



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2016.0000589364

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1010396-35.2015.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MARCIA HELENA FERRAZ SODRE, é apelado EMPRESA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - PRODAM SP S.A.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente) e LEONEL COSTA.

São Paulo, 10 de agosto de 2016

RONALDO ANDRADE

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Voto nº 11340

Apelante : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Apelada : PRODAM SP S/A – EMPRESA DE TECNOLOGIA DA
INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Comarca : SÃO PAULO
Recurso nº 1010396-35.2015.8.26.0053
Juíza de 1º Grau : Liliane Keyko Hioki

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRODAM. Ato administrativo. Contratação de empregados públicos sem a existência prévia de concurso público, para ocuparem cargos técnicos de natureza jurídica em sociedade de economia mista. Inadmissibilidade. Natureza dos cargos que não condizem com o disposto no artigo 37, V da Constituição Federal (direção, chefia e assessoramento). Provimento por meio de concurso público que se impõe. Inteligência do artigo 37, I da Constituição Federal. Declaração de nulidades das contratações sem concurso, com a dispensa do pessoal admitido em tais condições. Reforma da sentença. Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto nos autos do processo da ação civil pública, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em face da PRODAM SP S/A – EMPRESA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO por ato de improbidade administrativa consistente na ilegalidade das contratações efetivadas por ela sem a prévia observância de concurso público de provas e títulos para ocuparem o que se denominou “empregos em comissão” de natureza jurídica, cujo relatório se adota.

Inconformado, apelou o Ministério Público às fls. 916/939, objetivando a reforma do julgamento, reiterando seu pedido de declaração de nulidade dos contratos de trabalho firmados pela ré para a ocupação dos “cargos de livre provimento”, “cargos em comissão”, “empregos em comissão”, “funções de confiança”, “funções gratificadas”, ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

qualquer outra denominação utilizada, sem o prévio e regular concurso público, salvo para os membros dos Conselhos de Administração e Fiscal, bem como da Diretoria Executiva. Postulou, ainda, que a ré seja condenada na obrigação de fazer, consistente na dispensa de todas as pessoas contratadas sem o prévio concurso público para ocupar os “cargos” retro referidos, abstendo-se de admitir novos empregados sem o prévio certame.

A PRODAM apresentou resposta às fls. 943/952 e a Municipalidade às fls. 954/960.

A d. Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer às fls. 963/969, no sentido de dar provimento ao recurso de apelação.

É o breve relatório.

Passo a decidir.

O recurso merece amparo.

Depreende-se dos autos que o cerne da questão envolve a irregularidade ou não das nomeações para os cargos da área jurídica da PRODAM SP S/A, sociedade de economia mista, conforme identificado pelo Ministério Público Estadual, no Inquérito Civil nº 14.0695.0000611/2013-2, o qual foi instaurado para apurar, inicialmente, o irregular exercício de advocacia por ocupantes de cargos em comissão e/ou funções de confiança, inobstante a existência de advogados concursados em seu quadro de pessoal, acabando por concluir que do total de 114 “funcionários comissionados”, somente 11 desses “cargos” eram ocupados por empregados públicos de carreira, sendo os 103 restantes (nem todos relacionados ao exercício da advocacia pública) ocupados por “empregados públicos comissionados”, admitidos sem prévia aprovação em concurso público.

Pois bem.

No caso em tela, por se tratar de uma sociedade de economia mista, evidentemente há disciplina legal híbrida, tendo em vista que a ela se aplica não só as regras preestabelecidas na Constituição Federal e válidas para toda a Administração, como



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

também legislação própria de seu campo de atuação, como a Lei de Sociedade por Ações.

No entanto, o que se almeja nos autos é a fixação da diretriz jurídica para a contratação de pessoal e, em observância ao entendimento disposto na Constituição Federal, as mesmas regras impostas ao Poder Público em geral são aplicáveis também às sociedades de economia mista, notadamente no que diz respeito à admissão de seus servidores.

