


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
**COMARCA DE SÃO CARLOS**
**FORO DE SÃO CARLOS**
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**
**RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290**
**Horário de Atendimento ao Público: das 8h às 18h  
Público << Campo excluído do banco de dados >>**
**SENTENÇA**

Processo Físico nº: **0011512-77.2013.8.26.0566**  
 Classe - Assunto **Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa**  
 Requerente: **Ministério Público do Estado de São Paulo**  
 Requerido: **Progresso e Habitação de São Carlos Sa Prohab São Carlos e outros**

Justiça Gratuita

 Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Trata-se de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, contra **PROGRESSO E HABITAÇÃO DE SÃO CARLOS S/A – PROHAB, SAMUEL DA ROCHA, JOÃO BATISTA MULLER** e **MARCIO ROGÉRIO CINTI**, sob o fundamento de que os requeridos João Batista Muller e Márcio Rogério Cinti nomearam, respectivamente, na condição de Diretor Presidente e Presidente da PROHAB, o requerido Samuel da Rocha, para exercer os cargos em comissão de Assessor de Gabinete II (no período de 27 de janeiro de 2009 a 31 de outubro de 2012) e Chefe de Divisão de Projetos e Programas Habitacionais (a partir de 01 de novembro de 2012), em desconformidade com a Constituição Federal, afrontando o disposto no artigo 37, I, II, V e §§ 2º, 4º e 5º, bem como a Lei 8.429/92, em seus artigos 10, *caput* e XI e 11, *caput* e inciso I, considerando que as referidas funções, apesar de denominadas de confiança, não exigem qualquer vínculo

**0011512-77.2013.8.26.0566 - lauda 1**


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
**COMARCA DE SÃO CARLOS**
**FORO DE SÃO CARLOS**
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**
**RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290**
**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

íntimo e subjetivo de confiança, comprometimento político, fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos e lealdade pessoal à autoridade superior, imprescindíveis para a regularidade da criação e nomeação para os cargos de provimento em comissão ou de função de confiança, tratando-se, na verdade, de funções burocráticas e técnicas, de natureza permanente, sem necessidade de qualquer vínculo especial de confiança com a direção superior, tarefas que devem ser exercidas por pessoa nomeada após a aprovação em concurso público, tal como eram as tarefas que ele fazia como Assessor de Gabinete. Requereu, como medida liminar, a exoneração do servidor Samuel da Rocha, do atual cargo em comissão de Chefe de Divisão de Projetos e Programas Habitacionais, com a suspensão imediata do pagamento dos respectivos vencimentos, sob pena de multa diária R\$20.000,00 (vinte mil reais), por cada dia em que a decisão não for cumprida, bem como, no mérito, pugnou pela procedência da ação para ver declaradas nulas as portarias que nomearam o requerido Samuel da Rocha para o exercício dos referidos cargos, condenando-se a empresa pública municipal PROHAB em obrigação de fazer consistente na exoneração do servidor e os requeridos João Batista Muller e Márcio Rogério Cinti a devolverem aos cofres públicos da PROHAB todas as verbas pagas ao servidor e, ainda, com relação aos requeridos João Batista Muller e Márcio Rogério Cinti, a decretação da perda do cargo ou função públicas que estiverem exercendo, a suspensão de seus direitos políticos, pelo prazo de até dez anos, bem como ao pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano, representado pelo valor de todas as remunerações já pagas ao servidor.

O Inquérito Civil está encartado aos autos.

As partes foram intimadas e apresentaram defesa preliminar às fls. 32/35, 60/78, 81/104, 123/146.

A PROHAB informou ter exonerado o servidor Samuel (fls. 56/57), requerendo a extinção da ação pelo cumprimento da determinação.

O requerido Samuel alegou, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido, considerando que se promove ação contra ato respaldado em lei municipal ainda vigente, sem notícia de sua declaração de inconstitucionalidade. No mérito, alegou, em síntese, que exerce funções típicas de confiança, trabalhando com atividades que envolvem



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

o assessoramento, coordenando e assessorando a Presidência em atividades pertinentes às famílias inscritas nos programas da empresa ré e de outros funcionários, sendo, também, responsável pelo almoxarifado. Sustenta que seu cargo está amparado em Lei Municipal, que goza de presunção de constitucionalidade.

