



Jus Navigandi
<http://jus.com.br>

A utilização da ação civil pública como meio de impugnação de ato administrativo de promoção vertical de empregado público

<http://jus.com.br/revista/texto/9559>

Publicado em 03/2007

Márcio Deitos (<http://jus.com.br/revista/autor/marcio-deitos>)

1. INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988, a forma de acesso aos cargos ou empregos públicos condicionado à prévia aprovação em concurso de provas, ou provas e títulos, com ressalva aos casos de nomeação em cargo de provimento, este transitório e demissível *ad nutum*.

A Constituição vedou peremptoriamente o ingresso derivado aos cargos e empregos públicos de carreira, definindo forma "derivada" como sendo a investidura ao cargo ou emprego público sem que haja a prévia aprovação em concurso público.

Mesmo com a expressa proibição constitucional, o provimento derivado continua sendo prática corriqueira em diversos níveis da administração pública, cujos atos administrativos são questionados não só junto ao Tribunal de Contas como também na esfera judicial. Para esta última situação, decorre dos preceitos da Constituição Federal a atribuição ao Ministério Público de promover as ações necessárias para a defesa do patrimônio público. Se for o caso, requerer a punição pecuniária e sanções civis aos administradores praticantes destas questionadas nomeações.

O exercício desta defesa pode ser feito por meio da Ação Civil Pública instituída pela Lei 7.347/85 e conhecida por T Jurisdicional dos Interesses Difusos, sem que se ofenda aos permissivos da Ação Popular ou extrapole a competência dos membros do *parquet* e se exclua a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), também aplicável para corrigir anomalias praticadas pela administração pública.

1. O PRECEITO CONSTITUCIONAL

1.1. A Constituição de 1988 – aspectos básicos.

A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes avanços à sociedade brasileira, talvez ainda não sentidos na sua intensidade plena, pois pouco mais de 15 anos desde a sua promulgação pode ser considerado período relativamente curto em face das constantes mutações jurídicas pelas quais o país está constantemente submetido. A atual Constituição é fruto de um belo trabalho elaborado pela Assembleia Nacional Constituinte, sob a presidência do Deputado paulista Ulysses Guimarães que, sabiamente, a chamou de "constituição cidadã", face aos inegáveis avanços na área social que o documento assegura aos nacionais.

Dentre as grandes inovações antes referidas, calha lembrar a defesa dos direitos dos consumidores, a proteção ao ambiente e a nova gama de atividades afetas ao Ministério Público, em precedentes jamais vistos na história jurídica nacional. A administração pública, por sua vez, foi lembrada pelo legislador constituinte no artigo 37, quando houve a fixação dos princípios gerais da administração pública, que tem por norte a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

1.2. A situação em análise

Há casos de empresas governamentais que, ao arrepio da carta constitucional, alçam servidores ou empregados públicos a cargos acima dos quais foram admitidos após prestarem o concurso.

Tal prática, além de ser atitude questionável em face das regras morais, acarreta dano ao patrimônio público na medida em que enseja pagamento de remuneração incompatível ao cargo e função original pelo qual se deu a contratação ferindo os princ

O Ministério Público, por sua vez, tem por função institucional promover a ação civil pública "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", conforme dita o artigo 129, III da Constituição Federal. 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos, abre a possibilidade de ajuizamento de Ação Civil Pública para defesa dos interesses difusos, entendendo-se estes como os interesses que, não se fundando em um vínculo jurídico propriamente dito, se baseia sobre atos e fatos genéricos e contingentes, acidentais e mutáveis, e ocasiona danos ao patrimônio público ao meio ambiente ou ao consumidor. A defesa da infração à ordem econômica ou economia popular, bens e direitos estéticos, paisagísticos, artísticos e históricos também são objetos da Ação Civil Pública.

Alexandre de Moraes^[01], para reforçar a atividade do MP frente à Ação Civil Pública, lembra com acuidade:

Dessa forma, patente a legitimação constitucional do Ministério Público para a defesa do patrimônio público (CF, art. III), repetida pelo art. 25 da lei 8.625/93, art. 5º da Lei 7.347/85 e 117 da Lei 8.078/90, que da lição de Nélson e Rosa Nery:

"Confere legitimidade ao Ministério Público para instaurar inquérito civil e ajuizar ação civil pública na defesa do patrimônio público e social, melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso. O amplo conceito de patrimônio público é dado pela Lei de Ação Popular (...). A legitimação do Ministério Público para a defesa do patrimônio público e decorre da Constituição Federal, artigo 129, inciso III, de sorte que não pode a lei infraconstitucional nem a Constituição Estadual retirar essa legitimação."

