



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: **0026050-97.2012.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Ação Civil de Improbidade Administrativa - Afastamento do Cargo**
 Requerente: **Ministerio Publico do Estado de São Paulo**
 Requerido: **Camara Municipal de São Carlos e outros**

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

V I S T O S .

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, pelo seu representante legal, promoveu a presente ação civil pública contra a **CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS, PAULO ROBETO BOLZAN, EDSON ANTÔNIO FERMIANO, LUIZ ANTÔNIO NAVARRO MAGALHÃES**, alegando, em síntese, que o réu Paulo Roberto Bolzan exerceu cargo em comissão de assessor contábil financeiro e orçamentário, sem contratação por concurso público, nomeado pelo corrêu e a época presidente da Câmara Municipal de São Carlos, Luiz Antônio Navarro Magalhães utilizando-se da Lei Municipal nº 11.123/95 e que, logo após o depoimento de Paulo Roberto ao Ministério Público, confirmando que exercia atividades de contabilidade pública da câmara, o sucessor de Luiz Antônio Navarro na presidência da Câmara Municipal, Edson Antônio Fermiano, tentando dar ares de legalidade à nomeação do servidor, editou resolução, criando o cargo de Diretor Financeiro e editando, na sequência, a portaria para nomeação, nele, do Sr. Paulo R. Bolzan.

Aduz a nulidade da nomeação, ante a violação constitucional dos incisos I, II do artigo 37 da CF., de modo que as atividades desempenhadas pelo servidor não exigem qualquer vínculo íntimo e subjetivo de confiança, comprometimento político, fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos e lealdade pessoal a autoridade superior, características imprescindíveis para os cargos de provimento em comissão ou de função de confiança, já que o cargo exigia apenas atividades meramente técnicas na área de contabilidade pública, fato confirmado pelo servidor em duas ocasiões, tanto antes, quanto depois da criação do cargo de diretor financeiro, exercendo, assim, funções incompatíveis com a natureza comissionada e que devem ser providas por concurso público.

Alegou que o cargo em comissão é aquele que admite provimento somente em caráter provisório, pois quem os exerce não adquire direito à continuidade na função, o que enseja relação de confiança entre o nomeado e seus superiores hierárquicos, o que 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

se verificaria no caso em tel.

Apontou a inconstitucionalidade dos artigos 12, alínea “d” e 48 ambos da Lei Municipal n 11.123/95, bem como do artigo 4º, da lei 13.503/2005 que repete a redação da lei anterior, que criaram o cargo de Assessor Contábil Financeiro e Orçamentário, e também os artigos 1º e 3º parágrafo único da Resolução n 258/12, através dos quais criou-se o cargo de Diretor Financeiro, devido a natureza comissionada de tais cargos ser incompatível com a prevista no artigo 37, V, da Constituição Federal.

Neste sentido, afirma que a nomeação do réu para tais cargos justifica a nulidade dos atos, e a punição dos responsáveis, diretores da câmara, nos termos do artigo 37 parágrafos 2º e 4º, diante da improbidade administrativa e prejuízo causado ao erário, frente ao disposto no artigo 10 da Lei 8.429/92.

Pedido de liminar indeferido às fls. 20/21.

Acordo celebrado às fls. 23/25, homologado a fls. 31, aditado às fls. 34/36.

Defesas preliminares, às fls.54/62, 64/89,130/167, 178/197 e manifestação do MP às fls.281/283 (2 vol.).

Decisão homologando o aditamento do acordo e deferindo a inicial às fls. 284/285 (2vol.).

Agravo de Instrumento apresentado às fls. 330/338.

Despacho indeferindo o efeito suspensivo as fls. 344.

Os Réus apresentaram contestação às fls. 351, 384, 402 (2 vol.), 625 (3 vol.), alegando, preliminarmente, a falta de interesse processual, devido às normas discutidas terem sido revogadas, pela resolução nº 265 de 24 de abril de 2013, que reestruturou todos os cargos e funções da câmara, razão pela qual teria havido a perda do objeto da ação.

Defenderam a constitucionalidade das Leis municipais 11.123/1995, 13.503/2005 e da resolução 258/2012, alegando que foi seguido todo o procedimento legislativo que culminou na aprovação pelo chefe do poder executivo, tendo sido observados os princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Sustentaram que o réu Paulo Roberto Bolzolan exercia função de direção, pois gerenciava e supervisionava todo o serviço do pessoal técnico, sendo o homem de confiança do Presidente do Legislativo municipal. Afirmaram, ainda, que inexistiu dolo ou ma-fé de sua parte, não devendo ser aplicada a lei de improbidade e que não houve qualquer prejuízo ao erário, o que descaracteriza a necessidade de qualquer restituição à administração pública.

