

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A REGRA DO CONCURSO PÚBLICO: OS INSTRUMENTOS PARA A ATUAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO

Ricardo Schneider Rodrigues¹

doutrina

Sumário: Introdução; 1 O Ápice do Tribunal de Contas no Brasil: a Constituição de 1988; 2 As Atribuições do Tribunal de Contas: Principais Aspectos; 3 As Dimensões Positiva e Negativa do Controle sobre os Concurso Públicos; 3.1 O controle na dimensão positiva; 3.1.1 O controle das hipóteses que excepcionam a regra do concurso; 3.1.2 O controle por meio do poder regulamentar; 3.1.3 O controle da contratação da instituição responsável pelo certame; 3.1.4 O controle do edital do certame e de sua execução; 3.1.5 O controle por auditorias de natureza operacional; 3.1.6 O controle pelo registro do ato de admissão de pessoal; 3.2 O controle na dimensão negativa; 3.2.1 A vedação da Lei de Responsabilidade Fiscal; 3.2.2 A vedação da Lei das Eleições; 3.2.3 A vedação do Novo Regime Fiscal (EC n. 95/2016); Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O escopo deste artigo é identificar, sistematizar e avaliar os instrumentos que os Tribunais de Contas possuem para fiscalizar a observância da regra do concurso público pela administração pública, a partir do exame do texto constitucional, da legislação infraconstitucional federal, da análise qualitativa da doutrina especializada e de casos de atuação concreta dessas Cortes. A atuação manifesta-se na dimensão positiva quando o controle almeja fazer cumprir o postulado do concurso público. A dimensão negativa verifica-se nos casos em que se busca impedir a realização do certame, por razões relacionadas à regularidade das finanças públicas ou à higidez do processo eleitoral. São variados os instrumentos abrigados em cada uma das dimensões. No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, pode-se concluir que os Tribunais de Contas, pelas mãos do constituinte originário e do legislador ordinário, têm papel central na fiscalização da referida regra.

ABSTRACT: *The scope of this article is to identify, systematize and evaluate the instruments that the Courts of Accounts have to supervise the observance of the public competitive examination constitutional rule by the public administration, based on the examination of the constitutional text, federal infraconstitutional legislation, qualitative analysis of specialized doctrine and of cases of concrete action of these Courts. The performance manifests itself in the positive dimension when the control aims to fulfill the postulate of the public competitive examination. The negative dimension is in cases where it is sought to avoid the event from happening, for reasons related to the regularity of the public finances or electoral process. The instruments provided in each of that dimensions are varied. Under the national legal system, it can be concluded that the Courts of Accounts, through the hands of the original constituent and the ordinary legislator, play a central role in the supervision of the referred rule.*

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Professor Titular de Direito do CESMAC (AL). Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Alagoas (MPC/AL).

Introdução

A evolução da sociedade vem demonstrando que as decisões pautadas apenas por critérios pessoais não se harmonizam com a ideia de uma sociedade fundada na igualdade de oportunidades e no acesso democrático aos cargos públicos, que caracterizam o Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 reflete esse anseio por uma maior restrição do acesso aos cargos públicos, privilegiando o mérito em detrimento de contingências subjetivas e das relações interpessoais. O critério geral de provimento dos cargos públicos passa a ser a prévia aprovação em concurso público, acessível por todos que satisfaçam os requisitos legais decorrentes da natureza ou complexidade da atribuição a ser desempenhada, nos termos do inc. II do art. 37 do texto constitucional, que também restringiu de antemão as possíveis exceções.

O cenário jurídico atual é fruto do tempo em que as relações interpessoais prevaleciam em detrimento do mérito e da impessoalidade que deveriam pautar a escolha dos titulares de cargos públicos. Muitos autores reputam tal fato a nossas origens históricas e culturais, que teriam influenciado, em grande medida, nossa relativamente recente república.

Após investigar as razões de nossa cultura do “jeito”, Keith S. Rosenn (1998) afirmou que os portugueses legaram aos brasileiros um senso tênue de lealdade e obrigação em relação à sociedade onde vivem, mas, ao contrário, um forte sentido de lealdade e obrigação quanto à família e aos amigos. A ideia de que a lei deve ser aplicada a todos de modo igual e impessoal conflitaria com nossa herança portuguesa, pois a personalidade básica do brasileiro tenderia a enfatizar as relações pessoais, simpáticas e diretas e não as categóricas, impessoais e práticas, de modo que a simpatia estaria acima da lei.

Sérgio Buarque de Holanda (2014) retratou a dificuldade que os detentores de posições públicas de responsabilidade, formados no ambiente primitivo da família patriarcal, tinham para compreender a distinção fundamental entre os ambientes público e privado. O funcionário “patrimonial” foi descrito pelo autor como aquele indivíduo cuja gestão política caracteriza-se como um assunto de interesse particular e cujas funções, empregos e benefícios auferidos em razão da atividade pública guardam relação com interesses pessoais seus e não com os interesses objetivos do Estado. Apenas excepcionalmente teria havido, no Brasil, um sistema administrativo e um corpo de funcionários dedicados somente a interesses objetivos. Ao contrário, ao longo da história teriam prevalecido as vontades particulares próprias dos ambientes familiares fechados e pouco acessíveis a uma ordem impessoal. Acentuou que “a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias” (HOLANDA, 2014, p. 175-176).

Ressoa, portanto, a importância de se fazer respeitar a regra do concurso público numa sociedade historicamente marcada pelo patriarcalismo e pelo patrimonialismo. Os órgãos responsáveis pelo controle da administração pública devem, destarte, direcionar seus esforços em prol desse ideal, que, ao cabo, busca concretizar o princípio da isonomia (cf. CARVALHO, 2014).

Fundamental neste contexto é o papel que o Tribunal de Contas, na qualidade de órgão superior de controle externo da administração pública, deve desempenhar. Este é o tema do presente trabalho, identificar, sistematizar e avaliar os instrumentos ao alcance das Cortes de Contas no Brasil para fiscalizar o cumprimento da regra do concurso público.

Neste artigo são analisados, inicialmente, os poderes e as competências atribuídos aos Tribunais de Contas a partir da Constituição de 1988, com ênfase no texto constitucional, tendo em vista ser essa a sede primordial de seu regime jurídico. Quando for necessário tratar dos aspectos relacionados à legislação infraconstitucional, os parâmetros utilizados serão a Lei federal n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU) e a Resolução TCU n. 246/2011, que dispõe sobre o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União (RITCU).² Em seguida, serão especificadas as possíveis formas de atuação dessas Cortes nessa seara, propondo-se a subdivisão do controle conforme o sentido da fiscalização, em duas dimensões: positiva (pela via direta e pela via indireta) e negativa, para avaliar os respectivos modelos a partir da análise qualitativa da doutrina especializada e de exemplos de atuação concreta de diversos Tribunais de Contas no país.

1. O Ápice do Tribunal de Contas no Brasil: a Constituição de 1988

A criação do Tribunal de Contas remonta ao trabalho de Rui Barbosa, cuja iniciativa ensejou, em 7 de novembro de 1890, a edição do Decreto n. 966-A, inspirado, à época, nos Tribunais de Contas da Itália e da Bélgica (BARBOSA, 1999). Em nível constitucional, a previsão dessa instituição ocorreu a partir do texto de 1891 (art. 89). Desde então todas as Constituições brasileiras trataram dessas Cortes e, excetuando somente a Carta de 1937, sempre apresentaram avanços consideráveis na disciplina do controle externo.

