

Sorteio de cargos públicos: desvio de finalidade com aval da justiça

Sortition of public jobs: embezzlement with the allowance of justice

Manoel Almeida

Advogado – OAB-MG 118.985. Pós-graduado em Direito Civil pelo Centro Universitário de Araras/MG (Unar). e-mail: manoelalmeida.adv@gmail.com

Resumo: Em janeiro de 2009 a Justiça Estadual, em sede de liminar concedida em agravo de instrumento interposto contra a Ação Civil Pública 0480.08.121926-7, de autoria do Ministério Público Estadual, autorizou o sorteio de cargos de assessores legislativos para a Câmara Municipal de Patos de Minas, Minas Gerais. Será de natureza absoluta a liberdade conferida ao gestor público para contratar nas hipóteses de preenchimento das chamadas funções de confiança? No ordenamento brasileiro não existe liberdade nem direitos absolutos: embora o agente político desfrute de plena liberdade funcional, a discricionariedade, invariavelmente, se adstringe aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da indisponibilidade e da isonomia, sendo defesa – sob pena de nulidade e responsabilidade – a prática de atos cuja finalidade não atenda aos interesses da coisa pública.

Palavras-chave: Assessoria parlamentar; ato administrativo; eleições; legislativo; marketing político; princípios da Administração Pública.

Abstract: In January 2009, Minas Gerais State Justice, through measure conceded in an appeal against the Public Civil Lawsuit 0480.08.121926-7, written by the Public Ministry of the State of Minas Gerais, authorized the sortition of jobs to the municipal council in Patos de Minas. Would it be the absolute lack of freedom what led the legislator to give the public agent the allowance to hire in the hypothesis of hiring position of trust jobs? In the Brazilian ordainment there isn't either freedom or absolute rights: although the political agent has full and functional freedom, discretion, invariably, astringe the principles of legality, morality, impersonality, unavailability and isonomy. Defense is – under the risk of nullity and responsibility – the practice whose goal does not follow the interest of the public sphere.

Keywords: Administrative Act; elections; legislative Power; parliament advisement; political Marketing; principles of the Public Administration.

1. Introdução

Recente decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) abriu duvidoso precedente acerca da contratação de auxiliares pelos agentes públicos. Por maioria de votos, os desembargadores foram favoráveis ao sorteio de oito cargos de assessore legislativo no município de Patos de Minas, Minas Gerais, totalizando dez contemplados — dois para cada ano da legislatura 2009/2012, mais um par de suplentes.

O sorteio foi realizado em praça central da cidade graças a um recurso interposto pelo vereador que promoveu o evento. Desde então, quatro contemplados já assumiram suas funções, recebendo remuneração mensal de mil, oitocentos e cinquenta reais. Somente agora a medida judicial preliminar foi definitivamente julgada, e a única restrição imposta pelo tribunal foi quanto à nomeação de analfabetos – questão esta, aliás, já superada uma vez que os próprios candidatos teriam de preencher a cédula de inscrição.

O instrumento convocatório, publicado em jornal local, autorizava a candidatura de “todos os interessados, sem distinção de sexo, raça, etnia e cor”, com idade mínima de dezoito anos, bastando a apresentação de documento pessoal e, posteriormente, os documentos exigidos pela Câmara Municipal para admissão de servidores, como declaração de bens e exame médico “adimensional” (sic).

Em primeira instância a questão ainda não está resolvida, devendo a ação principal ser julgada pelo juiz titular, sob pena de, findo o mandato legislativo, a Ação Civil Pública perder seu objeto e quedar extinta sem resolução do mérito.

2. Da isonomia

O membro da 5ª Promotoria de Justiça da comarca de Patos de Minas, e curador do patrimônio público, tentou, extrajudicialmente, convencer o vereador (recordista de votos e em seu quinto mandato) a abster-se de cumprir a promessa, assinando um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Não obtendo êxito, a alternativa foi pedir, via Ação Civil Pública, a suspensão do feito, o qual atenderia tão-somente “aos caprichos demagógicos” do ora suplicado:

O sorteio de cargos públicos, mormente nos moldes aleatórios propostos pelo Réu, é um ato manifestamente inadequado para alcançar a finalidade pública, qual seja, suprir as vagas do serviço público com servidores que estejam aptos a exercer, com eficiência, as atribuições legais inerentes aos respectivos cargos.

