



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ. CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRELIMINARES.

1. Preliminares. Decisões unânimes.

1.1 – Suspensão do processo.

O julgamento do STF na Reclamação nº 2.138-6 não tem efeito vinculante e nem eficácia *erga omnes*. Descabe a suspensão do processo.

1.2 – Aplicação da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos.

Os agentes políticos estão sujeitos à Lei nº 8.429/92, cujos sancionamentos não excluem os penais, civis e administrativos, previstos na legislação específica (art. 12, *caput*), como é o caso do crime de responsabilidade (DL nº 201/67).

2. Mérito. Decisão majoritária. Voto vencido do relator.

2.1 – Prefeito Municipal que, ao longo de dois mandatos consecutivos, mediante sucessivas leis, que sequer buscaram justificar ser contratações por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, transforma a Prefeitura num verdadeiro “cabide de empregos” mediante admissões diretas de pessoal para atividades comuns. Pior ainda quando o faz em prejuízo de concursados que aguardavam nomeação, deixando claro o critério da escolha pessoal e da filiação político-partidária. Faz ainda pior quando faz admissão direta sequer autorizada por lei.

2.2 – Violação ao art. 37, II e IX, da CF (regras do concurso público e da contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público). Caracterizada a improbidade administrativa prevista no art. 11 e I da Lei 8.429/92.

2.3 – O fato de o Prefeito obter leis autorizadas, obviamente de iniciativas dele próprio, não descaracteriza o dolo, sob pena de se ter a escola do ardil de uma lei menor trapacear uma lei maior.

2.4 – Conduta censurável e lesiva ao erário municipal que merece não apenas as sanções cumulativas fixadas na sentença, mas agravamento, inclusive quanto ao período de suspensão dos direitos políticos, tendo em conta que os atos foram praticados no exercício de mandato popular.

3. POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES; POR MAIORIA, DESPROVERAM A APELAÇÃO DO RÉU E PROVERAM EM PARTE A DO AUTOR, VENCIDO O RELATOR QUE PROVEU A DO RÉU, PREJUDICADA A DO AUTOR.

APELAÇÃO CÍVEL

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70037437530

COMARCA DE GRAVATAÍ

MINISTERIO PUBLICO

1º APELANTE/APELADO

DANIEL LUIZ BORDIGNON

2º APELANTE/APELADO



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por unanimidade, em rejeitar as preliminares; e, por maioria, em desprover a apelação do réu e proveram em parte a do autor, vencido o relator que proveu a do réu, prejudicada a do autor.

Custas na forma da lei.

Participou do julgamento, além dos signatários, o eminente Senhor **DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI**.

Porto Alegre, 23 de novembro de 2011.

DES. JORGE MARASCHIN DOS SANTOS,
Relator.

DES. IRINEU MARIANI,
Presidente e Redator.

RELATÓRIO

DES. JORGE MARASCHIN DOS SANTOS (RELATOR)

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, por seu Promotor de Justiça, promove AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA contra DANIEL BORDIGNON.

Em suma, refere que o demandado DANIEL LUIZ BORDIGNON foi (e reeleito) Prefeito de Gravataí para o período de 1997 a 2004, contudo, durante tais gestões, ocorreram irregularidades que deram ensejo ao oferecimento de denúncias pelo Ministério Público perante o



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

Tribunal de Justiça do Estado, sendo que tais processos-crime restaram tombados sob os nº 70005439039 e 70011159373. As irregularidades antes comentadas, cingem-se às contratações emergenciais realizadas através de leis municipais durante o exercício de seus mandatos, eis que, em verdade, tais admissões ocorreram sem concurso público, ferindo o disposto no artigo 37, IX, da CF. Ademais, sustenta que as contratações emergenciais vieram a prejudicar aqueles que prestaram concurso público e não foram nomeados, tendo em conta o fato de que a necessidade de contratação da administração pública municipal seria permanente e não temporária. Aduz que entre setembro de 1993 e julho de 2004 efetuaram-se 3.288 contratações emergenciais, sendo que 52% delas foram rejeitadas pelo TCE por não atender ao requisito de urgência na contratação. Dessa forma, requer seja a ação julgada procedente para o fim de declarar o fato acima exposto como ato de improbidade administrativa (Lei 8429/92, artigo 11, *caput*, e inciso I), e, conseqüentemente, sejam aplicadas as sanções previstas no artigo 12, inciso III, da Lei 8429/92, que são as seguintes: a) perda da função pública; b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos; c) pagamento de multa civil de 100 (cem) vezes o montante da remuneração pelo agente percebida à época dos fatos, devidamente corrigido; d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos.

Após a instrução do feito, o feito foi sentenciado à fls. 2488/2493. Contudo, por decisão proferida pela Primeira Câmara Cível do TJ/RS à fls. 2622/2629, restou decretada a nulidade do *decisum*, por que o requerido não teria tido oportunidade de apresentar seus memoriais.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

Reaberto o prazo de memoriais ao requerido (fls. 2635), foram oferecidos memoriais (fls. 2636/2669). Sobreveio sentença (fls. 2671/2678) julgando parcialmente procedente o pedido para suspender os direitos políticos de Daniel Luiz Bordignon pelo prazo de 03 (três anos), nos termos do artigo 12, inciso III, da Lei 8429/92, condenando o réu ao pagamento de 60% das custas processuais, sendo descabida, contudo, a sua condenação na verba honorária.

Irresignado, o Ministério Público apelou (fls. 2680/2686) alegando que o pedido deveria ter sido julgado procedente e não parcialmente procedente. Referiu que a conduta do apelado foi extremamente grave, pois está contaminada de desonestidade, afastando-se dos princípios gerais da Administração Pública. Disse que o ex-prefeito municipal agiu dolosamente ao efetuar sucessivas e sistemáticas admissões e recontrações de servidores públicos municipais através da contratação temporária, ganhando simpatia eleitoral dos beneficiados. Pediu pela reforma da sentença para aumentar o prazo da suspensão dos direitos políticos para 5 anos e incluir a sanção de multa civil de 100 vezes o montante da remuneração percebida pelo agente à época do fato, haja vista a gravidade da infração, a vantagem auferida (ganhando simpatia política) e o grau de lesão (deixou de selecionar candidatos aptos para prover diversos cargos, além de afrontar princípios basilares da Administração Pública).

Daniel Luiz Bordignon também apelou (fls. 2689/2763) alegando, em preliminar, a incompetência do Juízo, tendo em vista a Reclamação 2.138 do STF. Referiu que a lei de improbidade administrativa não tem como destinatários os agentes políticos quando estes são submetidos a regime especial de responsabilidade. No mérito, asseverou ser improcedente a ação, uma vez que durante o mandato do autor, em 01/01/2001 a 31/12/2004 foram realizados três concursos públicos em



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

novembro de 2002, fevereiro de 2003 e maio de 2004. Disse que a prova testemunhal não demonstra que o réu ao contratar servidores tenha agido para burlar concurso público. Aduziu que todas as contratações foram baseadas em leis municipais. Referiu que não houve dolo na conduta do demandado. Requereu a total improcedência da ação.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 2770/2796).

Neste grau de jurisdição, o Ministério Público opinou pelo provimento do apelo interposto pelo *Parquet* e pelo improvimento do apelo do demandado.

É o relatório.

VOTOS

DES. JORGE MARASCHIN DOS SANTOS (RELATOR)

PRELIMINARES

SUSPENSÃO DO PROCESSO

O demandado apelou, suscitando, inicialmente, a incompetência do Juízo, tendo em vista a Reclamação 2.138 do STF.

Não merece acolhida a preliminar. O que o recorrente pretende, em realidade, é que o processo seja suspenso com base numa possível declaração de inconstitucionalidade da Lei de Improbidade Administrativa pelo STF.

Entretanto, a Reclamação Constitucional nº 2.138-6 do Supremo Tribunal Federal que decidiu pela inaplicabilidade da Lei nº 8.249/92 aos agentes políticos em absoluto autoriza a suspensão do



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

processo ou reconhecimento de incompetência do juízo, na medida em que não tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, mas apenas *inter partes*.

A Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público contra o o réu Daniel Bordignon tem caráter individual, não vinculante, sua eficácia se restringe às partes que litigam no processo, não havendo razão para sua suspensão .

Manifestou-se a respeito o Superior Tribunal de Justiça:

AgRg no REsp 977454 / RO; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

Relator Ministro JOSÉ DELGADO

Órgão Julgador - PRIMEIRA TURMA

Data da Publicação/Fonte DJ 12.11.2007 p. 198.

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO FEITO EM RAZÃO DA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO Nº 2.138-6 NO STF. NÃO-CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE PROVA.

SÚMULA Nº 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXCEPCIONAL. FUNDAMENTOS NÃO-ATACADOS. SÚMULA Nº 182/STJ. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO-COMPROVADO.

1. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso especial.

2. O acórdão a quo julgou procedente ação civil pública em face da prática de improbidade administrativa.

3. A 1ª Seção desta Casa Julgadora, em julgamento realizado no dia 26/04/06, exarou o pronunciamento de que “a reclamação não integra o rol das ações constitucionais destinadas a realizar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis e atos normativos. É medida processual que somente opera efeitos inter partes, não ostentando efeito geral vinculante. Se o futuro provimento jurisdicional a ser proferido pelo Supremo na Reclamação n.º 2.138-6/DF não vincula o juízo da ação de improbidade, não há razão para suspender o processo por esse fundamento” (EResp nº 681174/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ 15/05/06).

4. Ausência do necessário prequestionamento do art. 295, IV, do CPC. Dispositivo não-abordado, em momento algum, no aresto a quo, sem que se tenham ofertado embargos declaratórios para suprir a omissão, porventura existente.



IM

Nº 70037437530

2010/CÍVEL

5. Demonstrado que a procedência do pedido, quanto aos arts. 11 e 12 da Lei nº 8.429/92 e 94, § 2º, do CPP, está rigorosamente vinculada ao exame das provas depositadas nos autos. A questão nodal acerca da verificação se houve ou não dano ao erário constitui matéria de fato e não de direito, o que não se coaduna com a via estreita da súplica excepcional. Na via Especial não há campo para revisar entendimento de 2º Grau assentado em prova. A função de tal recurso é, apenas, unificar a aplicação do direito federal (Súmula nº 07/STJ).

6. Quanto à alegada ofensa aos arts. 135 e 138 do CPC, incide a Súmula nº 182/STJ, visto que a parte não impugnou nem combateu a fundamentação do acórdão recorrido 7. Não se conhece de recurso especial fincado no art. 105, III, "c", da CF/88, quando a alegada divergência jurisprudencial não é devidamente demonstrada, nos moldes em que exigida pelo parágrafo único, do art. 541 do CPC, c/c o art. 255 e seus §§ do RISTJ.