A Constituição de 1988, por sua vez, traduz incomparável avanço em relação aos seus congêneres europeus e à disciplina constitucional brasileira pregressa. Pode-se afirmar que foi alcançado o ápice da disciplina normativa constitucional na história brasileira. Dispôs sobre o regime de seus membros e a organização da instituição, tendo como paradigma o Poder Judiciário, e, principalmente, estabeleceu suas amplíssimas competências de controle. Na França e na Itália, ao contrário, pouco se consolidou no texto constitucional, dependendo a respectiva atuação, na maior

2 Embora a lei orgânica do TCU e o seu Regimento Interno não sejam de observância obrigatória por todos os Tribunais de Contas do país, as disposições locais costumam aproximar-se das normas federais por duas razões. A primeira pelo pouco espaço na Constituição para qualquer inovação significativa do legislador ordinário. A segunda por força da regra de simetria do art. 75 da Constituição, segundo a qual as normas constitucionais relativas à organização, composição e fiscalização do TCU aplicam-se às demais Cortes de Contas.

parte, do disposto na legislação infraconstitucional (cf. FRANÇA, 1985; ITÁLIA, 2012; REINO UNIDO, 2005).

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, ao final do trabalho de Direito Comparado onde analisou detidamente o regime jurídico das Cortes de Contas francesa, italiana e belga, asseverou que “nunca os Tribunais de Contas Brasileiros dispuseram de competências constitucionais tão amplas e incisivas, para desempenho de sua missão, inclusive com listagem taxativa de competências no texto constitucional”. Para o autor, não há dúvidas que “em relação à Constituição anterior, a atual Constituição do Brasil, de 1988, apresenta notável evolução, no sentido de fortalecer e dignificar, jurídica e politicamente, a atividade de controle externo, concentrando-a nos Tribunais de Contas” (1992, p. 173).

Em linhas gerais, é possível afirmar que o Brasil, atualmente, aproximou-se mais do modelo da *Cour des Comptes* francesa, ou seja, de Tribunal que delibera de forma colegiada, exercendo função jurisdicional,³ mas sem a presença de vínculo com qualquer dos Poderes.⁴ Ademais, seus membros possuem tratamento equivalente ao dos magistrados do Poder Judiciário e a Corte exerce atribuições semelhantes àquelas de seus congêneres europeus, com exceção do controle prévio, de origem italiana e belga, abolido no Brasil em 1967, conforme veremos a seguir.

2. As Atribuições do Tribunal de Contas: Principais Aspectos

Atendendo a antigas críticas da doutrina quanto ao caráter tradicionalmente formalista de sua atividade, que resultava apenas no coonestamento de tudo que se fazia (cf. FAGUNDES, 2013), o legislador constituinte ampliou o escopo da fiscalização, que passou a abranger além dos aspectos de legalidade aqueles relacionados à economicidade e à legitimidade (art. 70, *caput*, CR/88).

Para Gualazzi (1992), a Constituição de 1988 acolheu a pressão exercida pela sociedade para uma efetiva mudança dessas Cortes e cita como exemplo o editorial publicado pelo jornal “O Estado de S. Paulo”, à época da Assembleia Constituinte, intitulado “A Importância dos Tribunais de Contas”. Fruto disso, alega, foram as referências expressas à legitimidade e à economicidade, paralelamente à legalidade, com a finalidade de “tornar rigorosamente claro e definitivo” que o controle externo “abrange necessariamente todos os aspectos de legitimidade (inclusive moralidade e publicidade) e da economicidade (inclusive eficiência e economia de valores pecuniários, bem como adequação de meios econômicos-financeiros a fins públicos)” (1992, p. 195).

Ricardo Lobo Torres (1993, p. 39-41) chega a acentuar que “o controle de legitimidade, que é da própria moralidade” enseja “a abertura do controle financeiro

³ Trata-se de aspecto bastante controverso na doutrina, mas não é o propósito do trabalho debruçar-se sobre a questão. Aqui apenas se faz o registro de que se trata do entendimento pessoal do autor (cf. RODRIGUES, 2014).

⁴ Trata-se de aspecto bastante controverso na doutrina, mas não é o propósito do trabalho debruçar-se sobre a questão. Aqui apenas se faz o registro de que se trata do entendimento pessoal do autor (cf. RODRIGUES, 2014).

para a política”, dado que, “na década final do Século XX, cresce a importância da participação popular sobre mecanismos do Estado para a garantia da liberdade e a promoção da justiça social”. Com efeito, não se pretende menosprezar o tradicional controle de legalidade, cuja importância remanesce e não pode ser olvidado, “no entanto a ele deve ser acrescentada a análise do mérito da despesa pública, quanto à eficiência da aplicação dos recursos escassos” (NÓBREGA, 2011, p. 93).

A rigor, o princípio da legitimidade, assim tratado por Juarez Freitas (2009), exige do órgão de fiscalização uma atividade laborativa ainda mais acentuada por trazer em sua essência uma perspectiva substancial que impõe a superação das aparências da regularidade meramente formal. Esse exame de legitimidade exige maior esforço por demandar “o exame, a fundo, das finalidades apresentadas e das motivações oferecidas, de maneira a não compactuar com o vício teleológico”, pois “o que se almeja é vedar o escudo do exacerbado formalismo” (FREITAS, 2009, p. 129). Para o autor, a posituação da legitimidade “rompe, de muitas formas, com a lógica assombrada de mais de duzentos anos de conúbio indevido entre a Corte e as classes de privilégio, adeptas dos abstracionismos convenientes” (FREITAS, 2009, p. 129-130).

Outra inovação fundamental advinda com o regime de 1988 foi a ampliação do foco da fiscalização para além dos aspectos orçamentários e financeiros, passando abranger a fiscalização contábil, patrimonial e, em especial, a operacional (art. 70, *caput*, CR/88). Com as inspeções e auditorias de natureza operacional a fiscalização pode ser exercida por iniciativa própria, do Parlamento, de Comissão técnica ou de inquérito, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades submetidas à fiscalização da Corte (art. 71, inc. IV, CR/88). As auditorias, em geral, são instrumentos de fiscalização dos Tribunais e destinam-se ao exame da legalidade e da legitimidade dos atos de gestão, bem como para avaliar o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionados, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (art. 239, inc. I e II, RITCU).

Inovação igualmente relevante que não estava prevista nas constituições brasileiras anteriores diz respeito à competência da Corte para apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas apenas as nomeações para cargo de provimento em comissão (art. 71, inc. III, CR/88). Cuida-se de disposição voltada especificamente ao controle da regra da obrigatoriedade do concurso público, insculpida no art. 37, inc. II, da Constituição e que guarda íntima relação com o tema do presente trabalho. Adiante seu exame será aprofundado.

Dentre as atribuições mais tradicionais dos Tribunais de Contas, podemos destacar a de julgamento de contas, prevista constitucionalmente desde 1934 e que, no texto atual, possui grande abrangência, alcançando praticamente todos aqueles que de alguma forma tenham relação com a gestão de recursos públicos (art. 70, parágrafo

único, CR/88). Perceba-se que, a partir da Emenda Constitucional n. 19/1998, esse dever passou a alcançar também as pessoas jurídicas de direito privado. Ademais, terão as contas julgadas pela Corte os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, inc. II, CR/88).

Para instruir o julgamento de contas, bem como assegurar a eficácia do controle, o Tribunal de Contas poderá fiscalizar todos os atos de que resulte receita ou despesa, abrangendo, por exemplo, procedimentos licitatórios, editais, contratos, convênios e congêneres (art. 41, LOTCU). Na apreciação das contas apresentadas ao Tribunal, será examinada a sua regularidade, abrangendo os aspectos de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos de gestão praticados pelo responsável (art. 16, LOTCU).

O Tribunal de Contas também pode emitir provimentos de caráter mandamental, quando, no exercício de sua fiscalização, depara-se com a prática de alguma ilegalidade. A Constituição prevê a possibilidade de a Corte assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei (art. 71, inc. IX, CR/88). Caso a determinação não seja atendida, o próprio Tribunal poderá sustar a execução do ato impugnado, comunicando sua decisão ao Parlamento (art. 71, inc. X, CR/88). Observe-se, contudo, que no caso de contratos, o ato de sustação deverá ser adotado diretamente pelo Parlamento, que deve solicitar, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis (art. 71, § 1º, CR/88). Caso o Poder Legislativo ou Executivo não adote qualquer medida, a Corte de Contas passa a ter a competência plena para decidir sobre a questão (art. 71, § 2º, CR/88).

