

COMARCA DE MAFRA/SC - 2ª VARA CÍVEL
AUTOS Nº 0900024-75.2016.8.24.0041/SC
PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RÉU: JOAO ALFREDO HERBST
RÉU: MUNICÍPIO DE MAFRA/SC

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O **Ministério Público do Estado de Santa Catarina** ajuizou "ação civil pública por ato de improbidade administrativa" em face de **João Alfredo Herbst**, qualificados nos autos.

Aduziu, em síntese, que obteve informações com base no Inquérito Civil Público n. 06.2011.00006798-4, de que o réu - prefeito do município de Mafra ao tempo do ajuizamento da demanda - estaria realizando contratações em caráter emergencial, apesar da existência de concurso público/processo seletivo em andamento, com candidatos aprovados aguardando chamada (editais n. 001/2008 e 002/2009).

Narrou que o município de Mafra, por meio do ofício n. 232/GPGM/2011 confirmou que o edital n. 002/2009 estava em vigor quando da contratação emergencial, relativo ao Teste Seletivo para temporários do Programa Saúde da Família, assim como que havia candidatos aguardando contratação.

Elucidou que o Município, após notícias de que alguns candidatos procuraram o Ministério Público para informar irregularidades no certame, por intermédio do alcaide expediu decreto (n. 3286, prorrogado pelo decreto n. 3341) para justificar contratação direta e emergencial, em burla à lista de espera do certame vigente à época.

Assim, alegou que o réu decidiu, por contra própria, contratar alguns profissionais da saúde diretamente, em caráter "emergencial", desrespeitando os que aguardavam chamamento no certame oficial, em violação ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Após tecer demais considerações e discorrer sobre a causa de pedir jurídica, requereu a condenação do demandado à imposição das sanções previstas no inciso III do artigo 12 da Lei 8.429/92 (Evento 1).

A decisão interlocutória de Evento 4 determinou a notificação do réu para apresentar defesa preliminar, bem como a citação do ente municipal.

O Município de Mafra nada requereu, arguindo ausência de interesse público a justificar intervenção no feito (Evento 10).

Notificado, o réu apresentou defesa preliminar no Evento 14, momento em que requereu a total improcedência do pedido formulado na exordial, em síntese, porque a conduta atribuída não configurou ato de improbidade administrativa, vez que ausente indícios mínimos da conformação dos atos a qualquer das figuras típicas previstas na lei de improbidade administrativa, essencialmente porque não apontado concretamente a atuação dolosa ou a má-fé do demandado, de modo que o cenário fático apresentou apenas uma possível irregularidade.

O Parquet ofertou impugnação à resposta preliminar (Evento 18).

Admitindo-se a peça póstica, a decisão de Evento 22 saneou o processo e designou audiência de instrução e julgamento.

Na solenidade, procedeu-se à oitiva de 4 (quatro) testemunhas e, posteriormente, expedida precatória inexitosa, designou-se nova assentada para a oitiva de Allan (Eventos 95 e 143), desistindo-se dos demais testigos.

O Ministério Público apresentou alegações finais por escrito, oportunidade em que reiterou os termos expostos no exórdio e pugnou pela condenação do réu pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no

artigo 11, caput, e incisos I e V, com a aplicação das sanções previstas no inciso III do artigo 12, todos da Lei n. 8.429/92 (Evento 149).

O demandado, embora devidamente intimado, não apresentou alegações finais (Eventos 150 e 155).

É o relatório. Decido.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Trato de Ação Civil Pública manejada pelo **Ministério Público de Santa Catarina** contra **João Alfredo Herbst**, na qual aduziu que o demandado praticou ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, caput, e incisos I e V, da Lei n. 8.429/92 consistente na contratação de profissionais da saúde de modo direto, em caráter emergencial, em desrespeito aos que aguardavam chamamento no certame oficial vigente ao tempo da contratação.

Assim, pugnou pela aplicação das sanções previstas no inciso III do artigo 12, da Lei n. 8.429/92.

Inexistindo **questões processuais pendentes, preliminares** ou **prejudiciais de mérito** cujo enfrentamento seja necessário, passo à análise do *meritum causae*.

No que tange à questão meritória, inicialmente acerca da Ação Civil Pública, prevista na Lei n. 7.347/1985, colho da doutrina¹, que a conceitua como um:

instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data. São Paulo, Editora Malheiros, p.152.

Outrossim, é consabido que a Administração Pública trilha e está balizada pelos princípios, dentre outros, da legalidade e moralidade, preconizados no caput do art. 37 da Constituição Federal, porquanto "*a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia*".

Logo, é a lei quem define até onde o administrador público poderá atuar de forma lícita, sem cometer ilegalidades e, bem assim, como ele deve agir. Na lição do doutrinador Hely Lopes Meirelles:

Todo o ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (**princípio da legalidade**), com a moral da instituição (**princípio da moralidade**), com a destinação pública própria (princípio da finalidade) e com a divulgação necessária (princípio da publicidade. Faltando, contrariando ou desviando-se desses interesses básicos, a Administração Pública vicia o ato de ilegitimidade expondo-o à anulação da mesma, ou pelo Poder Judiciário se requerida pelo interessado" (Direito Administrativo Brasileiro. 40 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 802 - realcei).

