


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

**SENTENÇA**

Processo nº: **0010357-78.2009.8.26.0566**  
Classe - Assunto: **Ação Civil Pública - Atos Administrativos**

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

Ministério Público do Estado de São Paulo propõe ação civil pública de improbidade administrativa contra Fundação Educacional São Carlos e Município de São Carlos (entes públicos), Elisabeth Marcia Martucci (agente público), e Abel Gustavo Garay Gonzalez, Adriana Aparecida da Silva, Adriana da Silva Grazziano, Alexandre Moreira de Sousa, Alisson Antonio Cantarini, Amanda Petrucelli Gaspar, Ana Laura Herrera, Ana Mery da Silva Leite, André de Souza Tarallo, Andreia Vieira do Nascimento, Anna Theresa Kuhl, Antonio Benedito de Stefani, Antonio Zacarias da Silva, Cenira Raquel Correa Bueno Fernandes, Claudia Aparecida da Silva Bezerra, Corina Aparecida Benedicto de Mattos, Danilo Alves Barbosa, Décio Lago, Délia Maria Souza Leal Delfino, Dulce Sugawara, Eduardo Henrique Ferin da Cunha, Elisabeth dos Santos Gaspar Damiano, Fernanda Cristina Rissardi Cardinal, Francisco Claudio Palma, Izabelle Chinelatto Campana, Jardel Luis de Moura, João Emilio Antunes, João Guilherme Cortes Mortati, Luiz Hernan de Almeida Prado Mendonza, Maria Eliana Dias, Maria Elisabeth Ferreira Lopes, Marina Vianna Ferreira, Marta Maria Triques, Noemia Tahara, Pablo Francisco Menten Mendonza, Patricia Aparecida Tomase Horácio, Patricia Soares da Silva, Roberta


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Maria Zambon Maziero, Rosemary Duarte, Samantha Correa Bueno, Selma Regina Previero, Teruko Kawasaki, Tiliano Martin de Siqueira, Ubirajara Donisete Ferreira Leão, Valério Hilário dos Santos, Vanessa Maria Brito de Jesus, Vanessa Teixeira, Vera Lúcia dos Santos Chaves e Wellington da Rocha Gouveia (beneficiários dos atos de improbidade).

Alega que a Fundação Educacional, autarquia municipal, entre 2006 e 2008, por intermédio de sua presidente e corré Elisabeth Marcia Martucci, contratou inúmeras pessoas, quais sejam, os corréus beneficiários dos atos de improbidade, sem licitação, para a prestação de serviços consistentes em ministrar aulas e cursos a terceiros, através de (a) processo seletivo (2008): seleção feita com base em titulação do candidato e experiência profissional (b) chamamento público (2008): seleção feita pela análise de proposta apresentada pelo candidato (c) termo de cooperação técnica celebrado com o Município de São Carlos (2006): seleção feita a partir de simples indicação da Secretaria Municipal de Cidadania e Assistência Social.

Tais contratações são ilegais, porque a Fundação Educacional tem por finalidade prestar serviços educacionais à população, e os contratados são, portanto, os profissionais através dos quais esses serviços são prestados, ou seja, são o instrumento de atuação da fundação. Não se concebe, nesse caso, a contratação na forma da Lei nº 8.666/93, a sim a composição de um quadro funcional ao qual os interessados ingressam por concurso público.

Trata-se de burla ao concurso público, e sequer as hipóteses legais de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesses público faziam-se presentes.


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

A ré Elisabeth Marcia Martucci incorreu em ato de improbidade administrativa enquadrado no art. 10, IX ("ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento"), ou no art. 11, caput ("ação que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições") e V ("frustar a licitude de concurso público").