Os requeridos João Batista Muller e Márcio Rogério Cinti endossaram os argumentos utilizados pelo requerido Samuel, em sede de preliminar, sustentando, no mérito, que as contratações do servidor Samuel tiveram respaldo em lei municipal, cujas atividades não são contrárias ao disposto no artigo 37, inciso II da Constituição Federal. Alegam que o servidor efetivamente trabalhou e recebeu e, por ocasião das substituições do Chefe da Usina de Reciclagem, exerceu função de chefia tendo subordinados sob a sua responsabilidade. Defendem a inexistência de dolo, de má-fé e de prejuízo ao erário. Pugnaram pelo acolhimento da preliminar, bem como, no mérito, pela rejeição da inicial e pela inexistência de ato de improbidade.

Manifestação do Ministério Público às fls. 151/152.

Pela Decisão de fls. 154 a inicial foi recebida.

As partes foram citadas e basicamente reiteraram, em contestação, o aduzido nas defesas preliminares, pugnando pelo acolhimento da preliminar, com a extinção do processo nos termos do art. 267, VI, do CPC e, no mérito, pela improcedência da ação, ante a inexistência de dolo, má-fé e de prejuízo ao erário.

Documentos às fls. 37/57, 105/121 e 178/179.

A PROHAB manifestou-se às fls. 174/177, o requerido Márcio Rogério Cinti às fls. 188/214, o requerido João Batista Muller às fls. 216/ 244 e o requerido Samuel da Rocha às fls. 249/274.

**É O RELATÓRIO.**

**PASSO A FUNDAMENTAR E A DECIDIR.**

Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido, pois inexiste vedação legal à pretensão posta em juízo.

Também não é o caso de falta de interesse superveniente, pois, não obstante a exoneração, o pedido inicial é no sentido de que nova contratação, nos mesmos termos, não venha a acontecer.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**COMARCA DE SÃO CARLOS**

**FORO DE SÃO CARLOS**

**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**

**RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290**

**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

No mais, o pedido comporta parcial acolhimento.

O art. 37, II da Constituição Federal evidencia que a regra, em nosso sistema constitucional, é de a investidura em cargo público dar-se após aprovação em concurso público.

Tal norma é excepcionada pelo art. 37, V da Constituição Federal, que autoriza a livre nomeação e exoneração para cargos em comissão.

Ocorre que, para não esvaziar a regra, a própria Constituição Federal estabelece que para esses cargos a nomeação terá como finalidade o exercício, pelo servidor, de atribuições de direção, chefia ou assessoramento, e nenhuma outra mais.

Entende-se que somente nesses casos justifica-se a superação da regra do concurso público, pois tais atribuições pressupõem um especial vínculo de confiança entre o agente público e o nomeado.

É claro, portanto, que a nomeação para cargos e funções de livre nomeação e exoneração não deve dar-se para o exercício de atribuições meramente técnicas ou burocráticas.

Tal finalidade é prosrita por lei, sendo possível a análise, pelo Poder Judiciário, da finalidade do Administrador Público, ao exercer determinada competência.

Se a finalidade legal não é respeitada pelo Administrador Público, nasce o vício do desvio de função, ou desvio de finalidade, ou desvio de poder, que se dá “quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo: 2006. 23ª Ed. pp. 390).

“A atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas consequências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar consequências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as consequências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática” (SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 8ª Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2010. pp. 87).



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

No caso em tela, temos que o fim legal do poder administrativo de livre nomeação e exoneração para os cargos em comissão e funções de confiança é de que os nomeados exerçam de fato funções de chefia, direção ou assessoramento, que exijam vínculo especial de confiança com o Administrador Público para o seu desempenho.

No caso concreto, é possível concluir que houve desvio de finalidade, pois os réus exerceram a competência que possuíam em abstrato (de nomear pessoa para cargo em comissão ou função de confiança) para alcançar uma finalidade não contemplada na norma jurídica que lhes outorgou tal atribuição, uma vez que o nomeado não exerce, de fato, atribuições de chefia, direção ou assessoramento, como exige o art. 37, V da Constituição Federal.

Incidiram, portanto, no ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, I da Lei nº 8.429, qual seja: *“praticar ato [nomeação para cargo em comissão] visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência [exercício, pelo nomeado, de funções meramente burocráticas, subalternas ou técnicas, desvirtuadas da regra do art. 37, V da CF]”*.

A prova dos autos é contundente no sentido de que o requerido Samuel jamais exerceu funções de chefia, direção ou assessoramento.