“Não sei por que estão me processando”, declarou o parlamentar em entrevista à revista *Veja*. “Isso é coisa do promotor”, afirmou, assegurando que “o processo é legal e vai acabar virando tese jurídica” (AMARO, 2008, pp. 52-53).

O jurista José Paulo Cavalcanti Filho, ex-secretário-geral do Ministério da Justiça no governo José Sarney, citado no blogue de Ricardo Noblat, colunista de *O Globo*, garante que o vereador pode sortear os cargos “e até deve ser elogiado por isso”. O que Cavalcanti acha errado é que o vereador e os respectivos assessores recebam salário pelo que fazem. No tópico “O Brasil é o único país que paga salário a vereador”, Noblat, corroborando a declaração de Cavalcanti, diz que os R\$ 4,8 bilhões anuais pagos a vereadores, assessores e demais despesas de manutenção das câmaras municipais seriam mais bem empregados caso fossem destinados às áreas de educação e de saúde. “Afinal, a produção legislativa dos vereadores é irrisória e vagabunda”:

O vereador pago é como a jabuticaba, uma fruta genuinamente nacional. Em raros dos outros 180 países, paga-se simbólica quantia aos conselheiros municipais. Eles se reúnem em local cedido pela administração do lugar. Oferecem lá suas idéias e vão para casa. [...] No Brasil, até 1977, somente os vereadores de capitais recebiam salários. Para fazer média com os políticos depois de ter fechado o Congresso, o general-presidente Ernesto Geisel estendeu o benefício aos demais vereadores. [...] Mas pense em propor acabar com a figura do vereador pago. Os deputados estaduais precisam dele para se eleger, assim como os federais precisam dos estaduais – e pelo mesmo motivo (NOBLAT, 2008).

O inusitado caso, que chamou a atenção dos meios de comunicação de cobertura nacional, dividiu opiniões nas ruas e também no Judiciário. Em decisão interlocutória, o magistrado de plantão na véspera da distribuição dos “prêmios” expediu mandado de busca e apreensão de todo o aparato arranjado para o sorteio (urnas, cupons etc.), ponderando, a título de ilustração, que ao vereador seria lícito sortear o próprio salário, mas “os cargos em comento [...] não são do vereador, mesmo porque nenhum cargo público pertence ao seu ocupante”.

A suspensão foi determinada porque caso o sorteio fosse realizado, haveria para a Administração Pública um dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

A atividade cautelar foi preordenada a evitar que o dano oriundo da inobservância do direito fosse agravado pelo inevitável retardamento do remédio jurisdicional (*periculum in mora*). O provimento cautelar funda-se antecipadamente na hipótese de um futuro provimento jurisdicional favorável ao autor (*fumus boni iuris*): verificando-se os pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, o provimento cautelar opera imediatamente, como instrumento provisório e antecipado do futuro provimento definitivo, para que este não seja frustrado em seus efeitos. Assim, a garantia cautelar surge, como que posta a serviço da ulterior atividade jurisdicional, que deverá restabelecer, definitivamente, a observância do direito: é destinada não tanto a fazer justiça, como a dar tempo a que justiça seja feita (CINTRA, 2006, p. 317).

Tal receio também deveria fundamentar a decisão liminar do agravo, mas qual seria o dano de difícil reparação para a administração pública, caso o sorteio fosse realizado após a decisão do recurso?

Embora o vereador tivesse afirmado que não nomearia assessores caso seu desejo não fosse realizado, ele jamais poderia deixar de fazê-lo uma vez que tal dever-poder é IRRENUNCIÁVEL, em decorrência dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da impessoalidade administrativa.

