



**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**

**SENTENÇA**

Processo Físico nº: **0006480-04.2007.8.26.0566**  
 Classe - Assunto: **Ação Civil Pública - Violação aos Princípios Administrativos**  
 Requerente: **Ministério Público do Estado de São Paulo**  
 Requerido: **Município de São Carlos e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

**MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** propõe ação civil pública contra **NEWTON LIMA NETO** (ex-prefeito) e contra **CARINA DANTAS DE OLIVEIRA, CARLOS EDUARDO PANDOLFELLI, CELIA MARIA DOMINGUES, CLAUDIA MARIA CASIMIRO MACHADO MARMO, CLAUDIO CURY, DANIEL ROZA DE MORAES, DIEGO MUSARRA DOIMO, DONATO PREFEITO, EDUARDO PONCHIO, FLÁVIO RODRIGUES DE OLIVEIRA, FRANCISCO EDIVAL BRASIL, GLAZIELA CRISTIANI SOLFA, JEOVA NATALINO SOARES, JESUS AMBROSIO DA SILVA, JOAIR APARECIDO RODRIGUES DA CUNHA, JOICE APARECIDA T ZAINUN, JOSÉ ANTONIO MARIANO, JOSÉ EUGENIO DA SILVA, JOSÉ FRANCISCO DA SILVA, LAURIBERTO CASSÃO, LEILA APARECIDA MENDONÇA DE LIMA, LILIAN ANDREA ALBERTINI, LUIZ APARECIDO DE MEDEIROS, MARCIO ALEXANDRE APOLINÁRIO DE OLIVEIRA, MARIA DAS GRAÇAS FERNANDES AMORIN, MARIA DE LOURDES CREMPE, MATHEUS HENRIQUE PEREIRA DE LIMA, MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, PATRICIA KARST CAMINHA, PAULO DIONIZIO NETO, REGINA CONCEIÇÃO, RICARDO MORALLES, ROSANGELA IGNACIO, ROWILSON APARECIDO CELENZE, SEBASTIÃO MARTINS, SERGIO ALEXANDRE DO PRADO E SILVA, SIMONE CRISTINA FANHANI MARINS, SIMONE PAES, TEREZINHA DE LOURDES BUENO GREGORACCI, TIAGO NONATO DE SOUZA, UDO HEINZ REMPEL, VALDIRENE DE CASSIA ZAMBRANO, VERA LUCIA MELO CHIAVINI E VYVIANNE SANTOS MOURA** (servidores contratados irregularmente).

O autor, inicialmente, traça o panorama legislativo concernente aos cargos em comissão que são objeto da lide. A propósito, sustenta que no Município de São Carlos, no plano legislativo: a) as leis que criaram os cargos em comissão de coordenador pedagógico, de assessor de planejamento administrativo educacional, de orientador educacional, de inspetor e supervisor da guarda municipal, são inconstitucionais porque as atribuições nelas previstas para tais cargos não exigem qualquer especial vínculo de confiança; b) as leis que criaram os cargos de agente administrativo, de assessor técnico, de assessor de licitações, de assessor de política,


**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**

de assessor de marketing, de assessor de esportes e lazer, e de assessor cultural, não são inconstitucionais porque não prevêm as atribuições de tais cargos.

Sob tal panorama legislativo municipal, argumenta o autor que o réu Newton Lima Neto, prefeito municipal desde 01/01/2001, no plano administrativo, nomeou todos os demais réus para inúmeros cargos em comissão, tanto aqueles criados por leis inconstitucionais quanto aqueles criados por leis constitucionais, tendo-o feito em arrepio ao art. 37, V da CF porque os servidores nomeados nunca desempenharam funções que exijam o especial vínculo de confiança, e sim os nomeou para o desempenho de serviços permanentes, técnicos ou administrativos, sem atribuições de chefia, direção ou assessoramento. Tendo em vista que tais nomeações importaram em liberação de verbas públicas sem a estrita observância das normas pertinentes, sustenta que o réu incorreu na improbidade administrativa prevista no art. 10, XI da Lei nº 8.429/92.

Sob tais fundamentos, pediu: (i) declaração incidental de inconstitucionalidade dos dispositivos legais inconstitucionais; (ii) a nulidade dos atos administrativos de nomeação dos servidores investidos irregularmente; (iii) condenação do Município de São Carlos na obrigação de exonerar os servidores investidos irregularmente; (iv) a condenação do réu Newton Lima Neto como incurso no art. 10, XI da Lei nº 8.429/92, com a imposição das sanções de ressarcimento ao erário do que foi pago aos servidores irregularmente nomeados, de perda da função pública, de suspensão dos direitos políticos, de multa civil, de proibição de contratar com o Poder Público, de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Os réus foram notificados e, à exceção de Celia Maria Domingues, Tiago Nonato de Souza e Flavio Rodrigues de Oliveira, apresentaram defesa preliminar.

As defesas prévias foram apreciadas, afastando-se as preliminares trazidas por alguns dos réus, julgando-se presentes os pressupostos processuais e condições da ação, e recebendo-se a inicial (fls. 1029/1033).

Todos os réus foram citados, pessoalmente ou por edital.

Os réus Município de São Carlos, Newton Lima Neto, Donato Prefeito, José Eugênio da Silva, Lilian Andréa Albertini, Ricardo Moralles, Valdirene de Cássia Zambrano, Joair Aparecido Rodrigues da Cunha, Paulo Dionízio Neto, Sebastião Martins, Rowilson Aparecido Celenze, Jesus Ambrósio da Silva, Eduardo Ponchio e Luiz Aparecido de Medeiros apresentaram contestação. Os demais réus não contestaram.

O Município de São Carlos (fls. 1293/1315) alega, em preliminar: a) a ausência de pressuposto processual da ação civil pública de improbidade administrativa pois voltada contra atos de agente político, e a Lei nº 8.429/92 não se aplicaria a esse tipo de agente público; b) a nulidade do processo em razão da nulidade do inquérito civil pois neste não foram assegurados o contraditório e a ampla defesa em relação a muitos dos servidores ouvidos sem advogado. Quanto ao mérito, sustenta: a) a constitucionalidade de todas as leis municipais pois os cargos criados refletem atribuições de chefia, direção ou assessoramento, sem violação do

**0006480-04.2007.8.26.0566 - lauda 2**


**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

art. 37, V da CF; b) a constitucionalidade de todos os atos de nomeação pois os servidores desempenharam, de fato, funções de chefia, direção ou assessoramento; c) a inocorrência de qualquer prejuízo aos cofres públicos o que afasta o enquadramento das nomeações em ato de improbidade tipificado no art. 10 da Lei nº 8.429/92; d) a impossibilidade de o Poder Judiciário invadir o mérito do ato administrativo.

