



Município é impedido de contratar novos monitores

O prefeito de Tubarão (SC), Carlos José Stüpp, está impedido de contratar novos monitores para atividade social feita pela prefeitura até que efetive concurso público para regularizar 41 das 50 vagas já preenchidas. A decisão é do juiz Luiz Fernando Boller. A multa por descumprimento da decisão é de R\$ 15mil. Cabe recurso.

De acordo com a decisão, as outras nove vagas estão ocupadas por servidores contratados antes da Constituição de 1988 e, portanto, “embora não possuam estabilidade, detêm plenas condições de exercer o cargo”.

A decisão foi resultado de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público da comarca de Tubarão. De acordo com a ação, contratação dos monitores — que deveria ser em caráter excepcional — tem sido freqüente com fortes indícios de que a função não possui caráter excepcional e temporário, “visto que o cargo vem sendo mantido há quase uma década, o que revela possível caráter permanente”.

O MP também apontou para o tempo de trabalho exercido por esses monitores: apenas quatro horas semanais. Para o juiz Luiz Fernando Boller, os nove que estão em condições de exercer a atividade, ainda assim só poderão fazê-lo desde que cumpram uma carga horária mínima de 30 horas semanais.

“Ao teor do princípio da isonomia, (...) têm-se que os contratados deveriam estar submetidos à jornada de trabalho semelhante aos demais servidores situados no mesmo patamar remuneratório”, justificou o juiz ao lançar a conta dos gastos: 41 servidores, trabalhando quatro horas semanais, perfazem 164 horas numa semana.

O juiz observou, ainda, que não havia necessidade de contratar 50 pessoas temporariamente durante um ano trabalhando quatro horas semanais, se pode tudo ser feito pela CLT, com carga de 30 horas semanais.

Ação Civil Pública 075.05.012662-2

Leia a íntegra da decisão

AUTOS nº 075.05.012662-2

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Autor – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Réus – CARLOS JOSÉ STÜPP e outros

Vistos etc.

Cuida-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA, onde o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA argumenta que durante a gestão executiva de GENÉSIO DE SOUZA GOULART à frente



do MUNICÍPIO DE TUBARÃO, teria sido promovido, com fundamento no disposto na Lei Municipal nº 1.445/90 – que instituiu o Regime Único e Plano de Carreira para os Servidores Municipais – o provimento simplificado de 27 (vinte e sete), dos 41 (quarenta e um) cargos de Monitor, dispensada a realização de concurso público sob o argumento de que a função seria precária e vinculada a atividades sociais limitadas no tempo, motivo pelo qual os contratos iniciaram em fevereiro de 1997, encerrando-se em dezembro do mesmo ano, repetindo-se idêntico proceder no ano de 1998.

Todavia, no decorrer da gestão de CARLOS JOSÉ STÜPP à frente do Poder Público Municipal, em razão da atuação assistencial de VERA LÚCIA CAMPOS STÜPP, e, sob a esfera de poder de CÁSSIO MEDEIROS DE OLIVEIRA – Secretário Municipal de Administração – a excepcional modalidade de contratação teria assumido feição continuada anual, com a ampliação do provimento de vagas até o significativo número de 50 (cinquenta), 09 (nove) das quais, providas por “*servidoras contratadas antes do advento da Constituição de 1988*” (fl. 05).

Destacando ainda que a única condição de contratação é a conclusão do ensino fundamental, o MINISTÉRIO PÚBLICO exaltou que, além de inexistir função específica pré-definida, a remuneração dos Monitores – piso municipal mínimo – não se amolda à carga horária semanal mínima do funcionalismo, de 30 (trinta) horas, porquanto aqueles estariam obrigados a uma jornada semanal de apenas 04 (quatro) horas, motivo pelo qual concluiu que “*Carlos José Stüpp, Vera Lúcia Campos Stüpp, Cássio Medeiros de Oliveira e Genésio de Souza Goulart infringiram a regra geral de provimento de cargos públicos através de concurso (art. 37, inc. II, da Constituição Federal), caracterizando a prática dos atos de improbidade administrativa previstos pelo art. 10, `caput´; e art. 11, `caput´, e inc. I; ambos da Lei nº 8.429/92; em razão dos prejuízos causados ao erário decorrentes das despesas relativas às contratações ilegais efetuadas, bem como pela inobservância dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e lealdade às instituições aplicáveis à Administração Pública*” (fl. 06), razão pela qual pugna – em sede de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – seja obstada nova contratação de Monitores “*antes da realização de concurso público para o provimento das 32 vagas existentes, ressalvados os casos de substituição dos atuais servidores efetivos deste cargo, sob pena de pagamento de multa diária pelo descumprimento*”, e, ao final, seja o pedido acolhido, com a declaração de nulidade de todas as contratações de monitores por prazo determinado, perfectibilizadas nos anos de 1997, 1998, 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, declarando os demandados, idem, infratores da conduta estatuída no art. 10, `caput´ e inc. XII, art. 11, `caput´ e inc. I, da Lei nº 8.429/92, com a aplicação da sanção estatuída no art. 12, incs. II e III, da Lei nº 8.249/92, impondo-lhes a responsabilidade pelo ressarcimento do valor despendido com a contratação `irregular´, monetariamente corrigido e acrescido de juros de mora, além da exoneração dos respectivos cargos, “*pagamento de multa civil; suspensão dos direitos políticos; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelos prazos e na forma de lei*” (fl. 16).