De acordo com o desembargador-relator, “não se vislumbra qualquer violação ao interesse público, posto que¹ a atitude não implica prejuízo à sociedade e nem [*sic*]²

¹ A conjunção “posto que” foi usada no sentido oposto ao do pretendido pelo magistrado. Significa “embora”, “ainda que” e não “uma vez que” ou “pois”. E.g.: “O rei sentava-se, vestido de

ao aparelho estatal”. Também não teria configurado, ainda segundo o relator, violação à legalidade, porque a própria legislação pátria não proíbe o “critério” de “seleção não usual” adotado pelo vereador para escolha dos ocupantes dos cargos comissionados, e “a atuação do agravante, salvo melhor juízo, não feriu qualquer princípio ético: não se trata de prática de nepotismo ou de opção pela escolha³ de pessoas incompetentes, incapazes ou de maus costumes”.

3. Da legalidade

Com efeito, não existe nenhuma lei que proíba o sorteio de vagas, e a legalidade prescreve que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (*Constituição da República, 5.º, II*). Entretanto, conforme oportuna intervenção do Ministério Público, conquanto no Direito Privado se imponha a não-contradição — tudo que a lei não proíbe é permitido —, no Direito Público prevalece a submissão ao império da norma — tudo que a lei não permite é proibido.

Na teoria do estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante (CARVALHO FILHO, 2006, p. 16).

Ou seja, a administração pública, presente também na função legislativa, é pautada pela legalidade RESTRITA (*Constituição da República, 37, caput*), em função da supremacia do interesse público. Este prevalece ante mesmo à autonomia da vontade, sendo nulos os atos entre particulares que prejudicarem o interesse coletivo. Logo, não devemos perguntar qual norma proíbe o sorteio de vagas, mas, sim, qual o autoriza, sendo ilegal o ato praticado sem lei ou ato normativo anterior.

Em *Direito Administrativo*, ratifica Márcio Fernando Elias Rosa, “não há liberdade desmedida ou que não esteja expressamente concedida”, sendo que “toda a atuação administrativa vincula-se a tal princípio, sendo ilegal o ato praticado sem lei anterior que o preveja”. Daí a proibição de a Administração vir a “declarar, conceder, restringir direitos ou impor obrigações” por mera manifestação unilateral de vontade (ROSA, 2003, p. 11).

púrpura e arminho, num trono muito simples, posto que majestoso” (SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. *O Pequeno Príncipe*. 47 ed. Trad. Dom Marcos Barbosa Rio de Janeiro: Agir, 1998, p. 35.).

² A conjunção “nem” é a contração de “e não”, “e sem” etc. Logo, já contém a partícula “e”, sendo redundante repeti-la. Diz-se apenas: “a atitude não implica prejuízo à sociedade nem ao aparelho estatal”.

³ Opção e escolha são termos sinônimos. Ou se diz “[...] escolha de pessoas incompetentes” ou “[...] opção por pessoas incompetentes”.

A proibição de sorteio de cargos, dessarte, seria tão desarrazoada quanto seria a sua previsão. Porventura, se a lei não proibisse os vereadores de aprovarem ou rejeitarem projetos com base em sorteio também aí não se vislumbraria qualquer violação ao interesse público? Embora de livre nomeação e exoneração, o provimento de cargos comissionados também tem de atender ao interesse coletivo, sob pena de se incorrer em desvio de finalidade, verificado “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (Lei 4.717/65, 2º, e).

Quando a autoridade excede o permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas invalida o ato, posto que competente para praticá-lo, assevera Hely Lopes. “É uma forma de abuso de poder que retira a legitimidade da conduta do administrador público, colocando-o na ilegalidade” (MEIRELLES, 2004, p. 110).

4. Da moralidade

O vereador, que nomeara irmãos como assessores em mandatos anteriores à edição da Súmula Vinculante n. 13, proibindo tal prática⁴, vetou a participação de parentes no sorteio e sustenta ser essa a melhor forma de dar acessibilidade a pessoas sem experiência, idosas, negras ou com deficiência, preteridas pelo mercado de trabalho, o que de fato é uma das mazelas nacionais que se constata em nossa realidade.