O réu Newton Lima Neto (fls. 1209/1217) aduz, em preliminar: a) não sujeição, enquanto agente político, à Lei nº 8.429/92; b) a inépcia da petição inicial e impossibilidade jurídica do pedido uma vez (b1) descabido o pedido de declaração de nulidade de atos de nomeação expedidos em conformidade com leis municipais, de modo que o Ministério Público deveria, primeiramente, ter obtido declaração judicial de inconstitucionalidade de tais leis para, só depois, ingressar com a ação civil pública (b2) descabido o pedido de invasão, pelo Poder Judiciário, no mérito do ato administrativo. Quanto ao mérito, alega que as nomeações foram feitas em conformidade com as leis municipais, que é descabido o pedido de ressarcimento ao erário pois os servidores prestaram efetivamente os serviços, e que não houve ato de improbidade administrativa.

O réu Donato Prefeito (fls. 1198/1204) afirma a inexistência de injuridicidade nas nomeações, pois efetuadas com base na legislação municipal que, por sua vez, não viola o art. 37, V da CF, e acrescenta que antes de se pedir a nulidade das nomeações deveria ter sido movida ação com o propósito de se obter a declaração de inconstitucionalidade das leis que as embasaram.

Os réus José Eugênio da Silva e Lilian Andréa Albertini foram citados por edital. O curador especial (fls. 1620/1623) alegou, preliminarmente, nulidade da citação editalícia pois não esgotados os meios para a localização dos réus. Quanto ao mérito, observa que não foi deduzido pedido condenatório contra os réus em questão, e pede a improcedência.

Ante a preliminar deduzida na contestação do curador especial desses réus, o juízo procedeu a diligências na tentativa de localizá-los (fls. 1625) e tentou a citação nos endereços encontrados (fls. 1639), vindo Lilian Andréa Albertini a ser citada por hora certa (fls. 1645, 1649), e José Eugênio da Silva citado por Oficial de Justiça (fls. 1652). Não apresentaram contestação por defensor constituído.

O réu Ricardo Moralles também foi citado por edital. O curador especial (fls. 1475/1478) alegou, preliminarmente, a inexistência de qualquer pedido contra si deduzido. Quanto ao mérito, sustenta que efetivamente prestou os serviços para o qual foi contratado, de boa-fé, devendo ser o pedido julgado improcedente.

Os réus Valdirene de Cássia Zambrano, Joair Aparecido Rodrigues da Cunha, Paulo Dionízio Neto, Sebastião Martins, Rowilson Aparecido Celenze, Jesus Ambrósio da Silva, Eduardo Ponchio e Luiz Aparecido de Medeiros (fls. 1243/1290). São ou foram ocupantes dos cargos em comissão de inspetor ou supervisor (este, já extinto por lei) na guarda municipal. Sustentam que as funções desempenhadas exigem um vínculo especial de confiança com o comando e encontram apoio no art. 37, V da CF. Inexiste inconstitucionalidade nas nomeações.



**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

Ademais, agiram e agem de boa-fé, não praticando improbidade administrativa. Noutra ótica, suas nomeações não trouxeram prejuízo ao erário pois efetivamente prestaram os serviços concernentes aos cargos. Sob tais fundamentos, pedem a improcedência.

Os réus Diego Mussara Doimo e Francisco Edival Brasil, embora tenham constituído advogados após as notificações preliminares (fls. 685, 505), vieram a ser citados por edital (fls. 1562), não lhes sendo nomeado curador especial para apresentar contestação.

A curadora especial (fls. 1744/1747) sustenta que não deve atuar em relação a esses réus e, subsidiariamente, contesta por negativa geral.

O Ministério Público reiterou a manifestação de fls. 1654/1655.

**É O RELATÓRIO. DECIDO.**

Julgo o pedido imediatamente, na forma do art. 330, I do CPC, vez que a prova documental é suficiente para a solução da controvérsia, não havendo a necessidade de produção de prova em audiência.

A Lei nº 8.429/92 aplica-se ao agente político, como previsto no seu art. 2º, segundo o qual "reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ... por eleição ... mandato ... nas entidades mencionadas no artigo anterior".

Atento a essa norma, o STJ, órgão judicial responsável pela uniformização na exegese da lei federal, interpretando aquela lei, firmou jurisprudência no sentido de que suas disposições aplicam-se aos agentes políticos (AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011; STJ, REsp 1.292.940/RJ, Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2013).

O STF, por sua vez, vem afirmando constitucionalidade da aplicação da lei aos agentes políticos (ARE 826762 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª, j. 30/09/2014; AC 3585 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ªT, j. 02/09/2014; AI 809338 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ªT, j. 29/10/2013).

O inquérito civil constitui fenômeno pré-processual, investigativo, e nele inexistente obrigatoriedade alguma de a pessoa ouvida depor na presença de advogado por si contratado. O acompanhamento por advogado é facultativo. Não houve qualquer nulidade na condução do inquérito civil que embasou a propositura da presente ação.

Ainda que assim não fosse, cumpre observar que o STJ firmou orientação de que "o inquérito civil, como peça informativa, tem por fim embasar a propositura da ação, que independe da prévia instauração do procedimento administrativo. Eventual irregularidade praticada na fase pré processual não é capaz de inquinar de nulidade a ação civil pública, assim como ocorre na esfera penal (...)" (REsp 1.119.568/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/9/2010).