Assim, com exceção aos integrantes dos seus Conselhos, a admissão dos funcionários dessa modalidade de pessoa jurídica dar-se-á por meio de prévio concurso público de provas e títulos, admitindo-se exceção, apenas mediante a criação em lei específica de cargos em comissão, dotados de funções de direção, chefia e assessoramento.

De fato, o que se verifica nos autos é justamente o subterfúgio adotado pela apelada para escapar dessa sistemática constitucional, criando figura desconhecida no âmbito jurídico, a qual se denominou “empregos em comissão”, para embasar a admissão de colaboradores em seu quadro sem a prévia exigência de concurso público, inserindo uma nova disciplina jurídica para o pessoal admitido sob essa denominação, uma vez que submetidos a CLT, e não estatutária.

Depreende-se dos autos que ocorreu a contratação de pessoas sem concurso para exercerem funções que não diziam respeito à direção, chefia e assessoramento, posto que consistentes em atribuições técnicas, inerentes aos advogados, tais como a elaboração de petições, movimentação de processos judiciais e administrativos, pareceres, tanto que o próprio Inquérito Civil teve seu desencadeamento a partir do exercício da atividade de advocacia por contratados livremente, quando, na verdade, deveriam os advogados de tal sociedade de economia mista ser admitidos mediante prévio concurso público.

No tocante aos empregos em comissão instituídos pela PRODAM, assim como as funções gratificadas com que contemplou colaboradores que não eram concursados, forçoso reconhecer que em ambos os casos não estão em consonância com a legislação aplicável à matéria, em evidente violação às normas constitucionais que disciplinam o assunto, pois a apelada não só admitiu particulares sem prévia observância



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

de concurso público, como também investiu alguns deles em funções de confiança gratificadas, em completa afronta à norma constitucional.

Nesse sentido é que se reforma o entendimento da r. sentença, que sob o pressuposto de uma questão principiológica de disciplina aplicável aos servidores, seja CLT ou estatutária, daria à PRODAM autorização para contratar sem concurso pessoas para o seu quadro de pessoal, assim também para que assumissem funções de confiança. Em sentido contrário, a partir da sistemática constitucional que rege o tema, para tais funções não só dependeria de prévio concurso público, como também jamais poderia investir em funções de confiança gratificadas servidores admitidos em comissão.

Ademais, se não fosse esse o adequado caminho a ser trilhado, não se conceberia sequer o Termo de Ajuste de Conduta entabulado com a apelada, acordo este postulado pela PRODAM, homologado pelo MM. Juízo “*a quo*” (fl. 878), consistente na suspensão de novas contratações sem concurso público até a prolação da sentença, ressalvados os cargos dos Conselhos e Diretoria, mas sem que tal via conciliatória regularizasse a situação atualmente nela verificada.

Em outras palavras, mesmo sob o argumento de égide de sistema híbrido heterodoxo de admissão de funcionários, os atos administrativos restaram desamparados pelo ordenamento jurídico brasileiro na ordem sistemática. As contratações, quando fogem das atribuições previstas na Constituição Federal, frustram o princípio da isonomia, o qual deve ser observado pela Administração Pública, assim como o princípio da impessoalidade.

A Constituição Federal prima pela isonomia, lembrada em vários dispositivos, aqui, por meio de investidura em cargo ou emprego público por meio de concurso, ressalvado os casos em lei – que devem versar em caráter excepcional.

Para as condições de ingresso na carreira pública, nos casos ressalvados (leia-se: exceção), Di Pietro tece que “*Estado e Municípios que queiram contratar servidores temporários com base no artigo 37, IX, têm que estabelecer, por suas próprias leis, as hipóteses em que essa contratação é possível e o regime jurídico em que a mesma se dará*” (In Direito Administrativo, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, 24^a ed. Atlas, pág.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

543). Como dito, hipóteses essas não observadas no caso.