Observe-se que em relação aos provimentos de natureza cautelar é cabível a atuação da Corte de Contas tanto em relação a atos quanto em contratos, para prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como assegurar a efetividade de suas decisões. Interessante notar que a Constituição não fez qualquer menção à existência da competência para emissão de provimentos cautelares pelos Tribunais de Contas, cuja disciplina consta apenas em sua Lei Orgânica (afastamento temporário do responsável, art. 44, *caput*; indisponibilidade de bens do responsável, art. 44, § 2º; e arresto de bens do responsável, art. 61) e no seu Regimento Interno (suspensão do ato ou procedimento impugnado, art. 276). Sem embargo, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao se pronunciar sobre o tema, assegurou a possibilidade de serem emitidos tais provimentos cautelares, a fim de evitar prejuízo ao interesse público em razão da demora natural até se obter um provimento de mérito da Corte (BRASIL, 2004b).

Cumprir destacar a possibilidade de a Corte de Contas, ao constatar a ocorrência de um dano, imputar o débito diretamente ao responsável. Igualmente, há amparo constitucional para a aplicação de sanções pecuniárias em caso de ilegalidade ou contas irregulares, que poderão ser proporcionais ao dano ao erário, desde que

devidamente previstas em lei (art. 71, inc. VIII, CR/88). As decisões da Corte que imputarem o débito ou a multa terão eficácia de título executivo (art. 71, § 3º, CR/88), dispensando, portanto, a existência de processo de conhecimento e de sentença judicial para reconhecer o *an* e o *quantum debeatur*. Basta, nestes casos, ingressar diretamente com a ação de execução, lastreada na própria decisão da Corte. Tudo isso sem prejuízo da possibilidade de uma sanção reflexa ou decorrente da atuação desses Tribunais, mas cuja competência para efetivamente aplicá-la (ou declará-la) é da Justiça Eleitoral, qual seja a hipótese de inelegibilidade do art. 1º, inc. I, “g” da Lei complementar n. 64/1990, com redação conferida pela Lei complementar n. 135/2010.

Por fim, merece atenção a legitimidade constitucional para qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar irregularidade ou ilegalidade perante a Corte de Contas (art. 74, § 2º, CR/88), além de qualquer autoridade representar quando tiver conhecimento de tais fatos (art. 273, RITCU).

Neste panorama o enfoque recaiu sobre os aspectos gerais mais inovadores tratados na Constituição de 1988 e aqueles que poderão ser relacionados à fiscalização dos concursos públicos. A seguir, o foco será direcionado especificamente à atuação das Cortes de Contas na referida seara.

3. As Dimensões Positiva e Negativa do Controle sobre os Concursos Públicos

A partir do texto constitucional defende-se a possibilidade de duas dimensões de atuação dos Tribunais de Contas em relação à fiscalização dos concursos públicos. É possível imaginar o exercício do controle numa perspectiva positiva, no sentido da promoção do respeito à exigência do concurso público e de sua realização em conformidade com as regras e princípios que devem nortear o certame. Noutra perspectiva, podemos cogitar de uma dimensão negativa, concernente às situações em que há a fiscalização do cumprimento das regras que vedam a realização do concurso em determinadas circunstâncias.

O controle positivo poderá ser exercido pela via direta, quando as ações do Tribunal repercutirem diretamente na execução ou no fomento à realização do concurso público. Ocorrerá pela via indireta nas situações em que a sua atuação fomentar a futura realização do certame ou a observância das regras e princípios a ele aplicáveis como consequência indireta ou mediata da atividade do Tribunal, como um reflexo de determinada fiscalização que não tem por escopo especificamente o cumprimento das normas jurídicas que regem o concurso público.

O controle pode variar, igualmente, a depender do momento em que é realizado. Ele pode ser feito *a priori*,⁵ por exemplo, no decorrer do processo de contratação da

5 Não confundir com o controle a priori (prévio) de origem italiana e belga, caracterizado pela necessidade de um visto previamente à realização do ato, como condição de eficácia para a sua realização (GUALAZZI, 1992). O Brasil adotou esse modelo até 1967, quando operou a substituição pela sistemática de auditoria (cf. RODRIGUES, 2014). Na própria Itália o modelo sofreu mudança em 1994 e atualmente nem todos os atos se submetem a essa sistemática, mas apenas os mais relevantes (REINO UNIDO, 2005). Neste trabalho o critério de classificação quanto ao momento tem como referencial a realização do concurso público, considerado como iniciado a partir da publicação

instituição responsável pela realização do certame. Poderá ser realizado de forma concomitante, durante a realização do concurso, a partir da publicação do respectivo edital até a sua homologação. É possível haver também o controle *a posteriori* ou *ex post*, nos casos em que for exercido após a homologação do resultado final do concurso, como no momento do exame de legalidade do ato de admissão, para fins de registro.

A seguir serão abordadas algumas espécies de controle dos Tribunais de Contas nas dimensões positiva e negativa.

3.1. O CONTROLE NA DIMENSÃO POSITIVA

Em sua dimensão positiva, o controle exercido pelo Tribunal de Contas tem por objetivo fazer cumprir o postulado do concurso público, abrangendo todas as regras e princípios que lhe sejam aplicáveis. Ele ocorre de forma direta pela via da regulamentação, do controle do procedimento de contratação da instituição responsável pela execução do serviço; do certame em si, desde a publicação do edital; por meio de auditorias de natureza operacional; e do respectivo ato de admissão dos candidatos selecionados.

Esta dimensão positiva do controle também pode ocorrer pela via indireta, nas situações em que a sua atuação fomentar a futura realização do concurso público, mas não como consequência imediata ou direta. Nestes casos a indução à realização do certame decorre da fiscalização da efetiva ocorrência das hipóteses constitucionais que excepcionam a regra do concurso, para evitar a burla, como no uso abusivo de cargos comissionados ou de contratações temporárias em situações onde a necessidade de servidores é permanente. Começaremos a análise por esta espécie.

3.1.1. O CONTROLE DAS HIPÓTESES QUE EXCEPCIONAM A REGRA DO CONCURSO

Esta modalidade de controle positivo pela via indireta ocorre sempre que o Tribunal exerce a fiscalização sobre as normas que excepcionam a regra do concurso público. É uma espécie de controle *a priori* posto que anterior à realização do certame. Em verdade, a realização do concurso público é algo ainda distante desta fiscalização, mas cujo resultado poderá fomentar a sua realização.

Um caso bastante recorrente refere-se ao desvirtuamento da utilização da contratação temporária. Da literalidade do texto é possível observar alguns requisitos obrigatórios para a utilização da referida forma de ingresso em função pública, quais sejam: (i) lei estabelecendo as hipóteses em que se admitirá a contratação; (ii) necessidade temporária; e (iii) excepcional interesse público (art. 37, cin. IX, da CR/88).

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a norma constitucional, especificou

do respectivo edital e encerrado com a homologação do resultado final. Aqui o controle *a priori* é, portanto, aquele realizado antes do início do concurso público (antes da publicação do respectivo edital).

ainda mais as condições para a regularidade da contratação temporária (cf. BRASIL, 2014b, 2014c, 2014d), exigindo: (i) lei estabelecendo os casos em que se admitirá a contratação por tempo determinado, discriminando cada hipótese quanto ao tempo determinado e à necessidade temporária, e ainda que: (i.a) a lei não poderá estabelecer hipóteses abrangentes e genéricas de contratações temporárias sem concurso público; (i.b) a lei deverá especificar a contingência fática que evidencie situação de emergência; (ii) previsão legal dos cargos cuja atividade seja essencial e permanente, os quais deverão providos por concurso público a ser realizado pelo poder público paralelamente às contratações; (iii) comprovação da existência de necessidade temporária; e (iv) comprovação da existência de excepcional interesse público.