O Ministério Público não precisa previamente obter declaração judicial de nulidade dos atos de nomeação para, posteriormente, mover a ação civil pública por

**0006480-04.2007.8.26.0566 - lauda 4**




**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**

improbidade. Os pedidos são cumuláveis e este argumento, lançado pelo réu Newton Lima Neto, não encontra apoio em qualquer dispositivo constitucional ou legal. A lei pode ter a sua inconstitucionalidade declarada incidentalmente, por ato motivado, em qualquer processo judicial. Isto em nossa conformação constitucional, que adotou o sistema misto de controle de constitucionalidade, incluindo, portanto, o controle difuso, exercido por toda a magistratura como etapa do processo decisório inserido na resolução de lides específicas.

Quanto à suposta invasão do mérito do ato administrativo, é proscrito ao Poder Judiciário, sabidamente, exercer controle de conveniência ou de oportunidade, mas deve apreciar a constitucionalidade e a legalidade dos atos administrativos, mergulhados que estamos em um Estado de Direito Constitucional, no qual todos os agentes públicos, em qualquer grau, submetem-se à Constituição e às Leis.

A abertura de vista ao curador especial para apresentar resposta em nome dos réus Diego Mussara Doimo e Francisco Edival Brasil era imprescindível, vez que "o peticionamento nos autos por parte de advogado destituído de poderes especiais para receber citação, e sem a apresentação de defesa, não poderia configurar comparecimento espontâneo apto a suprir a necessidade de citação, sob pena de comprometer o devido processo legal" (STJ, AgRg no AREsp 410.070/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, 2ªT, j. 26/11/2013). A potencial nulidade foi suprida, vez que, citados por edital, embora a curadora especial tenha inicialmente sustentado a desnecessidade de sua intervenção, ao final ofereceu contestação em nome deles, por negativa geral.

A ausência de pedido de condenação dos servidores contratados nas sanções da lei de improbidade não significa que não haja, em relação a eles, qualquer pedido, pois a nulidade das nomeações os atinge (ao menos em relação aos que ainda ocupam o cargo).

Superadas as preliminares, ingressa-se no mérito.

A regra é o concurso público (art. 37, II, CF); a exceção, a livre nomeação e exoneração; esta, só para atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, V, CF), e que exijam ou recomendem um vínculo especial de confiança do agente público com o Chefe de Poder. Pena de a exceção tornar-se a regra, desvirtuando a Constituição Federal.

A legislação municipal não precisa reproduzir tais normas, o que seria a rigor desnecessário. Mesmo assim, cumpre notar que a Lei Municipal nº 11.003/1995, em seu art. 2º, II, menciona que o cargo ou emprego em comissão "destina-se ao desempenho de atribuições da confiança do Chefe do Poder Executivo", assim como a Lei nº 13.486/2004 (fls. 165/182), em seu art. 24, II, estabelece que o cargo em comissão corresponde a um "conjunto de atribuições específicas de direção, chefia e assessoramento".

O presente processo cuida de cargos em comissão que podem ser divididos em duas categorias: (a) aqueles cujas leis não estabelecem as atribuições: agente administrativo; assessor técnico; assessor de licitações; assessor cultural II; assessor

**0006480-04.2007.8.26.0566 - lauda 5**


**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**

de esporte e lazer; assessor de planejamento administrativo educacional; assessor de política; assessor de marketing; inspetor da guarda municipal e supervisor da guarda municipal (b) aqueles cujas atribuições constam da própria lei: coordenador pedagógico; orientador educacional.

Quanto às leis, observamos o seguinte:

Lei nº 11.003/1995 (fls. 266/319): reestruturou o plano municipal de cargos e carreiras, inclusive criando novos cargos em comissão ou renomeando antigos, entre os quais o de "agente administrativo" (fls. 267/268), sem regulamentar as respectivas atribuições.

Lei nº 11.135/1996 (fls. 209/250): dispôs sobre o estatuto do magistério municipal, inclusive sobre os cargos em comissão de "orientador educacional" e "coordenador pedagógico", descrevendo as respectivas atribuições (fls. 240/241 e 242/244)

Lei nº 11.261/1997 (fls. 183/194): promoveu reorganização administrativa na prefeitura municipal, criando ou prevendo cargos em comissão, entre eles os de "assessor técnico" e "agente administrativo" (fls. 192/193), sem regulamentar as respectivas atribuições.

Lei nº 12.895/2001 (fls. 195/202): criou e organizou a guarda civil municipal, criando os cargos em comissão de inspetor da guarda municipal e supervisor da guarda municipal, sem regulamentar as respectivas atribuições.

Lei nº 13.486/2004 (fls. 165/182): dispôs sobre a organização administrativa da prefeitura municipal, cuidando, entre outros, dos cargos em comissão de assessor de licitações, assessor cultural II, assessor de esporte e lazer, assessor de planejamento administrativo educacional, assessor de política, assessor de marketing, sem regulamentar as respectivas atribuições.

A lei que cria cargo em comissão sem descrever as respectivas atribuições incorre em inconstitucionalidade, consoante posição firmada pelo STF (RE 806436 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ªT, j. 02/09/2014), eis que praticamente delega ao Poder Executivo poderes para que ele defina, sem peias, as competências e atribuições, fato inconstitucional “porque permite, em última análise, sejam criados novos cargos [o que distingue um cargo do outro é o plexo de atribuições de cada qual] sem a aprovação de lei” (ADI 4125, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Pleno, j. 10/06/2010); consequentemente, cria-se o cargo como um cheque em branco, com abertura inadmissível de ação ao Poder Executivo, considerada a regra do concurso público. No mesmo sentido: AgRg no RE 752.769/SP, Rel. Min. Carmen Lúcia, 2ªT, j. 08/10/2013.

In casu, tem-se a inconstitucionalidade dos cargos de agente administrativo, assessor técnico, assessor de licitações, assessor cultural II, assessor de esporte e lazer, assessor de planejamento administrativo educacional, assessor de política, assessor de marketing, inspetor da guarda municipal e supervisor da guarda municipal, ante a ausência de descrição, nas respectivas leis, das atribuições correspondentes, o que será proclamado na presente sentença, *incidenter tantum*.

A lei que, por sua vez, cria ou regula cargo em comissão com a previsão

**0006480-04.2007.8.26.0566 - lauda 6**


**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**

de suas atribuições, oportuniza o indispensável controle jurisdicional de compatibilidade daquele cargo com o regime jurídico constitucional, já que cargos em comissão são autorizados apenas e tão-somente para o exercício de atribuições de chefia, direção e assessoramento (art. 37, V, CF).