Sob tais fundamentos, pediu (a) liminar determinando à Fundação Educacional que abstenha de contratar profissionais para ministrarem quaisquer cursos à população sem que haja prévio concurso público de provas ou de provas e títulos, ressaltando-se os casos de contratação temporária apontados na Lei Municipal nº 10.817/94 (b) no mérito, a declaração de nulidade de todos os contratos de prestação de serviços relacionados às pessoas indicadas no polo passivo desta ação (c) a declaração de nulidade do processo seletivo nº 02/08, do chamamento público do 2º Semestre de 2008, e da Cláusula nº 2.3 do Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 11/06 (d) a confirmação da liminar, condenando-se a Fundação Educacional na obrigação de abster-se de contratar profissionais para ministrarem cursos à população sem que tenha havido prévio concurso público (e) a condenação da corré Elisabeth Marcia Martucci como incurso em ato de improbidade, com a aplicação das sanções previstas na legislação.

A liminar foi deferida determinando-se a citação dos corréus e a notificação da corré Elisabeth Marcia Martucci, nos termos do art. 17, § 7º da Lei 8429/92 (fls. 34/35).

Elisabeth apresentou defesa previa a fls. 294/311.

A Fundação Educacional, a fls. 153/156, atravessou petição visando a reconsideração da decisão que antecipou a tutela.

Os demais réus foram citados, pessoalmente ou por edital, apresentando suas


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

contestações por advogado constituído ou pela Defensoria Pública que exerceu o *munus* de Curador Especial.

Em contestação, Fernanda Cristina Rossardi (fls. 129/132), Eduardo Henrique Ferin da Cunha (fls. 203/206), Rosemary Duarte (fls. 220/223), alegaram, preliminarmente, ilegitimidade de parte e no mérito requereram a improcedência da ação.

Adriana da Silva Grazziano (fls. 239/243), requereu a (a) alteração de seu nome para Adriana Silva Azevedo, (b) preliminarmente, a ilegitimidade de parte e no mérito, a improcedência da ação.

Vanessa Teixeira (fls. 248/252), Ana Mery da Silva Leite (fls. 262/266), afirmaram, em preliminar, serem partes ilegítimas e no mérito, ser improcedente a ação.

Francisco Cláudio Palma (fls. 508/ 520), Délia Maria Sousa leal Delfino (fls. 524/536), Andreia Vieira do Nascimento (fls. 540/552), André de Souza Tarallo (fls. 556/566), Dulce Sugawara (fls. 570/582), Elisabeth dos Santos Gaspar, Mariano (fls. 586/598), Maria Elisabeth Ferreira Lopes (fls. 602/614), Marta Maria Triques (fls. 618/630), Izabelle Chinelatto Campana (fls. 634/646), Patrícia Soares da Silva (fls. 650/662), Patrícia Aparecida Tomase Horácio (fls. 666/678), Selma Regina Previero da Costa Pereira (fls. 682/694), Teruko Kawasaki (fls. 698/710), Valéria Hilário dos Santos (fls. 718/730), Vera Lúcia dos Santos (fls. 734/746), Wellington da Rocha Gouveia (fls. 750/764), Decio Lago (fls. 766/778), Alisson Antonio Cantarini (fls. 782/792), João Guilherme Cortes Mortati (fls. 796/806), aduziram: (a) ilegitimidade de parte, (b) ausência de ilegalidade na conduta do contratado diante da aparência de legalidade do certame realizado; (c) efetiva prestação do serviço; (d) improcedência da ação.

Noêmia Tahara (fls. 811/815), alegou ilegitimidade de parte e no mérito que foi


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

contratada em caráter excepcional para substituir a funcionária de carreira que se demitira, tendo portanto, sua contratação, observado o disposto na Lei Municipal nº 10.817/94, assim improcedente a ação.

Amanda Petrucelli Gaspar (fls. 834/846), aduziu (a) ilegitimidade de parte, (b) ausência de ilegalidade na conduta do contratado diante da aparência de legalidade do certame realizado; (c) efetiva prestação do serviço; (d) improcedência da ação.

