



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1050392-35.2018.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Ação Civil Pública Cível - Violação aos Princípios Administrativos**
 Requerente: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
 Requerido: **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Alexandra Fuchs de Araujo**

Vistos.

Trata-se de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, com pedido de tutela provisória de urgência antecipada, proposta pelo Ministério Público em face do Município de São Paulo e do Serviço Funerário do Município de São Paulo, onde se requer que esses entes se abstenham de contratar ou manter no Serviço Funerário Municipal de São Paulo funcionários não aprovados em concurso público.

Aduz, o MP que por força do desmembramento do inquérito civil nº 480/2011 foi instaurado o inquérito civil nº 14.0695.0000384/2012-9, com o objetivo de apurar eventuais irregularidades na manutenção de funcionários em cargos de comissão no Serviço Funerário mencionado. Sustenta, que após análise do inquérito se observou que grande parte dos servidores foram contratados e mantidos sem prévia aprovação em concurso público, justamente em cargos que não podem ser providos em comissão indo contra a norma constitucional prevista no art.37 da Constituição Federal. Tal situação abrange 146 cargos do serviço Funerário Municipal de São Paulo cuja irregularidade vem se mantendo desde sua criação.

Informa, que os cargos em situações irregulares foram preenchidos de acordo com o Decreto Municipal nº 27.077/1998, mas, não encontram amparo constitucional. Aduz, que durante as investigações ocorreram tentativas de estudos para proposta de cargos, mas nunca foram concluídos. Além disso, foi recomendado ao Prefeito Municipal de São Paulo (Fernando Haddad) e ao secretário Municipal de Assuntos Jurídicos a criação de projeto de lei específica a fim de regularizar o Serviço Funerário a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

luz da Constituição Federal, todavia foi informado pela prefeitura que a reestruturação de cargos e funções depende de uma proposta do executivo que objetiva a concessão dos cemitérios públicos municipais à iniciativa privada .

Argumenta ainda, que não existe qualquer conformidade entre o Decreto Municipal nº27.077/1998 e a Constituição Federal 1998, uma vez que a contratação de pessoal da referida autarquia deve ser precedida de concurso público. Informa, que a necessidade de regularização do quadro funcional da autarquia é um problema antigo e mesmo com as advertências do Ministério Público, no decorrer do tempo, nenhuma medida foi tomada.

Argumenta, ainda, que a contratação de servidores públicos sem prévia aprovação em concurso público viola os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência informando que o cargo em comissão constitui uma exceção a regra da obrigatoriedade do concurso público, cujo provimento para esse cargo se dá mediante funções de assessoramento, chefia ou direção.

Requer a procedência da ação, tornando definitivas as medidas requeridas em sede de antecipação de tutela, para condenar os requeridos na obrigação de não fazer, *consistente na cessação de contratação de qualquer pessoa para prestar serviços à referida entidade autárquica municipal sem a prévia realização de concurso público*, salvo nos casos excepcionalmente previstos em lei, em estrita obediência aos ditames contidos no art. 37, II e V, da Constituição Federal, sob pena de pagamento de multa diária em valor não inferior a R\$ 500,00 por contratação mantida em afronta ao ordenamento vigente e decisão judicial.

O inquérito civil foi juntado às fls.26/1547.

A liminar foi indeferida, em razão do princípio da continuidade do serviço público (fls. 1554/1555).

O Ministério Público interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão que indeferiu a liminar (fls.1560/1572).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Citados, o Município de São Paulo e o Serviço Funerário do Município de São Paulo contestaram (fls.1583/1597). Preliminarmente, alega ilegitimidade passiva do Município em razão de a autarquia ser um ente dotado de personalidade jurídica distinta da Municipalidade e, portanto, compete a ela a manutenção de seus servidores, não tendo o Município qualquer ingerência sobre esse assunto. No mais, sustenta a inadequação da via eleita, no que tange a inconstitucionalidade do Decreto Municipal nº 27.077/1998 regulamentado pela Lei nº 8.383/76, arguida pelo Parquet, uma vez que trata-se de controle de constitucionalidade do ato normativo que criou os cargos questionados e por isso requer a extinção do processo sem resolução do mérito.

Aduz, a incompatibilidade entre o pedido e a causa de pedir, tendo em vista que a causa de pedir versa sobre manutenção de servidores sem prévio concurso público, entretanto o fundamento jurídico para esse pedido está contíguo à não recepção na ordem constitucional vigente do art. 20 da Lei 8.383/76 e do Decreto 27.077/1988.