A moralidade administrativa é desenhada pela doutrina como a ponte de ligação entre os comandos jurídicos e os valores éticos da sociedade em geral, sendo um "ponto de intersecção" entre as esferas jurídica e ética em sentido estrito, fator legitimador da própria produção jurídico-administrativa.

No ponto, notadamente sobre o princípio da moralidade administrativa, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece:

[...] a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude, que sujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade com o art. 37 da Constituição [...] Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou

inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 4ª ed., Malheiros, 2005, pp. 59 e 89).

O princípio da impessoalidade, por sua vez, estabelece que a atuação do agente público deve ser pautada na ausência de subjetividade, ficando o agente impedido de considerar quaisquer inclinações e interesses pessoais, próprios ou de terceiros.

Pois bem.

Nesse contexto, antes de abordar o mérito da controvérsia, sublinho que é assente na Corte da Cidadania o entendimento segundo o qual para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

Como cediço, a proposição da ação de improbidade administrativa deve estar sempre permeada de bom senso e de cautela, tendo em vista que referida ação reúne características muito semelhantes àquelas típicas de ação penal, na medida em que as graves consequências da eventual condenação revelam forte conteúdo repressivo e inquestionáveis desdobramentos políticos.

Nessa toada, acentuo que o estigma originado tão somente com a proposição desta medida judicial, que contém fortes traços penais e políticos, é fator suficiente a ensejar precaução por parte do julgador quanto ao recebimento desta ação, mormente quando estiver convencido da inexistência de ato ímprobo ou da sua improcedência, ou ainda quando a petição inicial não apontar com precisão a culpabilidade do agente.

Aliás, "Na ambiência de ação por improbidade administrativa, cujas sanções são sabidamente severas, não sobeja espaço para condenações

fundadas em indícios ou presunções, daí exigir-se razoável evidenciação da prática de ato ímprobo, afinal de contas, nem toda irregularidade administrativa pode ser classificada como tal, mesmo quando aparentemente o indigitado ato enquadre-se na moldura da tipificação genérica do art. 11 da Lei n. 8.429/92." (Apelação Cível n. 2010.028096-0, de Lages, j. 27.9.2011)

E, em arremate, destaco os ensinamentos do e. Des. Pedro Manoel Abreu no bojo da Apelação Cível n. 2012.075036-6, j. em 10/12/2013, no sentido de que:

Não é possível vulgarizar o controle de probidade dos atos administrativos, sob o argumento de que toda ilegalidade configura necessariamente conduta definida na LIA. Assim não pode ser, porque a complexa atividade administrativa exige dos administradores quase que diuturnamente uma incessante tomada de decisões, o que fatalmente os expõe a erros. Não é justo que, ao mais simples equívoco, desprovido de má-fé, sejam os administradores despojados de seus direitos políticos, destituídos de seus cargos públicos, para exemplificar, lançando-se-lhes o anátema da desonestidade. Resulta daí a exigência jurisprudencial acerca da demonstração do dolo ou de culpa grave na maior parte dos tipos definidos na Lei de Improbidade: distinguir entre o ato de boa e o de má-fé; o administrador inepto, do ímprobo".

No presente caso, a questão fulcral reside em verificar se na existência de concurso público/processo seletivo para determinada função, a contratação de servidores em regime de emergência pelo réu caracterizou (ou não) ofensa aos princípios da administração pública.

E nesse andar, não é novidade que com o advento da Constituição Federal de 1988 fora consagrado o princípio do concurso público/processo seletivo como regra geral para admissão de servidores na Administração Pública em toda sua extensão. O art. 37, inciso II, da Carta Magna é cristalino:

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:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Não desconheço, outrossim, que exceções à referida regra estampam os incisos V e IX do mesmo artigo:

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

[...]

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

Da detida leitura dos dispositivos ora reproduzidos, infiro que a investidura em cargo público depende, indubitavelmente, da aprovação em concurso público/processo seletivo, admitindo, excepcionalmente, as nomeações para os cargos em comissão ou a contratação por tempo determinado, nessa segunda hipótese, desde que para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público.

Aliás, para a contratação temporária de servidores com respaldo no art. 37, IX, da Constituição Federal, sem o prévio concurso público/processo seletivo, imprescindível o preenchimento das seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; e, c) necessidade temporária de interesse público excepcional, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal².

Não pairam dúvidas, repito, que o preceito constitucional que possibilita a contratação de servidores temporários demanda, em primeiro, a

² ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125-MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380-MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC.

demonstração fática de uma necessidade sazonal de excepcional interesse público e, em segundo, uma norma infraconstitucional que preveja as taxativas hipóteses da excepcionalidade da medida.

A propósito, o Excelso Pretório consignou que "*o artigo 37, IX, da Constituição exige complementação normativa criteriosa quanto aos casos de 'necessidade temporária de excepcional interesse público' que ensejam contratações sem concurso. Embora recrutamentos dessa espécie sejam admissíveis, em tese, mesmo para atividades permanentes da Administração, fica o legislador sujeito ao ônus de especificar, em cada caso, os traços de emergencialidade que justificam a medida atípica*" (STF. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3721/CE, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 09/06/16).