8. Agravo regimental não-provido.

Embora já tenha sido julgada, o próprio STF, observada a nova composição, tem se manifestado no mesmo sentido, consignando a ausência de efeito vinculante à Reclamação nº 2.138, com destaque para o Agravo Regimental nos autos da Reclamação nº 5393, de Relatoria do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/08, DJe-074, divulgação em 24/04/08, publicação em 25/04/08, e com a ementa que segue:

*RECLAMAÇÃO. Inadmissibilidade. Seguimento negado. Julgamento da **Rcl nº 2.138. Efeito vinculante**. Súmula vinculante sobre a matéria. **Inexistência**. Precedentes. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente da Corte. (Rcl 5393 AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, **Tribunal Pleno**, julgado em 17/03/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-03 PP-00538)*

Da mesma forma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 653882, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma



IM

Nº 70037437530

2010/CÍVEL

do STF, em 03/06/08, DJe-152, divulgação em 14/08/08 e publicação em 15/08/08:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO (...) **ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992, POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, A AGENTES POLÍTICOS** QUE DISPÕEM DE PRERROGATIVA DE FORO EM MATÉRIA PENAL (...) **AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO** AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES (...) Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. (...) (RTJ 152/612 - RTJ 153/1019 - RTJ 158/693). Precedentes. (AI 653882 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-08 PP-01558 RT v. 97, n. 877, 2008, p. 121-132)

A respeito, decidi nesta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO (PREFEITO MUNICIPAL). NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS EM COMISSÃO. LEI Nº 8.429/92. APLICABILIDADE. 1. Os agentes políticos submetem-se ao regramento constante na Lei de Improbidade Administrativa, Lei nº 8.429/92. 2. A Lei de Improbidade Administrativa não se confunde com o crime de responsabilidade. 3. Conforme decisão da Corte Suprema, o julgamento da Reclamação nº 2.138 do STJ não possui efeito vinculante e nem eficácia erga omnes, mas apenas inter partes. 4. Sentença que extinguiu o feito que deve ser desconstituída. Determinação de prosseguimento da Ação Civil Pública no juízo de origem. Precedentes jurisprudenciais. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70027297308, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 28/10/2009).

Vai, assim, rejeitada a preliminar.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

**DA INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
AOS AGENTES POLÍTICOS**

O demandado postulou a extinção da ação em relação a si, já que descabe a aplicação da lei de improbidade administrativa ao agente político.

Saliento, ademais, que o ato de improbidade não se confunde com o crime de responsabilidade, cabendo lembrar a normatização legal que trata da independência entre as diferentes esferas de responsabilidade (civil, penal e administrativa).

A responsabilidade civil está disciplinada pela Lei nº 8.429/92 e a responsabilidade penal está disciplinada pelo Decreto-lei nº 201/67. Nada impede, assim, que o agente político seja punido, civil e penalmente (e até administrativamente), pois se tratam de punições em esferas de competência distintas.

Neste sentido, é jurisprudência do STJ, merecendo destaque o Recurso Especial nº 1.066.772/MS, com a ementa que segue, *in verbis*:

*ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.429/92 E DO DECRETO N. 201/67 DE FORMA CONCOMITANTE. ATO IMPROBO QUE TAMBÉM PODE CONFIGURAR CRIME FUNCIONAL. **INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM**. JUÍZO SINGULAR CÍVEL E TRIBUNAL DE JUSTIÇA.*

INAPLICABILIDADE DO PRECEDENTE DO STF (RECLAMAÇÃO N. 2.138/RJ) IN CASU.

1. Os cognominados crimes de responsabilidade ou, com designação mais apropriada, as infrações político-administrativas, são aqueles previstos no art. 4º do Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967, e sujeitam o chefe do executivo municipal a julgamento pela Câmara de Vereadores, com sanção de cassação do mandato, litteris: "São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato" [...].

2. Deveras, as condutas tipificadas nos incisos do art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67 versam os crimes funcionais ou crimes de responsabilidade impróprios praticados por prefeitos, cuja instauração de processo criminal independente de autorização do Legislativo Municipal e ocorre no âmbito do Tribunal de Justiça, ex vi do inciso X



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

do art. 29 da Constituição Federal. Ainda nesse sentido, o art 2º dispõe que os crimes previstos no dispositivo anterior são regidos pelo Código de Processo Penal, com algumas alterações: "O processo dos crimes definidos no artigo anterior é o comum do juízo singular, estabelecido pelo Código de Processo Penal, com as seguintes modificações" [...] (Precedentes: HC 69.850/RS, Relator Ministro Francisco Rezek, Tribunal Pleno, DJ de 27 de maio de 1994 e HC 70.671/PI, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 19 de maio de 1995).

3. A responsabilidade do prefeito pode ser repartida em quatro esferas: civil, administrativa, política e penal. O código Penal define sua responsabilidade penal funcional de agente público.

Enquanto que o Decreto-Lei n. 201/67 versa sua responsabilidade por delitos funcionais (art. 1º) e por infrações político-administrativas (art. 4º). Já a Lei n. 8.429/92 prevê sanções civis e políticas para os atos improbos. Sucede que, invariavelmente, algumas condutas encaixar-se-ão em mais de um dos diplomas citados, ou até mesmo nos três, e invadirão mais de uma espécie de responsabilização do prefeito, conforme for o caso.

4. A Lei n. 8.492/92, em seu art. 12, estabelece que "Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito" [...] a penas como suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e obrigação de ressarcir o erário e denota que o ato improprio pode adentrar na seara criminal a resultar reprimenda dessa natureza.

5. O bis in idem não está configurado, pois a sanção criminal, subjacente ao art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67, não repercute na órbita das sanções civis e políticas relativas à Lei de Improbidade Administrativa, de modo que são independentes entre si e demandam o ajuizamento de ações cuja competência é distinta, seja em decorrência da matéria (criminal e civil), seja por conta do grau de hierarquia (Tribunal de Justiça e juízo singular).

6. O precedente do egrégio STF, relativo à Rcl n. 2.138/RJ, cujo relator para acórdão foi o culto Ministro Gilmar Mendes (acórdão publicado no DJ de 18 de abril de 2008), no sentido de que "Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art.

37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, "c", da Constituição", não incide no caso em foco em razão das diferenças amazônicas entre eles.

7. Deveras, o julgado do STF em comento trata da responsabilidade especial de agentes políticos, definida na Lei n. 1.079/50, mas faz referência exclusiva aos Ministros de Estado e a competência para processá-los pela prática de crimes de responsabilidade. Ademais, prefeito não está elencado no rol das autoridades que o referido diploma designa como agentes políticos (Precedentes: EDcl nos EDcl no REsp 884.083/PR, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJ de 26 de março de 2009; REsp 1.103.011/ES, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 20 de maio de 2009;



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

REsp 895.530/PR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 04 de fevereiro de 2009; e REsp 764.836/SP, Relator Ministro José Delgado, relator para acórdão ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 10 de março de 2008).

8. O STF, no bojo da Rcl n. 2.138/RJ, asseverou que "A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950)" e delineou que aqueles agentes políticos submetidos ao regime especial de responsabilização da Lei 1.079/50 não podem ser processados por crimes de responsabilidade pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa, sob pena da usurpação de sua competência e principalmente pelo fato de que ambos diplomas, a LIA e a Lei 1.079/1950, preveem sanções de ordem política, como, v. g., infere-se do art. 2º da Lei n. 1.079/50 e do art. 12 da Lei n.

8.429/92. E, nesse caso sim, haveria possibilidade de bis in idem, caso houvesse dupla punição política por um ato tipificado nas duas leis em foco.

9. No caso sub examinem, o sentido é oposto, pois o Decreto n.201/67, como anteriormente demonstrado, dispõe sobre crimes funcionais ou de responsabilidade impróprios (art. 1º) e também a respeito de infrações político-administrativas ou crimes de responsabilidade próprios (art. 4º); estes submetidos a julgamento pela Câmara dos Vereadores e com imposição de sanção de natureza política e aqueles com julgamento na Justiça Estadual e com aplicação de penas restritivas de liberdade. E, tendo em conta que o Tribunal a quo enquadrou a conduta do recorrido nos incisos I e II do art. 1º do diploma supra ("apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio" e "utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos"), ou seja, crime funcional, ressoa evidente que a eventual sanção penal não se sobreporá à eventual pena imposta no bojo da ação de improbidade administrativa. Dessa forma, não se cogita bis in idem.

10. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1066772/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009)

Vai, assim, rejeitada a preliminar.

MÉRITO – DA CONDUTA ÍMPROBA

Versa a hipótese sobre ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público contra Daniel Bordignon. Sustentou que o demandado DANIEL LUIZ BORDIGNON foi (e reeleito) Prefeito de Gravataí para o período de 1997 a 2004, contudo, durante tais gestões, ocorreram irregularidades que deram ensejo ao



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

oferecimento de denúncias pelo Ministério Público perante o Tribunal de Justiça do Estado, sendo que tais processos-crime restaram tombados sob os nºs 70005439039 e 70011159373. As irregularidades cingem-se às contratações emergenciais realizadas através de leis municipais durante o exercício de seus mandatos. Admissões que ocorreram sem concurso público, ferindo o disposto no artigo 37, IX, da CF. Referiu que as contratações emergenciais vieram a prejudicar aqueles que prestaram concurso público e não foram nomeados, tendo em conta o fato de que a necessidade de contratação da administração pública municipal seria permanente e não temporária.

O cerne da controvérsia é a contratação temporária de pessoal, a título emergencial e mediante a autorização de lei municipal, durante o mandato do então prefeito, no período de 1997 a 2004.

Narra a inicial que no período compreendido entre setembro de 2002 a julho de 2004 (segunda gestão do prefeito) o demandado admitiu 506 servidores na Administração Pública contra a expressa disposição de lei. Assevera, ainda, que na primeira gestão (1997/2000) também houve contratações ao arrepio da lei.

Compulsando os autos, verifica-se que as contratações emergenciais realizadas pelo agente público ora demandado eram efetivadas mediante criação de leis devidamente aprovadas pela Câmara Municipal. Assim, havendo lei municipal autorizando as contratações emergenciais o agir do demandado deu-se na esteira consciência de estar laborando dentro dos permissivos legais e constitucionais.

Nesse sentido o Procurador do Município Norton Chaves de Freitas informou a preocupação da administração com a necessidade



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

imperiosa de contratar de imediato pessoas que pudessem preencher os cargos que estavam vagos. Vejamos o seu depoimento (fl. 1888):

“J. O que o senhor sabe a respeito dos fatos deste processo?

Testemunha: Bem, Excelência, quando eu ingressei no Município, a convite do Prefeito Daniel Bordignon, como consultor jurídico, tinha por fins no início apenas elaborar pareceres administrativos tendo em vista que ainda não havia obtido a procuração para exercer judicialmente qualquer forma de defesa do Município. Quando assumi na Procuradoria como Procurador-geral então, isso já foi em 2000, tive essas notícias dessas contratações e, como órgão consultivo, foram colocadas diversos pareceres, pedidos de pareceres com relação a essas contratações. Esses pareceres chegavam a minha mesa e tendo em vista o crescimento do Município, a demanda que o Município necessitava, as informações dos Secretários da época, tanto Secretário de Educação, Secretário da Saúde, principalmente, haveria uma necessidade imperiosa de contratar de imediato pessoas para que pudessem contemplar aqueles cargos que já estavam vagos e assim foi feito. Primeiramente nos acercamos de que deveria haver uma Lei Municipal. Como órgão consultivo, nós tivemos que pesquisar e fomos junto à Procuradoria-geral do Estado inclusive para fazer essa pesquisa, esse estudo e lá na Procuradoria-geral do Estado a mesma nos colocou, nos informou, a mim e a um grupo de servidores, que as contratações emergenciais poderiam ser feitas, tanto é que o Estado estava fazendo naquela época, e, se não me engano, está fazendo até hoje, para prover certos cargos. Diante desse parecer favorável da Procuradoria do Estado, retornamos e fizemos um parecer favorável em cima daquela Lei Municipal ou das Leis Municipais que já haviam sido votadas e devidamente promulgadas pela Câmara Municipal, dando acesso então a que o Prefeito, o Poder Executivo pudesse contratar emergencialmente essas pessoas nesses cargos que estavam com essas carências de pessoas.”

O artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal estabelece:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Alexandre de Moraes, comentando o referido dispositivo constitucional, ensina:

*“Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação temporária sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público, somente nas hipóteses previstas em lei. Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, muito perigosa, como diz Pinto Ferreira, por tratar-se de uma válvula de escape para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade: **excepcional interesse público; temporariedade da contratação; hipóteses expressamente previstas em lei. A lei mencionada no inciso IX do art. 37 da Constituição é a lei editada pela entidade contratadora, ou seja, lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a respectiva competência legislativa constitucional**” (in Direito Constitucional, Atlas, SP, 2003, p. 328-9).*

Na hipótese, como referido, havia leis municipais autorizando as contratações, explicitando a necessidade temporária de excepcional interesse público. Ademais, os pareceres do procurador jurídico do Município eram pela contratação, em face do superior interesse público.

Se isso não corresponde à realidade, a culpa não é do ex-Prefeito, mas da Câmara de Vereadores, que aprovou uma lei irregular. O então Prefeito só cumpriu as Leis Municipais que foram aprovadas pela Câmara de Vereadores, sancionando as Leis respectivas.

De outro lado, o Ministério Público não ajuizou, na época, ADINs contra as leis municipais que arrolou. Somente em **05/06/2006** veio a propor ADIN nº 7001518750 de Lei Municipal, que veio a ser julgada parcialmente procedente para exceptuar professores e agentes de saúde.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

Como se vê, a ADIN foi julgada parcialmente procedente somente em 2006, ou seja, quando o demandado nem mais Prefeito era. Em momento algum, quando as leis estavam em vigor alguém lembrou de alegar sua inconstitucionalidade e, como cediço, toda lei, enquanto não declarada sua inconstitucionalidade é presumidamente constitucional.

Ademais, como restou comprovado nos autos, o Tribunal de Contas do Estado emitiu parecer favorável às contas do município durante o período de 1997 a 2004, nas administrações de oito anos de mandato do demandado.

As contratações hostilizadas, como referido pelo demandado, além de devidamente autorizadas por leis municipais, tiveram o condão de adequar as despesas com pessoal do Município, qual alcançava em 2000 62,11% da receita corrente líquida do Município. Pela prova testemunhal colhida, constata-se que as contratações emergenciais não foram realizadas para burlar concursos públicos.

Assevere-se, ainda, que durante o mandato de 01/01/2001 a 31/12/2004 foram realizados três concursos públicos em novembro de 2002, Fevereiro de 2003 e Maio de 2004, sendo que houve 1060 nomeações por concurso no período de 2001 a 2004 (fl. 1240/1243).

Por fim, refira-se que o réu foi absolvido dos processos criminais referentes aos fatos tidos como ímprobos (apelação crime 7005439039, referente aos fatos praticados na primeira gestão 1997/2000; e apelação crime 70011159373, referente aos fatos praticados durante a última gestão (2001/2004). **Em ambos os processos criminais o demandado Daniel Luiz Bordignon foi absolvido.**

No presente processo foram qualificados como ímprobos, como narra a inicial os atos praticados no período compreendido entre



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

setembro de 2002 a julho de 2004 (fls. 03/25) e os fatos praticados durante a primeira gestão – 1999, 2000 e 2001 (fls. 25/66)

Na apelação crime 70011159373 – segunda gestão, de 2001 a 2004 - foi reconhecido que as contratações consideradas emergenciais tiveram o beneplácito de lei municipal e que foram realizadas visando ao atendimento de deficiências pontuais nos serviços públicos. Vejamos:

CRIME DE RESPONSABILIDADE. DEC.-LEI 201/67. DEPUTADO ESTADUAL. EX-PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. AUTORIZAÇÃO. LEI MUNICIPAL. ATIPICIDADE. AÇÃO IMPROCEDENTE. 1. As contratações consideradas emergenciais tiveram o beneplácito de lei municipal, circunstância que, segundo a jurisprudência, lhes afasta da seara criminal. 2. Mais que isso, as contratações foram realizadas, segundo a prova testemunhal e documental, visando ao atendimento de deficiências pontuais nos serviços públicos. 3. Ação penal improcedente. (Processo Crime Nº 70011159373, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 05/05/2008)

No corpo do acórdão de lavra do Des. Relator José Eugênio Tedesco, consta o seguinte:

“As contratações, no caso presente, foram realizadas com fundamento em Lei Municipal que veio a autorizá-las em caráter emergencial. Desse modo, considerando a existência de lei do Município de Gravataí, não se visualiza caráter criminoso nas contratações.

(...)

Para um adequado deslinde, necessário se põe outros esclarecimentos.

O acusado relatou que, desde 1991, o município vinha admitindo contratos emergenciais em razão da recusa de servidores em ocupar determinadas funções. Explicitou que grande parte desses contratos objetivava a admissão de professores em escolas de zona rural, de difícil provimento, pois o servidor teria que concordar com a transferência. Em outros casos, os contratos eram para a substituição de servidores em licença maternidade ou saúde. Houve também especial situação, a partir de maio de 2000, com a Lei de Responsabilidade Fiscal proibindo a criação de cargos e realização de concursos, à medida que a administração estivesse acima do percentual permitido em lei. A administração municipal de Gravataí ficou até 2002 sem fazer nenhum concurso, pois nos



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

períodos anteriores havia nomeado mais de 1000 servidores por concurso.

Esclareceu, ainda, que na área médica, muito dos que eram aprovados eram de Porto Alegre e em muitas especialidades sequer havia inscritos. Veicularam, inclusive, anúncios em jornais, pois a cidade tem 270.000 habitantes e mais de 30.000 alunos na rede municipal, e na questão da saúde, houve uma ampliação muito acelerada, pois passaram de 3% de orçamento gasto em saúde para quase 18%. Por fim, disse que todas as admissões foram feitas com base em lei autorizadas pela Câmara e sempre com o parecer da Procuradoria, mesmo o Governo tendo minoria na casa legislativa (fls. 258 e ss.).

E as declarações do acusado são corroboradas pela prova trazida aos autos.

A testemunha Néio Lúcio Fraga Pereira, servidor concursado e secretário da Saúde na administração do réu, confirmou que, no período, **havia uma carência muito grande de funcionários, principalmente médicos, dentistas e enfermeiros, havendo a necessidade de trazer pessoas de fora.** Aduziu que com a municipalização da saúde em 1998, aos municípios coube a gestão total no setor. Na cidade de Gravataí, a mortalidade infantil era preocupante, quase vinte crianças mortas para cada mil que nasciam. **Instituíram, então, nesse período, vários programas, havendo a necessidade de contratação emergencial. Realizaram vários concursos, mas o salário era muito baixo e as pessoas não permaneciam. Alguns eram de Porto Alegre e não compensava a locomoção (fls. 328/330).**

Nesse mesmo sentido, o testemunho de José Francisco Antunes do Livramento, secretário de administração à época dos fatos, relatando que vive há quarenta e quatro anos na cidade e que **houve um “boom” de crescimento. Havia a necessidade extrema de contratar gente e não se tinha condições de nomear em razão da Lei de Responsabilidade Fiscal. Esclareceu que as contratações foram todas em razão da necessidade de serviço, motivado pela expansão do município em virtude do crescimento rápido ocasionado pela vinda da GM a Gravataí (fl. 347/349).**

Bastante esclarecedor da situação do município no período é o depoimento de Carlito Nicolait de Mattos, que exerceu diversos cargos no município, especialmente o de Secretário da Fazenda, entre 2001 e 2004. Carlito **relatou as dificuldades enfrentadas pela administração que se deparou com uma estrutura arcaica com toda a receita comprometida e, ainda, enfrentando as limitações da Lei Camata e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Repisou os argumentos das outras testemunhas no sentido de que era difícil manter os servidores que não aceitavam se deslocar para regiões mais afastadas, considerando-se o valor da remuneração. Então, para manter os serviços funcionando, foram obrigados a contratar. Com muita dificuldade conseguiram fazer ajustes, reduzir despesa de pessoal e, posteriormente, alterar a estrutura do plano de cargos e salários para**



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

poder realizar concurso público. A partir daí, a administração pode reduzir os contratos emergenciais, tanto que em 2004 restavam apenas 101 funcionários dos 506 nominados na presente ação, ou seja, **houve um movimento de demissão dos contratados e substituição por servidores estatutários** (fls. 350/356).

O consultor jurídico e Procurador-Geral do município, entre os anos de 1999 e 2002, Norton Chaves de Freitas, relatou a preocupação da administração com a necessidade imperiosa de **contratar de imediato pessoas que pudessem preencher os cargos que estavam vagos.** Primeiramente, verificaram a necessidade de haver uma lei municipal. Pesquisaram junto a Procuradoria de Estado que os informou que as contratações emergenciais poderiam ser feitas, nos moldes do que o Estado estava fazendo. Diante da manifestação da Procuradoria do Estado, elaboraram pareceres favoráveis àquelas leis que autorizavam a contratação. Norton também ressaltou que, à época dos fatos, a carência de professores era grande, não havia postos de saúde suficientes para atender a população, o controle de trânsito era caótico e a própria administração interna era precária. Além disso, o município não estava preparado para a vinda da GM que trouxe muitos benefícios, mas exigia uma estrutura melhor, então os problemas tiveram que ser resolvidos de forma mais célere, com as contratações de emergência (fls. 394/405).

Por fim, o depoimento do auditor do Tribunal de Contas, Paulo Fernando Floriani, ressaltando que **havia lei municipal autorizando as contratações, mas que inexistia estado emergencial para tanto, embora a aprovação das contas pela Corte** (fl. 334).

Assim, ainda que de somenos importância saber das razões que motivaram o Prefeito Municipal nas admissões, porque se há lei municipal o fato por si só já é atípico, importa **esclarecer que no caso elas tiveram por fim a rápida e eficaz solução da situação em que se encontrava o município, necessitando, em diversas áreas, da imediata contratação de servidores.**

Quanto às trinta e três admissões sem fundamentação legal, mencionadas na inicial, é preciso que se diga que não veio aos autos, durante a instrução, maiores elementos que pudessem permitir a elucidação da questão. Todavia, **as plausíveis justificativas para as demais contratações estendem-se a estas. Além disso, há margem para dúvidas quanto à efetiva existência do dolo, pois que, repito, não há prova bastante para sua comprovação.**

Destarte, registra-se, uma vez mais, que **as admissões foram efetivadas em razão de autorização legislativa.** Esta circunstância, em respeito à orientação que adoto, já tornaria atípico os acontecimentos.

