

**31. O FENÔMENO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A
CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS**
Em busca de parâmetros objetivos e racionais para a caracterização do ato de
improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública
nos casos de contratação irregular de servidores públicos

***THE PHENOMENON OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND
THE TEMPORARY HIRING OF PUBLIC WORKS***

*In search of objective and rational parameters for the characterization of the act of
administrative impropriety against the principles of Public Administration in cases of
irregular hiring of public works*

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Carlos Eduardo Fernandes Neves Ribeiro

Resumo

Sob o paradigma pós-positivista, a motivação configura um elemento imprescindível para a concretização de qualquer ato estatal. Neste contexto, a produção científica alexyana é dotada de especial relevo, porquanto ancorada em uma racionalidade fundamentada. O ordenamento jurídico brasileiro está perfeitamente alinhado à perspectiva pós-positivista sob o prisma alexyano. Destarte, através de uma pesquisa eminentemente bibliográfica forjada sob um método de abordagem dedutivo, denota-se que a legitimidade do dimensionamento dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública pressupõe o emprego de parâmetros racionais e objetivos. A despeito disso, a realização de uma pesquisa empírica plasmada na análise de precedentes oriundos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais versando sobre o enquadramento da contratação temporária irregular de servidores públicos enquanto conduta ímproba, revela a prolação habitual de decisões insuscetíveis de controle objetivo. Litígios desta natureza são recorrentes e a controvérsia jurídica subjacente a eles encontram disciplina detalhada na legislação em vigor. Ainda assim, a pesquisa empírica desenvolvida revelou uma absoluta falta de uniformidade no tratamento regularmente dispensado à referida temática. Diante desse quadro, sob a ótica da justificabilidade e por meio de uma pesquisa qualitativa, busca-se propor critérios aptos a fornecer justiça e segurança jurídica aos julgamentos sobre o assunto.

Palavras-chave: Pós-Positivismo – Motivação – Improbidade Administrativa

Abstract

Under the post-positivist paradigm, motivation constitutes an essential element for the accomplishment of any state act. In this context, the alexyana scientific production is endowed with special relief, because anchored in a reasoned rationality. The Brazilian legal system is perfectly aligned with the post-positivist perspective under the Alexian prism. Thus, through an eminently bibliographical research forged under a method of deductive approach, it is pointed out that the legitimacy of the design of acts of administrative impropriety against the principles of Public Administration presupposes the use of rational and objective parameters. In spite of this, the realization of empirical research, based on the analysis of precedents from the Minas Gerais Court of Justice, concerning the framework of irregular temporary hiring of public servants as an impotent conduct, reveals the habitual occurrence of decisions that can not be objectively controlled. Disputes of this nature are recurrent and the legal controversy

underlying them finds detailed discipline in the current legislation. Nonetheless, the empirical research developed revealed an absolute lack of uniformity in the regular treatment given to this theme. In view of this framework, from a viewpoint of justification and through a qualitative research, it is sought to propose criteria capable of providing fairness and legal certainty to the judgments on the subject.

Keywords: *Post-positivist – Motivacion - Administrative Improbability*

Introdução

O presente trabalho tem por escopo examinar as bases teóricas pertinentes para o dimensionamento do ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública, investigando-se o tratamento regularmente dispensado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao enquadramento da contratação temporária irregular de servidores públicos enquanto conduta ímproba.

Trata-se de matéria fecunda, envolta por controvérsias e marcada por polêmicas, cuja análise implica repercussões tanto teóricas, por servir de contributo à estipulação de balizas para a delimitação do alcance dos atos ímprobos atentatórios contra os princípios administrativos derivados da contratação espúria de servidores públicos; quanto práticas, na medida em que, de acordo com a posição adotada, emergirão perfis absolutamente distintos na composição dos cargos públicos.

A pesquisa desenvolvida ostentará natureza qualitativa e assumirá contornos tanto teóricos quanto empíricos.

Na primeira parte da pesquisa, o método de abordagem da temática será o dedutivo e assumirá feição multidisciplinar, pela concatenação entre elementos pertinentes ao Direito Público e influxos da argumentação jurídica, em necessário e constante intercâmbio.

Neste momento, por meio de documentação indireta, mormente através da pesquisa bibliográfica, buscará delinear os parâmetros teóricos legítimos para o dimensionamento dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública, sob o paradigma do Estado democrático de Direito.

Logo depois, o estudo desenvolvido volver-se-á para a coleta de dados consubstanciados em decisões judiciais que versem sobre a caracterização ou não de atos ímprobos lesivos aos princípios administrativos em decorrência da contratação temporária de servidores públicos para a consecução de atividades permanentes da Administração Pública sem prévia realização de concurso público.

Neste contexto, buscar-se-á investigar se os parâmetros regularmente empregados pelo Tribunal de Justiça mineiro para o dimensionamento dos sobreditos atos de improbidade administrativa atendem às diretrizes teóricas estabelecidas e proporcionam segurança jurídica.

Enfim, a partir dos resultados obtidos, a pesquisa assumirá feições nitidamente propositivas, endereçadas ao aperfeiçoamento dos critérios utilizados para o reconhecimento ou não dos atos ímprobos derivados da contratação irregular de servidores públicos.