Com efeito, “é inconstitucional a criação de cargos em comissão que não possuem caráter de assessoramento, chefia ou direção e que não demandam relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico” (STF, ADI 3602, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Pleno, j. em 14/04/2011).

O E. TJSP, nessa linha de pensamento, vem insistindo na inconstitucionalidade da criação de cargos de provimento em comissão destinados a atribuições burocráticas ou técnicas de caráter permanente (ADIN nº 0034266-96.2012.8.26.0000, Rel. GUERRIERI REZENDE, Órgão Especial, j. 22/08/2012; Arg. de Inc. 0047629-53.2012.8.26.0000, Rel. ANTONIO CARLOS MALHEIROS, Órgão Especial, j. 01/08/2012; ADIN nº 0229475-08.2009.8.26.0000, Rel. JOSÉ REYNALDO, Órgão Especial, j. 14/12/2011; Ap. 0003188-36.2006.8.26.0472, Rel. BORELLI THOMAZ, 13ª Câmara de Direito Público, j. 11/05/2011).

Na hipótese em exame, observamos nas atribuições relativas aos cargos coordenador pedagógico e orientador educacional, fls. 241/244, que são funções, embora não-burocráticas, técnicas e de caráter permanente que, ademais, não reclamam especial vínculo de confiança com o chefe do Poder Executivo.

São inconstitucionais as disposições legais pertinentes a esses cargos, o que fica, igualmente, adotado como premissa para a declaração de nulidade das nomeações nelas baseadas.

A declaração de nulidade das nomeações implica, como corolário lógico, a condenação do Município de São Carlos na obrigação de exonerar os servidores providos nessas unidades funcionais.

Tal condenação haverá de ter seus efeitos antecipados, na forma do art. 273 do CPC, para que seja afastado o efeito suspensivo de eventual recurso – lembre-se que a apreciação do pedido de tutela de urgência foi postergada ao presente momento, fls. 1033.

A continuidade da ocupação de cargos estabelecidos por leis inequivocamente inconstitucionais importa em prolongamento do ilícito, com a lesão cada vez mais acentuada da ordem constitucional, justamente por conta dessa dilação temporal.

A tutela de remoção do ilícito faz-se indispensável para assegurar a concretização dos postulados constitucionais da efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional, subprincípios da garantia central do acesso à justiça, prevista no art. 5º, XXXV da CF.

Nesse sentido, na presente sentença será concedido o prazo de 60 dias para que o Município de São Carlos exonere os servidores ocupantes dos cargos acima referidos, pena de multa diária, em relação a cada servidor mantido no cargo, de R\$ 500.00.

Ingressa-se, agora, na questão do ato de improbidade administrativa.

**0006480-04.2007.8.26.0566 - lauda 7**


**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**

O STJ firmou orientação sólida, na jurisprudência, válida tanto para nomeações quanto para contratações irregulares, de que a ilegalidade não implica automática lesão ao erário, mormente se houve a efetiva prestação dos serviços correspondentes, situação em que os pagamentos efetivados correspondem à contraprestação por tais serviços. Na hipótese de ausência de sobrepreço – caso em exame –, a ordem de devolução implicaria enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública. Nesse sentido: REsp 963.578/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 17/03/2009; REsp 269.683/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Min. PAULO MEDINA, 2ªT, j. 06/08/2002; REsp 1238466/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 2ªT, j. 06/09/2011; REsp 728.341/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, 2ªT, j. 06/03/2008.

A leitura da petição inicial mostra-nos que tal orientação não foi considerada pelo autor da presente ação. Não foi demonstrada efetiva lesão ao erário, e inclusive são narrados os serviços e trabalhos que, de fato e concretamente, eram desempenhados pelos servidores.

Sendo assim, afasta-se a tipificação objetiva dos atos de improbidade no art. 10 da Lei nº 8.429/92, promovendo-se o necessário deslocamento e adequação, pois os fatos narrados, na perspectiva estritamente objetiva, amoldam-se à chamada improbidade administrativa pela violação aos princípios da Administração Pública, especificamente no art. 11, caput e inciso I da lei referida.

Sobre as nomeações irregulares aqui em debate, sem dúvida que configuram, em recorte objetivo – sem consideração, momentânea, a propósito do componente anímico – ato de improbidade administrativa, vez que atentam contra os princípios da Administração Pública, especialmente da legalidade constitucional e da regra do concurso público – art. 11, caput.

A competência do administrador foi, ademais, exercida em desvio de finalidade, inciso I do mesmo dispositivo.

Ensina EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA que "os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o quê apartar-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade". (Curso de Derecho Administrativo, 4ª Ed., t. I, Madri, Civitas, 1983, p. 442).

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

Segundo a doutrina portuguesa, “o desvio de poder é o vício que afecta o acto administrativo praticado no exercício de poderes discricionários quando estes hajam sido usados pelo órgão competente com fim diverso daquele para que a lei os conferiu ou por motivos determinantes que não condigam com o fim visado pela lei que conferiu tais poderes” (CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. Vol. I. 10ª Ed. Almedina. Coimbra: 2007. pp. 506).

No caso em tela, temos que o fim constitucional 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, após o exame minucioso da prova produzida, é possível afirmar que houve desvio de finalidade, pois o réu Newton Lima Neto exerceu a competência que possuía em abstrato (de nomear pessoa para cargo em comissão ou função de confiança) para alcançar uma finalidade não contemplada nas normas jurídicas que lhe outorgaram tal atribuição, uma vez que os nomeados não exerceram, de fato, atribuições de chefia, direção ou assessoramento, como exige o art. 37, V da Constituição Federal, a Lei Municipal nº 11.003/1995 em seu art. 2º, II, e a Lei nº 13.486/2004 no art. 24, II.

Os documentos que instruem a petição inicial desta ação civil pública comprovam que o réu de modo sistemático e persistente nomeou pessoas para cargos em comissão com desvio de finalidade, incidindo 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 e também dos dispositivos legais acima referidos]*”.

As oitivas realizadas no inquérito civil, durante às quais facultou-se a cada depoente fazer-se acompanhar de advogado, não deixam dúvida a esse respeito.