Destarte, inobservado algum desses requisitos, a contratação temporária deve ser reputada em desacordo com o texto constitucional e vedada a utilização no caso concreto. Como consequência, haverá o reforço da regra do concurso, pois não restará outra alternativa ao gestor para dar continuidade à prestação dos serviços públicos, além da realização do certame.

Os Tribunais de Contas têm atuado de forma bastante incisiva nessa seara de diversas formas. Ao receberem os contratos firmados entre o ente público e a pessoa física contratada (art. 41, inc. I, "b", LOTCU); por meio de representações oriundas da Justiça do Trabalho, nos casos em que os próprios magistrados comunicam à Corte de Contas e/ou ao Ministério Público de Contas a respeito da irregularidade na contratação, por ocasião do exame de reclamações trabalhistas ajuizadas por antigos "servidores" demitidos; e por ocasião do controle exercido sobre o próprio edital do processo simplificado de seleção de pessoal, que deve ser enviado à Corte para fiscalização (cf. GUIMARÃES, 2007).

Outra exceção prevista na Constituição refere-se ao cargo comissionado. Embora a análise do ato de admissão para cargo comissionado esteja fora do alcance da competência de registro do Tribunal (art. 71, inc. III, CR/88), a fiscalização é cabível no âmbito da prestação de contas do gestor público (arts. 71, inc. I e II, da CR/88) e em sede de denúncias ou representações.

A Constituição exige em seu art. 37, inc. V, que um percentual mínimo dos cargos em comissão seja, por lei, destinado a servidores efetivos, sendo comum o descumprimento desta regra. Ademais, tais cargos destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento. Não são raras as situações em que o montante de diretores, chefes e assessores supera, em muito, o quantitativo de efetivos, como forma de burlar a exigência do concurso público. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar por meio da ADI n. 5503/PI, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público (Ansemp), que questiona o percentual estabelecido em lei do Estado do Rio Grande do Norte, ao argumento de que a Constituição "não confere ao legislador infraconstitucional poderes absolutos ou verdadeira 'carta branca' para dispor sobre os percentuais de que trata de forma

dissociada de qualquer parâmetro de razoabilidade ou proporcionalidade”, pugnando pela estipulação de percentual que dê preferência ao provimento de tais cargos por servidores efetivos (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Outro exemplo de controle nesta seara decorreu de atuação do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), a partir de representação promovida pelo Ministério Público de Contas, na qual se constatou a indevida utilização de cargos em comissão para funções técnicas e não exclusivamente para as de chefia, assessoramento superior e direção, contrariando a exigência constitucional, além do uso indiscriminado dos referidos cargos em número muito superior à real necessidade da administração. Ao final, a Corte decidiu de forma assegurar a correta utilização da regra de exceção e, indiretamente, resguardou a obrigatoriedade do concurso público, ao assinar prazo para o gestor público corrigir as referidas irregularidades (PARANÁ, 2007).

Certamente, ainda que de forma indireta, essas medidas reforçam o cumprimento da regra do concurso público ao limitar o acesso de pessoas sem vínculo algum com a administração pública, sendo ampla a competência dos Tribunais de Contas para exercer essa modalidade de fiscalização.

3.1.2. O CONTROLE POR MEIO DO PODER REGULAMENTAR

Os Tribunais de Contas têm o Poder Judiciário como paradigma tanto institucional como para seus membros (cf. arts. 73, *caput*, e § 3º, da CR/88). Há previsão expressa determinando a aplicação do art. 96, referente ao Poder Judiciário, no que couber, às referidas Cortes. Este dispositivo versa, dentre vários aspectos, sobre a possibilidade de alterarem a organização judiciária e de elaborarem seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

A Lei Orgânica do TCU estabelece, em seu art. 3º, que no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos. Tais disposições, por força de lei, obrigam ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Este poder regulamentar tem sido utilizado para disciplinar a fiscalização das Cortes e a própria atuação dos gestores públicos, numa espécie de controle positivo por via direta, pois referem-se diretamente ao concurso público. Por ser realizado anteriormente à deflagração do certame, é uma modalidade de controle *a priori*.

Há diversos exemplos. No âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas (TCE/AL) a Instrução Normativa n. 001/2012 regulamenta a fiscalização da Corte sobre os contratos relativos a serviços de organização e realização de concurso para provimento de cargos e empregos públicos na administração pública municipal e estadual (ALAGOAS, 2012).

O regulamento do TCE/AL traz alguns aspectos salutarres para a concretização de diversos princípios reconhecidos pela doutrina como aplicáveis aos concursos públicos, como o do profissionalismo do selecionador, da sigilosidade, do ineditismo, dentre outros (CARVALHO, 2015). A influência de tais princípios pode ser sentida nas disposições que tratam da exigência da titulação mínima de mestre na respectiva área do conhecimento para poder integrar o corpo técnico responsável pela elaboração das questões, no caso de concurso para cargos que exijam formação de nível superior (art. 2º, § 4º); de que a empresa ou fundação contratada possua plano de segurança e sistema de controle de informações adequado à garantia da lisura e do sigilo do certame (art. 2º, § 5º); e da recomendação expressa de elaboração de questões inéditas e provas de gabaritos variados (art. 2º, § 5º, *in fine*).

Outra possibilidade de regulamentação está representada na Instrução Normativa n. 71/2012 do TCE/PR, que dispõe sobre o envio e acesso a informações e documentos necessários à apreciação e registro dos atos de admissão de pessoal (PARANÁ, 2012). Ao definir os documentos que devem ser submetidos à Corte para fiscalização, o Tribunal fomenta a regularidade do certame pois indica, também, o conteúdo de certos atos que serão praticados no decorrer do concurso, em especial do edital do certame (art. 4º). De igual modo, o TCE/PR disciplina o envio dos documentos relacionados à contratação de pessoal temporário, exercendo também o controle quanto a essa exceção à regra do concurso.

Por fim, há outra modalidade de regulamentação por meio da qual a Corte exige a realização do concurso público por seus jurisdicionados para determinadas áreas. O Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, por meio da Instrução Normativa n. 004/2011, determinou que os municípios goianos, até 07 de julho de 2012, passassem a ter os serviços contábeis e jurídicos, que possuem caráter permanente, prestados por servidores ocupantes de cargos efetivos, com provimento dos respectivos cargos mediante concurso público de provas ou de provas e títulos homologados até a referida data (GOIÁS, 2011). No mesmo sentido, o Tribunal de Contas de Santa Catarina, em sede de consulta, que tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese (art. 1º, § 2º, da LOTCU), deliberou por recomendar a existência de cargo efetivo no quadro de servidores do Município, com provimento mediante concurso público, em relação aos serviços jurídicos, seja de natureza judicial ou extrajudicial, por terem natureza de atividade administrativa de natureza permanente e contínua (SANTA CATARINA, 2009).

A utilização do poder regulamentar é vantajosa pois permite ao administrador público pautar sua conduta a partir de parâmetros previamente estabelecidos pelas Cortes de Contas. Trata-se da aplicação de regras e princípios já interpretados pelo órgão de controle, de forma a reduzir o risco de ser surpreendido apenas no momento do registro do ato de admissão, quando o concurso público já se exauriu. Além disso, fomenta a obediência ao comando constitucional ao sinalizar para os responsáveis que tal matéria é relevante, a ponto de merecer regulamentação da Corte, e que a partir de então deverá ser analisada de forma mais detida.