A institucionalização da razão, plasmada na ampla e escorreita justificabilidade, bem como forjada enquanto critério de aferição de justiça na perspectiva desenvolvida por Robert Alexy, servirá de referencial teórico para dimensionar os contornos jurídicos apropriados em torno da caracterização dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública.

Para a consecução deste objetivo, a pesquisa percorrerá um itinerário em que se demonstrará os principais contornos da controvérsia historicamente experimentada acerca do paradigma filosófico subjacente às noções de Direito e Justiça e expor os caracteres mais marcantes do Pós-Positivismo.

Na sequência, buscar-se-á exprimir que o fenômeno da argumentação jurídica, a repaginação do perfil contemporâneo das normas jurídicas e a concepção da natureza dupla do Direito, além de se articularem entre si no processo de formatação do pensamento de Robert Alexy enquanto sistema, representam manifestação concreta do Pós-Positivismo.

Sob tal perspectiva, explicitar-se-á que as bases teóricas acima delineadas repercutem obrigatoriamente sobre todo o ordenamento jurídico, adquirindo especial relevo na órbita do controle de legitimidade dos atos públicos.

Desta feita, confrontar-se-á os resultados obtidos a partir da pesquisa empírica desenvolvida com as diretrizes teóricas supramencionadas e, conseqüentemente, avaliar eventuais inconsistências.

Os dados coletados até agora revelam que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem reproduzido acriticamente pseudo-entendimentos consolidados através de expressões normativas inócuas, cujo emprego tem sido incapaz de promover julgamentos uniformes.

Logo, a relevância da presente pesquisa se funda na necessidade de enfrentar este estado de apatia jurídica, através da construção de parâmetros objetivos e racionais para o delineamento dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública no âmbito da contratação temporária espúria de servidores públicos.

Em razão disso, objetiva-se apontar as reformulações necessárias para que o procedimento judicial alusivo à apuração dos atos ímprobos lesivos aos princípios da Administração Pública envolvendo a contratação temporária irregular de servidores públicos assumam natureza racional, segura e objetiva.

1. Pós-positivismo: origens, características e desafios

Ao longo da história, o paradigma filosófico subjacente às noções de Direito e Justiça sempre foi objeto de controvérsias e debates.

Os sofistas, artífices da construção da prática democrática ateniense, valorizavam a retórica e não tinham apreço a uma ideia intrínseca às coisas. Ao contrário da velha tradição pré-socrática, que buscava compreender a natureza das coisas, os sofistas creditavam à justiça a uma convenção social talhada entre os homens (MASCARO, 2016, p. 38).

Os socráticos, por seu turno, em sentido diametralmente oposto, enalteciam a busca pelos fundamentos ínsitos aos conceitos, de sorte que não reduzia a noção de justo ao nível das convenções (MASCARO, 2016, p. 40).

A mesma dicotomia é objeto de percepção entre o movimento epicurista e estoicista.

Segundo o epicurismo, o conceito de justiça é reflexo de uma convenção entre os homens; ao passo que de acordo com o estoicismo, a noção de justo se aproxima da moral, traduzida por meio de uma razão universal (REALE, 1999, p. 33).

Na Idade Média, a disputa acima permaneceu vívida, apesar de ter adquirido novos contornos, notadamente pela forte influência religiosa que recaiu sobre o Direito.

Com o advento da era moderna, o pensamento jusnaturalista foi oxigenado pela razão, mas conservou a mesma essência.

Ultimadas as revoluções burguesas, o direito natural, outrora revolucionário, “foi domesticado e ensinado dogmaticamente” (LOPES, 2000, p. 188). A partir daí, os ordenamentos positivos se encarregaram de relegar sutilmente os direitos naturais ao ostracismo.

Paralelamente a isso, a subordinação da validade do Direito positivo a um Direito natural, base do jusnaturalismo, foi de encontro ao perfil da sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo normativo.

No início do século XX, o Positivismo filosófico, plasmado na valorização incondicional da ciência neutra e invariável, foi incorporado pelo Direito e motivou a

dissociação entre elementos normativos e valores transcendentais.

Diante da demonstração de que a busca por um fundamento material do Direito poderia solapar a harmonia entre visões antagônicas de mundo, a alternativa concebida pelo Positivismo se voltou para a suplantação da base moral ínsita ao Direito natural por um sustentáculo estritamente formal.

Destarte, ao mesmo tempo que o formalismo foi o instrumento pelo qual se blindou o Direito contra o risco de absolutização de uma única visão de mundo, ele também foi a válvula por meio da qual tornou o Direito refém de qualquer conteúdo.

Nas palavras de Trivisonno, “morto o Direito natural, não há mais um critério, interno à Ciência do Direito, que torne possível julgar a legitimidade do conteúdo (matéria) do Direito positivo” (TRIVISONNO, 2008, p. 296).

Neste contexto, eclode o paradigma jus-filosófico consubstanciado no Pós-Positivismo.

Em linhas gerais, o Pós-Positivismo promove um reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito, ensejando uma reaproximação entre a Moral e o Direito.

As principais marcas do Pós-Positivismo são “a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2008, p. 47).

Neste panorama, o Pós-Positivismo busca resolver o conflito até então existente entre as perspectivas positivista e jusnaturalista, por meio do manejo apropriado de técnicas de argumentação jurídica.