No mérito, sustenta que por força do art. 45, II do decreto em questão, os órgãos da Administração Pública Municipal Direta tiveram que apresentar à Secretaria Municipal de Gestão uma proposta de reestruturação administrativa com o objetivo de reduzir, no mínimo em 30% (trinta por cento) de cada órgão, os cargos de provimento em comissão. Em razão disso, o Serviço Funerário encontra-se com 107 (cento e sete) cargos em comissão. No mais, argumenta que a parte autora não demonstrou concretamente se os cargos questionados possuem ou não atribuição de assessoramento, chefia ou direção.

Houve réplica (fls.1628/1643).

Foi concedido prazo para indicação de provas (fls.1644).

O Município de São Paulo e o Serviço Funerário do Município de São Paulo informaram não possuir provas a produzir (fls.1649).

O Ministério Público reiterou as provas documentais já demonstradas nos autos requerendo o julgamento antecipado da lide (fls.1651).

Houve audiência de conciliação designada para o dia 15/07/2019 (fls.1690).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

O recurso interposto pelo MP teve seu provimento negado (fls.1680/1689).

Em sede de audiência, a proposta de conciliação restou infrutífera. No mais, a liminar pretendida pelo Parquet foi deferida de forma escalonada (fls.1696/1697).

A parte contrária interpôs Agravo de Instrumento em face da decisão que deferiu a liminar em audiência de conciliação (fls.1698).

Foi atribuído efeito suspensivo ao recurso (fls.1724/1730) e posteriormente deram provimento ao recurso, revogando a liminar concedida anteriormente (fls.1761/1766).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Excluo a Municipalidade do polo passivo da ação, uma vez que a autarquia municipal tem personalidade própria e responde pelos seus atos.

No mérito, a ação procede.

Como bem colocado pelo Parquet, e é fato incontroverso, o serviço funerário hoje é prestado por ocupantes de cargos comissionados, previstos no Decreto Municipal n° 27.077/1988.

Opedido do autor em pedidos duas naturezas: (i) obrigação de não fazer, consistente em não fazer novas nomeações; (ii) obrigação de fazer, qual seja, exonerar os atuais ocupantes de cargos comissionados.

Em relação ao primeiro pedido, é certo que a Lei Municipal n° 8.383/76 e, por consequência, o Decreto Municipal n° 27.077/1988, que a regulamenta, não foram recepcionados pela Constituição Federal.

Os fatos tratados nos autos, provados documentalmente, já foram inclusive objeto de ação civil pública anterior, não se vislumbrando a necessidade de oitiva de testemunhas, inclusive por ser difícil imaginar que o depoimento de alguma delas pudesse



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

afastar a constatação de que os atos descritos na inicial não estão de acordo com a lei e com a Constituição Federal. Ademais, esta não é uma ação de improbidade, em que se visa apurar a responsabilidade pelos fatos: pretende o Ministério Público, apenas, o afastamento da inconstitucionalidade praticada.

Os atos administrativos de nomeação de servidores sem concurso público para cargos tipicamente de carreira claramente atentam contra os princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade, publicidade e interesse público (este previsto expressamente na Constituição Bandeirante) e contra a regra, também constitucional, da contratação por meio de concurso público (art. 37, caput e inc. II, da CF, e arts. 111 e 115, inc. II, da CE).

A argumentação de que existia lei formal a amparar tais nomeações não convence, diante da evidente violação do texto constitucional com tais condutas, máxime se for observado que a lei que ampara tais nomeações quando anteriores à Constituição Federal, não pode ser acolhida. Afinal, quase todos os cargos do serviço municipal são cargos de livre nomeação e exoneração, situação absolutamente incompatível com os ditames e limites constitucionais, bem como com o princípio constitucional da impessoalidade.

A gritante inconstitucionalidade verificada na conduta do Município só pode conduzir à interpretação de que o preenchimento dos cargos é usado como instrumento político de favorecimento a particulares, em detrimento do interesse público, e deveria ser de interesse do gestor o saneamento da questão com a máxima urgência, a fim de afastar a má imagem da autarquia.

Note-se que, antes desta ação, tramitou nesta vara a ação de improbidade 0020244-68.2012.826.0053, a qual foi extinta sem o julgamento do mérito, em razão da ilegitimidade da parte passiva, decisão esta que foi mantida na fase recursal.