Brada, ainda, o MINISTÉRIO PÚBLICO, seja o MUNICÍPIO DE TUBARÃO “*impedido de realizar novas contratações de Monitores por prazo determinado fora das hipóteses de excepcionalidade e temporariedade, previstas no art. 37, inc. IX, da Constituição Federal, antes da realização de concurso público para o provimento das 32 (trinta e duas) vagas atualmente existentes, ressalvados os casos de substituição dos atuais servidores efetivos deste cargo*”



, impondo-se aos demandados a responsabilidade pelo pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (fls. 02/16).

Manifestando-se, GENÉSIO DE SOUZA GOULART argüiu, nos termos do art. 84, do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, a incompetência absoluta do Juízo em razão da existência de foro privilegiado, visto que desde 01.01.2003, exerce o mandato de Deputado Estadual, motivo pelo qual, invocando o preceito contido no art. 42, da CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, e, ainda, o art. 29, inc. X, da CF/88, pugnou pela remessa dos autos ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA de Santa Catarina, conclamando, de outro vértice, pela suspensão do feito até o final julgamento, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, da ADI nº 2797, estando a ação, ainda, a merecer imediata extinção, em razão de “*ser inaplicável aos agentes políticos a Lei nº 8.429/92, mas sim o Decreto-Lei nº 201/67*”, consoante entendimento manifestado no julgamento da Reclamação nº 2.138, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, devendo ser ordenada a suspensão do feito até o final julgamento do processo sobredito.

Ainda em preliminar, GENÉSIO DE SOUZA GOULART argüiu a inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92, em decorrência de alegada violação aos termos do art. 65, parágrafo único, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, estando o feito a merecer imediata extinção, também, em razão de ser a via inadequada para o processamento da pretensão deduzida na inicial.

Repisando o argumento de inconstitucionalidade, o parlamentar asseverou que os arts. 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, colidiriam com o preceituado no art. 37, `caput´ e § 4º, da CF/88, jamais tendo auferido qualquer vantagem pessoal com a aludida contratação, asseverando a necessidade de os próprios Monitores integrarem o pólo passivo da lide, de modo que, em se tratando de litisconsórcio passivo necessário, a “*indivisibilidade da ação*”, em seu entender deve acarretar a extinção do feito, ou, alternativamente, sua ampliação em relação aos sujeitos passivos.

Ainda no âmbito das questões prejudiciais, GENÉSIO DE SOUZA GOULART avultou que, por ter se pautado em prova produzida ao arrepio do contraditório, a inicial seria inepta, merecendo rechaço, tendo ocorrido a aprovação das contas de sua gestão pela CÂMARA MUNICIPAL, em razão do que concluiu pela inexistência de motivos para o recebimento da inicial.

Sob a argüição de alegada `falta de interesse de agir´ do órgão ministerial, o demandado asseverou que, ante a diminuta repercussão das contratações, inexistiria prejuízo erário suficiente ao embasamento do pleito, destacando, de outro ângulo, a existência de prescrição, porquanto, nos termos do art. 23, da Lei nº 8.429/92, *“as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I – até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; [...]”*. Concluiu asseverando que, muito embora a ação tenha sido proposta no prazo quinquenal, apenas teria sido regularmente `notificado´ em 25.01.2006, escoando-se o referido prazo prescricional.

No mérito, refutou os argumentos alçados pelo MP, destacando que “*as contratações realizadas pelo Requerido, na qualidade de Prefeito do Município de Tubarão, foram efetuadas com respaldo legal, em cumprimento a regra do artigo 37, IX, da Constituição Federal, e com base na Lei Orgânica do Município e Legislação Municipal especial*”, observando-se, efetivamente, o caráter `excepcional´ e



temporário da função pública exercida pelos Monitores, incorrendo dolo ou enriquecimento ilícito de quem quer que seja, inexistindo prova alguma das contratações procedidas no ano de 1997, ao passo que os documentos encartados aos autos demonstram, apenas a contratação de 10 (dez) funcionários, e, não, 27 (vinte e sete), consoante relatado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, e isto, em razão de autorização legislativa municipal para a dispensa de concurso público para o provimento do cargo temporário de “auxiliar de serviços gerais”, sendo injustificável a realização de concurso público para o provimento de “apenas 10 (dez)” vagas, motivo pelo qual pugnou pelo acolhimento do pleito contido na inicial (fls. 546/ 580).