2. O pensamento de Robert Alexy enquanto sistema

2.1. Argumentação jurídica

Parafraseando Bustamante, a teoria da argumentação jurídica pode ser compreendida como “*filha do Pós-Positivismo*”, e representa uma evolução do pensamento jurídico contemporâneo na direção da racionalidade decisória plasmada na fundamentação (BUSTAMANTE, 2005, p. 56).

Neste universo, a teoria da argumentação desenvolvida por Alexy adquire especial destaque, porquanto, além do seu acentuado grau de sofisticação, apresenta-se em manifesta sintonia com os anseios que motivaram a eclosão do Pós-Positivismo.

A teoria da argumentação jurídica, sob a ótica alexyana, embora ostente natureza procedimental, ergue-se sobre base contenciosística mínima plasmada nos valores da igualdade e da liberdade.

Apesar do patente grau de sofisticação da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy, isso não a imuniza contra críticas nem lhe torna desprovida de deficiências.

Uma teoria prescritiva de regras acerca do comportamento humano, tal qual a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy, ostentaria manifesta falsidade se buscasse eliminar completamente toda e qualquer carga de subjetividade das decisões tomadas.

A natureza humana faculta autonomia aos indivíduos e isto, por si só, fecunda um germen de imprevisibilidade natural às relações sociais. Todavia, isso também não significa absoluta subserviência à incerteza e conseqüente inutilidade de qualquer tentativa de racionalização dos processos destinados a resolver problemas práticos.

Diante deste dilema, a virtude do pensamento alexyano é patente, uma vez que, ao invés de aceitar irrefletidamente dogmas metafísicos ou se contentar com intelecções estritamente formais despojadas de valoração, enaltece um processo de justificação de diretrizes concebidas para garantir, na maior medida possível, a racionalidade das decisões.

De qualquer sorte, o sucesso da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy pressupõe bases empíricas típicas de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, o sistema normativo pátrio vigente constitui celeiro propício para o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica alexyana.

Afinal, os valores consagrados enquanto cláusulas pétreas no texto constitucional em vigor, a exemplo da igualdade e liberdade, estão intimamente alinhados às bases axiológicas cultivadas pelo pensamento alexyano.

Aliado a isso, a estrutura dialógica enaltecida no âmbito da teoria da argumentação jurídica alexyana encontra guarida nos direitos fundamentais do acesso à justiça e do devido processo legal.

Finalmente, a importância da fundamentação é compartilhada tanto pelo pensamento de Alexy quanto pela Constituição em vigor.

2.2. A teoria dos princípios

O paradigma pós-positivista motivou o redesenho do perfil das normas jurídicas, bem como fomentou a valorização da hermenêutica.

As Constituições contemporâneas, aí incluída a Constituição brasileira em vigor, incorporaram explicitamente em seus textos elementos normativos umbilicalmente atrelados a valores, muitas vezes antagônicos entre si.

Em razão disso, sob a égide deste novo panorama normativo, naturalmente, instalam-se colisões, reais e aparentes, entre diferentes visões de mundo, todas incorporadas nos textos constitucionais com o mesmo nível hierárquico (BARCELLOS, 2006, p. 36).

Tais circunstâncias, além de ensejarem uma repaginação das normas jurídicas, representam consequência inevitável do pluralismo, elemento constitutivo da democracia (CANOTILHO, 1998).

Paralelamente a isso, emerge a importância da interpretação enquanto “*atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas*” (GRAU, 2009, p. 211).

Nesse cenário, a ciência do direito hodierna outorga papel de destaque ao estudo dos diferentes tipos de norma jurídica, adquirindo especial relevo a distinção traçada entre regras e princípios.

Os estudos em torno da distinção entre regras e princípios congrega “*uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos*” e isso acarreta “*falta de clareza e polêmica*” (ALEXY, 2015, p. 86).

Todavia, malgrado se pretenda explorar todas as nuances acima no curso da pesquisa intentada, para os fins do ensaio em tela, apenas sufragar-se-á o entendimento esposado por Alexy no processo de distinção entre regras e princípios e, conseqüentemente, o perfil qualitativo da diferença operacionalizada (ALEXY, 2015, p. 90).

Em linhas gerais, as regras constituem mandamentos de definição, materializando-se por meio de normas que contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Já os princípios configuram mandamentos de otimização, perfazendo-se por meio de normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2007, p. 68).

Não obstante, sob a perspectiva alexyana, tanto as regras quanto os princípios ostentam um caráter *prima facie*. Apesar disso, os contornos assumidos em casa um dos casos ostentam perfis totalmente diferentes.

O caráter *prima facie* das regras é mais brando e isso significa que elas só são superadas em hipóteses excepcionais.

Via regra, as regras possuem um caráter definitivo estrito; mas, excepcionalmente, elas podem, *in concreto*, ser descartadas. Para tanto, não só outorgar-se-á um peso maior a um princípio contrário à razão que sustenta a regra, como também demonstrar-se-á a superação dos

princípios formais, isto é, dos princípios que determinam a obediência às regras em virtude de terem sido criadas por autoridades legitimadas (ALEXY, 2005, p. 105).

Já o caráter *prima facie* dos princípios é mais acentuado e isso traduz a ideia de que eles só se realizam em determinada medida.

