

Processo nº 1021169-53.2015.8.26.0114

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelados: Jonas Donizette Ferreira e Município de Campinas

Vara da Fazenda Pública de Campinas

EGRÉGIO TRIBUNAL

COLEND A CÂMARA

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando à organização a organização do quadro de comissionados do Município de Campinas, pois há elevado número de cargos comissionados sem prévia regulamentação das atribuições e a grande maioria dos comissionados têm funções próprias de cargo efetivo, em desrespeito aos mandamentos constitucionais que determinam a realização de concurso público. Pleiteia, ainda, a declaração de inconstitucionalidade das leis municipais que versem sobre cargos comissionados.

Foi proferida sentença a fls. 4986/5006, julgando parcialmente procedentes os pedidos, para os fins de determinar a adequação dos cargos comissionados de direção e chefia, a exoneração dos demais servidores ocupantes de cargos comissionados e a proibição de novas contratações de comissionados para os mesmos cargos, bem

como condenar o requerido ao pagamento de multa civil equivalente a 10 vezes o valor da remuneração.

O Ministério Público interpôs recurso de apelação, no qual pretende a reforma da r. sentença, para que sejam acatados os pedidos conforme pleiteados na inicial (fls. 5053/5063).

Apelam também os requeridos Jonas Donizette Ferreira e o Município de Campinas, os quais alegam, em preliminar, inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido, carência da ação por falta de interesse processual e litisconsórcio necessário. No mérito, sustentam: a) razoabilidade do número de servidores comissionados exercendo a função de assessor; b) inexistência de fraude ou desvio de finalidade nas nomeações; c) ausência de violação ao princípio da legalidade; d) inexistência de ato de improbidade de improbidade administrativa; e) ausência dos elementos subjetivos; e, ainda f) desproporcionalidade e irrazoabilidade da multa civil aplicada.

Sobrevieram contrarrazões às fls. 5110/5118, 5119/5133 e 5134/5159.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Com o advento no Novo Código de Processo Civil a análise dos requisitos de admissibilidade do recurso de apelação passou a ser feita exclusivamente pelo Tribunal de Justiça, o

que se extrai do disposto no artigo 1.010, §3º, do referido *codex*. Dessa forma, passamos a analisar os referidos requisitos.

Quanto aos intrínsecos, verifica-se que os recursos interpostos são cabíveis, pois se trata do recurso adequado para impugnar a r. sentença; os apelantes possuem legitimidade para recorrer, uma vez que são partes na ação de improbidade; e têm interesse recursal, ante a sucumbência suportada.

No que tange aos requisitos extrínsecos, constata-se que os recursos são tempestivos, porquanto interpostos dentro do prazo legal; Jonas recolheu o preparo, já o Ministério Público e o Município são isentos do pagamento de tal custa; os recursos também apresentam regularidade formal; por fim, não há fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer.

2. DAS PRELIMINARES

A alegação de inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido não merece prosperar, porquanto o autor da ação civil pública descreveu detalhadamente os fatos que constituem fundamento do pedido, acostando, inclusive, documentos aptos a demonstrar a ilegalidade das contratações empreendidas pelo Município de Campinas.

Também não deve ser acolhida a preliminar de falta de interesse processual, sob o fundamento de que a

própria Procuradoria Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo teria reconhecido, em tese, a constitucionalidade da estrutura normativa dos cargos comissionados da Prefeitura Municipal de Campinas.

Isto porque, conforme enfatizou o Magistrado, nem o Ministério Público, nem o Poder Judiciário, em suas instâncias superiores, apreciaram o mérito, ou seja, a vigência da Lei Complementar Municipal 90/2014. Em verdade, a ADI foi julgada extinta sem decisão de mérito devido à revogação da lei questionada. Nesse sentido, cita-se a emenda do julgado, que, para melhor esclarecimento, mostra-se importante reproduzir:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -
MUNICÍPIO DE CAMPINAS - Ação deve ser extinta
sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do
CPC, porque sobrevindo a edição da Lei Complementar
nº 90, resta prejudicada, pela perda do objeto, a análise da
inconstitucionalidade do ato normativo contestado -
Extinção da ação sem resolução do mérito" (TJSP - Ação
Direta de Inconstitucionalidade 2179302-
67.2014.8.26.0000 – Órgão Especial – rel. Neves
Amorim – j. 25.02.2015).