Rosângela Ignácio (fls. 46/47) exerceu três cargos diferentes (i) agente administrativo com atribuição de redigir e encaminhar ofícios, requerimentos e circulares cujo conteúdo era ditado pelo secretário, diretor ou algum chefe de divisão e ainda o atendimento ao público (ii) chefe de comunicação e registro, cuidando de processos que tramitavam na secretaria de administração, assim como da agenda do secretário, tendo sob suas "ordens" quatro pessoas que digitavam os documentos (iii) assessora de gabinete do secretário de administração com as mesmas atribuições anteriores.

Célia Maria Domingues (fls. 50/51) exerceu dois cargos diferentes (i) agente administrativo com a função de encaminhar os documentos de servidores direcionando-os a outras repartições, assim como "apoiar" o auxiliar administrativo e o aprendiz no atendimento de funcionários (ii) assessora de gabinete do secretário de administração, no qual encaminhava documentos ao secretário, digitava ofícios e cuidava da agenda.



**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

Donato Prefeito (fls. 53/54), agente administrativo que prestava serviços na Polícia científica recebendo e encaminhando instrumentos aos peritos para exames.

José Antônio Mariano (fls. 57/58), agente administrativo que trabalhava no mercado municipal encaminhando ofícios subscritos pelo chefe e controlando o horário dos funcionários do mercado municipal.

José Francisco da Silva (fls. 60/61) que exerceu dois cargos (i) agente administrativo no prédio do orçamento participativo, fazendo atendimento ao público, telefonemas e encaminhando ofícios (ii) assessor no centro comunitário do Jardim Gonzaga, fazendo atendimento ao público, encaminhando usuários para Assistência Social, informando sobre marcação e disponibilidade de consultas, horários de atendimento, encaminhamentos à recepção.

Lauriberto Cassão (fls. 63/64) que exerceu dois cargos (i) agente administrativo, trabalhou na agência comunitária dos Correios no bairro Santa Felícia, recebendo e encaminhando correspondências mediante o pagamento que ao final do dia eram retiradas por funcionários dos Correios (ii) assessor de gabinete, trabalhou no Cemitério Santo Antonio de Pádua (Vila Prado) exercendo funções administrativas inerentes aos sepultamentos, controlando ainda os serviços dos coveiros e pedreiros que lá trabalham.

Cláudia Maria Casimiro Machado Marmo (fls. 66/67) que exerceu dois cargos (i) agente administrativo, fazendo o cadastramento dos munícipes em programas de auxílio do Governo Federal (bolsa família, cartão alimentação, etc), após a análise dos requisitos pelas Assistentes Sociais, procedendo ainda ao atendimento ao público (ii) assessor de gabinete IV, mesmas funções do cargo anterior.

Francisco Edival Brasil (fls. 69) que exerceu dois cargos (i) agente administrativo, cuidava do atendimento ao público direcionando-os ao gabinete do Prefeito ou de um dos Secretários (ii) assessor de gabinete VI, auxiliando a presidente da Fundação Educacional São Carlos recebendo e encaminhando correspondências, processos, atendimento ao público.

Márcio Alexandre Apolinário de Oliveira (fls. 71/72), assessor técnico, exerceu atividades de chefia sobre alguns funcionários no Ginásio de Esportes do Zuzão e no Campo São João Batista, fiscalizando a limpeza dos banheiros, a marcação do gramado.

Therezinha de Lourdes Bueno Gregoracci (fls. 74/75), exerceu três cargos – assessora técnica, assessor de licitações e assessor de gabinete – e em todos assessorava o presidente da comissão de licitação, telefonando às empresas convidadas para participarem de certames licitatórios, digitando notificações e recibos de entrega de convites, encaminhando cópia dos editais de licitação, contratos e termos aditivo à Câmara Municipal, ao Tribunal de Contas do Estado.

Lilian Andréa Albertini (fls. 78/79) exerceu dois cargos (i) assessor técnico, no qual recebia as reclamações dos funcionários e/ou chefes, fazia relatórios e encaminhava ao Secretário, fiscalizava as contratações dos menores


**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**

aprendiz; (ii) chefe de divisão e gestão de pessoas, com algumas divisões subordinadas à sua chefia, cuidava de concurso público, nomeações de funcionários, treinamento, segurança e medicina do trabalho.

Ricardo Morales (fls. 81), assessor técnico, fazia o planejamento e seleção de equipes para participação em jogos.

Daniel Roza de Moraes (fls. 84/85) exerceu dois cargos (i) assessor de gabinete, cuidando da elaboração de projeto social de acesso à Justiça (não implantado por falta de verba federal); palestras sobre temas de “direito” em centros comunitários; levantamento e emissão de relatórios das execuções fiscais em andamento (ii) assessor de licitações, cuidando da elaboração de minutas e editais de licitação, de atas de abertura de certames, participando das decisões das impugnações em pregão eletrônico.

Diego Musarra Doimo (fls. 87), assessor cultural II, responsável pela exibição de filmes nos centros comunitários e bibliotecas, confecção da programação de exibição de filmes, cotação de preços de material gráfico (cartazes e folders), desenvolvimento de projeto história dos bairros.

Vyvianne Santos Moura (fls. 89) – exerceu dois cargos (i) chefe da seção de Praças Esportivas, com funções internas na Secretaria de Esportes como auxiliar administrativo, recebendo e encaminhando documentos, confeccionando ofícios e requisições (ii) assessora de esportes e lazer desempenhando as mesmas funções.

Carlos Eduardo Pandolfelli (fls. 91/92), adquiriu estabilidade (CF/88), aposentado em março/98 continuou prestando serviços à municipalidade como assessor técnico, organizando eventos esportivos, auxiliando a delegação são-carlense, elaborando regulamentos e tabelas de jogos, registrando atletas.

Maria das Graças Fernandes Amorin Reis (fls. 94) exerceu o cargo de coordenadora pedagógica montando cursos de capacitação para diretores e elaborando projetos pedagógicos.

Simone Paes (fls. 96/97) exerceu dois cargos (i) coordenadora pedagógica, elaborava folha de ponto dos funcionários vinculados à Secretaria da Educação, recebia e encaminhava de atestados médicos, analisava títulos para atribuição de percentuais sobre os vencimentos, classificava docentes (ii) diretora administrativa financeira, cuidando do planejamento orçamentário da Secretaria de Educação.