Logo, é comum um princípio perder espaço para outro, antagônico a ele, mediante um processo de sopesamento de ambos (ALEXY, 2005, p. 105).

Indubitavelmente, no Direito Brasileiro, Humberto Ávila é um dos principais estudiosos da temática em tela e, portanto, sua produção científica merece especial atenção.

Humberto Ávila inspira sua obra no pensamento alexyano. Porém, distorce o sentido atribuído por ele aos conceitos de subsunção e ponderação e isto gera uma confusão cuja amplitude extrapola as lindes terminológicas.

Aparentemente, Humberto Ávila compreende a subsunção como sendo um processo mecânico de enquadramento lógico de uma situação fática a um enunciado normativo, cuja implementação adquire ares de simplicidade.

Todavia, segundo Alexy, a subsunção deve ser entendida em um sentido mais amplo que o usual. Para ele, referida técnica leva em conta aspectos teleológicos e axiológicos subjacentes à ordem jurídica, não se sujeitando a um mero automatismo.

A outro giro, Humberto Ávila sustenta que a ponderação configura uma técnica de valoração comparativa entre razões de decidir emanadas das normas jurídicas.

No entanto, para Alexy, a ponderação exprime um outro significado, consistente em um procedimento de pesagem de princípios jurídicos em rota de colisão.

Nas palavras de Silva, “ser passível ou carente de interpretação é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas ser passível ou carente de sopesamento é característica exclusiva dos princípios” (SILVA, 2003, p. 617).

De qualquer sorte, apesar destes embaraços terminológicos, a partir da difusão da dicotomia entre regras e princípios, fato é que a ponderação eclode como um dos principais instrumentos de satisfação da racionalidade.

Em linhas gerais, diante de uma situação concreta de colisão entre princípios, a identificação do princípio preponderante pressupõe uma análise de sopesamento. Neste processo decisório, são considerados o peso abstrato de cada um dos princípios em colisão e o grau de interferência em cada um deles nas condições fáticas sob análise (ALEXY, 2003, p. 139).

Sob tal lógica, busca-se outorgar controlabilidade aos julgamentos, bem como promover a justiça das decisões tomadas (TOLEDO, 2017, p. 39).

Esta ideia, todavia, não é objeto de consenso. Ao revés disso, é recorrente a crítica de que o sopesamento enseja o decisionismo, por lhe faltarem critérios racionais.

Porém, perfilhando o entendimento de Alexy, o sopesamento proposto por ele não acarreta qualquer irracionalidade nem implica um subjetivismo injustificado, especialmente porque deve ser obrigatoriamente fundamentado (ALEXY, 2015, p. 165).

Sem dúvida, a racionalidade alcançada por meio da ponderação não exclui, por completo, a subjetividade exercida na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Todavia, “exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível” (SILVA, 2009, p. 147).

Inobstante a sua importância, a ponderação não constitui um instrumento apto para resolver qualquer problema jurídico. Pelo contrário, o uso indiscriminado e, muitas vezes, equivocado, da ponderação deforma seu sentido e proporciona críticas contra ela.

Acima de tudo, o cerne de toda a problemática envolvendo a aplicação de normas jurídicas, seja por meio da ponderação, seja por meio da subsunção, repousa obrigatoriamente sobre a fundamentação.

2.3. A dupla natureza do direito

O Direito ostenta uma natureza dupla e consubstancia tanto uma dimensão real ou empírica quanto uma dimensão ideal ou crítica. A primeira dimensão comporta os elementos da emissão autoritativa, isto é, a produção legislativa pela autoridade competente, como também a eficácia social, ou seja, o respeito do Direito pela coletividade sobre a qual ele se impõe. Já a última envolve a pretensão de correção do Direito (ALEXY, 2010, p. 9).

As dimensões acima estão interligadas e revelam que a legitimidade do Direito está subordinada à conjugação dos princípios da segurança jurídica e da justiça, de modo que assegure não só a confiabilidade do direito positivo, como também a satisfação da justiça, materializada através de direitos fundamentais (TOLEDO, 2017, p. 41).

Neste processo, os valores acima, ao invés de contraditórios, assumem feição complementar; contribuindo, em igual medida, para a edificação de um sistema normativo baseado na racionalidade.

O alcance de um resultado equilibrado e racional constitui uma tarefa em construção permanente e se desenvolve por meio de um procedimento argumentativo fundado na justificação.

Neste cenário, o fenômeno da justificabilidade assume papel de redobrada relevância, uma vez que avaliza o suporte do direito positivo, faculta sua alimentação com espeque na Justiça e baliza a relação entre o plano normativo e o anteparo moral e ético subjacente a ele.

Por um lado, o sistema normativo pátrio em vigor pressupõe o enaltecimento da razão, repudia a arbitrariedade e o subjetivismo, alinhando-se, pois, à perspectiva alexyana de análise do Direito.

Desta feita, a legitimidade da jurisdição, expressão de uma das facetas do Estado, está umbilicalmente atrelada à submissão do Poder Judiciário ao devido processo legal e, em especial, ao dever de motivação de toda e qualquer decisão prolatada.