No município de Mafra a Lei n. 3.008, de 15 de dezembro de 2005, que discorria sobre a contratação temporária de excepcional interesse público - vigente à época do fato - dispunha:

Art. 1º Fica o Executivo Municipal autorizado a contratar pessoal por Tempo Determinado, para atender as necessidades temporárias de excepcional interesse público, sob o regime especial administrativo de que trata esta Lei.

Art. 2º **São de necessidade temporária de excepcional interesse público, as contratações para:**

I - Atendimento a situação de emergência e de calamidade pública de forma a conjurar ou limitar os efeitos de fatores anormais ou adversos, tais como, entre outros, os de natureza climática, atmosférica, geológica, sanitária e psicossocial, decretada pelo Chefe do Poder Executivo;

§ 1º As contratações realizadas com base nesta Lei serão limitadas ao número de 600 (seiscentos) por ano.

§ 2º As contratações serão feitas por período de tempo estritamente necessário para a consecução das tarefas, não podendo ultrapassar a 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado por interesse das partes, através de termo aditivo, uma única vez por igual período.

§ 3º Nas hipóteses do inciso I, **a contratação somente é autorizada após esgotada toda possibilidade de aproveitamento de pessoal disponível na entidade, de acordo com a respectiva habilitação profissional.**

§ 6º Nas contratações por tempo determinado devem ser observados os níveis de vencimento dos servidores efetivos ocupantes dos cargos a serem preenchidos e respectiva carga horária, e os contratados previstos no inciso III não terão direito à alteração de nível salarial durante a vigência do contrato de trabalho.

Art. 6º As despesas decorrentes da presente Lei correrão por conta de dotações próprias do orçamento vigente às áreas da saúde, do Fundo Municipal de Saúde, de Educação, do Fundo Municipal da Educação e demais áreas específicas.

Art. 7º O recrutamento de pessoal a ser contratado por tempo determinado na área de educação e saúde será feito pela Secretaria Municipal de Educação e Saúde, respectivamente e as demais pela Secretaria Municipal de Administração, mediante processo seletivo simplificado de provas e títulos sujeito à divulgação por edital, respeitadas a habilitação e escolaridade exigidas para o cargo pela legislação municipal.

Parágrafo Único. Nos casos de emergência na área de saúde, assim decretados por ato do Chefe do Poder Executivo, fica dispensada a realização de Processo Seletivo.

E a hodierna jurisprudência tem rumado na direção de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação³.

Com efeito, "[...] a contratação direta e temporária de mão-de-obra para a realização do mesmo labor destinado ao cargo existente na estrutura administrativa e com concurso já perfectibilizado, na vigência de seu prazo de validade e com candidato aprovado aguardando a nomeação, faz presumir que há cargo a ser ocupado, a ensejar o direito à nomeação". (Reexame Necessário n. 0304740-92.2015.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 24.5.2016)

³ ARE n. 790.897 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25.2.2014.

Dessa feita, é inconteste que as disposições contidas no Edital do certame vinculam a Administração, que está obrigada a investir no serviço público os aprovados no limite das vagas previstas, bem como que a previsão de determinado número de cargos ociosos em edital traduz a necessidade imediata de servidor para aquele posto.

In casu, verifico dos autos que o réu editou decreto determinando a contratação emergencial de enfermeiros vinculados ao "*Programa Estratégia Saúde da Família - ESF*" – Decreto n. 3.286, de 07/07/2010 - sob a justificativa de ausência de profissionais na área de saúde, bem como porque houve recurso interposto por candidatos no bojo do processo seletivo de 11/2009 (Evento 1, INF23 e INF24).

Do decreto citado, percebo que foram admitidos os seguintes candidatos: Vanessa Delmaso, Hildes Ariane da Silva Tinoco, Jorge Jair de Moura Borges e Rubia Forteski, consoante Ofício n. 253/2011 da prefeitura municipal de Mafra/SC (Evento 1, INF21).

E deste último ofício constato que a municipalidade expressamente afirmou que "*não foi seguida a ordem do Processo Seletivo (como dispensa o Decreto), e sim observadas as qualificações profissionais e experiência na função, havendo coincidências em aprovados ou não no referido Processo.*"

De igual modo, no ofício n. 060/2011, a Diretoria do Departamento de Controle Interno do município de Mafra constatou que não foi obedecida a ordem de chamamento do processo seletivo 002/2009, porquanto Vanessa Dalmaso foi admitida em 15/03/2010, mas havia dois aprovados para convocar; Hildes Arianne da Silva Tinoco foi admitida em 15/03/2010, porém existiam 07 aprovados para convocar; e, Rubia Forteski foi admitida no dia 23/03/2010, contudo, havia 15 aprovados, aptos para convocação (Evento 1, INF22).

Restou nítido e inconteste, portanto, que houve a contratação de pessoal em descompasso com o concurso público/processo seletivo vigente, encartado no Evento 1, INF69 a INF181- inclusive porque o réu não negou tal fato

em contestação, apenas aduzindo inexistir dolo na conduta, mas apenas mera irregularidade (Evento 14, PET422, p. 9).