Não prospera, também, a arguição de litisconsórcio necessário.

O caso retrata litisconsórcio passivo facultativo, e não necessário, como menciona o Município. Tal conclusão se extrai do próprio teor do art. 114 do Código de Processo Civil: “*O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes*”.

Nesse sentido, é a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 47 DO CPC E ART. 3º DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO.

1. Não há violação ao artigo 535 do CPC quando o Tribunal de origem, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos do recorrente, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acolhendo a tese do recorrente.

2. *Não há falar em formação de litisconsórcio passivo necessário entre eventuais réus e as pessoas participantes ou beneficiárias das supostas fraudes e*

irregularidades nas ações civis públicas movidas para o fim de apurar e punir atos de improbidade administrativa, pois não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de modo uniforme a demanda.

3. Agravo regimental não provido”.

(STJ, AgRg no REsp 1421144/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 26/05/2015).

3. DO MÉRITO

Conforme mencionado nos autos, o número de cargos comissionados em Campinas (1418) ultrapassa a França e a Alemanha (500), assim como a Inglaterra (300), resultando numa política clientelista, que transforma a política num balcão de negócios. Diz que as investigações do *Parquet* local cuidaram da perscrutação dos quadros de comissionados da Administração Direta (Município) e Indireta (empresas públicas, autarquias e fundações), tratando a presente demanda, porém, somente do Município de Campinas.

Existem 846 cargos comissionados na Administração Direta, dos quais 257 estão ocupados circunstancialmente por servidores concursados. Além dos 846 cargos em comissão, há 985

funções comissionadas, reservadas exclusivamente aos servidores de carreira (gratificações de funções acrescidas ao salário do servidor efetivo escolhido para o cargo de chefia). Portanto, são 1.831 comissionados, dentre funções comissionadas (para chefias dos servidores efetivos) e cargos comissionados (de livre provimento), mas a ação foca os 846 cargos em comissão (providos ou não por servidores de carreira).

Como se sabe, a Constituição Federal impõe, como regra, a realização de concurso público para a contratação de servidores. A exceção fica por conta dos cargos para provimento em comissão, os quais se destinam apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 37, inciso V), e da contratação de servidores temporários, por prazo determinado, para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, inciso IX).

Portanto, o provimento de cargos públicos deve ser feito por meio de concurso público, a fim de se assegurar os princípios da impessoalidade, da eficiência e da moralidade administrativa, admitindo-se apenas excepcionalmente a nomeação de pessoas para ocupar tais cargos sem a prévia realização de concurso.

Ocorre que o caso ora analisado não se enquadra nas exceções constitucionais, pois os cargos indicados na inicial, criados pela Lei Complementar Municipal n. 73/2015, têm como atribuições a prática de atividades técnicas e burocráticas, que prescindem de especial qualificação de seu ocupante ou de uma relação

de confiança entre este e o agente público. Trata-se, portanto, de cargos que deveriam ter sido providos por meio de concurso público.

Nesse passo, restou demonstrada a existência de vários cargos comissionados com atribuições de natureza técnica, operacional ou administrativa, o que demonstra que as nomeações foram direcionadas, agindo o ex-Prefeito com a intenção de cumprir sua parte em “ajustes recíprocos” ou, como se acentuou no recurso ministerial, “usou a máquina administrativa para fins pessoais” com a política do “toma lá dá cá”.

Além disso, verifica-se necessária a correção do quadro de cargos comissionados ante o elevado número de servidores existentes atualmente no Município de Campinas, o que não é mesmo proporcional e razoável.