E de qualquer sorte, torna-se imperioso enfatizar que o exame da prova testemunhal e documental realçou aspectos que possibilitam concluir que estas contratações eram reconhecidamente emergenciais, o bastante para lhes afastar da seara criminal.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

Por fim, assinalo que este Órgão já apreciou matéria idêntica em que era réu o ora denunciado, tendo, por maioria, julgado improcedente a ação penal, com fundamento no artigo 386, III, do CPP (AC 70005439039).

Pelo exposto, julgo improcedente a ação penal e absolvo Daniel Luiz Bordignon com fundamento no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.

O voto do Des. Luiz Felipe Silveira Difini quando do julgamento da referida apelação crime também foi no sentido da absolvição. Vejamos:

“Eminentes Colegas.

Consta na denúncia que Daniel Luiz Bordignon, na condição Prefeito do Município de Gravataí, admitiu, no período compreendido entre setembro de 2002 a julho de 2004, servidores contra expressa disposição de lei, incorrendo, pois nas sanções do art. 1º, inc. XIII, do Decreto-lei n. 201/67, combinado com o art. 69, caput, do Código Penal.

A denúncia teve como base o parecer emitido pela Supervisão de Auditoria Externa do Tribunal de Contas (Processo n. 8274-02.00/04-0), o qual aponta uma série de irregularidades no tocante a contratações por prazo determinado, visto que (I) mantidas 59 delas a despeito do Concurso Público Edital n. 01/2003; (II) outras 353, autorizadas por Leis Municipais, não atenderam ao disposto no inc. IX do art. 37 da Constituição Federal, pois não caracterizado o “excepcional interesse público”; (III) 28 admissões foram realizadas sem fundamentação legal.

O eminente Relator, em seu voto, manifestou-se pela improcedência da ação penal, com fundamento no artigo 386, inc. III, do Código de Processo Penal. Entendeu que as contratações foram realizadas com fundamento em lei municipal; e quanto às trinta e três admissões sem fundamentação legal, mencionadas na inicial, disse não existir nos autos maiores elementos permitindo a elucidação da questão.

Examinando os autos, penso, realmente, ser esta a melhor solução para o caso; fundamento, no entanto, o juízo de absolvição na inexistência de prova suficiente para a condenação, a teor do art. 386, inc. VI, do CPP.

*Sinalo, primeiro, como já feito em outra oportunidade, que analisar se os cargos previstos em nas Leis municipais configurariam hipótese de “necessidade temporária de excepcional interesse público” (cito, como exemplos, os de auxiliar de serviços gerais e de vigilantes), enquadrando-se, pois, no permissivo constitucional (CF, art. 37, inc. IX), foge, a meu ver, do que pode e deve ser examinado por este Órgão Especial, pelo menos neste processo crime. **O que deve ser sinalado, entretanto, é que, por se tratar de contratação “emergencial”, hipótese que excepciona a regra geral do concurso público, deveria sua interpretação ser feita com o máximo rigor, contemplando***



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

apenas os casos expressamente previstos na lei, na forma e prazo nela igualmente previstos, e nada mais, porque aquela é o instrumento que serve de embasamento e suporte para o agir do administrador público. Sua inobservância conduz à violação da disposição constitucional que exige concurso público para o ingresso no serviço público, além da infringir os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa.

Para a hipótese, tenho que os elementos constantes no processo relativamente às diversas contratações realizadas por prazo determinado, ou seja de forma direta, sem concurso público, não são claros e precisos ao ponto de permitir um juízo de condenação.

Lembro-me que, ao analisar o processo n. 70005439039 – que tratava de matéria idêntica envolvendo o réu ora denunciado –, foi possível, a partir dos dados fornecidos pelo Tribunal de Contas do Estado, lidos em conjunto com uma série de informações oriundas da Prefeitura Municipal, elaborar inclusive um quadro, onde constava a denominação dos cargos; o número de vagas criadas por concurso público; o número de aprovados neste concurso; o número de nomeações; e o número de servidores contratados sem concurso público.

Aqui isto não foi possível. Existe, por um lado, uma relação de contratações por prazo determinados tidas como irregulares pelo TCE; por outro, uma série de leis municipais (Leis 2.002, de 18.09.2003; n. 2.011, de 26.09.2003, n. 2.031, de 05.11.2003, n. 2.044, de 14.11.2003, n. 2.045, de 14.11.2003, n. 2.100, de 30.12.2003, 2.147, de 07.05.2004, 2.150, de 19.05.2004, n. 2.151, de 19.05.2004, n. 2.171, de 30.06.2004, n. 1.938, de 25.06.2003, n. 1.710, de 28.12.2001, n. 1.852, de 13.12.2002, n. 1.758, de 22.05.2002, n. 1.912, de 09.05.2003, n. 1.759, de 24.05.2002, n. 1.919, de 23.05.2003, 1.760, de 24.05.2002, n. 1.918, de 25.05.2003, n. 1.775, de 28.06.2002, n. 1.785, de 26.07.2002, n. 1.971, de 31.07.2003, 2.188, de 23.07.2004, n. 1.809, de 11.09.2002, n. 1.835, de 13.11.2002 – fls. 95-128), autorizando o Poder Executivo a contratar, por tempo determinado, pessoal para diversos cargos (de médico, dentista a operários) .

Ocorre, no entanto, que sem mais elementos, não há como fazer um cotejo entre as informações para saber se, de fato, as contratações feriram as disposições legais; se elas foram mantidas ao arrepio da lei; ou, ainda, se realizadas em detrimento de pessoas aprovadas em concursos públicos realizados no Município (sequer foi juntada a relação dos cargos para os quais já haveria candidatos aprovados no concurso público Edital n. 01/2003).

E quanto às contratações sem fundamentação legal indicadas na inicial, como já referido no voto conduto, “não veio aos autos, durante a instrução, maiores elementos que pudessem permitir a elucidação da questão”. Discordo apenas de um ponto: pelo princípio constitucional da legalidade, não vejo como justificá-las pelos argumentos utilizados para as demais contratações (o fato de estas últimas estarem



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

amparadas por lei não implica a presunção de legalidade quanto às demais contratações, ainda que subseqüentes). “

Do mesmo modo, quando do julgamento da apelação crime 70005439039, referente a gestão de 1999 a 2001, o réu Daniel Luiz Bordignon, também foi absolvido. Vejamos a ementa:

CRIME DE RESPONSABILIDADE. PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE PRESTADORES DE SERVIÇO SEM CONCURSO PÚBLICO. Havendo lei municipal a autorizar a contratação de prestadores de serviços temporários pelo chefe do Poder Executivo, tal fato não configura o crime previsto no artigo 1º, inciso XIII, do Decreto-lei nº 201, de 27.02.1967. Ausência de dolo. Precedentes do STF e deste Tribunal. Por maioria, julgaram improcedente a denúncia para absolver o réu Luiz Bordignon com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, vencido o Relator, Des. Vladimir Giacomuzzi. (Processo Crime Nº 70005439039, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 17/09/2007)

O voto do Des. Roque Miguel Fank, redator para o acórdão, foi no seguinte sentido:

“...No caso, leitura da referida peça revela que se imputa ao réu o agir consistente em admitir, sem concurso, inúmeros servidores para o desempenho de cargos públicos na prefeitura de Gravataí, ao longo dos anos de 1999, 2000 e 2001, embora formalmente autorizado por leis municipais.

Esta questão é vital à solução do litígio porque afirma, desde logo, que as contratações procedidas ocorreram com supedâneo em ato legislativo emanado da Câmara de Vereadores do citado município.

Assim, se há contratações que refogem à autorização formal da lei municipal, não fazem parte do presente litígio, já que não contempladas na peça inicial.

No avançar, não há como ser acolhida a hipótese acusatória, pelo que há de ser absolvido o réu.

Consoante o art. 1º, inciso XIII, do Decreto-lei nº 201, de 27.02.1967, o crime de responsabilidade do Prefeito Municipal somente se verifica quando nomeia, admite ou designa servidor contra expressa disposição de lei.

Conforme se depreende do citado artigo legal, para subsumir-se o fato à conduta tipificada na norma incriminadora, necessário se faz que a contratação, nomeação ou admissão do servidor,



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

desbordada da regra do concurso público, tenha sido empreendida contra expresso texto de lei.

Na hipótese em comento, todavia, tal não foi o que ocorreu, visto que a contratação dos servidores empreendida pelo réu na qualidade de chefe do Executivo Municipal de Gravataí estava amparada em provimento legislativo emanado Câmara de Vereadores, que lhe conferia poderes para nomear, ainda que de forma temporária, servidores para o desempenho dos cargos vagos na municipalidade.

Disso resulta que o fato relatado na inicial não se enquadra na capitulação jurídica ofertada na denúncia, tampouco em qualquer outra figura delitiva criminal, ou seja, é atípico.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. CONTRATAÇÃO DE PRESTADOR DE SERVIÇO SEM CONCURSO PÚBLICO. INCISO XIII DO DECRETO-LEI Nº 201/67. Havendo lei municipal autorizadora da contratação, descabe assentar a justa causa para a ação penal. Os tipos do Decreto-lei nº 201/67 pressupõe o dolo. HC deferido. Votação unânime.¹

Não se pode descurar que, na esfera criminal, não cabe perquirir se o referido provimento emanado do órgão legislativo competente, autorizando o prefeito a efetivar a contratação, viola o disposto no artigo 37, inciso IX, da Constituição Federal. Aliás, imperioso observar que, segundo se infere dos autos, referidos atos legislativos não foram impugnados judicialmente na via adequada, pelo que presumem-se constitucionais.

De outro lado, os tipos do Decreto-lei nº 201/67 exigem, para sua caracterização, dolo do agente.

Neste sentido, é a lição de Hely Lopes Meirelles², a quem coube, inclusive, a redação do projeto que resultou no mencionado Decreto ora em apreço:

Todos os crimes definidos nessa lei são dolosos, pelo quê só se tornam puníveis quando o prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem. O que se dispensa é a valoração do resultado, para a tipificação do delito. Mas, tratando-se de crime contra a Administração municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público, não há crime a punir.

¹ Hábeas corpus 73131/PR, Relator Ministro Marco Aurélio.

² (Direito Municipal Brasileiro, pág. 576, 7ª edição, atualizada por Izabel Camargo Lopes Monteiro e Yara Darcy Police Monteiro, 1994).



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

No caso, como se depreende dos elementos de convicção destacados pelo eminente relator, essencialmente os depoimentos colhidos e as manifestações da defesa, as contratações, ao que se depreende, tinham por escopo o interesse público.

Quando interrogado o acusado destacou a problemática havida no município com seu vertiginoso crescimento em face da instalação de montadora de automóveis, bem assim a dificuldade enfrentada em relação ao déficit de funcionários e problemas com licenças, especialmente na área da educação. Este panorama levou ao incremento do quadro do funcionalismo municipal.

Referidas alegações, além de restarem confirmadas pela própria prova oral destacada pelo Relator, no que tange ao crescimento municipal acelerado, são fatos notórios.

Robustece tal convicção a multiplicidade de pessoas admitidas de forma temporária no serviço público. O caráter de abstração dessas admissões leva à conclusão de que, de fato, a máquina administrativa municipal carecia de um aporte urgente de servidores.

Diante deste quadro não há como qualificar-se a conduta como dolosa e, por consequência, de fato típico nos moldes do mencionado art. 1º, XIII, do Decreto-Lei nº 201/67.