3.1.3. O CONTROLE DA CONTRATAÇÃO DA INSTITUIÇÃO RESPONSÁVEL PELO CERTAME

Esta é uma modalidade de controle positivo, pois repercute diretamente na realização do concurso público. A escolha adequada da instituição responsável pela organização e execução do certame é essencial para a satisfação de diversos princípios inerentes ao concurso público, tais como os da sigilosidade, da simultaneidade, do anonimato, do ineditismo, da imparcialidade, do profissionalismo e da independência do selecionador (cf. CARVALHO, 2015). É espécie de controle *a priori* por ser anterior ao início do certame, que ocorre com a publicação do edital.

Ao examinar o procedimento de contratação, que pode ser realizada mediante licitação ou contratação direta, nos termos do art. 24, inc. XIII, da Lei n. 8.666/1993 (cf. BRASIL, 2005), diversos aspectos da maior relevância passarão pelo crivo da Corte de Contas, como, por exemplo, o preenchimento dos requisitos mínimos para a contratação direta (se for esta a opção), referentes à presença de instituição dedicada ao desenvolvimento institucional, que detenha inquestionável reputação ético-profissional e sem fins lucrativos; a qualificação dos membros da equipe técnica, inclusive a formação do pessoal técnico responsável pela elaboração da prova; a existência de qualificação técnica que demonstre a aptidão para desempenhar o serviço de forma adequada, abrangendo a existência de plano de segurança e sistema de controle de informações hábeis a preservar a lisura e o sigilo do certame etc.

Esta análise ocorre, ordinariamente, a partir do envio pelo ente público responsável pelo certame de todo o procedimento relacionado à contratação, em prazo previamente fixado pela Corte, geralmente após a assinatura do contrato. Na impede, porém, que a atuação ocorra em momento anterior, a partir da publicação do instrumento convocatório, quando se tratar de processo licitatório, caso sejam verificadas irregularidades, ou a partir de denúncia feita por qualquer cidadão ou de representação por autoridade que tenha conhecimento de alguma ilegalidade. Desde 2011, por força de representações manejadas pelo Ministério Público de Contas, relacionadas à presença de indícios graves de irregularidade nos procedimentos de contratação de entidades responsáveis pela elaboração de concursos públicos, o TCE/AL suspendeu a realização de diversos certames (cf. ALAGOAS, 2011).

Esta modalidade de controle é essencial e imprescindível para evitar a consolidação dos prejuízos decorrentes da escolha de entidade que, eventualmente, não detenha a *expertise* necessária para desenvolver tal atividade. A experiência demonstra que, após a divulgação do resultado do procedimento, quando os candidatos aprovados são de conhecimento público, é muito mais difícil a anulação do certame, ainda que eivado de vícios graves comprometedores de sua lisura e competitividade.

3.1.4. O CONTROLE DO EDITAL DO CERTAME E DE SUA EXECUÇÃO

Após a escolha da instituição responsável pela realização do certame, este terá início com a publicação do respectivo edital e, a partir deste momento, é possível que a Corte de Contas realize um controle de dimensão positiva e concomitante. O próprio edital pode ser objeto da fiscalização, que verificará se o responsável fez inserir todos os requisitos constitucionais e legais mínimos.

A Constituição assegura aos cidadãos o direito de acesso aos cargos públicos em igualdade de condições, observadas as exigências legais (art. 37, inc. I, CR/88). Fábio Lins de Lessa Carvalho (2014) destaca, com razão, a necessidade de serem definidos objetivamente os requisitos necessários à participação dos interessados nos procedimentos seletivos como *conditio sine qua non* para a elaboração de um sistema de acesso à função pública. Sem embargo, o autor defende, também, que a disciplina legal deve ser pautada pelo princípio da igualdade e por outros princípios como os da ampla acessibilidade, do acesso meritório, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conforme destacado anteriormente, a fiscalização a cargo dos Tribunais de Contas abrange não somente o controle de legalidade mas igualmente o de legitimidade. Não restam dúvidas, portanto, que o controle externo, ao apreciar os concursos públicos e todo o procedimento desenvolvido até a homologação do resultado final, deve apurar se as regras e princípios aplicáveis a esse instituto foram devidamente observados pela administração.

Esta análise pode ocorrer de ofício ou mediante provocação, por denúncia ou representação, na qual sejam detectados indícios de ilegalidade no edital ou na condução do certame. Nestes casos, a depender da gravidade da situação, será possível deferir medida cautelar para determinar a suspensão do certame, a fim de evitar grave lesão ao interesse público ou o risco de ineficácia da decisão de mérito (art. 276, *caput*, RITCU). Além disso, em diversos Tribunais de Contas os gestores devem enviar os respectivos editais para a fiscalização da Corte rotineiramente, em prazo predeterminado em regulamento, de modo a dotar o controle de maior rapidez e eficácia (cf. FERNANDES, 2008; DINIZ, 2010).

São diversas as questões ao alcance do Tribunal nesta modalidade de controle. É possível verificar se os cargos ofertados foram criados por lei; a adequação legal dos requisitos exigidos para o respectivo provimento; se o montante cobrado a título de taxa de inscrição observa as prescrições legais e regulamentares, que exigem, por exemplo, a indispensabilidade da cobrança para o custeio do certame e algumas hipóteses de isenção (art. 11 da Lei n. 8.112/1991 com redação pela Lei n. 9.527/1997 c/c Decreto n. 6.593/2008); a regularidade da exigência e da realização de testes psicotécnicos (cf. BRASIL, 2015a); a reserva de vagas a candidatos negros (Lei n. 12.990/2014); a reserva de vagas a candidatos portadores de deficiência (art. 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990 e Lei n. 13.146/2015); a clareza e a objetividade da prova de títulos, que deve valorizar a formação e a experiência relevantes para a administração pública (cf. FORTINI, VIEIRA, 2010), dentre vários outros.

3.1.5. O CONTROLE POR AUDITORIAS DE NATUREZA OPERACIONAL

Podemos inserir na dimensão positiva pela via direta o controle realizado mediante auditorias de natureza operacional, no qual se faz uma análise da performance ou do resultado. Elas são um contraponto às denominadas auditorias de legalidade ou de conformidade, voltadas ao cumprimento das normas e com ênfase nos desvios e danos possivelmente causados ao erário, para fins de responsabilização do ordenador de despesas (LIMA, 2010). Também conhecida como *performance audit*, a auditoria de natureza operacional pode ser definida como a “análise e avaliação do desempenho de uma organização – no todo ou em partes –, objetivando formular recomendações e comentários que contribuirão para melhorar os aspectos de economicidade, eficiência e eficácia” (ARAÚJO, 2008, p. 31).

Diversamente do que ocorre com as tradicionais auditorias de legalidade, as operacionais têm foco no processo de gestão de determinado órgão, entidade ou programa, sendo analisados o planejamento, a organização, os procedimentos operacionais e o seu acompanhamento, quanto a aspectos como economicidade, eficiência, eficácia e da equidade (NÓBREGA, 2011).

É um instrumento relativamente novo na história dos Tribunais de Contas e que vem cada vez mais ganhando adesão, dada a sua vocação para a reorientação da atuação administrativa, em busca de resultados mais satisfatórios para a sociedade, em vez da penalização do gestor, cujos efeitos quase sempre pouco repercutem na melhoria dos serviços públicos.

Recentemente, o Tribunal de Contas da União fez uso desse modelo de fiscalização para avaliar o processo de elaboração de editais dos concursos públicos realizados pela Escola de Administração Fazendária – ESAF (BRASIL, 2016b). O objetivo do trabalho foi encontrar respostas para a seguinte questão: “os princípios constitucionais da isonomia, da eficiência e da impessoalidade (concretizado no princípio do julgamento objetivo) e o interesse público são atendidos na realização de concursos?” (BRASIL, 2016b, p. 5).