O Ministério Público se manifestou às fls. 718 impugnando as contestações apresentadas e reiterando os fatos e fundamentos da exordial.

É o Relatório.

Fundamento e decido.

Observe, inicialmente, que, em vista do acordo celebrado entre as partes, pelo qual se pactuou que haveria a exoneração do requerido Paulo Roberto Bolzan, o que de



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

fato ocorreu, houve a perda do objeto quanto ao pedido contido no item “5” de fls. 16 da inicial, ante a falta de interesse processual, o que acarreta a carência superveniente.

O mesmo não se dá quanto ao reconhecimento incidental da inconstitucionalidade dos artigos das leis e da resolução mencionadas na inicial, uma vez que geraram efeitos concretos, com a ocupação do cargo em comissão, sendo que a revogação se deu, justamente, como forma de fraudar a jurisdição, o que não se pode admitir.

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 proscria 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).

No caso em tela, temos que o fim legal do poder administrativo de livre



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

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 Luiz Antônio Navarro Magalhães e Edson Antônio Fermiano 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 exercia, 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 Paulo Roberto Bolzan, 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 Contábil Financeiro e Orçamentário, respondia e executava todos os seus serviços das áreas administrativas da Câmara, englobando recursos humanos, contabilidade, financeiro, orçamentário e prestação de contas junto ao TCE, emitindo empenhos, fazendo liquidação de empenhos, pagamentos, controle de pessoal, relatório mensal sobre despesas e receitas da câmara, resumindo que sua tarefa consistia em exercer a contabilidade pública da Câmara Municipal.

Apesar da criação do cargo de Diretor Financeiro, o Réu, ao depor novamente, disse que continuava a exercer as mesmas atividades com acréscimo de outras bem vagas, nada denotando que as suas atribuições eram de caráter estritamente técnico, subsistindo as alegações colhidas em sede de Inquérito Civil fl. (33), em relação às quais não se alegou nenhum vício de consentimento.

Os demais requeridos, também não lograram contrariar a prova produzida pelo autor, no sentido de que, não obstante a denominação dos cargos atribuídos a Paulo Roberto Bolzan, 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 com Presidente da Câmara.

Embora os cargos exercidos pelo requerido Paulo Roberto Bolzan tenham



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

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.

Assim, patente a inconstitucionalidade material, cujo reconhecimento ora se faz, incidentalmente, dos artigos das leis e da resolução mencionados na inicial. Embora possam ser formalmente constitucionais, há vício quanto à finalidade, visando justificar a exceção à regra do concurso público, quando, sabidamente, o cargo não iria possuir caráter de assessoramento, chefia ou direção e não demandaria relação de confiança entre o servidor nomeado e o seu superior hierárquico, afastando-se a possibilidade de contratação de candidato melhor qualificado para o desempenho das funções públicas, o que contraria os princípios da legalidade e da moralidade administrativa.

Vê-se, claramente, que a resolução nº 258, de 27/06/12 (fls. 167 do IC) foi editada para dar ares de legalidade à nomeação de Paulo Roberto, logo após ele ter sido ouvido na Promotoria (21/05/12). Inclusive, nela foi utilizada a nomenclatura “Diretor”, atribuindo-se ao cargo, de forma maquiada, atividades que sugeriam a possibilidade de cargo em comissão, quando previamente se sabia que, na prática, seriam de natureza eminentemente técnica, conforme confirmado por ele, em seu segundo depoimento.

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 prévia



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

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 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 da Câmara 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 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.



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

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 Luiz Antônio Navarro Magalhães e Edson Antônio Fermiano, 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”.

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, 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:



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

Declarar nulas as portarias de nºs 39 e 147, expedidas pelos então presidentes da Câmara e condenar os requeridos **Edson Antônio Fermiano** e **Luiz Antônio Navarro Magalhães** ao pagamento de multa civil equivalente a 10 (dez) vezes a última remuneração que percebiam 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 Edson Antônio Fermiano e Luiz Antônio Navarro Magalhães a arcar com as custas processuais.

P.R.I.

São Carlos, 26 de março de 2015.

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