Roberta Maria Zambon Maziero (fls. 865/873), afirmou (a) ilegitimidade de parte, (b) ausência de ilegalidade na conduta do contratado diante da aparência de legalidade do certame realizado; (c) efetiva prestação do serviço; (d) improcedência da ação.

Ana Laura Herrera (fls. 896/908), aduziu (a) ilegitimidade de parte, (b) ausência de ilegalidade na conduta do contratado diante da aparência de legalidade do certame realizado; (c) efetiva prestação do serviço; (d) improcedência da ação.

Anna Thereza Kuhl (fls. 945/955), aduziu, preliminarmente ilegitimidade de parte, e no mérito, improcedência da ação.

Marina Vianna Ferreira (fls. 1048/1053), aduziu, preliminarmente ilegitimidade de parte, e no mérito, a improcedência da ação.

O corréus Adriana Aparecida da Silva, Pablo Francisco Menten Mendonza, Tiliano Martin de Siqueira e Ubirajara Donisete Ferreira Leão, foram citados por edital (fls. 1075), Jardel Luis de Moura (fls. 1266) e Alexandre Moreira de Sousa, Danilo Alves Barbosa e Antonio Zacarias da Silva (fls. 1320).

Ubirajara Donisete Ferreira Leão, citado por edital, compareceu aos autos e contestou a ação (fls. 1111/1121), aduzindo a) ilegitimidade de parte, (b) ausência de


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

ilegalidade na conduta do contratado diante da aparência de legalidade do certame realizado; (c) efetiva prestação do serviço; (d) improcedência da ação.

Vanessa Maria Brito de Jesus (fls. 1137/1142), contestou a ação aduzindo preliminarmente a ilegitimidade de parte e no mérito, a improcedência da ação.

Fundação Educacional São Carlos – FESC (fls. 1170/1182), em contestação afirmou que as contratações foram marcadas pela transitoriedade e excepcionalidade; as contratações com base na Lei nº 8.666/93 se deram não em função da ocupação de postos de trabalho mas sim em trabalhos técnicos-profissionais específicos a serem prestados, que não houve prejuízo ao interesse coletivo, sendo legítimos os processos seletivos, devendo ser afastada a alegação de desvio constitucional e julgada improcedente a ação.

O Município de São Carlos (fls. 1244/1256), aduziu que os corréus foram contratados para ministério de cursos, não permanentes, em várias áreas (informática, croche, horticultura, oficina de bonecos, etc). Que tais cursos visavam atender às atividades transitórias desenvolvidas pela Fundação e que não tinham previsão de continuidade. Que diante da diversidade dos assuntos abordados, não haveria possibilidade fática para a realização de concurso público visando a contratação de servidores para atividades específicas e transitorias, o que acarretaria a possibilidade de ficarem ociosos no semestre seguinte. Que os serviços foram prestados em benefício da população não havendo qualquer prejuízo ao erário. Requereu a improcedência da ação.

Corina Aparecida Benedicto de Mattos (fls. 1275/1279), aduziu ilegitimidade de parte e no mérito a improcedência da ação.

A Defensoria Pública contestou a fls. (1326/1329 e 1332/1335), por negativa geral.


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Antonio Zacarias da Silva, citado por edital, compareceu aos autos e contestou (fls. 1344/1348), aduzindo, preliminarmente, a ilegitimidade de parte e no mérito, a improcedência da ação.

O MP se manifestou a fls. 1358/1359.

A inicial foi recebida em relação à corrê Elizabeth Marcia Marucci (fls. 1366/vº) tendo esta, após regular citação, e em contestação a fls. 1374/1385, ratificou sua manifestação apresentada em defesa previa. No mérito, afirmou que os cursos tinham natureza temporária; que a matéria alegada na inicial já foi superada pela ADIN 3068-0/DF; que agiu embasada em parecer jurídico, que as contas da Fundação foram aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado, que os profissionais contratados realmente prestaram os serviços. Requereu a improcedência da ação.