No ponto, observo que o decreto justificou a contratação emergencial em virtude de suposta "*ausência de profissionais na área de saúde, bem como porque houve recurso interposto por candidatos no bojo do processo seletivo de 11/2009*", inclusive com representação deste no Ministério Público.

Entretanto, da detida análise dos autos, não vislumbro qualquer documento apto a comprovar as supostas representações no órgão ministerial, tampouco orientação de suspensão do processo seletivo, ônus que competia ao demandado, na forma do art. 373, II, do Código de Processo Civil.

Não bastasse, a mera presença de recurso interposto durante um concurso público/processo seletivo não tem o condão de suspender todo o certame, visto que é medida legal utilizada pelos candidatos. Somado a isso, a existência da dita investigação e/ou demais justificativas aptas a derruir a legitimidade do processo seletivo, acaso existentes, não foram comprovadas pelo réu.

Aliás, no ato praticado pelo réu não há qualquer demonstração de invalidade do certame, registro de demanda judicial ou até mesmo indício de inquérito civil a investigar o alegado. Não há, portanto, qualquer demonstração da justificativa estampada, qual seja, a invalidade do processo seletivo em vigência.

Nesse meandro, a prova oral corrobora o desenho alinhavado.

Isso porque **Maria Beatrice Reynaud dos Santos**, inquirida em juízo, disse que era, à época, secretária municipal de saúde de Mafra; que sabe do que se trata o processo; que foi secretária da saúde em 03/2010; que **recorda sobre a contratação das pessoas; que a ordem de chamada não foi respeitada porque o concurso dos enfermeiros não foi homologado, porque alguém questionou a prova; que não tinha o resultado oficializado e homologado pelo prefeito, mas tinha pela UNC; que não houve qualquer denúncia formal sobre anulação da prova; que foi responsável pela**

elaboração do Ofício n. 253/2011; que apenas cumpriu a ordem do prefeito; que indicou os nomes; que algumas pessoas dessa lista já trabalhavam na prefeitura; que conhecia as três pessoas chamadas [...]; que não conhecia as pessoas da lista; que conhecia apenas algumas pessoas; que não foi nada pessoal; que a indicação dos nomes partiu de seu convencimento íntimo; que apesar disso, o prefeito pode validar ou não, e ele validou; que soube, após, "**que a menina do controle interno informou que quando chegou a primeira notificação para nós ela havia avisado o Sr. João Alfredo de que ele não poderia fazer isso**" que não enviou à testemunha, mas a menina do controle interno enviou o aviso de contraíndicação ao prefeito, pessoalmente; [...] que a responsável pelo controle interno levou cópia da contraíndicação ao prefeito, mas que não viu isso; que a justificativa do prefeito era o medo de perder verba, assim como era a sua; que a suposta irregularidade no processo seletivo de 2009 foi a única que se recorda; [...] que não falou com o prefeito sobre ilegalidade do processo seletivo [...]. (Evento 95, VÍDEO583).

A testemunha **Célia Regina Kuss Moro**, por sua vez, compromissada na forma da lei, falou que era diretora de controle interno do município de Mafra ao tempo do fato; que foi encarregada de elaborar o parecer da contratação; que buscou o processo seletivo, para ver a classificação; que encontrou o nome das selecionadas, fora da ordem de classificação; que colocou um bilhete avisando sobre a irregularidade, para que o RH revisasse; que não fez o parecer no momento porque não concordava com a dissonância à ordem de classificação; que o RH só comunicou verbalmente que a secretária de saúde teria informado que o processo seletivo teria sido embargado; **que esse embargo nunca chegou até o controle interno; que nunca teve acesso ao embargo; que foi contratado sem o controle interno; que era de hábito o controle interno fazer parecer na contratação; que os nomes chegavam pelo RH, que fazia o parecer de regularidade;** que não tem parecer do controle interno dessas contratações [...]; que não tem conhecimento de anulação ou embargo do processo

seletivo; que o processo "vingou", tendo sido considerado válido; que para o cargo de enfermeira houve esse problema [...]; **disse que essas contratações ocorreram com a permissão do prefeito**; [...] que já houve esse tipo de contratação em momento anterior, no período da gripe, ocorridas de modo regular; [...]; que não alertou o prefeito sobre a ilegalidade do ato, apenas o secretário e o RH; que ouviu o RH sobre a justificativa do ato [...]. (Evento 95, VÍDEO584).