Indubitavelmente, a motivação não pode ostentar feições meramente estéticas, ou seja, destituídas de conteúdo, pois tal estratégia fulminaria os anseios constitucionais traçados e a busca por justiça efetiva (SCHIMTZ, 2016, p. 415).

Em outras palavras, carecem de legitimidade subterfúgios argumentativos cujo emprego encobre veladamente convicções pessoais ou preferências políticas, sem qualquer elo com preceitos jurídicos válidos.

Por outro, a pretensão de correção ínsita ao sistema normativo somente se perfaz em prol da realização da justiça, cujo sentido está umbilicalmente atrelado à ideia de fundamentação.

Em outros termos, a correção ou não de uma medida está subordinada às razões subjacentes a ela (ALEXY, 1999, p. 106).

Certamente, a pretensão de correção não constitui garantia suficiente para que ordenamentos jurídicos imorais se instituem através do uso da força do Direito (TOVAR, 2017). Todavia, isso não significa que ela comporta qualquer conteúdo.

Sob o prisma do pensamento alexyano, a legitimidade da pretensão de correção pressupõe sua concordância com padrões de moralidade universal, fundados nos dogmas da liberdade e igualdade; sem prejuízo da avaliação de aspectos pragmáticos e éticos derivados do discurso jurídico enquanto caso especial do discurso prático geral (TOLEDO, 2014).

A dupla natureza do Direito repercute diretamente na argumentação jurídica desenvolvida no processo de fundamentação das decisões (KLATT, 2016, p. 43).

Aliás, tal conclusão acima nada mais é que um consectário lógico da natureza do discurso jurídico enquanto caso especial do discurso prático geral. Afinal, a partir desta tese, a argumentação jurídica, ao mesmo tempo em que deve ser reconduzida, com primazia, ao sistema normativo vigente – aí compreendidos os atos normativos, a dogmática e os precedentes

–, não descarta de razões morais, éticas e pragmáticas, notadamente nas hipóteses de insuficiência ou irracionalidade do Direito positivo (ALEXY, 1990, p. 175).

2.4. Considerações finais

Parafraseando Toledo, a totalidade da produção científica alexyana explicita uma articulação entre todos os aspectos acima delineados materializada através de um ponto em comum entre eles: a institucionalização da razão (TOLEDO, 2017, p. 47).

Há uma inter-relação contínua entre argumentação jurídica, as diferentes facetas das normas jurídicas e a dupla natureza do Direito, voltada para o aperfeiçoamento da racionalidade da realidade normativa, tendente não só à regulamentação da vida social, mas também à justiça da disciplina instituída.

Neste contexto, a complementariedade entre o discurso prático e o discurso jurídico, em que um implica o outro, é igualmente experimentada na indissociabilidade entre regras e princípios na formatação de um ordenamento jurídico estável e justo, assim como revalidada pela natureza dúplice do Direito.

Enfim, a pedra de toque de todo o sistema se funda na exposição clara e densa de todo o raciocínio subjacente aos atos públicos, ou seja, na ideia de fundamentação.

3. Improbidade administrativa; contratação temporária irregular de servidores públicos e jurisprudência

A Lei de improbidade administrativa constitui uma das principais ferramentas à disposição do Poder Judiciário para combater ilegalidades e reprimir a prática de ilícitos.

A legislação em vigor contempla quatro categorias distintas de improbidade administrativa, prevendo, entre elas, o ato ímprobo atentatório contra os princípios da Administração Pública.

A textura aberta da linguagem empregada na confecção da norma inscrita no artigo 11 da Lei 8.429 (BRASIL, 1992) constitui terreno fértil para controvérsias sobre o alcance e o sentido dela.

Neste cenário, a motivação subjacente à decisão prolatada constitui a principal garantia da submissão do Poder Judiciário aos ditames do Estado de Direito no processo de reconhecimento de um ato de improbidade administrativa ofensivo a princípios.

É cediço que o ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública pode se materializar em incomensuráveis situações fáticas.

Porém, independentemente das circunstâncias, as premissas teóricas deverão ser sempre as mesmas, em decorrência da necessidade de se preservar uma unidade normativa.

É natural que situações fáticas novas se submetam a um processo de amadurecimento antes da consolidação de posicionamentos.

Contudo, hipóteses tradicionais, em tese, deveriam dispor de tratamento uniforme.

Diante disso, a escolha da temática enfrentada no presente estudo é proposital, pois almeja examinar se a abordagem clássica sobre litígio recorrente atende aos parâmetros de justificabilidade exigidos e proporciona segurança jurídica.

Diante da vastidão de dados e dos limites temporais e humanos que envolveram o estudo em tela, a pesquisa sob comento se limitará à análise de acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no último triênio.

O objetivo inicial era escolher o Superior Tribunal de Justiça como sendo a fonte de coleta de dados, em razão do caráter nacional da referida Corte e do papel uniformizador da jurisprudência atribuída a ela no ordenamento jurídico vigente.

As circunstâncias acima, pelo menos em tese, proporcionariam maiores chances de

radiografar o entendimento jurisprudencial dominante no cenário nacional sobre a temática sob apreço.

Entretanto, deflagrada a pesquisa em consonância com a intenção original, foi detectado empecilho intransponível para a consecução deste objetivo.

