

SENTENÇA

Cuida-se de AÇÃO DE IMPROBIDADE proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face de CARLOS AUGUSTO CARVALHO BALTHAZAR, MARCELO CHEBOR DA COSTA, ROSEMARIE DA SILVA SOUZA E TEIXEIRA, FUNDAÇÃO ROBERTO TROMPOWSKY LEITÃO DE ALMEIDA, FLÁVIO CÉSAR TERRA DE FARIA e ANTÔNIO CARLOS GUELFÍ.

O 'parquet' alega, em resumo, que os réus frustraram a licitude da dispensa de licitação com o fito de contratar a Fundação Trompowsky, que executou o objeto do contrato com inúmeras ilegalidades, que culminaram com a nulidade do certame.

Com base nisso, **pede**, liminarmente, a indisponibilidade dos seus bens.

Ao final, **requer** sua condenação pela prática de ato de improbidade, nulidade do contrato administrativo, ressarcimento do dano e indenização por dano moral coletivo.

A inicial veio instruída com o Inquérito Civil 182/2012/CID/RO.

Deferida a liminar de indisponibilidade de bens dos réus em fls. 107/115.

Defesa prévia do Sr. Antônio Carlos em fls. 158/172.

Defesa prévia dos Srs. Flávio César em fls. 175/188.

Defesa prévia da Fundação em fls. 194/208.

Decisão ordenando o levantamento da constrição sobre os bens do Sr. Flávio César em fls. 533/536.

Defesa prévia da Sra. Roemarie da Silva em fls. 775/803.

Defesa prévia do Sr. Marcelo Chebor em fls. 844/859.

Petição noticiando interesse do Município em intervir no feito em fls. 847/848.

Recebida a inicial em fls. 1079/1080.

Respostas em fls. 1289/1335, 1336/1361, 1362/1375, 1376/1814, 1815/1885 e 1886/1995.

Acórdão ordenando citação dos réus em fls. 2046/2052.

Acórdão revogando a liminar em fls. 2115/2120.

Réplica em fls. 2167/2173.

Saneador em fls. 2195/2198.

Exceção de suspeição em fls. 2215/2222.

Termo de AIJ em fls. fls. 2235/2239, em que se registra a rejeição liminar da suspeição.

Promoção do Ministério Público em fls. 2235/2374.

Sentença em fls. 2458/2530.

Acórdão **anulando** a sentença em fls. 361/3629.

Termo de AIJ em fls. 3737/3739.

Alegações finais de Carlos Augusto em fls. 3923/3982.

Rejeição de pedido de prova formulado pelo Sr. Carlos Augusto em fls. 3988.

É O RELATÓRIO.

Finda a fase instrutória, deve o feito ser imediatamente julgado.

As preliminares foram enfrentadas e afastadas por ocasião da decisão saneadora.

O pedido de 'prova emprestada' formulado pelo Sr. Carlos Augusto nas suas alegações finais foi indeferido por meio da decisão de fls. 3988.

Passa-se ao mérito.

Cuida-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA em que se pede a declaração de nulidade de relação jurídica, condenação em obrigação de pagar quantia certa e nas sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

Este Órgão já se pronunciou sobre o mérito da demanda, culminando com o acolhimento parcial da pretensão do Ministério Público.

O julgado, contudo, foi anulado por esta C. Corte, junto com os atos processuais praticado desde a primeira AIJ, pela razão de não ter sido observado o rito vigente à época para a arguição de suspeição. O Tribunal, porém, não se manifestou sobre o 'meritum causae'.

O feito então voltou a esta Vara e foi dado seguimento à fase instrutória, durante a qual não foram ouvidas testemunhas e/ou produzidas provas novas.

Ou seja, a despeito de o processo ter sido sentenciado, remetido ao Tribunal para análise dos recursos e parcialmente nulificado, não houve alteração do quadro probatório preexistente à anulação.

Essa situação perdura até hoje, mesmo com a publicação do acórdão da 8ª Câmara Cível, que no bojo de outro processo validou o certame e decretou a nulidade do termo de ajustamento de conduta e do decreto administrativo invalidatório do concurso (fls. 4013/4028).