Rodney Medeiros, ouvido em juízo, relatou que foi secretário de administração na gestão do réu, de 2009 a meados de 2011; [...] que à época respondeu um ofício informando que a contratação dos enfermeiros ocorreu por conta do decreto emergencial na área da saúde; **que não sabe o motivo da contratação**; [...]; que não falou com o prefeito sobre o assunto; **que rememora da existência do processo seletivo de 2009**; afirmou **que não se lembra do embargo ao processo seletivo de 2009**; [...] que tinha bastante contato com o prefeito; que em nenhuma vez o réu disse para a testemunha agir contrariamente à lei; [...] disse que **a ordem das informações prestadas no ofício n. 232/2011 não partiu da Secretaria Municipal de Administração**, que não se recorda; que não sabe quem ordenou a suspensão da contratação do processo seletivo de 2009; que não partiu de si a ordem de não seguir a lista; que o prefeito é o responsável final pela contratação. (Evento 95, VÍDEO581)

A testemunha **Eliane Tschoeke Grassitelli**, quando de sua ouvida em juízo, disse que à época era diretora de recursos humanos de Mafra; que foi diretora de 2006 a fevereiro de 2013; que tem conhecimento sobre a contratação de enfermeiros descrita na exordial; [...] **que percebeu que as pessoas a serem chamadas estavam fora da ordem da classificação; que os três selecionados não eram os três primeiros da lista de aprovados**; disse que entrou em contato com a gestora da contratação e recebeu informação de que **um candidato entrou com recurso sobre uma questão da prova, e que o processo havia sido embargado, apenas em relação aos enfermeiros, com o restante do processo seletivo "tocando normal"**; relatou que comunicou o fato ao controle interno; que

na sequência, após deliberação dos gestores, o prefeito determinou as contratações; que só foi esse caso que ocorreu desta maneira; [...] que não havia justificativa pela escolha dos nomes; que não sabe o critério para a chamada dos selecionados; **disse que só ouviu falar sobre recomendação vinda pelo Ministério Público para invalidação do certame, não chegando qualquer documento para o "RH"**. (Evento 95, VÍDEO582).

Por derradeiro, **Allan Leon de Mello**, procurador municipal de Mafra entre 2010 e 2011, inquirido judicialmente, relatou que rememora do processo seletivo de 002/2009 e das contratações emergenciais, mas não pode esclarecer demais questões; que rememora sobre denúncias de irregularidades sobre o chamamento irregular de candidatos e que, por isso, elaborou novo processo seletivo em 2010; [...]; que estava na área de licitação à época (Evento 143, VÍDEO580).

Diante da prova amealhada no processo, percebo que o réu João Alfredo Herbst, sem justificativa idônea, uma vez que inexistia qualquer plausibilidade quanto à alegação de suspensão do processo seletivo vigente, autorizou a contratação de quatro enfermeiros, por meio de Decreto, em evidente dissonância à ordem de classificação do Processo Seletivo n. 002/2009.

Demais disso, em que pese existir lei municipal regulamentando a contratação temporária, noto que os ditames legais sequer foram cumpridos, porquanto já havia concurso público/processo seletivo finalizado, o que contrariou a regra do art. 2º, § 3º, da Lei Municipal n. 3.008, de 15 de dezembro de 2005, assim como porque o decreto apresentou motivação em descompasso com a realidade, uma vez que inexistente qualquer suspensão ou indícios desta no processo seletivo vigente.

Assevero, ainda, que não merece guarida o argumento de que a contratação constituiu mera irregularidade, haja vista que eventual necessidade poderia ser suprida sem qualquer óbice pelos aprovados no concurso

público/processo seletivo que aguardavam nomeação, ou seja, os serviços essenciais não seriam interrompidos ou prejudicados.

Não cerro os olhos para o fato de que o Município não pode descuidar dos serviços dos profissionais da área da saúde; contudo, resta vedada a prática de preterição daqueles que tiveram aprovação em concurso/processo seletivo, com a contratação de terceiros em detrimento aos que foram submetidos ao certame e foram aprovados, sem qualquer irregularidade.

Outrossim, a contratação emergencial não pode ser vulgarizada sob pena de criação de nova forma de admissão no serviço público, mormente porque a Constituição Federal, como forma de ingresso no serviço público, exige, regra geral, aprovação em concurso/processo seletivo.

E, além disso, gizo que os pagamentos de servidor selecionado por concurso/processo seletivo ou contratado de forma emergencial sairiam da mesma rubrica orçamentária.

Nesse viés, em julgado semelhante ao dos autos, elucida a jurisprudência do e. Tribunal de Justiça Catarinense:

"A contratação em caráter temporário de servidor mal sucedido no concurso para o preenchimento de cargo de provimento efetivo, em detrimento do primeiro colocado no certame, caracteriza ato de improbidade administrativa. A circunstância de o servidor contratado temporariamente ter sido submetido a processo seletivo cujas inscrições permaneceram abertas por apenas dois dias, no período matutino, tendo se inscrito apenas o contratado, constitui irresponsável indício de que o processo foi manipulado para beneficiar o candidato. [...]". (Apelação Cível n. 2009.014590-9, de Curitiba, j. 15.9.2009).

Na mesma vereda:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATO PARA FUNÇÕES TEMPORÁRIAS - ABUSO E DESVIO - RECURSO DESPROVIDO "A contratação dos mesmos professores temporários por diversos anos letivos, seguidamente, sem realização de concurso público para preenchimento de vagas remanescentes, descaracteriza a temporariedade e

excepcionalidade do interesse público exigidos para a exceção descrita no art. 37, IV, da Carta Magna. Dessa forma, os agentes públicos responsáveis pelas contratações irregulares praticaram ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, I, da Lei n. 8.429/92, com desvio da finalidade da lei, salientando-se que a desonestidade das condutas provém da violação ao dever de eficiência na gestão da coisa pública" (AC nº 2004.033878-1, Des. Volnei Carlin). (Apelação Cível n. 2007.057348-7, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto, j. 3.6.2008).