Ainda, cabe ao executor do ato se ater ao princípio da proporcionalidade. Não agindo desta forma, cai em excesso e perde a sua finalidade e adequação. E como ensina Celso Bandeira de Mello: “[...] *inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado*”. (in Curso de Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello, 30ª ed., Metodista, pág. 113)

Restou demonstrado nos autos que as contratações ora discutidas não observaram a excepcionalidade, a necessidade transitória de pessoal ou a inviabilidade de realização de concurso público, assim, configuram emprego concedido de forma desproporcional; a PRODAM passou a fazer da exceção a regra, merecendo anulação na sua conduta ilegal.

Ao administrador público caberia promover a abertura de concurso público, a fim de compatibilizar a conduta à necessidade. Assim, por clara afronta ao sistema jurídico é que se reforma a r. sentença prolatada a fim de declarar nulas as contratações.

Os atos administrativos devem ser praticados com finalidades idôneas, acobertados pelo manto da legalidade. Porém, se o agente destes atos busca especificamente de forma livre e consciente fim contrário à norma, teremos configurada a improbidade.

Pelo acervo fático nos autos, é de se concluir que ficou evidenciada a má-fé do agente público suficiente para configurar ato de improbidade administrativa, pois contratou terceiros para exercerem funções típicas de cargos cujo provimento exigem prévia aprovação em concurso público, inconfundíveis com os típicos casos de exceção.

Aliás, este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no que diz respeito à concessão de empregos públicos sem a existência de concurso:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“(...) É desnecessário revolver legislação local ou fatos para conceber que as contratações dependiam de tal autorização. O Acórdão é expresso em afirmar isso, nos seguintes termos: "Toda investidura de cargo ou emprego público após a promulgação da Constituição Federal de 1988, impescinde de concurso público, por isso se o Governador do Estado chamou para si a responsabilidade de autorizar contratações na CETESB deve responder por seu ato, afinal é o Chefe do Poder Executivo Estadual. As autorizações emanadas de Orestes Quércia estão provadas documentalmente a partir de fis. 3493/3522, não havendo dúvida quanto a sua conduta. (...) Se contratações ou investiduras em emprego público ocorreram por autorização do co-réu, e elas aconteceram sem o devido concurso público, ele deve responder por isto. Provado está nos autos que a CETESB solicitou autorização para várias contratações, não havendo nenhuma indicação de cargos em comissão criados por lei, e que o co-réu expressando a (...) 11. Diante do exposto, com vênias ao eminente Ministro Castro Meira, que vota pelo provimento do Recurso Especial por identificar falta de nexo de causalidade, voto por não conhecer do Recurso e, caso vencido nessa parte, por não provê-lo.” (REsp 1243356 / SP RECURSO ESPECIAL 2011/0054357-1, Relator Ministro Castro Meira, julgado em 06/08/13).

“(...) Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).” (REsp nº 880.662/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 01/03/07, p. 255).

Nestas circunstâncias, do conjunto probatório constante nos autos, conclui-se que o imperativo constitucional da prévia exigência de concurso público, como também as exceções dos cargos em comissão para funções de direção, chefia e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

assessoramento, aplicam-se integralmente às sociedades de economia mista, de sorte que a atual situação constante na PRODAM, consubstanciada no fato de que os “empregados em comissão” não podem subsistir na sociedade de economia mista, sobretudo sob o regime da CLT e recebendo dinheiro público por direitos que não lhes são pertinentes, encontra-se em clara desconformidade ao texto constitucional.

Sendo assim, em que pese o entendimento do D. Juízo *a quo*, de rigor a reforma da r. sentença acolhendo, assim, a tutela jurisdicional pretendida pelo Ministério Público, para declarar nulas as contratações sem prévio concurso e decretar a dispensa do pessoal admitido em tais condições.

Consideram-se prequestionados, para fins de possibilitar a interposição de recurso especial e de recurso extraordinário todos os dispositivos de lei federal e as normas da Constituição Federal mencionados pelas partes.

Ante os fundamentos aqui expostos, dou provimento ao recurso.

RONALDO ANDRADE
Relator