Conforme se observa de seu depoimento prestado na Promotoria de Justiça, ao ser questionado sobre as atribuições do cargo, esclareceu que, na condição de Assessor de Gabinete II, olhava contratos, verificando as datas de vencimento da vigência para comunicar a Diretoria quando fosse necessário tomar providências quanto a esses prazos, bem como no período de férias do chefe do setor de usinagem, fazia a função deste, que consistia em comparecer na Secretaria de Agricultura para pegar o almoço dos presos do regime semiaberto que trabalhavam naquele setor (Usina de Usinagem da Prohab). Na condição de Chefe de Divisão, esclareceu fazia a verificação dos prazos de vencimento dos contratos, além de trabalhar numa equipe de desenvolvimento de projetos, ajudando nos desenhos dos projetos de arquitetura, com o acompanhamento do engenheiro, profissional que decidia o que ele deveria desenhar. Declarou, ainda, que não possuía subordinados, cumprindo ordens do engenheiro da Prohab. Apenas em sede de contestação sustentou que tinha subordinados sob a sua responsabilidade, por ocasião das substituições do Chefe da Usina de Reciclagem. Entretanto, nesse sentido, nada provou, subsistindo as alegações


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
**COMARCA DE SÃO CARLOS**
**FORO DE SÃO CARLOS**
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**
**RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290**
**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

colhidas em sede de Inquérito Civil, em relação às quais não se alegou nenhum vício de consentimento. Ademais, eventual existência de subordinados somente ocorria quando nas ausências do Chefe da Usina de Reciclagem, sendo a situação esporádica.

Os demais requeridos, PROHAB, JOÃO BATISTA MULLER e MARCIO ROGÉRIO CINTI também não lograram contrariar a prova produzida pelo autor, no sentido de que, não obstante a denominação dos cargos atribuídos a Samuel, na prática, exercia atividades técnicas e burocráticas, cujas atribuições são típicas de ocupantes de cargos de provimento efetivo, a serem preenchidos por servidor concursado, não exigindo relação de especial confiança do Presidente da empresa pública municipal Progresso e Habitação de São Carlos S/A.

Embora os cargos exercidos pelo requerido Samuel tenham sido denominados como sendo em comissão, na prática, reclamavam a realização de atividades técnicas e burocráticas próprias de cargos efetivos que exigem prévia aprovação em concurso público, o que denota a prática de ato de improbidade por quem o admitiu e/ou manteve nas funções irregularmente, pois houve desrespeito aos princípios da legalidade e moralidade administrativa, com a aplicação da sanção correlata que, em situações específicas e devidamente fundamentadas, pode ser abrandada para adequação da aplicação da Lei n. 8.429/92 à Constituição Federal.

Nota-se, então, que os réus utilizaram o dever-poder de nomear servidor para o cargo em comissão ou para função de confiança com finalidade distinta daquela para a qual foram autorizados pela carta constitucional, caracterizando-se o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade.

São nulas, portanto, as nomeações, a teor do disposto no § 2º do art. 37, da CF/88, que estabelece:

“ 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

Em complemento, diz o inciso II, do art. 37 em alusão:

“II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**COMARCA DE SÃO CARLOS**

**FORO DE SÃO CARLOS**

**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**

**RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290**

**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;

A nulidade em si, porém, no caso concreto, não gera maiores efeitos jurídicos, uma vez que a sua declaração não importa em retorno ao *status quo ante*, pois já produzidos os efeitos, e cessada, segundo consta, a nomeação indevida, não constando ainda que o nomeado estivesse de má-fé.

O relevo está no fato de que tal ilegalidade configura ato de improbidade previsto no artigo 11, inciso I da Lei nº 8.429/92 (atos que atentam contra os princípios da administração pública), uma vez que se encaixa na definição legal: "praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência".

Saliente-se que não configura ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, afastando-se a adequação típica no art. 10 da Lei nº 8.429/92.

Com efeito, consoante entendimento amplamente majoritário na jurisprudência, somente há falar em ressarcimento ao erário caso não tenha havido a contraprestação, isto é, caso os serviços não tenham sido prestados.

No caso em tela, não consta que o nomeado não tenha exercido, de fato, atribuições em prol do poder público – ainda que distintas de atribuições de chefia, direção ou assessoramento.

Sendo assim, o acolhimento do pedido de ressarcimento ao erário importaria em enriquecimento sem causa do Município de São Carlos.