Foram identificados três aspectos centrais no processo, a partir da premissa de que o concurso público tem por finalidade selecionar candidatos que atendam às necessidades da administração, quais sejam: a identificação das necessidades de pessoal; a elaboração do edital com critérios que selecionem candidatos alinhados a essas necessidades; e a adequação dos candidatos aprovados ao perfil traçado.

No decorrer dos trabalhos detectou-se que os órgãos auditados não fundamentavam suas solicitações de concursos públicos em perfis profissionais desejados, mas apenas no acompanhamento das aposentadorias e vacâncias, e nos cargos vagos oriundos das respectivas leis de criação. A unidade técnica recomendou a realização sistemática do planejamento da força de trabalho, definindo o perfil profissional almejado, conforme as necessidades futuras da administração. Ao final, o TCU emitiu diversas recomendações e determinou aos órgãos envolvidos que enviassem ao

Tribunal planos de ação com a finalidade de implementar as recomendações feitas, em prazo razoável e com a indicação dos respectivos responsáveis.

Esta forma de atuar muda o paradigma do órgão de controle como agente que busca irregularidades com a finalidade de punir o gestor público, sem preocupação com a atividade administrativa em sentido amplo. Passa-se a adotar uma proposta colaborativa de identificação de falhas com a apresentação dos possíveis caminhos para solucioná-las, ao tempo em que provoca a atuação da administração no sentido de que ela própria indique como irá adequar-se concretamente, mediante a apresentação de um plano de ação cuja execução será acompanhada pelo Tribunal.

Ademais, cumpre destacar que pela maleabilidade característica deste tipo de auditoria, é possível cogitar-se de sua realização antes da realização de um concurso público específico (*a priori*), como no exemplo ora apresentado, cujas consequências apontarão para o futuro, mas também pode referir-se, na condução dos trabalhos, a concursos públicos já realizados (*ex post*) e em andamento (concomitante). Como a sua finalidade primordial não é penalizar o gestor, a propensão maior dessa modalidade de controle é a de produzir efeitos para certames futuros, podendo, portando, caracterizar-se como uma forma de controle positivo, direto e primordialmente *a priori*.

3.1.6. O CONTROLE PELO REGISTRO DO ATO DE ADMISSÃO DE PESSOAL

Este controle assemelha-se bastante ao já tradicional registro dos atos de aposentadorias, reformas e pensões, competência constitucionalmente atribuída aos Tribunais de Contas desde o texto de 1946 (art. 77, inc. II). Em relação aos atos de admissão de pessoal, essa competência só fora prevista na Constituição de 1988, quando o regime da obrigatoriedade do concurso público tornou-se mais rigoroso, passando a ser exigido para o provimento de qualquer cargo ou emprego público e não apenas para a primeira investidura (cf. art. 97, § 1º, CR/67 c/c EC n. 1/69). Esta atribuição tem relação direta, portanto, com a maior rigidez que passou a ser exigida para o ingresso no serviço público, pois tem por escopo fiscalizar a legalidade de cada ato de admissão de pessoal praticado, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas somente as nomeações para cargo de provimento em comissão (art. 71, inc. III, CR/88).

Assim como ocorre em relação ao registro dos atos de aposentadoria, reformas e pensões (cf. TEIXEIRA, 2004) há discussão na doutrina a questionar se, a partir de 1988, as admissões no serviço público não teriam se tornado atos complexos, ao argumento de que dependem, para sua validade, do exame e confirmação pelos Tribunais de Contas (cf. FERNANDES, 2008). Para alguns autores, não seriam atos complexos porque a manifestação do Tribunal de Contas não teria o condão de completar a formação de vontade do ato, mas apenas controlar a atividade administrativa. Para esse entendimento, o ato admissional teria eficácia provisória

doutrina

até a análise do Tribunal de Contas e, a partir de então, com o registro, teria eficácia plena ou definitiva (GUIMARÃES, 2007).

O exame da questão torna-se mais árduo porque em alguns Tribunais a respectiva lei orgânica confere tratamento peculiar à questão. Em Alagoas, há disposição asseverando que “serão nulos todos os atos relacionados com pessoal, tais como nomeação, contratação e serviços prestados sob qualquer natureza ou modalidade, que não sejam devidamente aprovados na forma da Lei, em Sessão plena do Tribunal de Contas” (ALAGOAS, 1994).

A depender da posição adotada, haverá repercussão, por exemplo, na realização do contraditório e da ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas (cf. MOTTA, 2014). O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula Vinculante n. 3 (BRASIL, 2007), entendeu que nos processos perante o Tribunal de Contas devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, mas excepcionou a hipótese da apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Com efeito, por ocasião do julgamento do precedente representativo relativo ao enunciado citado, o Ministro Ayres Britto destacou que “não precisa ouvir a parte diretamente interessada, porque a relação jurídica travada, nesse momento, é entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública” (BRASIL, 2004a).

Posteriormente, o STF entendeu que após o transcurso de de 5 (cinco) anos a contar do ingresso do ato no Tribunal de Contas para registro, a despeito do teor da Súmula Vinculante n. 3, será imprescindível instaurar o contraditório e a ampla defesa, oportunizando ao interessado prazo para ofertar suas considerações (BRASIL, 2014a).

Independentemente da posição adotada, seja ato complexo ou não, defende-se aqui que o tratamento a ser conferido em relação ao registro dos atos de admissão de pessoal deve ser o mesmo destinado ao registro dos atos de aposentadoria, reformas e pensões, posto que recebem idêntica disciplina constitucional no que se refere ao controle pelo Tribunal de Contas.

A partir da proposta de classificação aqui adotada, podemos definir esta modalidade de controle como sendo *a posteriori* ou *ex post*, pois será realizada após a homologação do resultado final do processo de seleção. Embora seja espécie de controle indispensável, padece da peculiaridade de analisar o certame após a ocorrência de todos os fatos relevantes, é dizer, quando as eventuais irregularidades que porventura tenham ocorrido já se consolidaram. Daí a importância de interpretar as atribuições de fiscalização do Tribunal de Contas de forma sistemática e admitir a possibilidade da coexistência de diferentes formas de controle, que poderão ocorrer em diversos momentos, não apenas na modalidade *ex post* ou *a posteriori*, mas também nas formas *a priori* e concomitante, vistas anteriormente (cf. GUIMARÃES, 2007).

Outra característica importante diz respeito aos efeitos da análise da Corte de Contas sobre os atos de admissão de pessoal. Sendo insanável o vício e, por conseguinte, negado o registro, a consequência será a nulidade de todos os atos de admissão, operando-se o efeito *ex tunc*. A própria Constituição, em seu art. 37, § 2º, estabelece a cominação da nulidade em caso inobservância da regra do concurso público, compreendido neste contexto como o processo seletivo regular, que atenda às regras e princípios regentes, não bastando para tal fim a realização de um simulacro de concurso. Por certo, tratando-se de irregularidade sanável, a Corte poderá assinalar prazo para a correção da ilegalidade, sob pena de, não sendo acatada a determinação, sustar o ato (art. 71, inc. IX e X, CR/88).

Por fim, registre-se que os vencimentos percebidos pelos servidores que tiverem o registro dos respectivos atos negado não deverão, em princípio, ser devolvidos, sob pena de enriquecimento ilícito pela administração. A Justiça do Trabalho assentou o entendimento de que além do salário devido pelos serviços prestados, o trabalhador contratado irregularmente, sem aprovação em concurso público ou processo seletivo simplificado, tem direito à indenização substitutiva equivalente aos valores que não foram recolhidos à respectiva conta vinculada do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), nos termos da Súmula n. 363 do TST. A obrigatoriedade de arcar com o FGTS decorre do art. 19-A da Lei n. 8.036/90, incluído pela MP n. 2.164-41/2001.