Por derradeiro, singrando pelas mesmas águas:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS DOS CONTRATOS DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS PARA O CARGO DE ENFERMEIRO. PORTARIAS SUBSCRITAS PELO PREFEITO. CONTRATAÇÕES QUE SE PRORROGARAM DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. LEI MUNICIPAL QUE PERMITIA ESTE TIPO DE EXPEDIENTE, ENQUANTO NÃO FOSSE REALIZADO CONCURSO E DESDE QUE AS NOMEAÇÕES FOSSEM DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS. REQUISITOS LEGAIS NÃO CUMPRIDOS. MANUTENÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE QUE PODERIA SER SUPRIDA COM A NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. ATO DE NOMEAR SERVIDORES CIRCUNSCRITO À COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL (ART. 98, INCISO X, DA LEI ORGÂNICA). CONDUITA REPROCHÁVEL PREVISTA NO ART. 11, INCISO I, DA LEI N. 8.429/92. PRESENÇA DO ELEMENTO VOLITIVO. IMPOSSIBILIDADE DE ESTENDER TAL RESPONSABILIDADE AOS SECRETÁRIOS MUNICIPAIS. SENTENÇA REFORMADA PARA JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO SOMENTE EM RELAÇÃO AO ALCAIDE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Em que pese existir lei municipal regulamentando a contratação temporária, nota-se e registra-se, que os ditames legais sequer foram cumpridos, a uma porque já havia concurso público finalizado, o que contrariou a regra do art. 2º, § 1º, da Lei Municipal n. 1.528/2001; a duas porque as portarias (fls. 105-120) que prorrogaram os contratos sequer apresentaram motivação para tanto, conforme exige o art. 6º da já citada Lei. - Não se sustenta, ademais, o argumento de que as prorrogações se justificaram em razão da manutenção do serviço de saúde da rede municipal, isso porque, eventual necessidade poderia ser tranquilamente suprida pelos aprovados no concurso público que aguardavam nomeação, ou seja, os serviços essenciais não seriam interrompidos ou prejudicados. - "Existindo concurso

vigente não pode o administrador simplesmente efetuar a contratação de outros em face de lei que permite a contratação emergencial. Vontade deliberada em frustrar a ordem dos aprovados no concurso público. Improbidade caracterizada. [...]" (TJRS, Apelação Cível n. 70046166104, de Gravataí, rel. Des. Eduardo Kraemer, j. 24.10.2013) - Transborda a mera ilegalidade o agir do administrador público que, ao seu alvedrio, ignora o resultado de concurso público realizado com lisura e, durante seu prazo de validade, promove a prorrogação dos contratados de servidores temporários. (TJSC, Apelação n. 0004077-42.2010.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 28-06-2016).

E da jurisprudência do c. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colho:

IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE PROCURADORES. CARGOS TEMPORÁRIOS. CONCURSO.
Existindo concurso vigente não pode o administrador simplesmente efetuar a contratação de outros em face de lei que permite a contratação emergencial. Vontade deliberada em frustrar a ordem dos aprovados no concurso público. Improbidade caracterizada. Negado provimento ao recurso. (Apelação Cível n. 70046166104, de Gravataí, rel. Des. Eduardo Kraemer, j. 24.10.2013).

O dolo genérico, pois, está caracterizado, porquanto ausente qualquer justificativa idônea para a prática da conduta, especialmente diante da inexistência de documentação indicativa de embargo no processo seletivo vigente, bem como porque o decreto apenas indica o termo "sob investigação", deixando de arrolar qualquer número de processo judicial, inquérito civil ou qualquer elemento capaz de aferir a suspensão do certame.

De mais a mais, a prova testemunhal trouxe elementos no sentido de inexistência de suspensão do certame.

Lado outro, não houve enriquecimento sem causa ou prejuízo ao erário, uma vez que a Administração Pública pagou aos servidores indevidamente nomeados, nada além dos salários devidos pelos serviços efetivamente prestados.

Portanto, a conduta do requerido está encaixada no tipo descrito no art. 11, caput e incisos I e V, da Lei n. 8.429/92:

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: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; [...] V - frustrar a licitude de concurso público;

É notório, pois, que o dolo genérico exigido pela Lei de Improbidade está presente na hipótese em julgamento, pois o réu, deliberadamente, desconsiderou o concurso público/processo seletivo e nomeou servidores temporários aos cargos para os quais havia candidatos aprovados.

Transborda a mera ilegalidade, nesse sentido, o agir do administrador público que, ao seu alvedrio, ignora o resultado de concurso público/processo seletivo realizado com lisura e, durante seu prazo de validade, promove a contratação de servidores temporários pinçados ao seu talante, em afronta aos princípios da legalidade e da impessoalidade.

Das sanções aplicáveis ao réu

Uma vez assentada a prática de ato administrativo pelo réu, urge examinar, a partir do princípio da proporcionalidade e com base nas disposições da Lei 8.429/92, as sanções adequadas.

O ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito, cause lesão ao erário e atente contra princípios que regem a Administração Pública, implica sujeição dos agentes às penas previstas no artigo 12, da Lei n. 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:
[...]

III - na hipótese do art. 11, **ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos** de três a cinco anos, **pagamento de multa civil** de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e **proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios**, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. - grifei.

Embora a Lei explicita inúmeras penalidades aos atos de improbidade administrativa elencados nos artigos 9, 10 e 11, cabe ao Estado-Juiz, com base na já citada proporcionalidade, fixar as penas.

A doutrina não destoa, a exemplo de Marcelo Figueiredo⁴:

É dizer, ante a ausência de dispositivo expresso que determine o abrandamento ou a escolha das penas qualitativa e quantitativamente aferidas, recorrer-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 a mais adequada em face do caso concreto. Não se trata de escolha arbitrária, porém legal (...).

A respeito do tema, rememoro a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...) A aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente” (conforme previsão expressa contida no parágrafo único do referido artigo). Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais não devem ser aplicadas, indistintamente, de maneira cumulativa (...) (STJ - REsp: 887274 MG 2006/0201075-8, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 25/11/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/02/2009).

⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. Proibidade Administrativa – comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: editora Malheiros, 5ª ed., 2000, p. 137.

E tanto quanto a cautela que deve nortear o julgador ao previamente esquadriñar condutas tachadas como ímprobadas, a prudência também deve acompanhar na ocasião em que as penalidades tiverem de ser aplicadas, devendo trilhar, indubitavelmente, pelos princípios da razoabilidade, para ser aferida a real gravidade do comportamento e da proporcionalidade, a fim de fixar a dosimetria punitiva.

Nesse contexto, a Corte da Cidadania tem orientado:

"A aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade. Para decidir pela cominação isolada ou conjunta das penas previstas no artigo 12 e incisos, da Lei de Improbidade Administrativa, deve o magistrado atentar para as circunstâncias peculiares do caso concreto, avaliando a gravidade da conduta, a medida da lesão ao erário, o histórico funcional do agente público etc." (REsp n. 300184/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, DJ de 3.11.2003, p. 291).

Ressai linear, portanto, o entendimento de que a aplicação das sanções deve seguir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de forma suficiente a resguardar os fins visados pela lei, sobretudo a proteção da moralidade administrativa.

Alexandre de Moraes, dentre outros, adota essa acepção:

'Entendemos que o rol de sanções previstas no artigo 12 da lei não deverá ser, obrigatoriamente, aplicado de forma cumulativa, ou seja, o Poder Judiciário não estará vinculado, abstratamente, à aplicação de todas as sanções em todas as hipóteses de ato de improbidade administrativa, pois em virtude do princípio da individualização da pena consagrado constitucionalmente no inciso XLVI, do artigo 5º, exige-se uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. 'Dessa forma, a imposição da pena depende do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta), permitindo ao magistrado que no caso concreto opte pela aplicação de todas as sanções previstas no artigo 12, ou somente por algumas delas, em respeito

ao princípio da razoabilidade anteriormente analisado'. Portanto, a aplicação cumulativa, parcial ou isolada das sanções arroladas no art. 12 da LIA subordina-se aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim sendo, exigem que o Magistrado, no momento da aplicação das sanções previstas na LIA, à luz do caso concreto, limite-se àquelas estritamente necessárias (razoáveis e proporcionais) para alcançar, com justiça, os fins almejados pela LIA, sendo defeso a ele, pois, a mera aplicação objetiva e automática de sanções em bloco. (Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 155-156).

Logo, considerando que não houve lesão ao erário ou enriquecimento sem causa, o agir a ser reprochado, na espécie, diz respeito à transgressão aos princípios da administração pública.

Assim, em atenção à proporcionalidade e à razoabilidade, bem como sopesando a conduta do réu, entendo que a pena a ser aplicada é a **multa civil no patamar de três vezes o valor da remuneração percebida pelo agente à época dos fatos**, aliada à **suspensão dos direitos políticos** pelo prazo mínimo previsto em lei, de **três anos**, pois constituem medidas satisfatórias a ponto de efetivar os fins colimados pela lei.

Anoto que a posologia das sanções observou a gravidade em concreto do agir imputado ao réu. Assinalo que sua conduta acabou ensejando a corrosão de um certame público válido, sem qualquer demonstração de pecha de ilegalidade a o desabonar, preterindo-se os aprovados para se pinçar, ao talante do gestor público, pessoas não habilitadas em processo seletivo idôneo.

Não é demais gizar que o concurso público é um dos pilares do sistema republicano, impondo ao Administrador o dever de agir animado pela indisponibilidade do interesse público, tocando-lhe conduzir processos seletivos tencionados à seleção de profissionais mais aptos, não autorizado o Gestor a expressar predileções e selecionar quem bem entenda para integrar o quadro de servidores públicos.