Por sua vez, em uníssona manifestação, CARLOS JOSÉ STÜPP e VERA LÚCIA CAMPOS STÜPP argüiram a ilegitimidade passiva ad causam, garantindo que o varão, na qualidade de Prefeito Municipal, “tão somente firmava um dentre vários editais diversos, com fins diversos, que lhe chegavam às mãos, tendo-o analisado sob o aspecto formal, o que não mereceu qualquer reparo” (fl. 612), ao passo que VERA LÚCIA apenas teria solicitado “ao Secretário de Administração, da contratação de monitoras, e a assinatura do edital de convocação para o respectivo processo seletivo” (fls. 612/613), não tendo sido qualquer deles os redatores dos “editais de convocação dos processos seletivos em tela, tendo-os firmado como os receberam” (fl. 613), motivo pelo qual, inexistindo vício formal, e, diante da realidade administrativa que se lhes apresentava, pugnaram pela imediata extinção do feito, sem julgamento do mérito, acentuando, de outra banda, a impossibilidade jurídica do pedido, visto que em razão do estatuído tanto na Lei nº 1.079/50, bem como no Decreto-Lei nº 201/67 – este último adequado ao caso sob julgamento – revela-se inadequada a aplicação das sanções estatuídas na Lei nº 8.429/92, aos agentes políticos.

Vergastando a alegada improbidade administrativa imputada a ambos, CARLOS e VERA LÚCIA asseguraram que “existem monitoras de clubes de mães em exercício desta função, sendo nove delas “celetistas regulares” (empregados públicos sem estabilidade, admitidos antes da Constituição de 1988, sem concurso) e outras trinta e duas contratadas temporariamente” (fl. 621), e que a limitação de sua jornada de trabalho semanal decorre da redação do art. 5º, da Lei nº 1.927/95, ou seja, que haverá redução de jornada “segundo a natureza dos serviços e a prática costumeira” (fl. 621).

Opondo-se, ainda, à alegação de improbidade administrativa, os demandados acentuaram a inexistência de dano ao erário, porquanto houve efetiva prestação de serviço pelos Monitores, que, deste modo, honraram a percepção de rendimentos, havendo, quando muito, equívoco do administrador, que, desprovido de má-fé, apenas tencionou “desenvolver trabalho correto”. Assim, sendo objetivo do legislador a punição do agente público desonesto, corrupto, deve-se considerar que no presente feito inocorreu enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação de princípios constitucionais, razão pela qual pugnaram pela rejeição da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA (fls. 610/625).

Idênticos argumentos e fundamentos foram invocados por CÁSSIO MEDEIROS DE OLIVEIRA, sendo forçoso concluir que, embora firmadas por advogados distintos, as manifestações de fls. 610/625 e 637/651, foram redigidas pelo mesmo causídico, revelando-se despicienda nova transcrição de argumentos, motivo pelo qual, neste tocante, reporto-me às razões sobreditas, destacando, apenas, que este demandado, em razão da peculiar função hierárquica que ocupava, afirmou que não foi o



responsável “*pelo pedido e nem seleção, realizando unicamente a formalização de ato administrativo, nos moldes como requerido pela Secretaria interessada, e com atribuições para tanto*” (fls. 637/651).

Passo, num primeiro momento, à análise da incompetência absoluta do Juízo em razão da existência de foro privilegiado em benefício do Deputado Estadual GENÉSIO DE SOUZA GOULART, destacando que a matéria tem sido diuturna e brilhantemente apreciada pelo TJSC, que, v.g., nos autos da AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA nº 2005.013157-5, de Tubarão, onde figura como réu o próprio GENÉSIO DE SOUZA GOULART, em 23.11.2005 decidiu que “*Recentemente, no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (7 x 3), julgou procedente a ADI n. 2797, reconhecendo a incompatibilidade vertical dos §§ 1o e 2o do Código de Processo Penal (Lei 10.628/02) com a ordem constitucional vigente. Referido julgamento, em excomungando do ordenamento jurídico as disposições materialmente inconstitucionais, possui “eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” (art. 28, § ún., Lei 9.868/99), circunstância inelutavelmente conducente à remessa destes autos à origem*”.

E prosseguiram os magnânimos julgadores salientando que “*à guisa de ilustração: [...] Julgada procedente a ação direta de inconstitucionalidade que atacava o foro por prerrogativa de função concedido àqueles agentes políticos que deixaram o cargo (§§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.628/02), a competência deste Tribunal para análise e julgamento das ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e respectivas ações cautelares intentadas contra ex-prefeito cessa imediatamente, devendo os autos retornar à instância de origem” (Medida Cautelar n. 2005.025948-8, de Chapecó. Relator: Des. Jaime Ramos)*” .

Mais adiante, avultam que “*exame acurado do dispositivo constitucional (§4o, do art. 29) em sua literalidade, permite se auferirem as seguintes conclusões: a) os atos de improbidade administrativa serão apenados com as sanções legalmente previstas, b) sem prejuízo da ação penal cabível, com a sanção criminal correspondente, c) o que deixa límpido que a ação de improbidade e as cominações que lhe são correlatas possuem cunho civil, d) distinto do penal. Em face do regramento constitucional, assim, distinguindo-as expressamente, a só similitude do caráter político-administrativo das sanções civis e criminais lhes não confere unicidade, não sendo suficiente para fins de equiparação das ações civis e criminais (RSTJ 137/22).*