3.2. O CONTROLE NA DIMENSÃO NEGATIVA

Na dimensão negativa, o controle exercido pelo Tribunal de Contas visa ao cumprimento das regras jurídicas que impedem a realização do concurso público, por razões relacionadas à saúde das finanças públicas, estipuladas na Lei de Responsabilidade Fiscal, ou impedimentos temporários pertinentes a outros valores relevantes, como a regularidade do processo eleitoral.

Pela relevância adquirida recentemente, também será analisada no âmbito da dimensão negativa a restrição contida na Emenda à Constituição n. 95/2016, fruto da PEC n. 241/2016 (BRASIL, 2016a), por meio da qual implantou-se o Novo Regime Fiscal, apontado como uma possível medida para debelar a atual crise econômica.

3.2.1. A VEDAÇÃO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) regulamenta o art. 169 da Constituição, estabelecendo limites para as despesas com pessoal ativo e inativo dos entes federativos, que não podem superar determinado percentual da receita corrente líquida, fixado em 50% para a União e em 60% para os Estados e Municípios (arts. 18 e 19). Merece destaque, porque objeto de frequente controvérsia que “os dispêndios com inativos e pensionistas devem ser incluídos no cômputo da despesa total com pessoal, para efeito de verificação do cumprimento dos limites impostos [...] salvo quando custeadas com recursos previdenciários próprios” (FURTADO, 2014, p. 475).

Caso as referidas despesas alcancem 95% do limite máximo permitido, os entes estarão sujeitos a diversas restrições, dentre as quais a vedação ao provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança (art. 22, parágrafo único, inc. IV, LRF).

Pela literalidade da lei, a vedação ao provimento de cargo público não impede a realização do concurso. Em tese, é possível cogitar-se da realização do procedimento de seleção sem que haja a nomeação do candidato aprovado. Ocorre que tal raciocínio esbarra em algumas questões. A primeira está relacionada à efetiva necessidade de se realizar o concurso, que gera diversos custos não cobertos pela cobrança da taxa de inscrição, tais como com a mão de obra necessária à realização e acompanhamento de todo o procedimento de contratação da instituição responsável e com a fiscalização da execução do serviço. Se não for possível a nomeação dos servidores, em razão do descumprimento dos limites de gastos com pessoal, nem haja a expectativa de que no decorrer do prazo de validade do concurso venha a ocorrer a necessária adequação, a sua deflagração não terá justificativa e configurará dano ao erário. Neste caso, a atuação da Corte de Contas deverá ocorrer numa dimensão negativa, para impedir a realização do concurso público.

Outra questão a ser considerada consiste na atual jurisprudência da Suprema Corte, que pacificou o entendimento no sentido da existência do direito adquirido à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital (cf. BRASIL, 2011, 2016c). A despeito da existência de vagas a serem providas, é possível que o ente federativo já tenha ultrapassado os limites de gastos com pessoal estabelecidos pela LRF. Neste caso, a deflagração do certame com a previsão das vagas em aberto no seu edital terá o condão de conferir aos futuros candidatos aprovados direito à nomeação, ainda que o ente esteja impossibilitado de fazê-lo por descumprir os limites de gastos. Caso a administração negue a nomeação dos aprovados, certamente alcançarão o objetivo pela via judicial, por se tratar de matéria pacificada no STF em sede de repercussão geral (BRASIL, 2011).

É certo que no recurso extraordinário n. 598.099 (BRASIL, 2011) foi considerada a possibilidade da recusa da administração em nomear o candidato aprovado no número de vagas, a depender da justificativa. Contudo, a situação justificadora, para o STF, deve ter as características da superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade, que não estariam presentes, em princípio, numa situação em que o certame fora deflagrado quando o limite de gastos já estava acima do permitido.

Por tais razões, defende-se que os Tribunais de Contas, ao emitirem o alerta previsto na LRF para a hipótese de a despesa com pessoal ultrapassar 90% do respectivo limite, fiscalizem, também, a abertura de novos concursos pelo respectivo ente público, para avaliar se o futuro e provável provimento dos cargos previstos no edital não agravará ainda mais as suas finanças. Será preciso avaliar se, no curto prazo, há tendência de redução das despesas com pessoal a compatibilizar-se com a realização

do certame. Caso contrário, a Corte deve assinalar prazo para o gestor anular o procedimento, pois a sua continuidade afrontaria, por via indireta, os dispositivos constitucionais e legais que delimitam o gasto público.

3.2.2. A VEDAÇÃO DA LEI DAS ELEIÇÕES

A vedação da Lei n. 9.504/97 (Lei das Eleições) não abrange, especificamente, a realização do concurso público, mas apenas impede a nomeação dos candidatos aprovados, caso a homologação do certame ocorra após o prazo de três meses, a contar da data do pleito, até a posse dos eleitos (art. 73, inc. V, “c”). O propósito desta regra é o de evitar a utilização da máquina pública como forma de amealhar votos por meio da distribuição de cargos, muitas vezes sem a existência de disponibilidade orçamentária ou financeira.

Evidentemente, a simples realização do concurso público não equivale à nomeação do candidato aprovado. Contudo, a jurisprudência, conforme visto acima, já consolidou a tese do direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas, fato que ao tempo da edição da Lei das Eleições era considerado mera expectativa de direito (cf. BRASIL, 2011, 2016c). Daí porque, à luz da jurisprudência atual da Suprema Corte, é defensável a modificação da lei para estender a vedação da nomeação também à realização do concurso ou à sua homologação em período eleitoral. Tal medida seria acertada pois a prática de um ato que, muito embora não corresponda à nomeação, gere o direito adquirido à nomeação, constitui, inegavelmente, fator hábil a desequilibrar o processo eleitoral em favor do candidato que esteja à frente da administração pública.

Sem embargo, o Tribunal de Contas, no exercício da fiscalização, poderá detectar a violação à Lei das Eleições, mormente quando aprecia o ato de admissão de pessoal para fins de registro e, nesse caso, se verificada alguma irregularidade, deverá representar ao Poder competente e ao Ministério Público, nos termos do art. 71, inc. XI, da Constituição.

3.2.3. A VEDAÇÃO DO NOVO REGIME FISCAL (EC N. 95/2016)

Recentemente, foi aprovada uma proposta de ajuste fiscal correspondente à Emenda Constitucional (EC) n. 95/2016, que instituiu o “Novo Regime Fiscal” e passou a estabelecer um teto de gastos públicos, extensível às despesas em saúde e educação, para os próximos 20 (vinte) exercícios financeiros. A partir de então, os gastos públicos, na esfera federal, passaram a ser limitados à despesa primária total realizada no exercício anterior, corrigida apenas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Se algum Poder ou órgão descumprir a referida limitação, serão impostas vedações à admissão ou à contratação de pessoal e, também, à realização de concurso público.

Destarte, com o Novo Regime Fiscal, passamos a ter, no art. 109, inciso V, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, norma expressa vedando a realização

de concurso público, competindo ao Tribunal de Contas da União, que detêm a competência para a fiscalização orçamentária, financeira e contábil da administração pública federal, exercer esse novo controle de dimensão negativa.

Futuramente, caso essa sistemática de restrição da despesa pública venha a ser replicada nas esferas estaduais e municipais, os demais Tribunais de Contas do Brasil passarão a ter, igualmente, a referida competência.

4. Conclusão

Os problemas gerados pela prevalência das relações pessoais em detrimento do mérito na escolha dos ocupantes dos postos públicos, ao longo de nossa história, são por todos conhecidos e lamentados. Com razão, Padre Antônio Vieira alertava (1907 *apud* GARCIA, 2013, p. 500):

[...] a porta, por onde legitimamente se entra no officio, é só o merecimento [...] o que entra pela porta, poderá vir a ser ladrão, mas os que não entram por ella já o são. Uns entram pelo parentesco, outros pela amizade, outros pela valia, outros pelo suborno, e todos pela negociação. E quem negoceia não há mister outra prova; já se sabe que não vae a perder. Agora será ladrão occulto, mas depois ladrão descoberto.