Simone Cristina Fanhani Marins (fls. 99) foi coordenadora pedagógica, com a função de elaboração de um projeto de educação inclusiva, orientação e suporte aos diretores com referência ao tema, capacitação de professores para implementação do projeto.

Glaziela Cristiane Solfa (fls. 101/102) foi (i) coordenadora pedagógica: desenvolveu trabalhos na área de educação inclusiva, com crianças em situação de risco (ii) chefe de seção de apoio multidisciplinar: acompanhava projetos sobre a implantação de políticas públicas de atendimento a crianças e adolescentes, articulando-se com outros setores da rede.

Vera Lúcia Mello Chiavini (fls. 104/105) foi (i) coordenadora pedagógica responsável pelo ensino fundamental, realizando reunião com professores; atende

**0006480-04.2007.8.26.0566 - lauda 11**


**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**

aos pais sobre vagas ou qualquer outro assunto do ensino fundamental (ii) chefe de seção de apoio aos centros da juventude.

Jeová Natalino Soares (fls. 108), supervisor da guarda municipal, supervisionava o cumprimento das jornadas de trabalho dos guardas municipais, uso de uniformes, fazia a ronda nos postos de trabalho, era subordinado ao cargo de inspetor.

Valdinere de Cássia Zambrano Italiano (fls. 111) foi (i) supervisor da guarda municipal, fiscalizava o cumprimento das jornadas de trabalho dos guardas municipais; férias, faltas, licenças, encaminhava ao comando as ocorrências do dia anterior; (ii) assessora de gabinete nível III, continuou com as mesmas atribuições e lhe acrescentando a possibilidade de tomar certas decisões e ainda providenciar a alterações de senhas, solicitação de uniformes.

Joair Aparecido Rodrigues da Cunha (fls. 113) foi (i) supervisor da guarda municipal, fazia a ronda nos postos de trabalho; auxiliava na elaboração de escalas; (ii) inspetor da guarda municipal, continuou fazendo a ronda nos postos de trabalho, distribuía os serviços, despachava ocorrências com do comandante da guarda.

José Eugênio da Silva (fls. 116), supervisor da guarda municipal, fazia a ronda nos postos de trabalho; auxiliava na elaboração de escalas.

Paulo Dionízio Neto (fls. 119/120) exerceu dois cargos (i) supervisor da guarda municipal, fazia a ronda nos postos de trabalho e auxiliava na elaboração de escalas; (ii) inspetor da guarda municipal, continuou fazendo a ronda nos postos de trabalho e as escalas, passou a ser responsável pelo funcionamento da frota (revisões, conserto); elaboração de documento referente a infrações administrativas dos guardas

Sebastião Martins (fls. 123) foi (i) supervisor da guarda municipal, fazia a ronda nos postos de trabalho; auxiliava na elaboração de escalas (ii) inspetor da guarda municipal, continuou fazendo a ronda nos postos de trabalho e as escalas, passou a ser responsável pelo funcionamento da frota (revisões, conserto), soluciona problemas que surgem nos postos de trabalho

Rowilson Aparecido Celenze (fls. 126) exerceu o cargo de inspetor da guarda municipal: coordena as operações da guarda à noite; distribui rádio HT, elabora escala noturna, supervisiona o transporte dos guardas até seus postos de trabalho, faz a ronda noturna, coordena o monitoramento por alarme e age em casos de ocorrência, supre faltas deslocando guardas de um posto a outro.

Jesus Ambrósio da Silva (fls. 128) exerceu os cargos de (i) inspetor da guarda municipal: coordena as operações da guarda à noite; distribui rádio HT, elabora escala noturna, supervisiona o transporte dos guardas até seus postos de trabalho, faz a ronda noturna, coordena o monitoramento por alarme e age em casos de ocorrência, supre faltas deslocando guardas de um posto a outro (ii) chefe dos inspetores: exercia as mesmas atividades anteriores e supervisionava os inspetores; coordenava os guardas municipais quando de grandes eventos municipais e conjunto com a Polícia Militar.

Flávio Rodrigues de Oliveira (fls. 131/132) foi chefe de divisão de

**0006480-04.2007.8.26.0566 - lauda 12**





**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

fiscalização e processamento: controle do exercício profissional que dependam de autorização do município (taxi, transporte escolar, carga frete); que havia 3 funcionários sob sua subordinação; que exercia além de serviços internos, serviços de acompanhamento de intervenções/sinalizações no trânsito; acompanhou o concurso e a formação dos guardas.

Eduardo Ponchio (fls. 134/135) exerceu três cargos (i) chefe de seção de patrimônio: cadastramento e remanejamento dos móveis da prefeitura; (ii) chefe da divisão de oficina e garagem: controlava a condição dos veículos, cotação e pedido de peças ao setor de compras, recebimento e distribuição das peças, controle de horário dos funcionários sob sua subordinação; (iii) inspetor da guarda municipal: fazia a ronda nos postos de trabalho; auxiliava na elaboração de escalas; desempenhou a função de segurança pessoal do prefeito em atividades públicas.

Luiz Aparecido de Medeiros (fls. 139/140) foi (i) chefe de seção da defesa civil: atribuições operacionais vistoriando áreas de risco, serviço de apoio em casos de incêndio, inundações, etc., organizando sob suas ordens, os voluntários; (ii) inspetor da guarda municipal: ronda nos postos de trabalho; auxiliava na elaboração de escalas.

Udo Heinz Rempel (fls. 142): assessor de planejamento administrativo educacional, coordena as atividades de educação física ministrada pelos professores da área na rede municipal, estabelecendo métodos para desenvolvimento das aulas, planeja eventos esportivos.

Patrícia Karst Caminha (fls. 144) foi assessor de planejamento administrativo educacional, com atribuição de "assessorar a secretária" quanto à política de inclusão em relação à educação especial.

Regina Conceição (fls. 146) foi orientador educacional e posteriormente assessor de planejamento educacional, cuidando do desenvolvimento de métodos, planejamento e orientação acerca de questões étnico-raciais.