Daí resulta a inconstitucionalidade do §2o, supra transcrito, conclusão que se afigura clara, por isso que com respaldo na doutrina: “O entendimento doutrinário e jurisprudencial já se estratificou no sentido de que as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 são de natureza civil, alcançáveis através de ação que deverá ser aforada no juízo cível, sem prejuízo da adoção de medidas outras, caso as condutas também se desdobrem em outros campos, afrontando a legislação vigente (penal administrativa, eleitoral, etc.). Wallace Paiva Martins Júnior (in A lei de improbidade Administrativa, Justitia 58/47-55), ferindo o tema, colocou: ‘Um mesmo ato pode dar azo a sanções diferentes, todavia a instância civil da improbidade administrativa é independente’. E ressaltou esta natureza civil da relação, tendo em conta a objetividade jurídica da lei: ‘Para se efetivarem as sanções previstas no art. 12, é necessária a promoção de ação civil. Trata-se de ação civil pública, indiscutivelmente, porque o bem jurídico tutelado (probidade administrativa na gestão da coisa pública) é interesse difuso.’ “Amiúde, um ato de improbidade, previsto na Lei 8.429/92 (arts. 9º, 10 e 11), configura também um ilícito penal, descrito no



Código Penal ou na legislação penal extravagante (em especial, o Dec.-lei 201/67). Neste caso, o prefeito deverá responder, em processos distintos, pelo ato de improbidade perante o juízo monocrático de 1º grau, e, pelo ilícito penal, perante o foro que lhe foi reservado. Em se tratando de crime de responsabilidade próprio (art. 4º do Dec.-lei 201/67), sujeitar-se-á ao julgamento da Câmara Municipal, ainda sem prejuízo do transcurso da ação civil de improbidade” (Raul de Mello Franco Júnior. Competência para o Julgamento de Prefeitos pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa. Interesse Público 14/126-127”).

Por fim, concluem asseverando que “no âmbito da Lei n. 8.429/92, onde não se cogita de aplicação de sanção penal, a prática de atos de improbidade, por qualquer agente público, de Presidente da República a Prefeito Municipal (RTJ 150/28-29), insere-se na competência dos Magistrados de primeiro grau, juízes naturais de tais causas”. Não fora isso, “se a ação por ato de improbidade é de natureza civil certamente que não se lhe aplicam as regras do art. 84 e seus parágrafos do CPP, com a redação dada pela Lei n. 10.628/2002, que têm como destinatárias as ações penais” (Ação Civil Pública n. 2004.031643-1, de Abelardo Luz. Relator: Des. Cesar Abreu). [...] Isto posto o voto, nos termos do julgamento vinculante recentemente exarado pelo colendo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 2797), é pela remessa dos autos para processamento e julgamento na Comarca de origem, sem prejuízo da validade dos atos processuais anteriormente ultimados” (AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA nº 2005.013157-5, de Tubarão, onde figura como réu o próprio GENÉSIO DE SOUZA GOULART. Relatora: Desa. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA. Decidido em 23.11.2005).

Em razão da similitude entre o precedente invocado e o caso sob julgamento, entendo despicienda maior delonga para o completo rechaço, tanto da preliminar de incompetência argüida por GENÉSIO DE SOUZA GOULART, bem como do pedido de suspensão do feito até o final julgamento, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, da ADI nº 2797.

De outro vértice, argumenta o referido co-réu, que o feito estaria a merecer imediata extinção, em razão de “ser inaplicável aos agentes políticos a Lei nº 8.429/92, mas sim o Decreto-Lei nº 201/67”, consoante entendimento manifestado no julgamento da Reclamação nº 2.138, pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Ocorre que, consoante bem referido pelos julgadores do TRIBUNAL DE JUSTIÇA de Santa Catarina, há que se distinguir a natureza dos procedimentos judiciais, a fim de estabelecer a competência de foro. No presente feito, impera natureza eminentemente civil, ao passo que o Decreto- Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, dispõe sobre a responsabilidade criminal dos prefeitos e vereadores. Portanto, compreendo adequada a opção procedimental do MINISTÉRIO PÚBLICO, ao trilhar a via processual facultada pela Lei Federal nº 8.429/92.

Neste sentido, serve de paradigma, o julgado sobredito, de onde extrai-se que “Amiúde, um ato de improbidade, previsto na Lei 8.429/92 (arts. 9º, 10 e 11), configura também um ilícito penal, descrito no Código Penal ou na legislação penal extravagante (em especial, o Dec.-lei 201/67). Neste caso, o prefeito deverá responder, em processos distintos, pelo ato de improbidade perante o juízo monocrático de 1º grau, e, pelo ilícito penal, perante o foro que lhe foi reservado. Em se tratando de crime de responsabilidade próprio (art. 4º do Dec.-lei 201/67), sujeitar-se-á ao julgamento da Câmara



Municipal, ainda sem prejuízo do transcurso da ação civil de improbidade” (Raul de Mello Franco Júnior. Competência para o Julgamento de Prefeitos pela Prática de Atos de Improbidade Administrativa. Interesse Público 14/126-127)”.

Refuto, portanto, a pretensão extintiva postulada pelo Deputado Estadual demandado, reconhecendo a adequação formal da pretensão contida na inicial.

Ainda em preliminar, GENÉSIO DE SOUZA GOULART argüiu a inconstitucionalidade da Lei nº 8.429/92, pugnano pela imediata extinção do feito.