Mas por melhor que seja a intenção, a discricionariedade do administrador está condicionada aos limites impostos pelo seu “dever de guarda, aprimoramento e conservação do interesse público”:

Discricionariedade absoluta, porém, não há. A atividade administrativa está sempre vinculada ao fim a que se destina e a eleição de opções somente decorre de concessão legal. Como resultante desse poder, o agente elege a opção que melhor atende ao interesse público no caso concreto, e somente assim agirá se a lei expressamente contemplar mais de uma possibilidade de ação (ROSA, 2003, p. 64).

A discricionariedade administrativa, quase sempre confundida com arbitrariedade, é tão-somente a liberdade de decidir “entre várias possibilidades de solução, aquela que melhor responde no caso concreto à intenção da lei” (FRITZ FLEINER, *apud* MELLO, 2006, p. 663), o que não é o caso da contratação para o desempenho de uma função pública por sorteio.

⁴ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou ainda de função gratificada na administração pública direta ou indireta em quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas viola a Constituição Federal”.

Se tal procedimento não implicasse prejuízo à sociedade e ao aparelho estatal, se não fosse imprescindível um julgamento criterioso acerca da capacidade do agente público por parte daquele que o elegerá, o mesmo poderia ser dito em defesa do sorteio para o exercício das funções de vereadores, deputados, autoridades policiais e até magistrados e chefes de Estado, uma vez preenchidos requisitos mínimos (apresentação de atestado médico, de bons antecedentes, declaração de bens, grau de escolaridade, idade mínima completada etc.) e não se tratando de pessoas de maus costumes ou incapazes. Ou, ainda: bastaria vetar a participação de parentes do “licitante” para incluir o sorteio como nova modalidade de licitação, e a finalidade da lei estaria cumprida.

De acordo com o administrador, se a pretensão fosse afastar todos os servidores públicos incapazes de exercer a função para a qual foram nomeados, o “Ministério Público teria de fazer aprovar nova legislação”:

A Câmara Municipal, como de resto qualquer outro órgão público, possui hoje assessores certamente incapacitados. Noventa e nove por cento dos assessores parlamentares dos vereadores, deputados e senadores, ou são filhos de um “chefe político” ou são indicados pelo financiador da campanha e assim por diante.

Por essa lógica, o melhor critério de nomeação deve ser medido pelos vícios do sistema, não por suas virtudes. Em vez de se buscar soluções para os abusos da administração pública, estes são usados como justificativa para a perpetração de outros e, prevalecendo esse entendimento, a partir das próximas eleições o uso de dinheiro do contribuinte como plataforma eleitoral estará institucionalizado no País.

Fosse mais vantajoso o sorteio e tal prática seria adotada pelo empresariado, pois poderiam fazê-lo livremente na contratação de pessoal. Porém, não o fazem — a menos que se trate de uma manobra de *marketing* — por ser evidente o risco inerente a tal procedimento. Uma atitude inconsequente na esfera privada é ainda mais temerária — portanto ilegal — na gestão da coisa pública.

5. Da indisponibilidade e da impessoalidade

Ao examinar as razões do indigitado agravo, a procuradoria de Justiça de Minas Gerais ressaltou a irrelevância da aferição pela administração da Câmara Municipal – após o sorteio – dos requisitos exigidos para os respectivos cargos:

Tal análise se pauta pela avaliação dos critérios objetivos (grau de escolaridade, por exemplo), mas não pode alcançar a aferição do critério subjetivo exigido pela Constituição Federal, qual seja a relação de confiança entre o nomeado e a autoridade a que é imediatamente subordina, o vereador/agravante. Essa exigência tem sua razão de existir na exceção constitucional. A regra geral, como é sabido, é que o provimento em cargo

público somente se dá após prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos. A exceção se prende ao fato de que alguns cargos ou funções devem ser exercidos por pessoas da estrita confiança da autoridade à qual elas se encontram subordinadas. Somente daí é autorização a contratação direta.

“Ressalta o reconhecimento claro de que o agravante, antes mesmo de iniciar a vereança, mas já como parlamentar eleito e diplomado”, ressaltou o *Parquet*, “buscou – e obteve – sua autopromoção junto à coletividade local, em total detrimento da imagem e da respeitabilidade do Poder Legislativo local”.