Neste sentido a posição deste Tribunal:

PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIO TEMPORÁRIO. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. LEI MUNICIPAL AUTORIZANDO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. É da competência municipal determinar os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária e de excepcional interesse público. Não há justa causa para a ação penal, quando o prefeito municipal com base em lei aprovada pela Câmara de Vereadores, ainda que não satisfaça os princípios constitucionais, contrata funcionário sem concurso público por tempo determinado para atender situação de interesse público, como o recolhimento do lixo³

Com isso, resulta impossível o acolhimento da denúncia, razão pela qual, dissentindo do culto Relator, estou em julgar improcedente a denúncia para absolver o réu Luiz Bordignon com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal."

³ Processo Crime Nº 696802727, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 26/08/1997.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

O que deve ser referido e salientado é que as contratações emergenciais ocorreram durante a instalação da Fábrica da GM em Gravataí que acarretou um crescimento na cidade e necessidade de incremento nos serviços públicos. Ademais, a prova testemunhal produzida nos autos revelou que havia necessidade dessas contratações, sob pena de não funcionarem escolas e os postos de saúde, ainda mais que Gravataí se tornou, com a instalação da GM e inúmeras empresas periféricas, uma cidade gigantesca, com enorme população.

ELEMENTO SUBJETIVO - DOLO

De início, ressalto que o ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão, a uma conduta. Maria Sylvia Di Pietro (*in* Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo:Atlas, 2007), esclarece:

“Esse ato tem que ser praticado no exercício de função pública, considerada a expressão em seu sentido mais amplo, de modo que abranja as três funções do Estado; mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, o ato tem que ter algum reflexo sobre uma função pública exercida por agente público. Difícil conceber ato de improbidade praticado por terceiro que não esteja em relação de cumplicidade com agente público.” (p. 759)

Essa hipótese, por sua abrangência, pode alcançar uma infinidade de atos de improbidade. Os princípios da administração pública e, nesse particular, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade, e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. **No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, para verificar se**



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei.

Dessa forma, a configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, mostrando-se indispensável a demonstração do elemento dolo ou culpa na prática adotada pelo agente, já que inadmissível a hipótese de responsabilidade objetiva.

No caso em específico, quanto à responsabilização por ato de improbidade com fundamento no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, a prática de ato ímprobo, na modalidade de violação a princípio, **exige a prova do dolo do agente público. Ou seja, é insuficiente a prova da ilegalidade, já que nem todo ato ilegal constitui ato de improbidade.**

Assim, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSOS ESPECIAIS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO E MANUTENÇÃO DE PESSOAL SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DOLO E DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. RECURSOS PROVIDOS. 1. "A improbidade administrativa consiste na ação ou omissão intencionalmente violadora do dever constitucional de moralidade no exercício da função pública, tal como definido por lei" (Marçal Justen Filho in Curso de Direito Administrativo, 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 828). 2. Para que se configure a improbidade, devem estar presentes os seguintes elementos: o enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário e o atentado contra os princípios fundamentais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). 3. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei 8.429/92. 4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias afastaram a existência de dolo, bem como de prejuízo ao erário, razão por que não há falar em ocorrência de ato de improbidade administrativa. 5. Recursos especiais providos. (REsp 654.721/MT,



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

*Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA,
julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009)*

*ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. **A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa.** 2. **Assim, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação.** Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem qualificou equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. 4. Provimento do recurso especial. (REsp 875.163/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2009, DJe 01/07/2009)*

Destaca-se, ainda, que quanto ao art. 11, a mera ilegalidade não caracteriza ato de improbidade, sendo necessária para concretização da improbidade a presença do dolo, da má-fé, da desonestidade ou da imoralidade no trato da coisa pública, não se admitindo a forma culposa.

Na hipótese, diante da farta prova documental e testemunhal, conclui-se que é absolutamente ausente o elemento subjetivo do agente no



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

caso. O então Prefeito atuou em estrita observância a lei editada para espécie ao admitir os servidores públicos mediante contratação emergencial. As contratações emergenciais tiveram por fim a rápida e eficaz solução da situação em que se encontrava o Município, necessitando, em diversas áreas, da imediata contratação de servidores. Ademais, as contratações foram efetivadas em face de autorização legislativa e a prova documental e testemunhal possibilita concluir que as contratações eram, no caso específico, emergenciais.

Desse modo, não há falar em ilegalidade, tampouco em ato de improbidade administrativa praticado pelo réu.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO COM SUPORTE EM LEI MUNICIPAL. REQUISITOS. ELEMENTO SUBJETIVO. PROVA. QUESTÃO PRÉVIA. EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PROCESSO. Da questão prévia. Não encontra amparo legal, lógico e razoável a pretensão de extinção do processo ou suspensão de seu fluxo por se estar a tratar o pretendente de agente político contra quem, entende sua defesa, não estar o agente sob a incidência dos efeitos da Lei nº 8.429/92, máxime em face do que se entende como precedente o julgamento da Reclamação nº 2.138-6 pelo STF. Não se está frente a efeito vinculante do que foi decidido na Reclamação nº 2.138-6 e nem se refere a este caso o ali debatido, referindo-se à questão envolvendo Ministro de Estado que se entendeu no julgamento em questão estarem regidos os Ministros de Estado por normas especiais, máxime o disposto no art. 102, I, c, da Constituição Federal e Lei nº 1.079/1950. Preliminar alijada. Do mérito. A regra geral é a admissão de servidor público mediante concurso público conforme norma cogente da Constituição Federal, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público conforme dispõe a própria Constituição Federal em seu art. 37, IX. Nesta hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. O Sr. Prefeito que ora responde com os demais a este processo só fizeram cumprir a Lei Municipal que fora



IM

Nº 70037437530

2010/CÍVEL

*aprovada pela Câmara de Vereadores do Município de Pedro Osório, sancionando as Leis respectivas, sendo que ao assumir o Prefeito já o fez com lei a respeito em vigor e, após, sancionou outra (Leis Municipais nºs 1.910/00 e 1.937/01). **A responsabilidade do agente público é sempre subjetiva conforme doutrina e jurisprudência torrencial sobre o tema, mormente no STJ. O agente deve responder por dolo ou culpa conforme o dispositivo infringido da LIA por conduta sua e não de outros de quem não tem controle e vínculo. Se assim é se poderá punir um chefe qualquer por qualquer conduta de subalterno seu sem vínculo subjetivo entre os agentes. E isto não só não é lógico como a lei não o permite como se vê do art. 13, do Código Penal que estabelece que o resultado de que depende a existência da infração, somente é imputável a quem lhe deu causa, disposição aplicável à espécie por analogia. Se assim não for, se responsabilidade objetiva é do que se tratará. A responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, tanto que assim é expresso no art. 37, § 6º, da Constituição Federal que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano. Inexistência de exame individualizado de condutas e prova de cada uma delas e, conduta provada, é pressuposto de juízo de desvalor de conduta quando agregada a outros elementos integradores e normativos (auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, art. 9º, e. g.) para fins de tipificação desta. A Lei de Improbidade Administrativa tem por objeto alcançar o Administrador desonesto que age de má-fé, não o inábil, conforme jurisprudência assente no STJ. Ausência de prova a autorizar juízo de desvalor de conduta que exige o desvalor do resultado. Para a reprovação de uma conduta, interessa não só a vontade na ação, mas também seus efeitos. As conseqüências são consideradas, e muito, no campo da reprovabilidade da conduta ilícita. Deve-se ter em conta a finalidade protetiva da norma, assim como a vontade do autor. No presente caso não se vê dos autos o resultado que se possa acoimar de desvalor. PRELIMINAR ALIJADA E RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70025725375, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 10/12/2008)***

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL. ENSINO PÚBLICO FUNDAMENTAL. A contratação de pessoal em caráter emergencial por Município, autorizada por lei, para a viabilização prestação de serviço público de ensino fundamental em escolas estaduais e municipais, não configura ato de improbidade administrativa. Ação improcedente. (Ação Civil Pública Nº 70005916622, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 18/11/2003)



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

EX-PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES. A contratação de servidores autorizada por leis municipais, ainda que inconstitucionais, não tipifica o delito previsto no art. 1º, XIII, do Dec.-lei 201/67, já que não se mostra contra expressa disposição de lei. Absolvição decretada. (Apelação Crime Nº 70030873970, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 21/01/2010)

Diante do exposto, pois, **dá-se provimento ao apelo do demandado para julgar improcedente o pedido e reconhecer a ausência de ato de improbidade administrativa praticado pelo então Prefeito Municipal de Gravataí, Daniel Luiz Bordignon referente aos fatos narrados na inicial.**

APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público apelou requerendo a reforma da sentença para aumentar o prazo da suspensão dos direitos políticos para 5 anos e incluir a sanção de multa civil de 100 vezes o montante da remuneração percebida pelo agente à época do fato, haja vista a gravidade da infração, a vantagem auferida (ganhou simpatia política) e o grau de lesão (deixou de selecionar candidatos aptos para prover diversos cargos, além de afrontar princípios basilares da Administração Pública).

Diante do provimento do apelo do demandado e julgamento de improcedência do pedido, resta prejudicado o apelo do Ministério Público.

Diante do exposto, pois, **rejeitadas as preliminares, dá-se provimento ao apelo do demandado para julgar improcedente o pedido e julga-se prejudicado o apelo do Ministério Público.**

Sem condenação em custas e honorários (artigo 17 da LACP).

DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE E REDATOR)



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE E REVISOR)

Peço vista.

DES. IRINEU MARIANI (PRESIDENTE E REVISOR) PROSSEGUINDO O JULGAMENTO NA SESSÃO DE 28-09-2011.

Quanto às **questões preliminares**, de acordo com o eminente relator, seja quanto à suspensão seja quanto à sujeição dos agentes políticos à Lei 8.429/92.

No mais, há duas apelações. Examino em primeiro lugar a do réu, pois, se acolhida, prejudica a do autor.

1. Apelação do réu. Quanto ao **mérito**, com a devida vênia, estou em desprovê-la, e penso que a sentença da eminente Dr^a Valkíria Kieschle, fez correta análise dos fatos, razão pela qual, na essência, merece mantida, e a estou integrando ao voto, *verbis*:

No mérito, importante destacar que a Lei nº 8.429/92 define, no art. 11, *caput*, ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Em seu inciso I salienta aqueles atos que visam fim proibido em lei ou regulamento, ou diverso daquele previsto na regra de competência.

Conforme se depreende do inc. III do art. 129 da CF, caracteriza-se como função institucional do Ministério Público “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”. O art. 17 da Lei de Improbidade atribui ao Ministério Público a legitimidade para a propositura desta ação.

In casu, o Ministério Público alega ofensa à determinação constitucional de que a investidura em cargo público depende de prévia aprovação em concurso público (art. 37, II, da CF).



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

A Carta Magna traz exceção a esta regra, qual seja, *“a possibilidade de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”* (art. 37, IX).

Segundo o contexto fático-probatório dos autos, as contratações emergenciais realizadas pelo agente público ora demandado eram efetivadas mediante criação de lei municipal devidamente aprovada, entretanto, como facilmente se percebe pelas inúmeras e sucessivas contratações, a necessidade de tais admissões não era temporária, pois, de fato, vários contratos eram renovados continuamente, por vários anos, caracterizando assim necessidade permanente do serviço a ser prestado.