A esse respeito, já decidiu esse E. Tribunal de Justiça:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEIS EDITADAS PELO MUNICÍPIO DE CATANDUVA – CRIAÇÃO DE DIVERSOS CARGOS EM COMISSÃO – CARGOS QUE NÃO SE DESTINAM À DIREÇÃO, CHEFIA E ASSESSORAMENTO – INADMISSIBILIDADE – FUNÇÕES MERAMENTE TÉCNICAS, BUROCRÁTICAS OU OPERACIONAIS QUE NÃO EXIGEM VÍNCULO DE CONFIANÇA E,

PORTANTO, NECESSITAM SER PREENCHIDOS POR CONCURSO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO CARGO DE SECRETÁRIO EXECUTIVO – DESCRIÇÃO QUE DEVE SER VEICULADA NA PRÓPRIA LEI – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA POR AFRONTA AOS ARTIGOS 115, II E V, 111, COMBINADOS COM O ARTIGO 144, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO – MODULAÇÃO DOS EFEITOS. AÇÃO PROCEDENTE, COM MODULAÇÃO DOS EFEITOS”. (TJSP, ADI 2091558-97.2015.8.26.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Neves Amorim, j. 16/09/2015, DJe 18/09/2015)

Importante ressaltar que não se está, com isso, invadindo a esfera privativa do Chefe do executivo Municipal de organizar seu quadro de funcionários, pois a realização de controle de constitucionalidade e de legalidade é atribuição do Poder Judiciário, razão pela qual não há violação à tripartição funcional do Poder.

Dessa forma, como as nomeações foram feitas em desconformidade com a Constituição Federal, a exoneração dos ocupantes de tais cargos é medida que se impõe, e, por conseguinte, deve a Municipalidade ficar impedida de contratar novos funcionários para os mesmos cargos sem a realização de concurso.

Ademais, a alegação de ausência de dolo não se sustenta, porquanto é de conhecimento de todo gestor público a obrigatoriedade de realização de concurso público para a contratação de servidores. Trata-se de conhecimento básico, que faz parte do cotidiano daqueles que exercem cargo na Administração Pública.

Some-se a isso que o ordenamento jurídico não admite a figura do administrador desleixado. É obrigação do Chefe do Executivo conduzir adequadamente a Administração Pública e pautar a sua gestão na observância das regras e princípios de direito público aplicáveis ao caso.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, além de prescindir da demonstração de enriquecimento ilícito ou de prejuízo ao erário para a caracterização do ato de improbidade previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, não é necessária a comprovação de dolo específico, bastando, para tanto, o dolo genérico, conforme ementa a seguir transcrita:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. A LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, EM REGRA, INDEPENDE DA OCORRÊNCIA DE DANO OU LESÃO AO ERÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO

CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra o ora recorrente, ex-Prefeito de Cunha - SP, objetivando a sua condenação pela prática de ato ímprobo, consistente na contratação, sem Concurso Público, da Sra. Andréa de Oliveira para trabalhar como merendeira na Escola Municipal Paulo Virgínio.

2. O Juiz de 1º Grau julgou procedentes os pedidos.

3. O Tribunal a quo negou provimento às Apelações do Parquet estadual e do ora recorrente e deu provimento ao apelo da Sra. Andréa de Oliveira.

PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO

4. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso 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.

5. É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992

exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. (...)

DANO AO ERÁRIO E A OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

10. Cabe esclarecer, quanto ao artigo 11 da Lei 8.429/1992, que a jurisprudência do STJ, com relação ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em regra, independe da ocorrência de dano ou lesão ao Erário. (...)

14. Recurso Especial não provido.

(STJ, REsp 1.635.410/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19/12/2016)

Portanto, assim agindo, o apelante violou princípios da Administração Pública, em especial os princípios da moralidade, isonomia e eficiência, incidindo, portanto, no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92.

Por fim, em atenção ao art. 12, *caput*, da Lei nº 8.429/92, que determina sejam as penas aplicadas de acordo com a gravidade dos fatos, entendo que estas merecem ser majoradas. Com efeito, as sanções foram fixadas aquém do que seria proporcional frente ao ato de improbidade administrativa praticada pelo requerido, que transformou o Município de Campinas num grande “cabide de empregos” ao criar e prover vários cargos comissionados em detrimento da regra do concurso público.

Ante o exposto, opino pelo provimento do recurso, nos termos do parecer supra.

São Paulo, 18 de agosto de 2017.

Leandro Pereira Leite
Procurador de Justiça