Réplica a fls. 1386 e 1388/1390.

Os réus Cláudia, Samantha, Antonio Benedito, Abel, Maria Eliana, João Emilio, Cenira Luiz Hernan e Jardel, apesar de citados, não contestaram a ação (fls. 1364/1365).

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do CPC-15, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas, valendo lembrar que, "**presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder**" (STJ, REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04/12/91).

A preliminar de ilegitimidade passiva ofertada por muitos dos profissionais contratados por intermédio dos instrumentos jurídicos que estão sendo objeto de questionamento nesta ação judicial deve ser repelida.




**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Com relação a tais corréus, não há pedido de aplicação de qualquer sanção decorrente do ato de improbidade, nem mesmo de ressarcimento ao erário.

A inclusão deles no pólo passivo foi justificada apenas pela circunstância de o autor ter postulado, pela presente ação, também a declaração de nulidade de todos os contratos de prestação de serviços relacionados às pessoas indicadas no polo passivo desta ação.

Ora, tal pedido justifica e explica a inclusão deles na relação processual, ainda que, em termos concretos, nenhum efeito prático decorra de tal declaração de nulidade, já que não houve o pedido de ressarcimento e, hoje, os vínculos tenham sido rompidos (o que nos levará à extinção do processo pela perda do objeto). De qualquer maneira, afasta-se a preliminar.

Nulidade das Contratações, do processo seletivo nº 02/08, do chamamento público do 2º Semestre de 2008, e da Cláusula nº 2.3 do Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 11/06

Quanto ao pedido de declaração de nulidade das contratações específicas, relativas a cada um dos corréus profissionais contratados, assim como de declaração de nulidade do processo seletivo e do chamamento público de 2008 e do termo de acordo de cooperação técnica de 2006, julgo-o prejudicado pela perda do objeto, vez que são contratações e atos jurídicos efetivados há pelo menos 08 anos, não mais vigentes, e que não estão mais produzindo efeitos jurídicos, nem voltarão a produzi-los.

Nenhum efeito, no plano dos direitos e obrigações concretas, emerge da declaração de nulidade de tais contratos e atos, porque não foi requerida, na inicial, a condenação dos beneficiários ao ressarcimento ao erário – providência que seria mesmo




**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

descabida, pois são terceiros de boa-fé e os serviços foram prestados.

Sendo assim, não há necessidade alguma de pronunciamento jurisdicional declarando ou não a nulidade.

Somente há interesse de agir relativamente aos seguintes pedidos (a) condenação da Fundação Educacional na obrigação de abster-se de contratar profissionais para ministrarem cursos à população sem que tenha havido prévio concurso público (b) condenação da corré Elizabeth Marcia Martucci como incurso em ato de improbidade, com a aplicação das sanções previstas na legislação.

Condenação da Fundação Educacional na obrigação de abster-se de contratar profissionais para ministrarem cursos à população sem que tenha havido prévio concurso público

A Lei Municipal nº 10.817/94, referida pelo autor na inicial, e que trata da contratação de docentes, pela Fundação Educacional, por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX da Constituição Federal, contempla hipóteses de contratação de docentes que não se amoldam à necessidade da Fundação Educacional de, ocasionalmente, contratar profissionais para ministrarem cursos esporádicos, não permanentes, não inseridos em programas regulares, às vezes sobre matérias que somente muito tempo depois virão a ser novamente ministradas.

Há casos em que isso acontece, como, por exemplo, alguns dos que constituem objeto do presente processo, como aulas em cursos não regulares e esporádicos de depilação, libras, horticultura.

Tal necessidade pública não pode ser desprezada.


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Cabe frisar que a referida lei municipal não trata desses casos porque não deveria tratar desses casos. É que ela tem por objeto a situação versada no inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, o qual tem um âmbito de incidência mais restrito, vez que baseia-se em um "**excepcional interesse público**" que somente poderia ser afirmado, nessas situações, por algum expediente indevido e artificial de retórica.