A derrogar a frágil pretensão, o Desembargador VANDERLEI ROMER, nos autos da Apelação Cível nº 2005.010130-7, de Chapecó, julgada em 03.11.2005, pontifica que *“muito embora tramite no Pretório Excelso ação direta questionando sua constitucionalidade, o primeiro pronunciamento daquela Corte, em sede de medida cautelar, foi pela rejeição da eiva. Veja-se:*

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.429, DE 2-6-92, QUE DISPÕE SOBRE AS SANÇÕES APLICÁVEIS AOS AGENTES PÚBLICOS NOS CASOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NO EXERCÍCIO DE MANDATO, CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA, INDIRETA OU FUNDACIONAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OCORRIDO NA FASE DE ELABORAÇÃO LEGISLATIVA NO CONGRESSO NACIONAL (CF, ARTIGO 65).

1. Preliminar de não conhecimento suscitada pela Advocacia Geral da União: é desnecessária a articulação, na inicial, do vício de cada uma das disposições da lei impugnada quando a inconstitucionalidade suscitada tem por escopo o reconhecimento de vício formal de toda a lei.
2. Projeto de lei aprovado na Casa Iniciadora (CD) e remetido à Casa Revisora (SF), na qual foi aprovado substitutivo, seguindo-se sua volta à Câmara (CF, artigo 65, par. único). A aprovação de substituto pelo Senado não equivale à rejeição do projeto, visto que “emenda substitutiva é a apresentada a parte de outra proposição, denominando-se substitutivo quando a alterar, substancial ou formalmente, em seu conjunto” (§ 4º do artigo 118 do RI-CD); substitutivo, pois, nada mais é do que uma ampla emenda ao projeto inicial.
3. A rejeição do substitutivo pela Câmara, aprovando apenas alguns dispositivos dele destacados (art. 190 do RI-CD), implica a remessa do projeto à sanção presidencial, e não na sua devolução ao Senado, porque já concluído o processo legislativo; caso contrário, dar-se-ia interminável repetição de idas e vindas de uma Casa Legislativa para outra, o que tornaria sem fim o processo legislativo. Medida cautelar indeferida (Adin nº 2.182-MC/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 3-5-2000). Nesse passo, diante do princípio de constitucionalidade das leis, a rejeição da argüição é medida totalmente acertada.

A título de complementação, transcreve-se, no que interessa, a ementa da Apelação Cível n. 2003.001721-6, relator o ínclito Desembargador Volnei Carlin:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFACIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.429/92. ALEGAÇÃO DE VÍCIO REFERENTE À



COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. AFASTAMENTO. NORMA DE CUNHO PROCESSUAL E CIVIL. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 22, INCISO I, DA CARTA MAGNA. A competência para legislar sobre sanções civis previstas na Lei de Improbidade Administrativa, bem como seu processo judicial, é privativa da União, como determina o art. 22, inciso I, da Lei Fundamental. Destarte, referida Lei é de âmbito nacional, tendo como finalidade a repressão da improbidade administrativa nas três esferas da Federação”.

Destarte, havendo notícia de que o texto do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados não sofreu mera emenda, mas verdadeira substituição pelo Senado Federal, concluo que, até o definitivo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.182-MC/DF, há que se preservar a eficácia plena da Lei nº 8.429/92.

Trilhando caminho comum, GENÉSIO DE SOUZA GOULART, CARLOS JOSÉ STÜPP, VERA LÚCIA CAMPOS STÜPP e CÁSSIO MEDEIROS DE OLIVEIRA, aduziram que, por não auferirem benefício direto com a contratação dos Monitores, não há que se falar em ‘improbidade administrativa’, revelando-se inadequada a classificação da conduta a eles atribuída pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, como aquela preceituada nos arts. 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, que, por sua vez, colide com o contido no art. 37, ‘caput’ e § 4º, da CF/88.

CLÁUDIO ARI MELLO, salienta que *“conquanto não se possa dizer, exceto de modo especulativo, que houve um incremento da corrupção e da má-gestão administrativas, não é difícil constatar que a consolidação das democracias, sobretudo no mundo ocidental, com a transparência inerente a esses regimes políticos, determina uma exposição da forma espúria como por vezes é conduzida a coisa pública e uma conseqüente cobrança por métodos de controle da imoralidade administrativa”* (MELLO, Cláudio Ari. Improbidade administrativa – Considerações sobre a Lei 8.429/92, ‘in’ Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul nº 36, RT, 1995, p. 169).

Complementa FÁBIO MEDINA OSÓRIO, exaltando que *“a idéia de improbidade administrativa passa pelo descumprimento, por atos dos agentes públicos, dos preceitos constitucionais básicos que regem o setor público, resumindo-se em duas exigências fundamentais: legalidade e moralidade dos atos dos agentes públicos !”* (OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa decorrente de despesas públicas ilegais e imorais: aspectos práticos da lei nº 8.429/92. Publicada na RJ nº 235 – mai/1997, p. 134).

Portanto, forçoso concluir que a idéia de ‘improbidade administrativa’, no caso sob julgamento, para uma completa definição, imprescinde do esgotamento da via instrutória, havendo nesta quadra apenas indícios de irregularidade de gestão, na medida em que os cargos de Monitor vem sendo sistematicamente preenchidos, ano após ano, o que torna viável a conclusão de que não há caráter temporário e excepcional na contratação.



