.
- SILVA, Patrícia Pinheiro. Terceirização nos serviços públicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 1 p. 95-130, jan./mar. 2011.