Somado a isso, cumpre registrar que concomitantemente às contratações ditas emergenciais, foram realizados concursos públicos para provimento dos mesmos cargos preenchidos com aquelas admissões. No entanto, raras eram as nomeações.

A aprovação em Concurso Público não gera direito à imediata nomeação e posse, tampouco há obrigação legal do agente público de prover, de modo imediato, todos os cargos vagos de dada função pública. Entretanto, como veremos, a conduta do demandado, além de representar clara afronta ao princípio da legalidade, também veio a infringir o mais salutar dos princípios da administração pública, qual seja, o da moralidade.

Condição primária do administrador é o conhecimento das regras de admissão de pessoal. Não se exige, contudo, para caracterização da conduta ímproba, dolo específico. A própria culpa já dá margem à incidência da lei. No caso dos autos, a continuidade dos fatos e o número de contratações realizadas afastam a proclamada boa-fé, ainda que não se reconheça explicitamente o dolo.

Com efeito, deve-se ter presente o conceito de improbidade, conforme ensina Marcelo Figueiredo, na obra *Probidade Administrativa*, 4ª ed., p. 23, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, termo que provém *“Do Latim improbitate. Desonestidade. No âmbito do Direito o termo vem associado à conduta do administrador amplamente considerado. (...) genericamente, comete maus-tratos à probidade o agente público ou particular que infringe a moralidade administrativa. (...) a probidade é espécie do gênero*



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

‘moralidade administrativa’ à que alude, v.g., o art. 37, caput e § 4º, da CF. O núcleo da probidade está associado (deflui) ao princípio maior da moralidade administrativa; verdadeiro norte à Administração em todas as suas manifestações.”

Nessa esteira, o que se verifica é que o agente público, ao efetuar as contratações emergenciais na maneira antes mencionada, burlou o disposto no inciso II do art. 37 da CF, que estabelece o princípio da investidura em cargo ou emprego público via concurso, bem como fraudou o inciso IX do mesmo artigo. . Sabemos que as normas em questão evidenciam várias preocupações: prevenção contra a introdução ilegal de pessoas no serviço público, tornando-o um “cabide de empregos”, assim como, sendo um estado democrático, assegurar a impessoalidade e isonomia entre a todos os cidadãos que se candidatarem ao serviço público, independentemente de suas simpatias políticas, ou quaisquer outros preconceitos.

A administração do demandado, contudo, deu as costas a esse princípio, e não se sabe quais foram os critérios para a escolha de 786 admissões ocorridas ao longo dos anos de 1999 a 2001, e de mais 506 admissões corridas entre 2002 a 2004.

Não socorre ao demandado o argumento de que as contratações somente restaram realizadas mediante lei municipal autorizativa.

Primeiro, por que a lei não convalida a ilegalidade, nem a eventual conivência de outros agentes públicos atenua a responsabilidade do demandado.

Segundo, por que todas as referidas leis foram de iniciativa do próprio Poder Executivo.

Ademais, referidas leis não atendem à exigência constitucional estabelecida no inciso IX do art. 37 da CF, à medida que não justificam a “temporiedade” da necessidade, nem a “excepcionalidade” do interesse público.

Com efeito, “a lei” a que se refere o inciso IX do art. 37 é aquela lei reguladora, que estabelecerá parâmetros, hipóteses que serão consideradas excepcionais, por exemplo, limitará o tempo de contratação, as hipóteses de renovação, as espécies de atribuições e funções que poderão ser assumidas por essa espécie de contrato, como por exemplo, na esfera federal, a lei 8.745/93.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

O que se viu na administração do demandado foi uma sucessão de leis casuísticas, que ao mesmo tempo pecam pela falta de especificidade.

Veja-se, por exemplo, as justificativas das leis municipais, fls 1391 e seguintes (VII volume destes autos): “*visando a continuidade dos serviços prestados pela Secretaria tal...*”. Vê-se logo que não há qualquer excepcionalidade na contratação autorizada. A lei constante a fl 1395, de setembro de 2000, prorroga por mais seis meses, renovável por mais 06 meses, os contratos administrativos de que tratam leis editadas em 1998, já prorrogadas por leis editadas em 1999. A justificativa: o aumento da demanda de serviços públicos. Observe-se a sucessão de prorrogações, protraindo-se por tempo demasiado, intolerável para uma urgência. Veja-se, a justificativa ao projeto de lei 002/2001, fl 1402: *manter a estrutura onde estão lotados os contratos administrativos autorizados por leis pretéritas, tais como* iluminação pública, digitadores, motoristas, assistentes sociais. Nenhuma excepcionalidade senão manter os serviços permanentes e próprios do serviço público.

Enfim, nenhuma das leis justifica o excepcional interesse público, a emergencialidade dessas contratações. Ao contrário, as leis se sucedem umas às outras, sem qualquer preocupação com a justificativa, de modo que a irregularidade tornou-se a regra da administração do demandado.

A prática permanente e reiterada dessa espécie de contratação e a quantidade excepcional de pessoas que foram contratadas sob esse regime levou o Tribunal de Contas do Estado a referir que o Município havia criado um quadro paralelo, permanente, de serviços públicos. Alguns desses contratos foram tantas vezes prorrogados, que vieram a ser caracterizados como empregos, pela Justiça do Trabalho.

A contestação dedica-se a defender essa conduta, sob o argumento de que os limites impostos pela lei Rita Camata, e a seguir, pela lei de Responsabilidade Fiscal, impediam a efetivação de concursados. Que tais efetivações seriam anulados pelo Tribunal de Contas, se antes não fossem adequadas as contas públicas. Provavelmente, sim.

Contudo, desse fato não decorre, como conclusão lógica, que a administração estivesse autorizada a efetuar contratações temporárias, como



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

se fosse uma alternativa legal. Era ainda mais ilegal quanto à realização de concursos, pois ditos contratos também são contabilizados na mesma rubrica em que a folha de pagamento de funcionários concursados.

Há dizer que a política de contratação de pessoal, adotada pela administração do demandado, por certo trouxe-lhe vantagens políticas, não apenas por que a administração se apresenta aparentemente eficiente, no cumprimento de suas funções, mas por que essa mão de obra pode ser facilmente manipulada.

De outra banda, a irregularidade só seria investigada e reprimida pelos órgãos de controle externo depois de findos os contratos emergenciais. E, de fato, a maioria das auditorias do Tribunal de Contas do Estado declarava cessada a ilegalidade com o fim dos contratos, ou determinava a desconstituição daqueles ainda em vigor.

Outrossim, o Administrador, em vez de buscar aumentar a receita, e dessa forma viabilizar a admissão via concurso público, preferiu adotar a via da contratação emergencial. É bem verdade que políticas fiscais mais agressivas teriam resultado menos simpáticas ao ex-prefeito.

Assim é que apesar da crescente demanda por serviços, até esta data o Município ainda não tem bem organizado seu cadastro de contribuintes de IPTU, e a maioria dos executivos fiscais hoje ajuizados ainda incluem os exercícios de 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, quando não os exercícios de 1996 e 1997, tributos estes que deveriam ter sido alvo de cobrança daquela administração passada.

Compreende-se que administração do demandado enfrentou o período da municipalização da saúde, e a municipalização do trânsito. Mas esta circunstância ainda não explicaria o assombroso número mais de 1.200 contratações entre 1999 e 2004.

O demandado se apegava, também, à situação particular dos professores, que geram frequentes claros no quadro, em razão de licenças. Entrementes, ao que se viu das leis autorizativas, os professores representavam parcela modesta das contratações. Havia contratação emergencial para preencher vagas de operários, fiscais, atendentes em creches, serventes, motoristas, agente administrativo, procuradores jurídicos, vigilantes, topógrafo,



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

eletrotécnicos, mecânicos, assistentes sociais, dentre outros.

Não se nega que parte dessas contratações possam ter atendido aos requisitos legais. Contudo, é indefensável que tenham sido mantidas de forma tão corriqueira, tão permanente, e tão numerosa, como praticado na administração do demandado, situação agravada pela existência de candidatos aprovados em concurso, aguardando para serem nomeados.

Enfim, forçoso concluir que com essa prática, incorreu o demandado na conduta descrita no caput do artigo 11 e inciso I da lei 8.429/92.

Desse modo, reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios de direito penal.

E desse modo, concluiu a digna Magistrada, ao meu ver acertadamente, que o réu cometeu a improbidade do art. 11, I, estando, pois, sujeito às sanções do art. 12, III, e lhe impôs três anos de suspensão dos direitos políticos.

Está, pois, demonstrado que o réu passou o tempo de seus dois mandatos fazendo **contratações temporárias** – num total de **1.292 admissões** – o fazendo repetidamente, para **atividades permanentes**, passando ao largo dos **requisitos da temporariedade e do excepcional interesse público**, como exige o art. 37, IX, da CF. As próprias leis, obviamente de iniciativas do próprio Alcaide, sequer buscaram justificar dentro desses requisitos, e facilmente aprovadas na Câmara, conforme bem salientado na douta sentença. Enfim, aquilo que deveria ser temporário, passageiro, transitório, foi transformado em permanente e sem qualquer atenção – repito – ao item excepcional interesse público. Veja-se que houve até mesmo reconhecimento de vínculo empregatício pela Justiça do Trabalho.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

Ademais, houve admissões que prejudicaram concursados que aguardavam nomeações e também nomeação para cargo que sequer havia autorização legal, por exemplo, o caso do Sr. Elia Eli Mercolis Cardoso para auxiliar de serviços gerais.

Em suma, pelo grande volume de contratações, o réu transformou, sim, a Prefeitura, num verdadeiro “cabide de empregos”, conforme dito na sentença. Pior ainda quando o fez em prejuízo de concursados que aguardavam nomeação, deixando claro o critério da escolha pessoal e da filiação político-partidária. E fez ainda pior quando contratou diretamente se sequer autorização legal.

Ora, como é sabido, ou deveria ser, o art. 37, IX, da CF, diz: “a lei estabelecerá os casos de contratação, por tempo determinado para atender a necessidade **temporária** de excepcional interesse público.”

Cretella Júnior faz o seguinte comentário: “O **contrato por tempo determinado ou de prazo determinado** (cf. Octávio Bueno Magano, São Paulo, 1984), ed. Saraiva) existe **no direito do trabalho e no direito administrativo**. Neste último campo, para a **investidura**, em cargo ou emprego público, o concurso **de provas, ou de provas e títulos**, é exigência dispensável constituindo, porém, exceção, porque a regra é o concurso. Por constituir exceção, a **contratação do agente público**, para desempenho de função pública, tem de ser (a) por tempo determinado, (b) para atender a **necessidade temporária**, (c) deve esse tipo de necessidade ser de interesse público e, por fim (d) o interesse público deve ser de caráter excepcional. Sem essas quatro conotações do texto - tempo determinado, necessidade temporária, interesse público, bem caracterizado, excepcionalidade do interesse - a contratação é nula, ou pelo menos anulável, rescindindo-se o acordo.” (Comentários à Constituição de 1988, Ed. Forense Universitária, IV vol., p. 2203).