A tendência atual do Superior Tribunal de Justiça, pelo menos nos últimos dois anos, tem sido a de se abster de apreciar o mérito das demandas envolvendo o objeto de estudo em tela, sob o fundamento de que ela implicaria o revolvimento de questões eminentemente fáticas.

A conclusão acima foi alcançada a partir da análise de 45 (quarenta e cinco) acórdãos.

O processo de seleção dos arestos supramencionados se deu através do emprego das seguintes palavras-chave no sistema de busca de julgados do Superior Tribunal de Justiça: “improbidade [e] administrativa [e] concurso [e] público”.

O período de análise foi restringido ao interregno compreendido entre 01 de janeiro de 2017 a 01 de agosto de 2018, uma vez que o propósito foi descortinar a tendência atual do Superior Tribunal de Justiça.

Diante da amplitude dos vocábulos empregados para a consecução da pesquisa, foram descartados 12 (doze) acórdãos, uma vez que eles versavam sobre objeto estranho ao do estudo em tela.

O universo remanescente, formado por 33 arestos, revelou que o Superior Tribunal de Justiça reexaminou a matéria ventilada no recurso aviado em apenas 03 (três) julgamentos, ou seja, em apenas 10% dos julgados.

Portanto, a esmagadora maioria dos acórdãos (90%) não enfrentou o mérito da demanda, com esteio na verbete sumular n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, os rumos da pesquisa foram alterados, redirecionando-se para o Tribunal de Justiça Inconfidente, com o propósito de radiografar o entendimento jurisprudencial dominante no âmbito das Minas Gerais.

A delimitação do objeto de inferência pautou-se pelo emprego das seguintes palavras-chave no sistema de busca de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “improbidade [e] administrativa [e] concurso [e] público”.

A escolha dos vocábulos acima, além de ter obedecido ao mesmo padrão utilizado na pesquisa levada a efeito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi proposital e almejou alcançar o maior número possível de julgados envolvendo a temática, mesmo ciente de que poderia resultar no descarte ulterior de parte dos dados coletados, porquanto estranhos ao objeto de pesquisa.

Em contrapartida, conforme já aventado, em virtude dos limites temporais e humanos subjacentes à pesquisa sob apreço, só foram analisados julgados cujo aresto tenha sido publicado no período compreendido entre 1º de janeiro de 2015 a 1º de agosto de 2018.

A delimitação temporal acima enunciada não trouxe qualquer prejuízo para a pesquisa realizada, especialmente porque o interesse precípua foi primar pela atualidade do entendimento jurisprudencial examinado.

Independentemente disso, o intervalo em questão, conforme adiante demonstrado, foi suficiente para atingir índices de saturação, facultando, a partir de regras de inferência, traçar a *ratio decidendi* subjacente à caracterização do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública em decorrência da contratação temporária de servidores públicos sem a prévia realização de concurso público.

Acima de tudo, através desta técnica metodológica, o estudo desenvolvido será suscetível de replicação, podendo ser testado por outros estudiosos que, eventualmente, busquem examinar a temática na esfera de outras Cortes de Justiça, a exemplo dos demais Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais.

Diante do interesse em restringir a pesquisa apenas ao exame de julgamentos de mérito, as classes de ações pesquisadas também foi objeto de delimitação, compreendendo apenas as

seguintes: “Ação Civil Pública”; Ação Civil-Proc. Ordinário”; “Ação Cv Improbidade Adm”; “Ap Cível/Rem Necessária”; “Apelação Cível” e “Embargos Infringentes”.

Em tese, em virtude do objeto da pesquisa, a filtragem poderia ser mais radical, restringindo-se à análise da classe “Ação Cv Improbidade Adm”. Porém, considerando a possibilidade de cadastramento equivocado das classes das demandas por serventuários da Justiça, optou-se por alargar o raio da pesquisa e evitar incompletudes.

Finda a pesquisa, restaram analisados o inteiro teor de 105 (cento e cinco) acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A maior parte dos arestos tratou do objeto de estudo em tela. Porém, conforme antevisto, diante da amplitude dos vocábulos empregados na coleta de precedentes, foram encontrados julgamentos destituídos de serventia para os fins desta pesquisa.

Ao longo do período analisado e a partir dos critérios de pesquisa retro detalhados, sobraram 63 (sessenta e três) arestos com aptidão para exprimir os padrões regularmente utilizados para averiguar o que caracteriza um ato ímprobo atentatório contra os princípios da Administração Pública em decorrência da contratação de servidores públicos sem a prévia realização de concurso público.

Neste universo, 36 (trinta e seis) arestos reconheceram a prática de ato de improbidade administrativa em decorrência da contratação irregular de servidores públicos, isto é, sem prévia realização de concurso público; ao passo que o restante, ou seja, 27 (vinte e sete) arestos entenderam o oposto.

Em decorrência disso, a análise empreendida descortinou a ratio decidendi de cada um dos acórdãos cotejando os parâmetros regularmente empregados nos arestos analisados, com o escopo de averiguar eventuais inconsistências e riscos aos padrões de igualdade e segurança jurídica exigidos.

Em 13 (treze) demandas, houve o reconhecimento da prática de um ato ímprobo apenas em decorrência da violação à exigência constitucional de realização de concurso público para provimento de cargos públicos efetivos.