Por isso, legítima se constitui a atuação do MP ao propor Ação Civil Pública para fins de anular a promoção vertical que, em última análise, traduz efetivo dano ao patrimônio público diante da remuneração, cujo pagamento é obrigatório.

1.3. O Ministério Público

De acordo com a Constituição de 88, são consideradas atividades essenciais à Justiça: a atuação do Ministério Público, a advocacia e a defensoria pública. Nagib Slaibi Filho^[02], citado por Alexandre de Moraes^[03], reconhece a força da instituição, ao afirmar que:

O Ministério Público brasileiro, com a moldura e a consistência que lhe foi dada pela Constituição de 1988, bem representa a contradição decorrente de tais influências, pois: (a) dos Estados Unidos, herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, o resquício de poder participativo político partidária, ainda que em hipóteses restritas previstas em lei, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como, aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127); (b) da Europa continental, herdou a simetria da carreira com a magistratura inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juizes vestes próprias e até mesmo o vezo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor do advogado no patrocínio da causa. O Ministério Público desenvolveu-se sob a influência do Novo e Velho mundo, e desta simbiose vem a sua força..."

E assim é previsto pela Lei nº 7.347/85, no artigo 5º:

Art. 5º. A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquias, empresa pública, fundações, sociedades de economia mista e associações que:

I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil;

II – inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem pública, à concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A Constituição Federal também diz que é função institucional do Ministério Público a promoção de Ação Civil Pública inquérito civil para a proteção do patrimônio público e social, além de outros interesses difusos e coletivos. Por isso, pode se definir o Ministério Público como uma instituição destinada à preservação dos valores do Estado enquanto comunidade, podendo atuar como fiscal do sistema, como freio e contrapeso entre os poderes, pois tem posição destacada na carta constitucional, tem independência política, administração orçamentária, além de ser responsável pela defesa da ordem jurídica (entendendo alguns, inclusive nivelando parcialmente suas funções com a magistratura), do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis^[04].

Assim, além da previsão legal, existe também a função institucional que permite ao Ministério Público a propositura de ações de classe, como a ventilada neste trabalho, e definida no artigo 129 da Constituição.

2.1. A forma constitucional de provimento de cargos públicos

Este trabalho não contempla a análise de cargos em comissão declarados em lei como de livre nomeação e exoneração. Trata apenas da questão de empregados públicos (regidos pela CLT) ou servidores públicos (regidos pela Lei 8112/90), devendo ser aprovados em concurso público de provas ou provas e títulos que ingressem na carreira pública lotados em determinada função mediante o preenchimento de prévios requisitos (escolaridade, por exemplo). A Constituição Federal de 1988 estabelece, no seu artigo 37, inciso III, que:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre provimento e exoneração.

2.2. A forma indevida de provimento de cargos públicos

Determinada empresa pública necessita médicos para atuação em sua sede e não tem este profissional em seu quadro de empregados. Porém, existem alguns enfermeiros que foram regularmente contratados por concurso público para a função afeta à área de enfermagem. Com o passar dos anos, alguns colaram grau em faculdades de medicina e, em tese, estariam aptos a exercerem a profissão fosse na iniciativa privada. Como a colocação na carreira pública se deu no cargo de enfermagem, estão impedidos de exercer a medicina na empresa em que trabalham, pelo simples fato de que não foram contratados para trabalharem como médicos.

Mesmo assim, em ato administrativo, alguns são alçados para o cargo de médico sem que tenham se submetido a concurso público para exercício desta profissão. Este ato fere os princípios constitucionais acima elencados, e é passível de anulação por Ação Civil Pública proposta pelo MP.

Entende-se que a situação retrata promoção vertical sem o preenchimento dos requisitos essenciais para a investidura naquela nova função. É admissão de empregado ou servidor público para outra função pública sem que se tenha observado a aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos. E por isso causa prejuízo ao erário público por permitir o pagamento de salários geralmente maiores do que os do cargo originário, além de gerar o chamado "desvio de função", sem esquecer que este ato administrativo carece dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – CF/88.