**Nesse sentido, o raciocínio vertido no parecer de fls. 2086/2088 dos anexos do inquérito civil mostra-se adequado quanto à possibilidade de, nessas situações excepcionais, haver a contratação com base na Lei nº 8.666/93.**

O Ministério Público sustenta, na inicial, que nenhum professor, nunca, poderia ser contratado para ministrar aulas à população, porque o professor, nesse caso, é um instrumento de atuação da fundação, para o desempenho de seu mister institucional.

O critério eleito pelo autor é relevante e contribui para a compreensão da matéria, todavia mostra-se excessivamente rígido se adotado acriticamente, vez que não leva em consideração hipóteses como as que acima foram mencionadas.

Cabe lembrar que o texto constitucional não menciona esse critério.

Sendo assim, pode haver a contratação, com fundamento na Lei nº 8.666/93, de professores para ministrarem aulas à população, desde que essas aulas ou os cursos a elas pertinentes não sejam regulares, levando em consideração, de um lado, a disciplina a ser ministrada, e, de outro lados, os programas educacionais atividades regulares e permanentes mantidos pela instituição, assim como as disciplinas que os professores do quadro efetivo teriam condições de ministrar, entre outras circunstâncias relevantes.

*Todavia, é indispensável que a decisão pela contratação nos moldes da Lei nº 8.666/93 seja formalizada por escrito, antes da abertura do procedimento, com a*


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

*apresentação dos fatos concretos e dos fundamentos jurídicos que a embasaram (fundamentação), e observação do princípio da publicidade, de modo a se possibilitar o controle social e judicial.*

Condenação da corré Elizabeth Marcia Martucci como incurso em ato de improbidade, com a aplicação das sanções previstas na legislação.

Ingressando no pertinente ao processo seletivo nº 02/08, fls. 403/406, observamos que teve por objeto a contratação de docentes para o ministério de aulas de informática básica no projeto de inclusão digital nas escolas municipais de educação básica, no âmbito do programa de inclusão digital.

Ora, as aulas de informática básica, nas escolas municipais, no âmbito do programa de inclusão digital, são atividades permanentes, regulares, e não autorizam a contratação nos moldes adotados.

Isso foi reconhecido em parecer da própria Procuradoria Jurídica da fundação, fls. 2086/2088 dos anexos relativos ao inquérito civil, datado de 03.03.2006, dizendo tratar-se [a aula de informática] de "**disciplina oferecida regularmente por um dos programas educacionais vigentes**", pois "**constitui atividade permanente e regular do programa de inclusão digital**", de modo que "**deve ser exercido por servidores públicos integrantes do quadro de pessoal da fundação, ingressos por concurso público**".

*Ad argumentandum tantum*, ainda que num ou noutro caso o serviço de ministrar aula de informática pudesse, eventualmente, ser objeto de contratação sem concurso (o que não afirmamos aqui, porque não é objeto da lide), tal circunstância seria excepcionalíssima, como exposto no parecer de fls. 2089/2091 – atividades em fase de consolidação, devidamente justificadas -, **cujos parâmetros foram desprezados no caso dos autos**, em


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

que por intermédio do processo seletivo nº 02/08, inúmeros profissionais foram contratados para ministrar aulas de cursos regulares.

Os argumentos expostos em contestação pela Fundação Educacional e pela ré Elizabeth Marcia Marucci, no sentido da excepcionalidade e da transitoriedade dessas contratações, não convencem e não tem amparo nos autos.

Já no que se refere ao Chamamento Público do 2º Semestre de 2008, cujo edital pode ser lido às fls. 2072/2074, observamos que é pertinente a apresentações de "propostas de cursos" ligados à Universidade Aberta do Trabalhador, sem a definição prévia da área do curso. As propostas são selecionadas pelo Conselho de Ensino da Universidade Aberta do Trabalhador, por critérios que constam do edital.