Não bastasse isso, a remuneração respectiva não condiz com a jornada de trabalho imposta aos empossados, que sequer estão sujeitos ao princípio da legalidade, na medida que inexistente a pré-definição de suas funções.

FÁBIO MEDINA OSÓRIO leciona que *“a legislação veda, de todas as formas, em dispositivos amplos, especialmente pelos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, utilização indevida do dinheiro público, seja pela vinculação do administrador público às leis e regulamentos, seja no proibir liberação de verbas públicas sem observância das normas pertinentes, seja, ainda, pela ampla definição de lesão ao erário, fruto de um atuar doloso ou culposo” [...] “e não poderia ser diferente, sendo praticante de improbidade administrativa o agente político que recebe, indevidamente, verbas públicas, ou as utiliza de forma extremamente temerária, pois atua desonesta ou desidiosamente o agente público que, podendo facilmente perceber os ditames legais, não os percebe, os ignora ou despreza e, assim agindo, causa danos ao erário e à sociedade”* (OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit.).

O argumento de que CARLOS STÜPP apenas assinou *“um dentre vários editais diversos, com fins diversos, que lhe chegavam às mãos, tendo-o analisado sob o aspecto formal”* (fl. 612), ao passo que VERA LÚCIA apenas teria solicitado *“ao Secretário de Administração, da contratação de monitoras, e a assinatura do edital de convocação para o respectivo processo seletivo”* (fls. 612/613), não tendo sido qualquer deles os redatores dos *“editais de convocação dos processos seletivos em tela, tendo-os firmado como os receberam”* (fl. 613), revela-se frívolo, visto que, no entender de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, *“já não bastam as qualidades morais, são necessárias qualidades técnicas, capacitação profissional para aqueles que governam ou exercem atividades de natureza política, ou mesmo funções públicas com alcance decisório !”* (OSÓRIO, Fábio Medina. Op. cit.).

Idem relativamente a CÁSSIO MEDEIROS DE OLIVEIRA, que afirmou não ter sido o responsável *“pelo pedido e nem seleção, realizando unicamente a formalização de ato administrativo, nos moldes como requerido pela Secretaria interessada, e com atribuições para tanto”* (fls. 637/651).

Todos os demandados exercem ou exerceram funções de liderança na administração municipal, possuindo o dever legal de fiscalizar a regularidade dos atos submetidos à sua cognição.

De um administrador público, espera-se muito mais do que mera atividade mecânica chanceladora. Deve ele exercer atividade diligente, interada com a esfera de poder liderada, filtrando as informações submetidas à sua autoridade.

O argumento: *“não vi, não li, não ouvi, não falei, não sabia”*, revela-se incongruente com a responsabilidade do cargo a que todos os envolvidos dispuseram-se livremente a assumir.

Assim, não há como reconhecer a ilegitimidade de qualquer deles para integrar o pólo passivo da demanda.

Relativamente à alegada adequação da limitação de jornada dos Monitores ao disposto no art. 5º, da Lei



nº 1.927/95, segundo o qual haverá redução de jornada consoante “*a natureza dos serviços e a prática costumeira*” (fl. 621), retorno aos argumentos antes invocados, visto que não há demonstração, até o presente momento, de que os Monitores tenham definida a natureza da atividade para a qual foram contratados.

Como então, afirmar que em razão disso torna-se-lhes possível a redução de jornada para apenas 04 (quatro) horas semanais ? A teor do princípio da isonomia, não havendo prova escorreita em sentido contrário, têm-se que os contratados deveriam estar submetidos a jornada de trabalho semelhante aos demais servidores situados no mesmo patamar remuneratório.

Parafraseando FÁBIO MEDINA OSÓRIO, assevero que o administrador público está obrigado a agir razoavelmente como bom gerenciador de interesses alheios, sendo-lhe defeso desperdiçar, ainda que legalmente, o dinheiro público, sob pena de irrefutável violação aos princípios insculpidos no art. 37, ‘caput’, da CF/88.

Temerário, neste momento, acolher a alegação de inexistência de prejuízo ao erário, que teria sido beneficiado pela efetiva prestação de serviço pelos Monitores, visto que, além de evidenciada a inadequada limitação de jornada, contratação com dispensa de concurso público, há forte indício de que a função não possui caráter excepcional e temporário, visto que, muito embora os contratos respectivos venham sido firmados ano-a-ano, o cargo vem sendo mantido há já quase uma década, o que revela possível caráter permanente.

Absolutamente temerário, idem, o argumento de que seria injustificável a realização de concurso público para o provimento de “apenas 10 (dez)” vagas, visto que temos colhido inúmeros exemplos contrários, como dentro do próprio Judiciário, que muitas vezes lança editais de concursos públicos para o provimento de apenas 01 (uma) vaga.

O princípio da legalidade basta à derrogação de tão teratológico argumento. No mesmo rumo a alegada necessidade de os próprios Monitores integrarem o pólo passivo da lide, visto que o objeto da presente demanda consiste na apuração da responsabilidade dos envolvidos no processo de contratação, definição de função, fixação de padrão remuneratório, e prolongamento indefinido do cargo.