No tocante à **necessidade temporária**, escreve: “Há, com efeito, necessidades **permanentes e temporárias**. No primeiro caso, o cargo



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

*ou emprego deverá ser provido por concurso público de provas ou de provas e títulos. É a regra geral, no funcionalismo. Se, entretanto, a necessidade é temporária, a prestação accidental e ad hoc do serviço público pode ser feita mediante contrato – entre o Estado e o agente público –, acordo que fixe a data do desligamento. É a exceção, no campo do funcionalismo. No caso, atingido o prazo convencionado, resolve-se o contrato, pelo rompimento do **vinculum iuris** entre o agente público e o Estado. Note-se que o contrato celebrado é regido, em grande parte, pela CLT, exceto os “desvios”, por causa da natureza de uma das partes da relação jurídica - o Estado.”*

Quanto à excepcionalidade do interesse público, diz o seguinte: **“Não basta, assim, tão-só, a ocorrência da necessidade pública, justificadora dos casos de contratação por tempo determinado. Impõe-se, também, que esteja presente o interesse público, mas de caráter relevante, isto é, excepcional. Não se trata, na hipótese, de interesse de um grupo, maior ou menor, que é o interesse coletivo, mas de interesse de número indistinto e indeterminado, de todos.”** E quanto à lei: **“A lei ordinária federal poderá estabelecer – e seria mesmo mais técnico – como no caso das desapropriações, os casos precisos em que a contratação por tempo determinado poderá ser ajustada. Pode ainda a lei definir a excepcionalidade do interesse, enumerando, uma a uma, as hipóteses consideradas. Nesse caso, “interesse público excepcional” será, tão-somente, o que for capitulado, como tal, pela regra jurídica ordinária federal definidora.”** (op. cit. p. 2204).

As leis autorizativas, com a devida vênia, evidenciam ainda mais o dolo. Neste eito, lembro que nos primeiros processos que chegaram a esta Câmara envolvendo a matéria, o grande e saudoso Des. Sérgio Dulac Müller disse num de seus votos que **“A política passa a ser coisa de profissional.”** Com isso, queria dizer que viria a tese da falta de intenção, da ausência de dolo, tendo em conta a ausência de conhecimentos técnicos do agente público.

Não é o caso dos autos.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

Aqui, temos uma pessoa esclarecida e experiente em administração pública, de sorte que, não tenho dúvida, sabia que as leis eram mero disfarce, artifício para burlar o princípio constitucional do concurso público, e desse modo passar o verniz da legalidade à prática do clientelismo político, assim como vem ocorrendo com a proliferação dos CCs para funções que nada têm a ver com chefia e por conseguinte confiança.

Respeitosa vênia, a tese de que a lei autorizadora da contratação descaracteriza a improbidade, constitui a escola do arдил para uma lei menor trapacear uma lei maior, pois ninguém desconhece a ascendência do Executivos sobre os Legislativos, onde, em nome da governabilidade, muitas vezes unem Deus e diabo e aprovam o que querem, como querem, quando querem.

O caso *sub judice* é mão-e-luva com aquele da AP 70 025 445 295, da qual fui relator, julgada sem divergência, com a participação dos eminentes colegas Caníbal e Difini, resultando a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS. PROCEDIMENTO ROTINEIRO DO ALCAIDE MUNICIPAL DURANTE TODO O MANDATO. INADMISSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DO FATO DE TAL OCORRER MEDIANTE LEIS MUNICIPAIS.

1. Para a contratação emergencial de servidores públicos, portanto, sem concurso público, é imprescindível seja para fins de necessidades temporárias e de excepcional interesse público (CF, art. 37, IX). Tal não se reconhece quando o Alcaide Municipal, ao longo de todo o mandato, mediante repetidas leis conseguidas junto à Câmara, evidenciando que ter sobre ela absoluta ascendência, adota como *procedimento de rotina a contratação emergencial*, o fazendo inclusive por períodos superiores ao previsto na própria Lei do Município, isso desde as atividades mais simples, como zeladores, pedreiros e operadores de máquinas, às mais complexas, como operadores de computadores, professores, enfermeiros, médicos e odontólogos, chegando no total a 1.540 contratações temporárias, sendo 962 com registro negado pelo TCE e muitas anuladas pela Justiça do Trabalho.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

2. Procedimento que caracteriza improbidade administrativa por violação aos princípios básicos da administração pública (CF, art. 37, *caput*, e IX; Lei 8.429/92, art. 11), para a qual não é imprescindível prejuízo ao erário. Ademais, dolo plenamente caracterizado na medida em que o Prefeito desconsiderou a oposição do assessor jurídico no sentido do proceder irregular, preferindo administrar o Município como se fosse firma individual sua.

3. Apelação desprovida.

2. Apelação do autor. Estou em acolhê-la em parte, encampando o Parecer da Dr^a Bárbara Fernandes Rosa Cerqueira, eminente Procuradora de Justiça

O apelo do agente ministerial limita-se a postular o aumento do prazo de suspensão dos direitos políticos para cinco anos e a condenação no pagamento de multa civil de 100 vezes o montante da remuneração percebida pelo agente à época do fato.

Prospera a irresignação.

É evidente a possibilidade de aplicação cumulativa das penas previstas no artigo 12 da lei. O ato de improbidade afeta ou pode afetar valores de natureza diversa. Com efeito, o ato de improbidade afeta, em grande parte, o patrimônio público econômico-financeiro; afeta o patrimônio público moral; afeta o interesse de toda a coletividade em que a honestidade e a moralidade prevaleçam no trato da coisa pública; afeta a disciplina interna da Administração Pública.

Dessa feita, se valores de natureza diversa são atingidos, é perfeitamente aceitável que algumas ou todas as penalidades sejam aplicadas concomitantemente. O sujeito ativo poderá ser atingido em diferentes direitos: o de propriedade, pela perda dos bens ou valores ilicitamente acrescidos ao seu patrimônio, e pela obrigação de reparar os prejuízos causados; o de exercer os direitos políticos, que de certa forma engloba o de exercer função pública, já que não se pode conceber que uma pessoa privada dos direitos políticos, ainda que transitoriamente, possa continuar a exercer mandato ou ocupar cargo, emprego ou função dentro da Administração Pública.

Conforme o parágrafo único do art. 12, “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”. Trata-se de critérios para orientar o juiz na fixação da pena, cabendo assinalar que a



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

expressão ‘extensão do dano causado’ tem que ser entendida em sentido amplo, de modo que abranja não só o dano ao erário, ao patrimônio público em sentido econômico, mas também ao patrimônio moral do Estado e da sociedade”.⁴

Em sendo assim, cometeu ato de improbidade administrativa o demandado ao levar a efeito inúmeras contratações sem concurso público, ainda que, autorizado por lei municipal – diga-se, eivadas de inconstitucionalidade – na medida em que fez da exceção a regra, tornando hábito a contratação sem concurso público como se estivesse diante de contrato temporário e emergencial, quando, na verdade, não se estava.

A aplicação das sanções deve se dar de forma cumulativa e, considerando a gravidade dos fatos, deve-se aumentar o prazo de suspensão de direitos políticos para cinco anos e, concomitantemente aplicar a sanção de multa civil, como requerido pelo agente ministerial que atuou na origem.

Especificamente quanto à suspensão dos direitos políticos, saliento que os atos foram praticados no exercício de mandato popular; logo, a pena é pertinente e conveniente.

3. Dispositivo. Nesses termos, rejeito as preliminares, desprovejo a apelação do réu e provejo em parte a do autor, a fim de elevar para cinco anos a suspensão dos direitos políticos, bem assim para estabelecer a multa civil em valor igual a cinquenta vezes o valor do último subsídio percebido como Prefeito Municipal, com atualização monetária pelo IGP-M desde então, e juros moratórios mensais de 1% a partir da citação.

O parcial provimento da apelação deve-se ao fato de o pedido quanto à multa civil ser de cem vezes, a qual, no patamar de cinquenta, é suficiente.

Quanto às custas, considerando o provimento da apelação do autor, ainda que parcial, por elas responde o réu com exclusividade.

⁴ In Direito Administrativo, 20ª Edição, Editora Atlas, São Paulo: 2006; p. 764/765.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

É o voto.

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI

Peço vista.

**DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI (PROSSEGUINDO O JULGAMENTO
NA SESSÃO DE 23-11-2011)**

Acompanho o Relator quanto às preliminares, entretanto, peço *vênia* para divergir quanto ao mérito.

Não obstante entenda que a existência de autorização legal afasta o dolo e, conseqüentemente, a configuração de ato de improbidade relativamente às contratações emergenciais perpetradas pelo demandado, na hipótese em exame, observa-se a ocorrência das seguintes ilegalidades, conforme, inclusive, por mim analisado por ocasião do julgamento do Processo-Crime n. 70005439039:

1ª) o acusado, enquanto Prefeito do Município de Gravataí, procedeu à admissão de pessoal, através de contrato por prazo determinado, sem a respectiva autorização legal.

Cito, como exemplo, o caso do Senhor Elia Eli Mercolis Cardoso, admitido para o cargo de auxiliar de serviços gerais, cargo este que não estava previsto na Lei n. 1086/96, que serviu de base para tal contratação (fls. 326, 1089 e 1200). Outras tantas irregularidades quanto ao número de servidores contratados, quando comparado às leis invocadas como justificativa, com base no quadro elaborado pelo Tribunal de Contas às fls. 181 e 1200:

Título 03 – Sem Fundamentação Legal		
Nome	Admissão	Ext. Vinc



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

053 – Admissões irregulares		
Cargo/Função/Emprego	Auxiliar de Enfermagem	
SIMONE RODRIGUES PORTO	23/01/2004	
Cargo/Função/Emprego:	Médico	
CIBELE CANALI	06/11/2002	
Cargo/Função/Emprego:	Operário de Frente Trabalho	
ALEX SANDER DE MELLO DA SILVA	31/03/2004	
ALFREDO KLUG	06/11/2003	
ANA BEATRIZ DE OLIVEIRA	16/04/2004	
CELSO DA SILVA	09/02/2004	
CLÁUDIO RIBEIRO CARDOSO	14/11/2003	
JOSÉ LUIZ DOS SANTOS	22/04/2004	
JURACI BARBOSA MATOS	31/03/2004	
LUIZ CARLOS DOS SANTOS SERPA	26/11/2003	
MAURO PEDROSO XAVIER	19/04/2004	
MILTON DE ANDRADE MOTA	24/05/2004	
NELSON MACHADO	23/04/2004	
NEUSA MARIA HENZEL	16/04/2004	
PAULO INÁCIO DA CONCEIÇÃO	31/03/2004	
RAFAEL SARAIVA DOS REIS	26/04/2004	
RONALDO DOS REIS	26/04/2004	
TELMO LUIZ SILVEIRA DUARTE	31/03/2004	
Cargo/Função/Emprego:	Professor Português – Nível II	



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

LYSON ROBERTO DE SOUZA	28/04/2004	
LYSON ROBERTO DE SOUZA	29/04/2004	
MARCIA PAULETTO	07/05/2004	
MARCIA PAULETTO	26/03/2004	
MELISSA VIVIAN DA SILVA	01/04/2004	
Cargo/Função/Emprego:	Professor Português – Nível III	
ADRIANA CARVALHO MACHADO	22/07/2004	
ADRIANA CARVALHO MACHADO	11/08/2004	
Cargo/Função/Emprego	Professor Português – Nível IV	
ALINE DOS SANTOS	01/04/2004	
STELLA AGUIAR MACHADO	03/05/2004	
Cargo/Função/Emprego	Professor Português – Nível V	
VALDINEIA MACHADO PORTO	26/04/2004	