Em contrapartida, em 10 (dez) ações, a conclusão foi diametralmente oposta, pautada no entendimento de que a contratação temporária de servidores para o desempenho de atividades permanentes da Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público implicaria mera irregularidade.

Indubitavelmente, houve diferença na complexidade da motivação desenvolvida em cada um dos arestos acima. Porém, a essência dos fundamentos empregados no corpo dos julgados pertencentes a cada um dos grupos mencionados ressaíu contraditória.

O descumprimento de uma decisão judicial destinada a regularizar a situação jurídica de servidores serviu para justificar o elemento anímico do ato de improbidade administrativa em dois arestos.

Todavia, esta mesma circunstância foi tida como insuficiente em outro julgado.

Igualmente incoerente foi o tratamento jurídico dado ao inadimplemento de obrigação voluntariamente assumida em termo de ajustamento de conduta.

Em 10 (dez) ações, o descumprimento acima aludido configurou o principal fundamento para o reconhecimento do ato ímprobo. Porém, o mesmo não ocorreu em outras 03 (três) demandas.

Neste universo, não se ignorou que, no âmbito de 03 (três) acórdãos, houve o emprego de outros fundamentos para motivar o ato ímprobo além do inadimplemento do termo de ajustamento de conduta. Sem embargo, tal detalhe não altera a conclusão de que padece de padronização segura o tratamento jurídico conferido à matéria.

Outra inconsistência verificada a partir da pesquisa se deu em torno de eventual amparo legislativo à contratação irregular de servidores.

A maior parte dos julgados que enfrentou esta temática compreendeu que a existência

de lei autorizando a contratação inviabilizava o reconhecimento da improbidade administrativa, por afastar a má-fé do agente público.

Porém, a mesma circunstância acima não recebeu o mesmo tratamento em outra ação, na qual a lei de amparo, tida como inconstitucional, não isentou de responsabilidade o agente público.

Em apenas 02 (duas) demandas, a pesquisa revelou que o ato ímprobo não foi reconhecido em virtude de não ter sido comprovado algum benefício pessoal ou político em decorrência da contratação irregular de servidores públicos.

Contudo, fundado em raciocínio jurídico extremamente oposto, em 02 (dois) acórdãos, além de não ter sido exigido um propósito específico para a caracterização da improbidade administrativa, restou decidido que a responsabilidade sob apreço independe da má-fé ou de qualquer outro elemento subjetivo.

Neste panorama, diante dos dados coletados e devidamente resumidos, por meio de uma inferência descritiva derivada da amostragem acima enunciada, a conclusão alcançada foi a de que, no Estado de Minas Gerais, em hipóteses versando sobre a contratação irregular de servidores públicos em desacordo com os ditames constitucionais, situações fáticas semelhantes têm ensejado soluções jurídicas díspares.

Independentemente disso, todos os acórdãos analisados fizeram tabula rasa em torno do significado de cada um dos princípios supostamente violados, carecendo de qualquer tipo de aprofundamento sobre os critérios de reconhecimento de um ato ímprobo lesivo aos princípios administrativos.

Aliás, é incomum o desenvolvimento de estudos ancorados em raciocínios jurídicos sofisticados versando sobre os contornos de atos ímprobos atentatórios contra os princípios da Administração Pública.

4. As novas balizas propostas

Diante das insuficiências dos critérios tradicionalmente adotados pela jurisprudência mineira para exprimir os contornos do caráter ímprobo ou não da contratação temporária irregular de servidores públicos, busca-se propor parâmetros novos, racionalmente desenvolvidos sob o prisma da argumentação jurídica, para delinear comportamentos lesivos aos princípios da Administração Pública.

A primeira diretriz cunhada prima pela fixação de balizas de definição de cada um dos princípios da Administração Pública inscritos no texto constitucional em vigor e o papel desempenhado por eles no processo de caracterização do ato de improbidade administrativa (MARTINS, 2009).

Sob tal perspectiva, a pretensão é detectar aspectos normativos espalhados pela legislação vigente para dimensionar o alcance de cada um dos princípios acima enunciados no âmbito da contratação temporária de servidores públicos fora das hipóteses constitucionalmente admitidas.

Diante disso, os estudos desenvolvidos por Alexy em torno da dicotomia entre regras e princípios norteará a fixação de diretrizes, sobretudo porque o perfil assumido por cada uma destas espécies normativas impactará substancialmente nas conclusões alcançadas.

Por outra vertente, em virtude da relevância dos elementos morais e pragmáticos na formação de qualquer decisão, inclusive jurídica, o estudo em tela buscará traçar critérios de interpretação dos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, todos aludidos na conceituação legal do ato ímprobo atentatório contra os princípios da Administração Pública.

Neste cenário, a compreensão do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, assim como a inter-relação entre as duas facetas do Direito servirão de base teórica

para o delineamento normativo dos postulados acima.

Em seguida, enfatizar-se-á a autonomia da responsabilidade derivada da prática do ato de improbidade administrativa (OLIVEIRA, 2009, p. 416) e a consequente necessidade de instituição de um regime jurídico próprio de análise de sua amplitude.

A pedra angular do paradigma alexyano é a justificabilidade e somente o enquadramento adequado da improbidade administrativa dentro do sistema jurídico permitirá o desenvolvimento de uma motivação legítima.