Por isso, este ato é passível de anulação, tal como também entende Maria Sylvia Zanella de Pietro^[05], quando leciona:

A respeito da ascensão, a Consultoria Geral da República adotou o entendimento de que 'com a promulgação da Constituição de 1988, foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de investidura em cargo público, a ascensão funcional. Segundo o parecer, da lavra do Consultor José Márcio Monsão Mollo, está dito que 'estão abolidas as formas de investidura que representam ingresso em carreira diferente daquela para qual o servidor ingressou por concurso e que não são, por isso mesmo, inerentes ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que acontece com a promoção, sem a qual não há carreira, mas sim sucessão de cargos ascendentes'. (parecer n° CS-56, de 16/09/1992, aprovado pelo Consultor Geral da República, conforme publicado no DOU de 24/09/1992, p. 13.386-89).

A jurisprudência não concluiu de forma diferente, conforme julgamento da ADIN n° 231-7/RJ (LEX 174/7-53), da qual os seguintes trechos de votos são colacionados:

MINISTRO MOREIRA ALVES:

...

Como se tratava de mudança de carreira inferior para carreira superior, esse Decreto-lei não se referia a ela como promoção, mas, como todo o rigor técnico, "como nomeação, por acesso", dos escrivães da classe final (ou seja, do cargo final da carreira de escrivães) para o cargo inicial da carreira de Oficial Administrativo, obedecido o critério do merecimento absoluto; e, como a carreira de Oficial Administrativo era diversa da de escrivão, deixava a metade das vagas a ser provida por concurso que era público

...

"Qualquer forma de provimento em cargo inicial de carreira ou em cargo isolado, que não pressuponha a aprovação em concurso de provas, ou de provas e títulos, para o "cargo" de que se trata", quer-nos parecer ilegítima – seja qual for o nome que se dê. Chamar-lhe de acesso ou atribuir-lhe outra denominação adrede excogitada não muda a natureza das coisas. Não há pe

...

Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição, a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, insitivas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, uma sucessão ascendente de cargos isolados.

...

Passagem de uma carreira para outra é saída daquela para ingresso nesta. Só pode decorrer de concurso público, seja de provas ou de provas e títulos, aberto à concorrência de qualquer brasileiro que atenda aos requisitos estabelecidos em lei para ingresso (artigo 37, I), sem a possibilidade de se privilegiar alguns com "concursos internos" de concorrência restrita e de aferição de mérito num universo limitado, deixando aos demais brasileiros uma parte das vagas para uma concorrência sem essa restrição, e, que, assim, permite aferição do mérito, como, moralizadamente, o quer a atual constituição.

E o Ministro Sepúlveda Pertence, com ironia peculiar, arremata a questão: o legislador constituinte quis evitar que se fizesse a ascensão em ascensão, barbeiro de necrotério acabe médico legista."

2.3. A atuação do Ministério Público

Quid juris se a administração pública não toma a iniciativa de anular esta promoção? Cumpre ao Ministério Público fazer por intermédio de Ação Civil Pública, pois, como já frisado, é função institucional do MP a proteção do patrimônio público, além da defesa da ordem jurídica.

3. A SOLUÇÃO DO CASO

3.1. O Direito aplicado.

Nem se cogite que o ato administrativo impugnado seria alvo de Ação Popular apenas, restando excluída a possibilidade de propositura da Ação Civil Pública. A uma, porque o artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública expressamente contempla a possibilidade de coexistirem as duas ações, cada qual com o seu objetivo; e, a duas, porque o Supremo Tribunal Federal, quando julgou o Recurso Extraordinário 248.202-1, de Minas Gerais, reconheceu atribuição ao MP para aforamento da ação em vista do ato impugnado ter causado dano ao erário, naquele caso, municipal.

O objetivo principal da Ação Popular reside na invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais ou lesivos ao patrimônio público. O sujeito ativo da Ação Popular é o cidadão, cumprindo ao Ministério Público, como enfatizado por Hely Lopes Meirelles^[06], velar pela regularidade do processo, apressar a produção de provas e promover a responsabilidade civil e criminal dos administradores. Já a Ação Civil Pública tem por escopo a tutela dos interesses difusos da sociedade, estes compreendidos como direitos *"transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato"*, consoante definição do Código do Consumidor, Lei 8.078/90, artigo 81.