Modelo V – Admissões desconstituídas			
Nome	Início	Fim do Prazo	Rescisão
023 – Admissões irregulares desconstituídas			
Leis 1086, 1091 e Dec. 3288/97			
Cargo/Função/Emprego	Aux de Serviços Gerais		
Elia Eli Mercolis Cardoso	10/04/97	09/10/97	17/09/98
Lei 1195 de 1997			
Cargo/Função/Emprego:	Professor – Nível II		



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

Marlene Bittencourt Dias	06/08/97	06/08/97	31/12/97
Cargo/Função/Emprego:		Professor – Nível III	
Cheila Domingues Medeiros	21/03/97	21/03/97	13/04/97
Melissa Nunes Paseto	20/03/97	20/03/97	08/04/97
Verno Eduardo Kraemer	20/03/97	20/03/97	23/04/97
Cargo/Função/Emprego:		Professor – Nível IV	
Adriana Rosa da Silva	10/04/97	10/04/97	29/04/97
Ana Paula Dullius	11/03/97	11/03/97	18/04/97
Dariane Rodegheri	05/08/97	05/08/97	31/12/97
Etida Sehn Oliveira	14/03/97	14/03/97	25/04/97
Marco Antonio Cardoso Barbosa	26/03/97	26/03/97	11/04/97
Sandra Garcia Polino	05/08/97	05/08/97	31/12/97
Cargo/Função/Emprego:		Professor – Nível V	
Cândida Marta Fagundes	11/08/97	11/08/97	31/12/97



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

Pedron			
--------	--	--	--

2ª) o acusado, enquanto Prefeito do Município de Gravataí, manteve diversos servidores por ele admitidos, através de contrato por prazo determinado, além do tempo legal, conforme fls. 819-940 e 1110-1113.

A título de ilustração, refiro a Lei n. 1591/2000 (fl. 1391), que autorizou a prorrogação dos contratos firmados à luz da Lei n. 1.443/99 (fls. 341), para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, e vedou expressamente nova prorrogação (arts. 1º, caput, e 2º, parágrafo único respectivamente). Malgrado tenha expirado o prazo legal, foram mantidas as contratações, o que motivou a recomendação de providência pelo Tribunal de Contas para restabelecer a legalidade administrativa (fl. 897).

3ª) o acusado, enquanto Prefeito do Município de Gravataí, admitiu pessoal, através de contrato por prazo determinado, a despeito de existirem candidatos aprovados em concurso público para as mesmas funções (concursos públicos n. 01/98, 02/89, 03/98, 04/98, 05/98, 07/98, 08/98, 10/98, 11/98, 13/98, 14/98, 15/98, 16/98 e 17/98), cujos resultados haviam sido inclusive homologados e publicados. Tal proceder, além de ofender o princípio da moralidade, vai de encontro ao dispositivo que baliza o preenchimento dos cargos públicos (art. 37, *caput* e inc. II da Constituição Federal). Contrariedade também pode ser percebida em relação ao parágrafo único do art. 1º da Lei n. 1.091, de 26 de dezembro de 1996 (fl. 993), que “vedava a renovação dos contratos administrativos de pessoal temporário quando houver concursado aguardando chamado para o mesmo cargo”, bem como em relação ao §3º do art. 1º da Lei n. 1.195, de 30 de dezembro de 1997 (fls. 995/996), que estabelecia que as “contratações emergenciais autorizadas somente poderão ser realizadas após o chamado



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

de eventuais candidatos aprovados em concursos públicos anteriores respeitada suas respectivas áreas e especialidades”.

Para corroborar a afirmação de que candidatos aprovados em concurso público foram preteridos quando da contratação direta de servidores, pode-se citar o exemplo de Adeli Gonsalves de Carvalho admitido mediante contrato emergencial em 26.12.2002 e cujo vínculo estava ainda ativo em 24.06.2005, não obstante a existência de candidatos a serem nomeados para o referido cargo, conforme consta dos documentos de fls. 482 e 502, *verbis*:

CONTRATOS EMERGENCIAIS ADMITIDOS A PARTIR DE AGOSTO/2002				
NOME	ADMISSÃO	MOVIMET	DESCRIÇÃO	SITUAÇÃO
ADELI GONSALVES DE CARVALHO	26/12/2002		AUX DE ENFERMAGEM	Ativo

À PGM:

24/06/2005

Já, quanto ao restante dos cargos, (...), AUXILIAR DE ENFERMAGEM, (...), há concurso em vigência e candidatos a serem nomeados conforme lista de classificação em anexo.

Atenciosamente,

*Zina Elizabeth Linck Gomes de Lima
Chefe da Divisão de Concursos
Portaria nº 400/01*

Claro está, portanto, que mesmo existindo candidatos aprovados no concurso público, aptos a serem nomeados, a opção do acusado foi pela contratação/renovação direta de servidores, para a qual,



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

como se viu dos testemunhos colhidos, inexistia critério de seleção prévio, o que, no mínimo, dá margem a questionamentos, como aqueles feito pelo Ministério Público, de que a filiação político-partidária parceria ser decisiva.

Ressalto que diversamente do que ocorreu na seara criminal, no presente feito, restaram comprovadas as ilegalidades acima apontadas relativamente à ambas as gestões do demandado como Prefeito Municipal – período de 1997/2000 e 2001/2004, como devidamente fazem alusão os documentos acima indicados.

Nessa perspectiva verifica-se presente, o elemento subjetivo do tipo: o dolo (genérico), que, no caso, segundo João Gualberto Garcez Ramos, “é a vontade incoarctada de *nomear, admitir ou designar* servidor contra expressa disposição de lei”, ou seja, violando “regra legal que o proibia de nomear, admitir ou designar ou que lhe permitia fazê-lo, desde que observados certos requisitos, desobedecidos na hipótese”⁵.

Assim sendo, tenho que a conduta dos demandados enquadra-se nas disposições do *caput*, do art. 11 da Lei nº 8.429/92. Observe-se:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

Acerca do referido dispositivo, destaca-se lição de Marino Pazzagli Filho:

*Em síntese, pode dizer-se que a norma do art. 11 constitui soldado de reserva (expressão do saudoso jurista Nelson Hungria), configurando-se pelo resíduo na hipótese de conduta ilegal do agente público não se enquadrar nas duas outras categorias de improbidade.*⁶

⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez Ramos. *Crimes Funcionais de Prefeitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 76 e 75.

⁶ Lei de improbidade administrativa comentada, Atlas, p.101.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

E mais adiante conclui o ilustre doutrinador:

Ante o exposto, os atos de improbidade administrativa que importam em violação de princípio constitucional administrativo exigem, para sua configuração, os seguintes requisitos:

- *ação ou omissão violadora de princípio constitucional regulador da Administração Pública;*
- *comportamento funcional ilícito denotativo de desonestidade, má-fé ou falta de probidade do agente público;*
- *ação ou omissão funcional dolosa; e*
- *que não decorram da transgressão de princípio constitucional, enriquecimento ilícito do agente público ímprobo ou lesão ao Erário.⁷*

No caso dos autos, como não se demonstrou, sequer se alegou existência de prejuízo ao erário, mostram-se perfeitamente aplicáveis as disposições constantes do dispositivo acima transcrito.

Ademais, entendo que, não obstante se imponha a condenação do demandado, deve ser observado o denominado “juízo de suficiência”, o qual permite excluir algumas sanções dependendo do caso concreto.

Acerca da matéria, destaco lição de Marcelo Figueiredo, em sua obra *Probidade Administrativa, Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*, 5ª edição atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros, 2004, páginas 136/137:

Grave problema que a lei encerra é o seguinte: sendo procedente a ação, as penas previstas se aplicam em bloco, ou o juiz pode “discricionariamente” aplicá-las, uma delas, ou todas em conjunto? De fato, é de se afastar a possibilidade da aplicação conjunta de penas

⁷ Idem, p. 103.



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

em bloco, obrigatoriamente. É dizer, há margem de manobra para o juiz, de acordo com o caso concreto, aplicar as penas, dentre as cominadas, isolada ou cumulativamente (a esse respeito, v. o estudo de Carlos Ari Sundfeld, Direito Administrativo Ordenador, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 1997, especialmente quando trata do princípio da “mínima intervenção estatal” e temas correlatos). Tudo dependerá da análise da conduta do agente público que praticou ato de improbidade em suas variadas formas.

E continua:

Ainda aqui, mostra-se adequado o estudo a respeito do princípio da proporcionalidade, a fim de verificarmos a relação de adequação entre a conduta do agente e sua penalização. É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorre-se ao princípio geral da razoabilidade, ínsito à jurisdição (acesso à Justiça e seus corolários). Deve o Judiciário, chamado a aplicar a lei, analisar amplamente a conduta do agente público em face da lei e verificar qual das penas é mais “adequada” em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal.

E conclui:

Enfim, as penas devem ser prudente e adequadamente aplicadas de acordo com a conduta do agente, inobstante a ausência de critério explícito aparente contido na lei. Lembre-se, ainda, o art. 128 da Lei 8.112, de 1990, que determina que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais”. A regra pode, analogicamente, ser utilizada.

Nessa perspectiva, tendo em conta as peculiaridades do caso concreto, dentre as quais merece destaque a presença do dolo nas contratações diretas efetuadas em desacordo com a autorização legal então



IM
Nº 70037437530
2010/CÍVEL

existente ou em detrimento de candidatos já aprovados em concurso público vigente, a meu ver mostra-se suficiente e adequada a imposição ao demandado da sanção de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, bem como, de pagamento de multa civil, a qual vai fixada em 50 (cinquenta) vezes o valor do último subsídio por ele percebido, devidamente corrigido pelo IGPM, a partir desta data até o seu efetivo pagamento.

Pelo exposto, rejeito as preliminares e voto pelo parcial provimento do apelo do MINISTÉRIO PÚBLICO, a fim de aumentar o prazo de suspensão dos direitos políticos do demandado para 5 (cinco) anos e condená-lo ao pagamento de multa civil fixada em 50 (cinquenta) vezes o valor do último subsídio por ele percebido como Prefeito Municipal, devidamente corrigido pelo IGPM, a partir desta data até o seu efetivo pagamento, restando desprovido o apelo do réu.

DES. IRINEU MARIANI - Presidente - Apelação Cível nº 70037437530, Comarca de Gravataí: "PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, VOTOU O DES. DIFINI PELA REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES, PELO DESPROVIMENTO DA APELAÇÃO DO RÉU E PARCIAL PROVIMENTO DA APELAÇÃO DO AUTOR, CONCLUINDO-SE O JULGAMENTO COM O SEGUINTE RESULTADO: POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES; POR MAIORIA, DESPROVERAM A APELAÇÃO DO RÉU E PROVERAM EM PARTE A DO AUTOR, VENCIDO O RELATOR QUE PROVEU A DO RÉU, PREJUDICADA A DO AUTOR. REDATOR O REVISOR."

Julgador(a) de 1º Grau: VALKIRIA KIECHLE