Por derradeiro, a natureza do cargo preenchido por meio de uma contratação temporária espúria; o percentual de cargos providos por meio deste tipo de contrato; a existência ou não de termo de ajustamento de conduta entabulado para solver eventual irregularidade envolvendo a matéria; a existência ou não de decisão judicial enfrentando a problemática; a ciência dos gestores públicos acerca das irregularidades detectadas e as eventuais providências adotadas para solvê-las; o lapso temporal de duração da irregularidade; entre outros aspectos, serão objeto de sistematização concatenada com o perfil atribuído a cada um dos princípios da Administração Pública.

Diante das balizas criadas, todas elas devidamente materializadas através da motivação, a expectativa é que os julgamentos primem por mais justeza, facultem maior controle e expressem maior segurança jurídica.

Conclusões

O paradigma pós-positivista enaltece o emprego da racionalidade no processo de formatação dos atos públicos e outorga à motivação a responsabilidade de explicitá-la.

Sob tal perspectiva, o manejo da produção científica alexyana enquanto referencial teórico proporciona o alcance equilibrado dos valores da justiça e segurança jurídica.

O sistema jurídico nacional se edifica sobre um Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, preza pela sujeição dos atos públicos a um rígido controle de objetividade.

O controle de racionalidade sufragado pelo pensamento alexyano valoriza os aspectos normativos legalmente instituídos, mas não despreza as circunstâncias éticas e pragmáticas no processo de formatação de decisões.

A improbidade administrativa constitui uma ferramenta a serviço de anseios republicanos e, sobretudo a modalidade que busca tutelar os princípios regentes da Administração Pública, enseja a valorização da força cogente deles.

Não obstante, a conservação da legitimidade do instituto em tela pressupõe rigor científico e dimensionamento criterioso.

O ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública pode se materializar em incomensuráveis situações fáticas.

Entretanto, diante das limitações temporais e humanas da pesquisa em tela, a investigação empreendida se limitou a um campo de incidência da improbidade administrativa: a contratação temporária irregular de servidores públicos.

A escolha da temática enfrentada foi proposital, uma vez que constitui um litígio recorrente no meio forense e, portanto, uma plataforma empírica dotada de aptidão para espelhar o tratamento regularmente dispensado à improbidade administrativa.

A análise de arestos prolatados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre referida problemática explicitou o emprego recorrente de uma motivação frágil e eivada de contradições e isto representa um sintoma convincente da necessidade de repaginação da temática.

Com tais considerações, mesmo ciente de que o recorte operacionalizado configura uma técnica metodológica que, malgrado necessária, restringiu sensivelmente o espectro de estudo da improbidade administrativa, reputa-se que a pesquisa em tela constitui uma iniciativa relevante para apontar rumos hermenêuticos racionais e seguros ao processo de

dimensionamento de atos ímprobos lesivos aos princípios da Administração Pública envolvendo a contratação temporária irregular de servidores públicos, cujo delineamento é suscetível de replicação e aperfeiçoamento em outras órbitas de análise.

Referências

ALEXY, Robert. *A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason*. In *Ratio Juris*. Volume 5. n.º 03. December, 1992.

_____. Conceito e validade do Direito. Organização: Ernesto Garzo Valdés, Hartmut Kliemt, Lothar Kuhlén e Ruth Zimmerling Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*. In *Ratio Juris*, vol. 16, n.º 02, June. 2003, p. 131-140.

_____. *Justicia como corrección. Traducción del italiano Giustizia come correttezza por Ana Inés Haquín, revisión técnica a cargo de la traductora y de Rodolfo Luis Vigo. Título original Gerechtigkeits Richtigkeit, publicado em Ration pratica, 1997/9, pp. 103-113, com traducción de Bruno Celano.*

_____. Principais elementos da dupla natureza do Direito. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, jan./abr. 2010, p. 09-30.

_____. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação - Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. Teoria dos princípios e aplicação do Direito. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª edição. Belo Horizonte: Grupo Editorial Nacional, 2015.

_____. *The Special Case Thesis*. In *Ratio Juris* vol. 12, n.º 4, December, 1999: Oxford: Blackwell Publishers.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio. *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. 3ª edição revista. Editora Renovar. Rio de Janeiro: 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação contra legem. A teoria do discurso e a

justificação jurídica nos casos mais difíceis. Editora Renovar. Rio de Janeiro: 2005.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009

KLATT, Matthias. Legal Argumentation and the Rule of Law, edited by Eveline Feteris, Harm Kloosterhuis, José Plug, and Carel Smith, 27–46. 2016. The Hague: Eleven International Publishing.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito. 5ª edição. Revista ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional. São Paulo: Forense, 2009.

REALE, Miguel. Horizontes do direito e da história. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. In DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. Normas fundamentais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodvim, 2016, p. 411-450.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. São Paulo, 2003, p. 617-630.

TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Pretensão de correção e "razões transcendentais ao direito positivo" no pensamento de Robert Alexy. Anais do Congresso Brasil-Alemanha de teoria do direito e direito constitucional: conceito e aplicação do direito em Robert Alexy. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes (Organizadores).

TOVAR, Alejandro Nava. Não positivismo e a pretensão de correção. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy. In COELHO, Nuno Manoel Morgadinho Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Org.). O fundamento do direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p.295-310.