Nesse sentido, o TJSP: *“Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Contratação de servidor para a função de arqueólogo, sem concurso - Violação do princípio da isonomia e da moralidade administrativa Declaração de nulidade da contratação, com efeitos 'ex tunc' e condenação do agente responsável pelo ato ilegal ao ressarcimento integral do dano provocado aos cofres da Fundação Cultural Cassiano Ricardo, com a devolução de todos os valores pagos - Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que visa responsabilizar administradores*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

*municipais por ato de improbidade administrativa - Ação que envolve somente pedido de ressarcimento de danos ao erário público e deve ser considerada imprescritível - Inexistência de prova de que os serviços não tenham sido regularmente prestados - Indevido enriquecimento do Poder Público - Afastamento da pena imposta na decisão apelada. Recursos providos” (Ap. 9058955-56.2009.8.26.0000, Rel. MARIA LAURA TAVARES, 5ª Câmara de Direito Público, j. 06/06/2011, r. 21/06/2011).*

No mesmo sentido, também do TJSP: Ap. 9113369-09.2006.8.26.0000, Rel. FERREIRA RODRIGUES, 4ª Câmara de Direito Público, j. 06/06/2011, r. 14/06/2011; Ap. 0313008-59.2009.8.26.0000, Rel. MOACIR PERES, 7ª Câmara de Direito Público, j. 09/05/2011, r. 25/05/2011; Ap. 9101098-36.2004.8.26.0000, Rel. MOACIR PERES, 7ª Câmara de Direito Público, j. 11/04/2011, r. 18/04/2011; Ap. 9218466-32.2005.8.26.0000, Rel. IVAN SARTORI, 13ª Câmara de Direito Público, j. 16/06/2010, r. 02/08/2010).

Para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº 8.429/92 é imprescindível que se faça presente o dolo do agente público, ou seja, paralelamente à existência do ato no plano objetivo, é necessário que esteja configurado o elemento subjetivo ensejador da aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Na hipótese em exame, resta evidente o dolo dos requeridos João Batista e Márcio Rogério, pois impossível olvidar que a utilização do cargo e função de livre nomeação e exoneração foi desvirtuada de maneira contínua e persistente.

Passo ao exame das sanções aplicáveis.

Inexistiu dano ao erário público, logo não há falar em ressarcimento.

Por outro lado, a Constituição Federal, no art. 37, § 4º, é imperativa no sentido de que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento, “na forma e gradação previstas em lei”. O parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/92, de Improbidade Administrativa, estabelece que “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290

**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

Assim, no caso em tela, mostra-se razoável e suficiente a sanção de pagamento de multa equivalente a 10 (dez) vezes a última remuneração dos requeridos João e Márcio, corrigida com a moeda, admitido o abrandamento, à vista do disposto na Lei n. 8429/92 c.c. Constituição Federal, para efeito de aplicação do princípio da proporcionalidade (cf. Emerson Garcia, Improbidade Administrativa, Ed. Lumen Juris, 2002, p. 406/409, e Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, Improbidade Administrativa, 4ª Ed. Atlas, 1999, p. 215/216).

O valor deve servir como forma de desestímulo à reiteração de condutas semelhantes e resgate da legitimidade e autoridade do Direito Público vigente.

Ante o exposto, julgo extinto o processo, com resolução do mérito e PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para:

1) Anular as Portarias nº (s) 019/2009 e 022/2012 que nomearam o requerido Samuel da Rocha para exercer, respectivamente, os cargos em comissão de Assessor de Gabinete II (fls. 29) e de Chefe de Divisão de Projetos e Programas Habitacionais;

2) Condenar a empresa pública municipal Progresso Habitação de São Carlos S/A em obrigação consistente em manter a exoneração do servidor Samuel da Rocha, do cargo em comissão de Chefe de Divisão de Projetos e Programas Habitacionais;

3) Condenar os requeridos João Batista Muller e Márcio Rogério Cinti como incurso no artigo 11, I, da Lei nº 8.429/92 e lhes impor a sanção de pagamento de multa civil equivalente a 10 (dez) vezes a última remuneração que perceberam na época dos fatos, com atualização monetária desde a propositura da ação e juros moratórios de 1º ao mês, desde a citação.

Condeno os requeridos João Batista e Márcio Rogério a arcar com as custas



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**COMARCA DE SÃO CARLOS**

**FORO DE SÃO CARLOS**

**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**

**RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290**

**Horário de Atendimento ao Público: das Horário de Atendimento ao Público<< Campo excluído do banco de dados >>**

processuais.

P.R.I.

São Carlos, 19 de março de 2015.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI  
11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**