Não se está a apurar eventual ‘improbidade administrativa’ praticada pelos Monitores enquanto funcionários temporários da municipalidade, motivo pelo qual inexistente a figura trazida pelo art. 47, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, segundo o qual *‘há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo’*.

Concluo que tal alegação possui o único escopo de tumultuar o processamento do feito, motivo pelo qual, em razão de sua inadequação à *‘causae petendii’*, refuto-a.

GENÉSIO DE SOUZA GOULART argumenta, ainda, que por ter se pautado em prova produzida ao arrepio do contraditório, a inicial seria inepta, merecendo rechaço.

Nos EMBARGOS DE DECLARAÇÃO em Apelação Cível nº 2002.017554-0/0001.00, da comarca de



Tubarão, onde figura como embargante o próprio GENÉSIO DE SOUZA GOULART, a 1ª Câmara de Direito Público do TJSC, sob a relatoria do Des. VANDERLEI ROMER, em 28.07.2005, decidiu que as investigações preliminares e a instauração de inquérito civil para a apuração de atos de improbidade administrativa, são, efetivamente, *“funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pela própria Constituição Federal, em seu art. 129, III e VI. Ademais, a exemplo do que ocorre no Processo Penal, mais especificamente no que se refere ao inquérito policial, é cediço que os procedimentos administrativos instaurados pelo Ministério Público e o inquérito civil dispensam o contraditório (vide Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos Interesses Difusos em Juízo. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 339) e que eventuais vícios deles oriundos não tem o condão de contaminar a correspondente ação civil pública”*.

De outro vértice, constato que a justificativa de que teria “ocorrido a aprovação das contas de sua gestão pela CÂMARA MUNICIPAL”, revela-se destituída do necessário substrato probatório, revelando-se, pois, inadequada à extinção prefacial do feito.

Por fim, também a alegada prescrição revela-se inadequada à pretensão deduzida, visto que o próprio parlamentar requerido reconheceu que a demanda foi ajuizada antes de fluído o prazo quinquenal.

O argumento de que após o ajuizamento da ação e antes da citação é que teria fluído o prazo estipulado no art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/92, não resiste a singela leitura do dispositivo, segundo o qual *“as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I – até 5 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;”* Tendo sido oportuna e tempestivamente instaurado o procedimento judicial, não há que se reconhecer a prescrição.

Assim, após compulsar detidamente a farta prova documental encartada aos autos, bem como a inadequação dos argumentos expostos pelos demandados, presente a condição preceituada no § 1º, do art. 14, da Lei nº 8.429/92.

Considerado o interesse público envolvido, entendo prudente e adequado o processamento da presente ação, que ao final – após efetivada a instrução probatória pertinente – indicará a ocorrência, ou não, do ato de improbidade suscitado na inicial, atribuindo ou limitando responsabilidades.

Sobre a matéria, colhe-se da jurisprudência que

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 9º DA LEI N. 8.429/92. FATOS NOTICIADOS NA EXORDIAL QUE SE AFIGURAM, AINDA QUE COGNIÇÃO PRELIMINAR E NÃO EXAURIENTE, CONTRÁRIOS AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, SUBSUMINDO-SE, EM TESE, NAS DISPOSIÇÕES INSERTAS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO A QUO QUE SE MANTÉM INCÓLUME. AGRAVO IMPROVIDO.” (Agravo de instrumento nº 2004.027922-9, de São Lourenço do Oeste. Relator: Des. Vanderlei Romer. Julgado em 17.03.2005), e, ainda, *“AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE PESSOAL – RECEBIMENTO DA INICIAL – INDÍCIOS DEMONSTRADOS – PROCESSAMENTO DA AÇÃO – SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO – AMPLA DEFESA E CONTRA-DITÓRIO –*



RECURSO DESPROVIDO. Não merece reforma a decisão do Juiz de Primeiro Grau que recebe a petição inicial de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, quando existentes fundados indícios da prática de atos lesivos, para que com a instrução processual se garanta a ampla defesa e o contraditório” (Agravamento de Instrumento n. 2004.021929-6, de Armazém. Relator: Des. Nicanor da Silveira. Julgado em 25.05.2005).

Assim, com arrimo em o disposto no § 9º, do art. 17, do normativo sobredito, recebo a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, passando, nesta quadra, à apreciação do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, onde o MINISTÉRIO PÚBLICO almeja o impedimento de nova contratação de Monitores “antes da realização de concurso público para o provimento das 32 vagas existentes, ressalvados os casos de substituição dos atuais servidores efetivos deste cargo, sob pena de pagamento de multa diária pelo descumprimento” (fl. 15).

Diante dos argumentos oportunamente manejados, compreendo que a não-concessão da medida acautelatória, acaso procedente a presente demanda, pode significar a inadequada manutenção de um estado de ilegalidade, com evidente ônus financeiro para o ente público.

Ademais, consoante referido nos autos, dos 41 (quarenta e um) postos de Monitoria, 09 (nove) são ocupados por servidores contratados antes da CF/88, de modo que, embora não possuam estabilidade, detém plenas condições de permanecer no cargo.