É imprescindível assegurar o respeito à regra do concurso como condição para o ingresso de novos servidores no serviço público. Desta forma se concretizará o princípio da isonomia, o qual exige o amplo acesso aos cargos públicos como um direito do cidadão e cujo critério de distinção deve ser o do mérito.

Neste cenário, os Tribunais de Contas não podem se ocultar por detrás de um verniz de formalidade exacerbada no exercício de suas atribuições. A Constituição de 1988 quebrou o paradigma histórico que alicerçava a atuação legalista e pouco eficiente dessas Cortes. A abertura que o sentido do controle de legitimidade propicia não pode ser negligenciada. O constituinte brasileiro deu um voto de confiança para essas instituições, que devem assumir a sua responsabilidade sob pena de se verem sobrepujadas pelo curso da história.

Daí a importância de demonstrar as dimensões positiva e negativa do controle que estão ao alcance dos Tribunais de Contas em relação aos concursos públicos. De um lado, na perspectiva positiva, tanto na via direta quanto na indireta, devem fomentar a realização do certame quando cabível e fiscalizar com rigor a sua execução, para que sejam devidamente respeitadas as regras e princípios a eles inerentes, tendo sempre em mente os princípios basilares da isonomia e da meritocracia (cf. CARVALHO, 2015). Por outra via, na perspectiva negativa, cumpre impedir a sua realização quando em desacordo com as regras que impõem a observância de outros valores igualmente relevantes, como o equilíbrio econômico-financeiro do Estado e a hígidez do processo eleitoral. Ademais, as Cortes podem realizar essa fiscalização em diversos momentos, sendo admissível os controles *a priori*, concomitante e *ex post*,

não faltando, portanto oportunidades nem instrumentos para fazer cumprir com rigor o texto constitucional.

Nesta toada, espera-se, o Estado Democrático de Direito poderá florescer, contando a sociedade com um corpo de servidores públicos capacitado e apto a atendê-la de forma adequada, sem dever favores e nem atado a laços não republicanos.

5. Referências Bibliográficas

ALAGOAS. Tribunal de Contas do Estado. Instrução Normativa n. 001/2012. Maceió, 13 mar. 2012. Diário Oficial do TCE/AL Eletrônico, 22 jun. 2012.

Decisão simples no processo TC n. 13666/2011. Pleno. Relatora: Conselheira Maria Cleide Costa Beserra. Interessado: Ministério Público de Contas. Jurisdicionado: Prefeito do Município de Atalaia. Maceió, 22 set. 2011. Diário Oficial do Estado de Alagoas, 23 set. 2011, p. 48.

Lei n. 5.604, de 20 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Alagoas e dá outras providências. Diário Oficial do Estado de Alagoas, 1994. Disponível em: < <http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/leis/leis-ordinarias/1994/lei%20ordinaria-5604>>. Acesso em: 4 jul. 2016.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. Introdução à Auditoria Operacional. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos de Rui Barbosa sobre a criação do TCU. Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v. 30, n. 82, p. 253-262, out./dez. 1999.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição n. 241. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal. Autor: Poder Executivo. Apresentação: 15 jun. 2016. Diário Oficial da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 18 jun. 2016.

Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.594/2016. Pleno. Órgão: Escola de Administração Fazendária e Ministério da Fazenda. Relator Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 22 jun. 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 1 jul. 2016.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário n. 837.311. Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 9 dez. 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 15 abr. 2016.

Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 44. Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público. Pleno. Brasília, 8 abr. 2015. Diário da Justiça Eletrônico, 17 abr. 2015.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão nos embargos de declaração no mandado de segurança n. 25.116. Pleno. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 22 maio 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 12 jun. 2014.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.247. Pleno. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 26 mar. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 15 ago. 2014.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.237. Pleno. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 26 mar. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 18 ago. 2014.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário n. 658.026. Pleno. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 9 abr. 2014. Diário da Justiça Eletrônico, 30 out. 2014.

Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 569/2005. Plenário. Relator Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 11 maio 2005 apud NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 151.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão no recurso extraordinário n. 598.099. Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 10 ago. 2011. Diário da Justiça, 30 set. 2011.

Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Pleno. Brasília, 30 maio 2007. Diário da Justiça Eletrônico, 6 jun. 2007.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de segurança n. 24.268. Pleno. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 5 fev. 2004. Diário da Justiça, 17 set. 2004.

Supremo Tribunal Federal. Acórdão no mandado de segurança n. 24.510. Pleno. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 nov. 2003. Diário da Justiça, 19 mar. 2004.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. Principiologia do concurso público. Maceió: Edufal, 2015.

Igualdade, Discriminação e Concurso Público. Maceió: Viva, 2014.

DINIZ, Gilberto. Conselheiro destaca o papel do TCE na fiscalização de concurso públicos. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 74, n. 1, p. 37-38, jan./fev./mar. 2010.

FORTINI, Cristiana; VIEIRA, Virginia Kirchmeyer. Ponderações sobre a prova de títulos nos concursos públicos. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Edição especial: concursos públicos, p. 56-67, ano XXVIII.

FRANÇA. Constitution de la République française (1958). Assemblée National. 4 out. 1985. Disponível em: < http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#titre_5 >. Acesso em: 25 jun. 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Regime jurídico dos Tribunais de Contas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana (1948). Senato della Repubblica Italiana. Roma: Libreria del Senato, dez. 2012. Disponível em: < <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf> >. Acesso em: 25 jun. 2016.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 87-109, dez. 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, J. R. Caldas. Direito Financeiro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GOIÁS. Tribunal de Contas dos Municípios. Instrução normativa n. 004/2011. Goiânia, 5 out. 2011.

GUIMARÃS, Edgar. Controle dos atos admissionais pelos Tribunais de Contas. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 257-283.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 78-82 e 117-119.

MOTTA, Fabrício. O registro dos atos de aposentadoria pelos Tribunais de Contas. In: FORTINI, Cristiana. Servidor Público: estudos em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 93-107.

NÓBREGA, Marcos. Os Tribunais de Contas e o Controle dos Programas Sociais. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 103.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. Acórdão n. 135/07-TC. Plenário. Interessado Município de Santa Mariana. Relator Conselheiro Nestor Baptista. Curitiba, 8 fev. 2007. Diário Oficial, 16 fev. 2007. Disponível em: < <http://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/acordao-1352007-do-tribunal-pleno/1987> >. Acesso em: 30 jun. 2016.

Tribunal de Contas do Estado. Instrução Normativa n. 71/2012. Curitiba, 16 ago. 2012. Diário Oficial do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 4 set. 2012, p. 74-78.

REINO UNIDO. United Kingdom National Audit Office. State Audit in the European Union. Heronsgate, dez. 2005. Disponível em: < <https://www.nao.org.uk/report/state-audit-in-the-european-union/> >. Acesso em: 25 jun. 2016.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. Os Tribunais de Contas e o controle de políticas públicas. Maceió: Viva, 2014.

ROSENN, Keith S. O jeito na cultura jurídica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. Prejulgado 0873, reformado pela Decisão n. 3000/09. Pleno. Florianópolis, 24 ago. 2009. Disponível em: < http://consulta.tce.sc.gov.br/cog/asp/prejulgado.asp?nu_prejulgado=873>. Acesso em: 30 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Questionada lei sobre percentual de cargos em comissão para servidores do MP-RN. Notícias STF, Brasília, 27 abr. 2016. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315368> >. Acesso em: 30 jun. 2016.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. O controle das aposentadorias pelos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 194, p. 31-45, out./dez. 1993.

VIEIRA, António. Sermão do bom ladrão In: Obras completas do Padre António Vieira. Vol. V. Porto: Livraria Chardron, 1907.

doutrina