Ao revés, o agir do réu externou aos administrados a inconfiabilidade no processo seletivo inaugurado, particularmente no tocante ao cargo de

enfermeiro, porque, desprezando-o, o réu escolheu quem quis. Aos olhos dos administrados (e o que dizer dos cidadãos preteridos no certame), a sistemática de escolha não passou de - como de fato foi - uma encenação de legalidade.

Assim, agiu o réu em nítida a ofensa aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, frustrada a licitude de concurso público e evidenciado o desvio de finalidade. A repreensão deve, como dito, guardar correspondência com a gravidade da conduta.

Por fim, lanço uma observação que envolve o denominado "consequencialismo", termo filosófico que começou a ser usado para uma teoria acerca da responsabilidade, mas que é habitualmente utilizado para uma teoria acerca do correto e do incorreto. O termo foi criado por Elizabeth Anscombe em "*Modern Moral Philosophy*", no ano de 1958, para defender a tese de que **um agente é responsável tanto pelas consequências intencionais de um ato, como pelas não intencionais quando previstas.**

Nessa perspectiva, o Estado-Juiz deve antever as consequências que suas decisões irão gerar no seio social, conforme observado do Código de Ética da Magistratura (Aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, do dia 06 de agosto de 2008, nos autos do Processo nº 200820000007337):

Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.

Nesse conduto, em assemelhado sentido o art. 20 da LINDB não deixa dúvidas de que toca ao julgador observar e antever as consequências de suas decisões e autoriza o sopesar desses desdobramentos em sua motivação:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

A partir de tal constatação, mister o entendimento de que as decisões judiciais, além de dar conformação jurídica a situações fáticas, são dotadas de caráter pedagógico.

E por essa ótica, concluo que a presente sentença também visa a explicitar a mensagem indicativa da necessidade de todo e qualquer administrador gerir de forma adequada a coisa pública e observar os princípios que regem a Administração Pública.

Anoto, por fim, que foram enfrentados todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada precedentemente, na forma exigida pelo art. 489, §1º, IV, do CPC.

Portanto, a procedência do pedido formulado no exórdio é medida de rigor.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, **resolvo o mérito** com fulcro no art. 487, I, do Código de Processo Civil e **julgo procedentes** os pedidos deduzidos nesta Ação Civil Pública, para o fim de **reconhecer** a prática de ato de **improbidade administrativa**, por parte do réu **João Alfredo Herbst**, consubstanciada na violação aos princípios que regem a administração pública, na forma do art. 11, caput, e incisos I e V, da Lei 8.429/92, nos termos da fundamentação, e, em razão disso, **condená-lo** à sanção de **multa civil** no patamar equivalente a **três vezes o valor da remuneração** percebida pelo agente à época dos fatos - março de 2010, conforme Evento 1, INF22), atualizada monetariamente (INPC) e acrescida de juros de mora de 1% ao mês, ambas contadas desde o evento danoso (Súmulas 43 e 54, ambas do Superior Tribunal de Justiça)⁵, a ser revertida em favor do

⁵ "[...] Consoante posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, considerando que as sanções, como a multa civil, e o ressarcimento do dano, previstos na Lei da Improbidade Administrativa, inserem-se no contexto da responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito, os juros de mora e a correção monetária devem incidir desde a data do evento danoso (Súmulas 43 e 54, ambos do STJ). Termo inicial da exigência dos juros legais, de acordo com o art. 398 do Código Civil e com a súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, são devidos a partir do evento danoso [...]". (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4009855-28.2019.8.24.0000, de Araranguá, rel. Des. Pedro

Fundo de Recuperação de Bens Lesados do Estado de Santa Catarina, bem como à **suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos**, a contar do trânsito em julgado.

O réu deverá arcar com o pagamento das custas e despesas processuais.

Incabíveis honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei n. 7.347/1985, bem como porque a presente demanda está inserida na atividade típica do Ministério Público, que não enseja tal verba, consoante orientação do Superior Tribunal de Justiça⁶.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Havendo recurso de apelação, intime-se a parte contrária para oferecer contrarrazões e encaminhem-se os autos à instância superior, sem que haja nova conclusão.

Transitada em julgado, inclua-se a condenação no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade e, por fim, arquivem-se.

Mafra/SC, 01º de janeiro de 2021.

JÚLIO CÉSAR DE BORBA MELLO
Juiz Substituto

Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 10-03-2020). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4014918-34.2019.8.24.0000, de São José do Cedro, rel. Sônia Maria Schmitz, Quarta Câmara de Direito Público, j. 13-08-2020).

⁶ O Ministério Público tem por finalidade institucional a defesa dos interesses coletivos e individuais indisponíveis (CF, art. 127). A Lei 8.906/94, a seu turno, dispõe que os honorários sucumbenciais pertencem aos advogados, constituindo-se direito autônomo (art. 23), determinação que está na base da Súmula STJ/306. Nessa linha, não há título jurídico que justifique a condenação da parte sucumbente à remessa dos honorários para o Estado quando não se verifica a atuação de advogados no pólo vencedor. A par de não exercer advocacia, o Ministério Público é financiado com recursos provenientes dos cofres públicos, os quais são custeados, por entre outras receitas, por tributos que a coletividade já suporta. (REsp 1034012/DF, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22/09/2009, DJe 07/10/2009).