Do cotejo entre as duas leis, flui a possibilidade de ataque simultâneo ao ato inquinado, seja por meio da Ação Popular ou seja pela Ação Civil Pública. A jurisprudência atesta esta possibilidade, tal como recentemente julgado pelo STF, no REExt nº 248.202-1

Recurso Extraordinário.

O Plenário desta Corte, no RE 208.790, em hipótese análoga à presente, entendeu que é o Ministério Público legítimo autor da ação civil pública em defesa do patrimônio público.

Desse entendimento divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

4. CONCLUSÃO

A Constituição promulgada em 1988 inseriu além dos princípios jurídicos do artigo 37 verdadeiras diretrizes a serem seguidas

ou vilipendiado.

Tanto um (princípios e diretrizes constitucionais) como outro (patrimônio público) constitui parte da gama de interesse sociais supra-individuais, chamados de difusos pela sua gênese conceitual, cujo reflexo atinge a sociedade como um todo. Por isso, é inegável a preocupação da sociedade sobre a efetiva observância destes princípios, pois os efeitos nefastos que as irregularidades cometidas pelos administradores causam ao patrimônio público refletem em todas as camadas sociais.

Nesta linha, é salutar a presença do Ministério Público para atuar na defesa dos interesses difusos, entendidos estes como os interesses da coletividade não individualizada, compelindo o poder público a ajustar seus atos, eventualmente considerados irregulares aos ditames constitucionais. E a Ação Civil Pública tem aplicação na proteção dos interesses difusos e do patrimônio público. E o interesse da sociedade voltado para a observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, de modo que a promoção vertical sem concurso público de provas ou provas e títulos não atende a estas diretrizes básicas da administração pública.

Com efeito, em atos administrativos como o exemplificado neste trabalho há nítida ofensa ao princípio da impessoalidade quando a administração pública escolhe a pessoa de seus quadros para exercer cargo diverso daquele em que esta pessoa fora colocado no grau inicial de sua carreira de empregado ou funcionário público. Ofende o princípio da moralidade quando o administrador descarta princípios éticos da administração, e vislumbra a adoção de alternativa inviável de preenchimento de cargo sem o cumprimento dos requisitos legais de praxe (ofendendo também o princípio da legalidade). Há ofensa ao princípio da publicidade quando o ato é revelado sem a divulgação apta a abranger toda a sociedade, de modo a possibilitar a vigilância necessária sobre seu conteúdo; e ao princípio da eficiência quando a administração pública não cumpre com suas funções constitucionais, notadamente o respeito das diretrizes da Constituição Federal.

Parece uma boa alternativa a atuação do Ministério Público para buscar, junto ao Poder Judiciário, a correção deste ato através da Ação Civil Pública, sem prejuízo de eventual ação de improbidade administrativa, assunto propositalmente excluído deste trabalho.

Notas

01 Direito Constitucional. São Paulo, Editora Atlas, 1999, p. 463.

02 Texto, Norma e Valor – A Evolução na Constituição de 1988. Seleções Jurídicas, COAD, 10/2003.

03 ob. cit.

04 A propósito, após a promulgação da CF/88, a defesa da União em processos judiciais passou a ser exercida pela Advocacia Geral da União – art. 131.

05 Direito Administrativo, São Paulo, Editora Atlas, 2002, p. 488.

06 Mandado de Segurança, São Paulo, Malheiros Editores, 2003.

Autor

Márcio Deitos (<http://jus.com.br/revista/autor/marcio-deitos>)

advogado no Rio de Janeiro (RJ), especialista em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá

<http://www.deitos.adv.br> (<http://www.deitos.adv.br>)

Informações sobre o texto

Título original: "A utilização da Ação Civil Pública como meio de impugnação de ato administrativo de promoção vertical de empregado público em face dos princípios constitucionais vigentes".

Como citar este texto: *NBR 6023:2002 ABNT*

DEITOS, Márcio. **A utilização da ação civil pública como meio de impugnação de ato administrativo de promoção vertical de empregado público**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1339, 2 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9559>>. Acesso em: 27 dez. 2011.