Levando em consideração, de modo estrito, os fundamentos da presente ação, reputo que, no caso concreto, não está demonstrada a nulidade ou ilegalidade de tal chamamento público, ainda que, no plano estrito da Lei nº 8.666/93 (isto é, se as normas dessa lei foram observadas a contento), não esteja clara a sua legalidade.

Quanto ao Termo de Acordo de Cooperação Técnica nº 11/06, fls. 2084/2085 dos anexos do inquérito civil, também ligado à Universidade Aberta do Trabalhador, por ele parece haver a autorização de contratação direta por simples indicação, o que é ilegal, pois desrespeita os princípios mais elementares do direito administrativo, como a impessoalidade e a publicidade.

Imprescindível, e isso se for o caso de contratação pela Lei nº 8.666/93 (ainda que com dispensa ou inexigibilidade de licitação), a abertura de processo seletivo, com a observâncias das regras vigentes.

Tal o panorama das ilegalidades.


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Questão subsequente diz respeito ao elemento subjetivo do ato de improbidade.

Quanto às contratações ligadas à Universidade Aberta do Trabalhador (Chamamento Público e Termo de Cooperação), emerge dos autos que são contratações relativas a cursos não permanentes, não regulares, para os quais não faria sentido, realmente, a contratação por concurso público, como já fundamentado acima.

Ainda que o modo pelo qual houve as contratações contenha alguma ilegalidade (especialmente no que toca à observância da Lei nº 8.666/93), ela não é flagrante e não se pode afirmar que dela a administradora teve conhecimento ou assumiu o risco de cometê-la.

Nesse sentido, ainda que haja alguma irregularidade no instrumento utilizado (vícios nos editais, por exemplo – não alegados), não se vislumbra dolo da ré Elisabeth Marcia Martucci, nem o dolo foi demonstrado, nesse pertinente.

Diferentemente se dá, porém, no que tange ao processo seletivo já mencionado, em relação ao qual o elemento subjetivo mostra-se presente.

Sobre esse processo seletivo, afastar, primeiramente, o enquadramento em ato de improbidade do art. 10 da Lei nº 8.429/93.

A ilegalidade em questão - contratação por processo seletivo, ao invés de abertura de concurso público para a provimento de cargos efetivos – pode ou não causar prejuízo ao erário, o que depende da análise das despesas que o poder público assumiria num caso (provimento dos cargos necessários à demanda, por concurso público), com as que teve no outro (processo seletivo em discussão).

Sem tal confronto, que não veio na inicial, não há como se afirmar o prejuízo.

O dano concreto – não hipotético - é elemento constitutivo de qualquer ato de


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

improbidade previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/92.

Saliente-se que os serviços foram prestados, houve a contraprestação.

Sendo assim, o ato de improbidade enquadra-se, aqui, no art. 11 da lei, pois a contratação de professores para ministrarem aulas de informática em programa regular configurou violação à legalidade (art. 11, caput) e frustrou a licitude de concurso público (art. 11, V).

A afirmação acima é improtante porque 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,


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

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 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 da ré de contratar professores para aulas de informática em burla a concurso público, deixando de abrir concurso para, no lugar, contratar profissionais por processo seletivo.

E, veja-se, como no caso concreto a tipologia do ato administrativo ímprobo contém um aspecto normativo de **afrenta ao ordenamento**, o dolo, para ser direto, teria de incluir a consciência da ilicitude, isto é, de que a contratação pelo processo seletivo constituiria ilegalidade.