O administrador declarou que deixaria vagos os cargos de assessores, caso o seu “desejo” (a realização do sorteio) não se concretizasse, ameaça que, se cumprida, resultaria em novo e relevante prejuízo para os serviços públicos: a falta de pessoal para a sua execução. Fernanda Marinela lembra que a atividade administrativa é um encargo (múnus público): “Os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para sua disposição”. “Onde há função de exercer atividade em nome e interesse de outrem”, leciona a renomada administrativista, “não há autonomia da vontade nem liberdade em que se expressa” (MARINELA, 2006, pp. 25-26).

Seria falacioso, pois, sustentar que uma vez dada igual oportunidade aos participantes, o princípio da impessoalidade estaria sendo cumprido.

Em um Estado Constitucional, Social e Democrático, o titular do direito é a coletividade e não o agente público, jamais podendo este dispor-se daquele, sem consentimento legal. “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (Lei 9.784/99, 2º, parágrafo único, II). A separação entre a coisa privada e a pública é reforçada na impessoalidade prescrita no inciso seguinte: “Nos processos administrativos serão observados os critérios de objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades” (grifamos).

Não obstante, o anúncio do sorteio ostentava a foto do vereador, segundo o qual estaria simplesmente atendendo ao princípio da publicidade, característico do Estado Democrático, e teria pagado os editais com recursos próprios. *Data maxima venia*, a ampla divulgação dos atos públicos visa a transparência administrativa, permitindo o controle pela sociedade e a vinculação da imagem do agente público em nada contribui para isso. Nem a proibição da autopromoção pressupõe o uso de verba pública. *Contrario sensu* e todos poderiam espalhar insígnias pessoais em repartições, documentos e obras públicos, desde que simplesmente arcassem com os custos.

6. Conclusão

Convém destacar curiosa declaração do vereador: “Na hora de pedir o voto o faço a todo cidadão, indistintamente, sendo mais do que justo ao analfabeto também concorrer a uma vaga como assessor legislativo”. Ou seja, ele vê na remuneração pú-

blica também uma forma de retribuir os votos auferidos. Todavia, não é fazendo cortesias com chapéu alheio que o agente político, cuja missão é zelar pelo interesse coletivo, retribuirá eficaz e legitimamente o poder a ele outorgado — mas atrelando diligentemente seus atos aos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência.

Os administrados elegem os que supõem mais capacitados para, em seu nome, defenderem o interesse coletivo, e para o fiel cumprimento desse mandato não bastam os requisitos constantes do citado ato convocatório e a alfabetização.

Se nem sequer ao próprio povo é facultado sortear ocupantes de cargos, não podem meros representantes fazê-lo, pela simples constatação de que ninguém pode transferir poderes que ele próprio não possui, sendo proibido ao mandatário extrapolar os limites da outorga original, seja para ajudar os menos favorecidos, seja por inexistir expresso impedimento legal. Tal impedimento, ademais, encontra-se implícito no fundamento do mandato legislativo, que é a tutela do interesse público.

Referências

AMARO, Mariana. Conversa com Pedro Lucas Rodrigues. *Revista Veja*, São Paulo, n. 2.089, 3 dez. 2008, pp. 52-53. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/031208/p_052.shtml>. Acesso em: 22 ago. 2010.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso: 16/10/2009.

_____. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso: idem.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOLPE de sorte. *Portal de notícias Patos Hoje*. Disponível em: <<http://www.patoshoje.com.br/novosite/blog/?m=200903>>. Acesso: 16/10/2009.

JORNAL Folha Patense, p. 7, 08/11/2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29 ed. (atualizadores: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho). São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

NOBLAT, Ricardo. Brasil é o único país que paga salário a vereador. *Blog do Noblat*. 18 nov. 2008. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/>>. Acesso em: 20 ago. 2010.

ROSA, Márcio Fernando Elias. *Direito Administrativo – Sinopses Jurídicas*. v. 19. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. *Direito Administrativo*. 2 ed. Salvador: Jus Po-divm, 2006.