Desde então, fato comprovado pela juntada do inquérito civil nº 384/2012, comprova-se que, mesmo após diversas tentativas de regularizar a situação do preenchimento dos cargos públicos na autarquia municipal, persiste a ausência de lei



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

específica estipulando cargos e salários que possibilite a realização de concurso público, e que os cargos em questão não são cargos de confiança: são 146 cargos sem nenhuma especialização exigida, como agentes de segurança, assessores jurídicos, assistentes sociais, auxiliares de administração, fiscais, programadores expedidores, vistoriadores de veículos, numa conduta persistente de diversas administrações.

Aduz o Município que a única finalidade desta ação é proceder ao controle da referida lei municipal, e que a ação civil pública não é o meio adequado para tanto. Mas este argumento não é colhido pela jurisprudência, como se verifica pelas ementas colacionadas:

APELAÇÃO CÍVEL – Ação de improbidade administrativa – Superintendente da SAE de Ourinhos – Autarquia que contratou no exercício de 2012 diversos funcionários na área de limpeza urbana sem realização de concurso público – Sentença de parcial procedência – TCE que apontou ilegalidade na contratação sem concurso público – Demonstração de violação do art. 37, II, da CF – Ausência nos autos de elementos que denotem hipótese de necessidade temporária de excepcional interesse público a autorizar a contratação sem realização de concurso público – Inocorrência de prejuízo ao erário, eis que não ficou demonstrado que o serviço prestado pelos contratados foi defeituoso, sendo atendida, em princípio, a necessidade dos municípios – Ausência de observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública – Correta a aplicação de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com a administração pública por 3 anos - Sentença reformada para majorar o valor da multa civil para três vezes o valor da remuneração recebida pelo réu na época dos fatos (2012) – Recurso do réu desprovido e recurso do Ministério Público provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1006439-91.2016.8.26.0408; Relator (a): Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Ourinhos - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/12/2019; Data de Registro: 10/12/2019).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - FUNDAÇÃO MUNICIPAL DE ENSINO DE BIRIGUI – CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO – A Fundação Municipal de Ensino de Birigui (FUNDEB), por meio do seu Diretor Geral contratou diversos funcionários sem a realização de concurso público ou processo seletivo – Pleito de anulação das contratações, bem como de condenação do réu nos termos do artigo 11, caput e inciso I, c.c. o artigo 12, inciso III, ambos da Lei nº 8429/92. Reexame necessário nos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

autos da ação civil pública que se impõe, consoante recente posicionamento firmado pela jurisprudência do E. STJ (1ª. Seção por unanimidade), nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.220.667 – MG. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA - prova documental acostada aos autos mostra-se suficiente à prolação do provimento jurisdicional final. MÉRITO - Conclusão do Tribunal de Contas do Estado pela violação ao artigo 37, inciso II da Constituição Federal – Inocorrência de situação emergencial que justificasse as contratações sem concurso público ou processo seletivo previsto em lei. Inobservância dos Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública – Aplicação do disposto no art. 11, caput e inciso I da Lei nº 8.429/92 e da penalidade de imposição de multa civil constante no art. 12, III, do mesmo diploma legal - Penalidade imposta com base nos ditames da razoabilidade e proporcionalidade. Manutenção da r. sentença de parcial procedência. REEXAME NECESSÁRIO DESPROVIDO. RECURSO DO RÉU DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1002685-67.2016.8.26.0077; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Birigui - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/05/2018; Data de Registro: 03/05/2018)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PARA CARGOS COMISSIONADOS CRIADOS POR LEI MANIFESTAMENTE INCONSTITUCIONAL – CARGOS REFERENTES À CÂMARA MUNICIPAL E À SAMA (AUTARQUIA MUNICIPAL DE ABASTECIMENTO E SANEAMENTO BÁSICO) - CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – PROVAS DOCUMENTAIS SUFICIENTES PARA SOLUÇÃO DO LITÍGIO – FATOS QUE, ADEMAIS, SÃO SECUNDÁRIOS À QUESTÃO JURÍDICA SOBRE A QUAL SE CENTRA O PEDIDO – PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA – MANDATO DO AGENTE PÚBLICO QUE SE ENCERROU MENOS DE CINCO ANOS ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO - EVIDÊNCIA DE USO DA NORMA FORMAL COMO MANEIRA DE PRÁTICAR ATO CONTRÁRIO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE E DO INTERESSE PÚBLICO – IMPROBIDADE CONFIGURADA – ART. 11, CAPUT E INC. I, DA LEI 8.429/92 – PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS MANTIDA QUANTO AOS EX-PRESIDENTES DA CÂMARA, APENAS REDUZIDA PARA O PISO LEGAL, E AFASTADA NO TOCANTE AO EX-PREFEITO, QUE NÃO PRATICOU ATOS DE NOMEAÇÃO DE SERVIDORES DA CÂMARA OU DA SAMA – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. (TJSP; Apelação Cível 0011161-50.2011.8.26.0348; Relator (a): João Negrini Filho; Órgão Julgador: 9ª Câmara Extraordinária de Direito Público; Foro de Mauá - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

11/12/2016; Data de Registro: 16/12/2016).