O dolo eventual, por outro lado, não inclui a vontade e consciência nesse sentido




**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

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, a ré 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 da ré, mas convince-mos de que agiu, no mínimo, com dolo eventual.**

Isto porque a ré era Presidente da Fundação Educacional no ano de 2006, quando solicitou e recebeu os pareceres de fls. 2086/2088 e 2089/2091, nos quais a Procuradora Jurídica **é muito clara quanto à necessidade de, para aulas de informática, a contratação dar-se por concurso público.**

Com efeito, lemos naqueles pareceres:

"A propósito, é de se observar que a Lei Municipal nº 11.027, de 21 de agosto de 1995, alterada pelas Leis Municipais nº 13.089, de 17 de dezembro de 2002, nº 13.487, de 16 de dezembro de 2004, e nº 13.776, de 23 de março de 2006, prevê, no quadro de pessoal da FESC, o emprego público Educador, a ser preenchido por candidatos selecionados através de concurso público. E assim tem procedido a FESC na admissão de professores (Educadores) sempre que se trata de disciplina oferecida regularmente por um dos programas educacionais vigentes, como é o caso da disciplina "Informática", que constitui atividade permanente e regular do


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Programa de Inclusão Digital..." (fls. 2087, anexos. grifei)

"Deste modo, o ministério de aulas nos programas educacionais se insere dentre as finalidades institucionais da FESC, constituindo, pois, uma atividade normal, típica e permanente desta Instituição. Por tal motivo, e a princípio, tem-se que o ministério de aulas nos programas educacionais deve ser exercido por servidores públicos integrantes do quadro de pessoal da Fundação, ingressos por concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal." (fls. 2090, anexo. grifei).

Ainda que no segundo parecer de 2006, fls. 2089/2091, a opinião jurídica tenha sido pela contratação sem concurso para aulas de informática, **aquele parecer foi justificado por circunstâncias muito excepcionais daquela situação concreta**, de modo que a orientação geral do parecer era mesmo o de, numa linha de princípio, a contratação nesses moldes ser ilegal, **ao menos para aulas de informática**.

*Ocorre que, mesmo sabendo de tais pareceres, a ré optou por – inclusive sem solicitar novo parecer, nem justificar concretamente o fato – contratar inúmeros profissionais para aulas justamente de de informática, através do processo seletivo em debate.*

A nós resulta que, com o conhecimento prévio a que tivera tido acesso a ré, sem dúvida a opção por ele realizada foi, realmente, assunção de risco, dolo eventual inequívoco, suficiente para a caracterização do ato de improbidade.

Ingresso na dosimetria.

O art. 12, II da Lei nº 8.429 estabelece, no caso de improbidade administrativa


**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

enquadrada no art. 11, a possibilidade de aplicação das seguintes sanções: (a) ressarcimento ao erário; (b) perda da função pública; (c) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; (d) multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente; (e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Na hipótese em tela, levando-se em conta que não houve prejuízo ao erário, que a ré não obteve proveito patrimonial, que não se verificou intensa culpabilidade, mostra-se proporcional a fixação da pena de multa civil, correspondente a 3 vezes a remuneração percebida pela ré em fevereiro/2008 (data do edital).

Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, ante a perda superveniente do interesse processual, em relação aos pedidos declaratórios de nulidade dos contratos, do processo seletivo, do chamamento público e do termo de cooperação, e, no que tange aos demais pedidos, julgo parcialmente procedente a ação para:

(a) confirmada em parte a liminar, condenar a ré Fundação Educacional na obrigação de abster-se de contratar profissionais para ministrarem cursos à população sem que haja prévio concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos de (1) cargo em comissão ou função de confiança (2) hipótese legal de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesses público (3) cursos não regulares que não poderiam, nas circunstâncias concretas, ser ministrados por professores concursados, devendo, neste último caso, a decisão administrativa de contratar pela lei de licitações ser pública e fundamentada

(b) condenar a ré Elisabeth Marcia Martucci como incurso no art 11, caput e V da Lei nº 8.429, aplicando-lhe, em consequência, a pena de multa de 03 vezes a

**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

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

remuneração bruta por ela recebida no mês de fevereiro.2008, com atualização monetária pela tabela prática do TJSP desde fevereiro.2008, e juros moratórios de 1% ao mês desde a citação.

P.R.I.

São Carlos, 14 de junho de 2016.

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