Carina Dantas de Oliveira (fls. 152) foi assessor de planejamento administrativo educacional, com o recebimento e encaminhamento de relatórios sobre crianças e adolescentes, alunos da rede pública, em situação de risco, discute e aplica medidas de intervenção, supervisiona estagiárias na área de psicologia, coordena programa que visa a abertura de escolas (Emebis) nos finais de semana, realiza palestras com pais e adolescentes.

Tiago Nonato de Souza (fls. 154): assessor de política, encaminha requerimentos, digita ofícios, analisa processos que tramitam na secretaria de governo, controlando seus prazos.

Cláudio Cury (fls. 156) na função de assessor de política cuida do recebimento de valores dos mutuários da Prohab, execução de planilhas, boletins, contabilidade.

Matheus Henrique Pereira de Lima (fls. 158), no cargo de assessor de política, controla a agenda do secretário de governo, encaminha requerimentos, digita ofícios, analisa processos que tramitam na secretaria de governo, atende ao público.


**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**

Sérgio Alexandre do Prado e Silva (fls. 160), assessor de marketing II, elabora e alimenta o *site* da Prefeitura.

A leitura das atribuições acima relatadas mostra-nos que em sua grande maioria estamos tratando de atividades técnicas ou administrativas de caráter permanente, ligadas à burocracia estatal e para cujo desempenho não se exige especial vínculo de confiança entre o profissional e o Chefe de Poder.

Configurado o ato de improbidade, do ponto de vista objetivo.

O passo seguinte diz respeito ao elemento subjetivo.

Está bem delineada pela jurisprudência, à luz da dicção dos caputs dos arts. 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, por interpretação sistemática, a imprescindibilidade do elemento subjetivo para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

O elemento subjetivo varia conforme o tipo de ato de improbidade.

Exige-se dolo, ainda que genérico (dispensado elemento subjetivo específico – ou seja, não há necessidade de dolo específico), para os atos dos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação a princípios) – hipótese vertente - e dolo ou culpa para os do artigo 10 (prejuízo ao erário).

"Para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incursão nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (STJ, AgRg no AREsp 20.747/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1ªT, j. 17/11/2011).

A improbidade administrativa é compreendida como uma ilegalidade qualificada, um comportamento que além de ferir a lei reveste-se de censurabilidade. A responsabilidade por ato de improbidade administrativa não é objetiva. Não basta a ilegalidade. É necessária a improbidade, com a exigência de dolo (e não apenas culpa) em relação a atos inseridos no art. 9º ou 11 da lei. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T, DJe 15/2/2012; REsp 734.984/SP, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, 1ªT, DJe 16/6/2008; e REsp 213.994/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ªT, DJ 27/9/1999.

Como pontua Waldo Fazzio Junior.: “o ato culposo é criação legal. Se a norma não o cria, não existe (...) as condutas gravadas no art. 11 e seus incisos pressupõem a consciência da ilicitude de conduta e o ânimo de realizar o resultado proibido. Se não houver dolo, não há ato administrativo que atenta contra os princípios constitucionais da administração, mediante a inobservância de deveres gerais sobejamente conhecidos, como padrões morais.” (in Improbidade Administrativa, Atlas, pág. 302/303).

O dolo pode ser, como extraímos da doutrina penal (que vem sendo utilizada como referência pela jurisprudência, especialmente do STJ), direto ou eventual.

O dolo direto corresponde à vontade consciente de se realizar os elementos objetivos (*frise-se: ainda que normativos, os quais, acaso existentes, importarão em uma*


**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**

*inclusão, no próprio exame de tipicidade da conduta, de aspectos relacionados à consciência da ilicitude) do tipo, da conduta descrita na norma.*

No caso em exame, corresponderia à consciência e vontade do réu de nomear os profissionais para o desempenho de atribuições que não fossem de chefia, direção ou assessoramento, mas não só. Tendo em vista que a violação à regra do art. 37, V da CF insere-se na tipologia do ato administrativo ímprobo (elemento normativo do "tipo", de afronta ao princípio da legalidade), no caso em exame o dolo, para ser direto, teria de incluir a consciência da ilicitude, isto é, de que a nomeação dos servidores para atribuições que não fossem de chefia, direção ou assessoramento constituiria afronta ao ordenamento, e a vontade de afrontá-lo.

O dolo eventual, por outro lado, não inclui a vontade e consciência nesse sentido forte; basta que o agente, embora não desejando o resultado, aceite a possibilidade ou probabilidade de sua causação, e mesmo assim, nessa circunstância, assuma o risco de produzi-lo. Na hipótese vertente, o réu não teria a consciência e vontade de ferir o ordenamento jurídico, mas teria aceitado tal fato como possível ou provável e, mesmo assim, assumido o risco. O dolo eventual exige representação do resultado pelo agente.

Quanto ao caso em discussão, não se tem prova do dolo direto do réu, mas convence-mos de que agiu, no mínimo, com dolo eventual.

É certo que, em alguns casos, já se afastou o dolo do administrador quando agiu com amparo norma autorizativa municipal (STJ: AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES; AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS; AgRg no REsp 1261072/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO).

Todavia, tal conclusão não é automática e depende do caso concreto, vez que é dever de todo agente público agir com probidade e o simples fato de haver uma lei autorizativa não o exime de atuar criticamente, seguindo parâmetros compartilhados de justiça e correção que, muitas vezes, remeterão a normas constitucionais ou legais.

O caso concreto serve de referência.

A um, porque duas leis municipais (já mencionadas) faziam referência à necessidade do vínculo especial de confiança entre o nomeado e a autoridade nomeante ou ao exercício de função de chefia, direção ou assessoramento. De maneira que ao menos as nomeações feitas com base nessas leis já configuram violação legal direta, não apenas constitucional.

Mas este é apenas um aspecto, de menor relevância.

Na realidade, deve-se ter presente que o administrador público, no caso, nomeou inúmeras pessoas para o exercício de funções meramente operacionais, subalternas ou técnicas, de caráter permanente, e que não exigiam um vínculo especial de confiança, e principalmente que tais pessoas, como extraímos inclusive pelos depoimentos acima transcritos pelo juízo, passaram a desempenhar suas atividades, na estrutura administrativa, a par de outras que, embora fizessem o mesmo ou similar serviço, haviam sido aprovadas em concurso público.


