



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: 1008145-57.2015.8.26.0566
 Classe - Assunto: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa
 Requerente: Justiça Pública
 Requerido: Oswaldo Batista Duarte Filho e outro

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 **OSWALDO BATISTA DUARTE FILHO**, sob o fundamento de que apurou irregularidades durante o exercício de 2012, do seu mandato, no tocante à criação e preenchimento de cargos em comissão, eis que em desacordo com o padrão estabelecido pela CF, em descompasso 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 funções de "Assessor de Gabinete VI" e de "Chefe de Divisão de Alimentação Escolar", para as quais foram nomeadas, pelo requerido, respectivamente, Gisela Sanches Duarte Silva e Aline Cristhine Dal Ri, com exoneração somente no final de seu mandato, apesar de denominadas de confiança, não exigiam qualquer vínculo 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 deveriam ser exercidas por pessoas nomeadas após a aprovação em concurso público.

Sustenta, ainda, que é patente a inconstitucionalidade do artigo 29 da Lei Municipal 14.845/08 que cria os cargos em comissão indicados na inicial, mas não especifica as suas atribuições, caracterizando o ato de improbidade do requerido, por ação ou omissão,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

causando dano ao erário, devendo incorrer na sanção correlata.

Pugnou pela procedência da ação para ver declaradas nulas as portarias de nomeações das servidoras, condenando-se o requerido a devolver todas as verbas pagas a elas durante a sua gestão, bem como nas penas do artigo 12 de Lei de Improbidade Administrativa.

O requerido foi intimado e apresentar defesa preliminar, o tendo feito a fls. 190/209.

O Município requereu o seu ingresso no feito como litisconsorte.

A inicial foi recebida, tendo sido afastadas as preliminares arguidas (fls. 217) e determinada a citação.

O requerido apresentou contestação (fls. 228), alegando, preliminarmente, inépcia da inicial, inaplicabilidade da Lei de Improbidade ao caso e inadequação da via eleita. No mérito, afirmou a legalidade da contratação; que não agiu com dolo e que os serviços foram efetivamente prestados, não havendo que se falar em dano ao erário.

Houve réplica.

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR E A DECIDIR.

Não há que se falar em inépcia da inicial. O litisconsórcio, no caso, era desnecessário, pois a nulidade das contratações não ensejará a perda do cargo, que já foi deixado pelas nomeadas.

Por outro lado, possível é a declaração incidental de inconstitucionalidade, via controle difuso, pois a divergência não configura um pedido em si.

Anote-se, ainda, como bem apontou o MP, em sua réplica, que, atualmente, está pacificada, no âmbito jurisprudencial, a possibilidade de submissão dos agentes políticos, com exceção ao Presidente da República, à Lei de Improbidade Administrativa, conforme julgados colacionados.

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.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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 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 o réu exerceu a competência que possuía em abstrato (de nomear pessoa para cargo em comissão


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ou função de confiança) para alcançar uma finalidade não contemplada na norma jurídica que lhe outorgou tal atribuição, uma vez que as nomeadas não exerciam, de fato, atribuições de chefia, direção ou assessoramento, como exige o art. 37, V da Constituição Federal, conforme depoimentos feitos por elas, constantes dos autos.

Os cargos ocupados tinham atribuições desempenhadas que não exigiam qualquer vínculo íntimo e subjetivo de confiança. Executavam funções eminentemente técnicas.

O próprio requerido afirma (fls. 254) que elas se subordinavam à diretora, que se subordinava à Secretária Municipal de Agricultura e Abastecimento, que se subordinava a ele.

Inciduiu, 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]”*.

Não há que se falar em ausência de dolo, pelo fato de existir lei municipal prevendo o cargo, pois houve desrespeito à Constituição Federal, cuja regra basilar é a nomeação por concurso público, não podendo o requerido alegar desconhecimento, mormente em se considerando a sua qualificação profissional: Engenheiro e ex-reitor da Universidade Federal de São Carlos.

Note-se que a discussão é antiga, tendo o TJSP, já em 1994, decidido que “é inconstitucional a lei que criar cargo em comissão, de cujos titulares não mais se pode exigir além do escorreito exercício de suas atribuições em caráter estritamente profissional e técnico” (jurisprudência colacionada pelo MP a fls. 277).

Conforme ressaltado, também, em julgado de lavra da Ministra Eliana Calmon: “Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexistente espaço para o administrador 'desorganizado', 'desleixado', 'despreparado' e 'despido de senso de direção'. Não se pode conceber, principalmente na atual conjuntura política, que um Prefeito, legitimamente eleito, assuma a administração de um Município e deixe de observar as mais mezinhas regras de direito público e, o que é pior, tentar colocar tais fatos no patamar de 'meras irregularidades'” (REsp. nº 708.170/MG).


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Embora os cargos exercidos pelas nomeadas 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, 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 o réu se utilizou do dever-poder de nomear servidor para o cargo em comissão ou para função de confiança com finalidade distinta daquela para a qual foi autorizado 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 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 cessadas, segundo consta, as nomeações indevidas.

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,


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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 as nomeadas não tenham 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 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).

É importante acentuar, ainda, que os cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos,


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

exemplificando-se os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF) (CARVALHO FILHO, José dos Santos - "Manual de Direito Administrativo", 27ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 617/618).

Nesse sentido também já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça. **PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS.** 1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade. 3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. 4. Embargos de divergência providos (STJ – EREsp 439.539/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 8.10.03).

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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

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 do requerido, 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) Declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei municipal número 14.845/08, no tocante ao respectivo dispositivo artigo 29, que cria os cargos em comissão, sem especificar as atribuições.

2) Anular as Portarias nº (s) 57/2012 e 52/2012 que nomearam Gisela Sanches Duarte Silva e Aline Cristhine Dal Ri, respectivamente, para os cargos de "Assessor de Gabinete VI" e de "Chefe de Divisão de Alimentação Escolar";

3) Condenar o requerido ao pagamento de multa civil equivalente a 10 (dez) vezes a última remuneração que percebia na época dos fatos, com atualização monetária desde a propositura da ação e juros moratórios de 1º ao mês, desde a citação.

O condeno, ainda, a arcar com as custas processuais.

P I

São Carlos, 15 de março de 2017.

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