O mesmo entendimento é adotado pelo STF, que em mandado de segurança interposto contra decisão do Tribunal de Contas da União que, em situação semelhante, determinou a demissão dos contratados, entendeu como ilegal a contratação e manteve a decisão que determinou a demissão, como se confere:

Ementa: 1) MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA FEDERAL. ENTIDADES CRIADAS POR LEI. FISCALIZAÇÃO DE EXERCÍCIO PROFISSIONAL. ATIVIDADE TÍPICAMENTE PÚBLICA. DEVER DE PRESTAR CONTAS. 2) EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CRFB. 3) DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PROFERIDA MESES DEPOIS DA REALIZAÇÃO DA SELEÇÃO SIMPLIFICADA PELO IMPETRANTE. 4) SEGURANÇA DENEGADA. 5) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS. 1. As autarquias, forma sob a qual atuam os conselhos de fiscalização profissional, que são criados por lei e possuem personalidade jurídica de direito público, exercendo uma atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, é de rigor a obrigatoriedade da aplicação a eles da regra prevista no artigo 37, II, da CF/1988, quando da contratação de servidores. Precedentes (RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux, DJe18/6/2012). 2. In casu, o Acórdão nº 2.690/2009 do TCU determinou ao Conselho Federal de Medicina Veterinária que: “9.4.1. não admita pessoal sem a realização de prévio concurso público, ante o disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e adote as medidas necessárias, no prazo de sessenta dias, a contar da ciência deste Acórdão, para a rescisão dos contratos ilegalmente firmados a partir de 18/5/2001;” 3. Segurança denegada. (MS 28469, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 09/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015).

Ademais, o pedido de inconstitucionalidade sequer foi formulado pelo *Parquet*, que visa apenas evitar que tal descabro persista. Evitar novas contratações ilegais e encerrar as anteriores é o mínimo a ser feito.

Em relação ao segundo pedido, de exoneração dos servidores nomeados irregularmente, não há necessidade de sua inclusão no polo passivo da ação, como já



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ocorreu nos casos acima mencionados. A exoneração pode ser feita sem a violação dos direitos individuais dos servidores, com o pagamento das verbas rescisórias devidas, e que consistem em direito de qualquer trabalhador, também com respaldo constitucional.

O pedido do Ministério Público, ademais, é razoável. Afinal, esta ação não é nenhuma surpresa para a Autarquia, que já lida com esta questão jurídica há mais de uma década. Assim, a demissão dos servidores no prazo de 60 dias é pedido razoável, bem como o valor da multa pretendida, de R\$ 500,00 por dia de atraso no cumprimento da norma constitucional, por servidor não demitido.

Em relação a custas e honorários, acolho o entendimento manifestado pelo STJ no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.531.504 - CE (2015/0097874-0): *A jurisprudência da Primeira Seção deste Superior Tribunal é firme no sentido de que, em favor da simetria, a previsão do art. 18 da Lei 7.347/85 deve ser interpretada também em favor do requerido em ação civil pública. Assim, a impossibilidade de condenação do Ministério Público ou da União em honorários advocatícios - salvo comprovada má-fé - impede serem beneficiados quando vencedores na ação civil pública.*

Como nestes autos não se discute a má-fé, não há honorários.

Posto isto, julgo extinto o processo, em relação ao Município de São Paulo, nos termos do artigo 485, VI do CPC, sem custas e honorários para o autor, por se tratar do Ministério Público; e julgo a ação procedente em relação à Autarquia Municipal, para condenar a ré na obrigação de não fazer, *consistente na cessação de contratação de qualquer pessoa para prestar serviços à referida entidade autárquica municipal sem a prévia realização de concurso público*, salvo nos casos excepcionalmente previstos em lei, em estrita obediência aos ditames contidos no art. 37, II e V, da Constituição Federal, sob pena de pagamento de multa diária em valor não inferior a R\$ 500,00 por contratação mantida em afronta ao ordenamento vigente e decisão judicial.

Sem custas e honorários para o réu sucumbente.

P.R.I.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

São Paulo, 08 de janeiro de 2020.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**