**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**

O administrador que se coloca diante de tal realidade e a observa, inequivocamente nota algo de errado na coexistência de funcionários exercendo funções idênticas ou semelhantes, no entanto inseridos nos quadros por meios absolutamente distintos - uns após rigorosa e objetiva aprovação em concurso, baseada no mérito, outros por simples e acriteriosa escolha pessoal do gestor (muitas vezes por razões estritamente político-partidárias<sup>1</sup>).

Gera-se mesmo a impressão comum de que uns são privilegiados em detrimento de outros (frise-se: mesmo que os nomeados sejam mais laboriosos e independentemente da qualidade do serviço desempenhado, pois o privilégio não está no desempenho do serviço, e sim na forma de ingresso no cargo).

O administrador, posto à frente dessa diferença gritante de ingresso para o exercício de funções similares, certamente representa a possibilidade de estar agindo incorretamente ou em desacordo com a moralidade, no sentido público do termo.

Mas se, mesmo nessas circunstâncias, insiste nas nomeações, sequer consultando o departamento jurídico (que no caso certamente desaconselharia as nomeações) ou investigando a matéria, assume deliberadamente o risco de incorrer em grave desvio, incorrendo em dolo eventual.

A percepção da quebra da isonomia, no caso, é elementar, remete a noções compartilhadas e difundidas sobre o que é justo e o que é injusto. Ainda que o gestor não conheça o texto do art. 37, V da CF, percebe a injuricidade das nomeações ou, no mínimo, a possível injuridicidade (dolo eventual, como já mencionado).

Cumprе salientar ainda, em reforço, que a norma violada está em vigor desde 1988. Em 2004, período das nomeações, já eram 16 anos de vigência. Não é defensável a afirmação de desconhecimento ou que sequer foi considerada a possibilidade de violação.

Tal conclusão se reafirma na causa específica, já que o réu Newton Lima Neto exercia a Prefeitura Municipal desde 2001 (as nomeações são de 2004), e antes disso ainda havia sido Reitor da Universidade Federal de São Carlos, funções públicas durante as quais a norma em discussão (art. 37, V da CF), como decorre das regras de experiência, é trazida a conhecimento do administrador.

Também se deve ter em conta que a Lei nº 13.486/2004 (fls. 165/182), que contém vários dos cargos indevidamente manuseados, foi promulgada pelo réu Newton Lima Neto, o que implica o seu envolvimento pessoal na matéria por ela tratada.

Ainda lembremos mais uma vez que, embora haja vício de inconstitucionalidade nas leis, mesmo em duas delas há o destaque para a função específica dos cargos em comissão em nosso sistema constitucional, vg.: a Lei Municipal nº 11.003/1995, em seu art. 2º, II, menciona que o cargo ou emprego em comissão "destina-se ao desempenho de atribuições da confiança do Chefe do Poder Executivo"; a Lei nº 13.486/2004 (fls. 165/182) – lembre-se, assinada pelo réu - em




**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

seu art. 24, II, estabelece que o cargo em comissão corresponde a um "conjunto de atribuições específicas de direção, chefia e assessoramento".

Sob tal panorama, convencemo-nos de que, na hipótese, está presente o elemento subjetivo necessário para a configuração do ato de improbidade administrativa, ao menos o dolo eventual.

Ao final, cumpre mencionar que o réu Newton Lima Neto já foi condenado (embora a decisão não tenha ainda transitado em julgado), em segunda instância, por nomeações em tudo assemelhadas as em discussão nos autos. Veja-se a ementa:

*Apelação. Improbidade administrativa. Contratação de servidores sem concurso público. Cargos em comissão sem cunho diretivo ou chefia. Anulação e exoneração dos cargos. Improbidade configurada. Dolo genérico demonstrado. Evidenciada a má-fé do agente público na contratação de servidores para exercerem funções típicas de cargo cujo provimento exige prévia aprovação em concurso de ingresso. Dado parcial provimento ao recurso do Ministério Público e negado provimento aos demais. (Ap. 0006478-34.2007.8.26.0566, Rel. Ronaldo Andrade, São Carlos, 3ª Câmara de Direito Público, j. 10/09/2013).*

Afirmada a prática dos atos de improbidade, a etapa seguinte diz com o arbitramento das sanções.

O art. 12, III da Lei nº 8.429/92 preve a possibilidade de aplicação das seguintes sanções (a) ressarcimento do dano – afastada no caso, pois não houve dano ao erário (b) perda da função pública – seria desproporcional (c) suspensão dos direitos políticos por 03 a 05 anos – adequada, necessária e proporcional, na hipótese em exame, em razão do grande número de nomeações irregulares, será imposta por 03 anos (d) multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente: no caso, adequada, necessária e proporcional a imposição de multa de 15 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente no ano de 2004, como fator retributivo e de desestímulo (e) proibição de contratar com o poder público: não tem pertinência com a atividade desempenhada pelo agente.

**DISPOSITIVO**

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação e:

(1) declaro nulas as nomeações para os cargos em comissão de agente administrativo, assessor técnico, assessor de licitações, assessor cultural II, assessor de esporte e lazer, assessor de planejamento administrativo educacional, assessor de política, assessor de marketing, inspetor da guarda municipal, supervisor da guarda municipal, coordenador pedagógico e orientador educacional descritos na inicial;

(2) condeno o Município de São Carlos a, no prazo de 60 dias, exonerar os servidores ocupantes dos cargos acima referidos, pena de multa diária, em relação a cada servidor mantido no cargo, de R\$ 500,00, salientando-se que este capítulo do dispositivo da sentença produz efeito imediatos, de modo que eventual recurso não



**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

terá efeito suspensivo, em razão da antecipação de tutela (art. 273, CPC);

(3) condeno o requerido Newton Lima Neto como incurso no artigo 11, caput e I, da Lei nº 8.429/92 e, em consequência, imponho-lhe as seguintes sanções (a) pagamento à Municipalidade de multa correspondente a 15 vezes o valor da remuneração mensal que o réu recebia no ano de 2004, com atualização monetária desde a propositura da ação e juros moratórios de 1º ao mês, desde a citação (b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 anos.

P.R.I.

São Carlos, 20 de março de 2015.

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