Considerando, ainda, o fato de que o atual chefe do executivo alegou que, se os Monitores “não tinham compromisso de jornada fixa na Secretaria, praticavam inúmeras tarefas extras na comunidade” (fl. 621 `in fine`), deduz-se que deveriam estar submetidos à jornada de trabalho comum do funcionalismo municipal.

Além disso, considerando o fato de que cada Monitor recebe remuneração integral, forçoso concluir que está sujeito a jornada semanal de, ao menos, 30 (trinta) horas, nos termos do art. 73, da Lei nº 1.660/92.

Portanto, apenas os 09 (nove) Monitores contratados de forma regular – desenvolvendo jornada integral, de 30 (trinta) horas semanais – podem perfeitamente desempenhar atividade hoje exercida por 41 (quarenta e um) Monitores, senão vejamos: hoje são necessários 41 (quarenta e um) Monitores para 164 (cento e sessenta e quatro) horas de trabalho semanal.

Entretanto, a se observar o disposto no do art. 73, da Lei nº 1.660/92, as mesmas 164 (cento e sessenta e quatro) horas podem ser laboradas por apenas 6 (seis) Monitores. Assim, empregando-se de forma integral os 09 (nove) celetistas municipais, a comunidade disporá de 270 (duzentas e setenta) horas trabalhadas.

Portanto, o acolhimento do pleito antecipatório não resultará prejuízo social, absolutamente. Não se está aqui a perscrutar a importância da atividade desenvolvida pelos contratados, e, tampouco, o labor individual, mas, sim, o caráter transindividual da contratação, que, segundo os elementos até este momento encartados aos autos, indicam possível ilegalidade. Então, na ausência de concurso público regular, revela-se imperioso impedir nova contratação de Monitores, a partir desta decisão.



O art. 11, da Lei nº 7.347/85, disciplina que *“a ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”*.

Da jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA de Santa Catarina, colhe-se que *“é cediço que para a concessão da medida de urgência que antecipa total ou parcialmente os efeitos da tutela, além do perigo de dano irreparável – que por vezes implica ineficácia da prestação jurisdicional -, é necessária a presença de prova inequívoca da verossimilhança das alegações. De fato, estabelece o art. 273 do Código de Processo Civil que “o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;”*. A prova inequívoca, no dizer de Ernane Fidélis dos Santos, *“não é a prova pré-constituída, mas a que permite, por si só ou em conexão necessária com outras também já existentes, pelo menos em juízo provisório, definir o fato, isto é, tê-lo por verdadeiro. [...] a antecipação pode ser dada a qualquer momento do processo, mas, se não houver prova inequívoca, isto é, a que, desde já e por si só, permita a compreensão do fato, como juízo de certeza, pelo menos provisória, não será possível, mormente quando o entendimento do juiz dependa da colheita de outros elementos probatórios, para, depois, em análise do conjunto, extrair a conclusão”* (Manual de direito processual civil. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1. p. 313). Por outro lado, a verossimilhança exige que o magistrado tenha relativa certeza do direito pleiteado. Para Kazuo Watanabe, o juízo de verossimilhança ou de probabilidade *“tem vários graus, que vão desde o mais intenso até o mais tênue. O juízo fundado em prova inequívoca, uma prova que convença bastante, que não apresenta dúvida, é seguramente mais intenso que o juízo assentado em simples ‘fumaça’, que somente permite a visualização de uma silhueta ou contorno sombreado de um direito”* (Tutela antecipada e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer – AJURIS, 66/173-174)”.

E prosseguem, destacando que *“discorrendo sobre o “fumus boni juris” em sede de antecipação de tutela, anota Cândido Rangel Dinamarco: “O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz ‘se convença da verossimilhança da alegação’. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor. “Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pela qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar. “O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz,*



prudente-mente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência da prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o fumus boni juris exigido para a tutela cautelar” (A reforma do código de processo civil. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 143)” (Agravado de Instrumento nº 2004. 036234-2, da Comarca de Joinville, em que é agravante o Representante do Ministério Público e agravados Sociedade Esportiva Cruzeiro do Sul, Espólio de Rodrigo Octávio Lobo e Município de Joinville. Rel. Des. FRANCISCO OLIVEIRA FILHO. Julgado em 30.08.2005).

Assim, com arrimo em o disposto no § 9º, do art. 17, da Lei nº 8.429/92, recebo a presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA, e, com fundamento no art. 11, da Lei nº 7.347/85, determino a imediata intimação do chefe do executivo municipal, para que, na ausência de concurso público regular, abstenha-se de praticar nova contratação de Monitores a partir desta decisão, sob pena do pagamento de multa diária no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), no caso de desobediência.

Perfectibilizada a medida, CITEM-SE os réus para que, no prazo legal, querendo, ofereçam resposta, cabendo à ESCRIVÃ JUDICIAL formalizar o elenco de diligências legais pertinentes, inclusive observando o estatuído no art. 191, do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, tudo com as cautelas de estilo.

Tubarão, 20 de outubro de 2006.

L. F. Boller

JUIZ DE DIREITO

Date Created

02/11/2006