Por quê?

Porque o 'decisum' não enfrentou as questões que ora estão sendo discutidas. Exauriu seus argumentos em aspectos estritamente formais – atendimento ou não da cláusula do *devido processo legal*.

Não se pronunciou sobre se a licitação foi ou não irregular, se o contrato padece de nulidade, se os réus agiram de forma ilícita ou ainda, se o certame atendeu às exigências legais.

Ou seja, suas considerações em nada invadiram o espaço de discussão travado nesta ação.

E como se não bastasse, foi recentemente suspenso por decisão da Corte Suprema, ao fundamento de que não poderia ter a Câmara validado o concurso sem enfrentar as diversas irregularidades e vícios na licitação, no contrato e na sua execução.

Pois bem.

Considerando que não foi alterado o quadro probatório desde a prolação da sentença anulada pelo Tribunal, este Juízo adotará como razão de decidir os fundamentos por ela invocados.

Excluirá, porém, a parte relativa aos réus Flávio Terra e Antônio Guelfi, pois quanto a eles, este julgador entende não ter sido aplicado o melhor direito.

Passa-se, pois, com fundamento no princípio da celeridade e economia processual, à transcrição da decisão, que passará a integrar a *ratio* deste julgado, com a ressalva mencionada, ressaltando que as condutas a eles atribuídas será analisada em seguida:

Por verificar que as questões fáticas já restaram devidamente comprovadas através da farta prova documental que instrui o feito, em especial o procedimento administrativo instaurado no âmbito do Ministério Público, tenho que o suporte probatório permite a cognição exauriente da causa.

Destaque-se ainda que na decisão de saneamento do feito houve expressa advertência no sentido de que para produção de prova oral os réus deveriam arrolar as testemunhas e recolher as custas para intimação em 5 dias, ou, alternativamente, trazê-las ao ato, a qual foi publicada em 26/01/2016, sob pena de preclusão ou perda da prova.

Em igual sentido já se manifestou a jurisprudência deste Tribunal de Justiça em casos análogos, conforme julgados abaixo colacionados:

0024598-91.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. JOSE ACIR GIORDANI - Julgamento: 28/05/2015 - DECIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de reintegração de posse. Réus que, regularmente intimados para esclarecer se as testemunhas arroladas compareceriam independentemente de intimação ou, caso contrário, para apresentarem os respectivos endereços no prazo de 10 dias, mantiveram-se inertes. Desatendimento a anterior despacho de especificação de provas. Decisão que, acertadamente, declarou a perda da prova. Preclusão. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, NOS TERMOS DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 0048745-21.2014.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO - Julgamento: 01/10/2014 - DECIMA QUINTA CAMARA CIVEL

ESPECIFICAÇÃO DAS PROVAS. INTIMAÇÃO. INÉRCIA DA PARTE. PRECLUSÃO. Agravo de instrumento contra a decisão proferida no bojo da ação de dissolução de sociedade, na parte em que declarou a perda das provas que o agravante pretendia produzir, tendo em vista o transcurso in albis do prazo para especificação. A interlocutória proferida não merece reparo. Por conta da controvérsia estabelecida com a oferta do bloqueio, o ora recorrente foi concitado a especificar, justificadamente, quais as provas que pretendia produzir, mas não se manifestou no momento oportuno. Ao silenciar quanto os meios e fontes de prova que reputava necessários ao embasamento de suas assertivas, dentre os elencados na vestibular, permitiu que seu direito à prova restasse precluso. Recurso manifestamente improcedente.

Contudo, o réu Carlos Augusto apresentou rol de testemunhas de forma totalmente intempestiva, haja vista petição protocolada em 04/03/2016, ou seja, 6 dias antes da AIJ, o que denota, mais uma vez, claro intento protelatório, pois aliado ao fato de não se ter observado o prazo peremptório fixado na decisão de saneamento, é inequívoco que em prazo tão exíguo não seria possível a intimação das

testemunhas para o ato, vislumbrando-se com isso que o real intento do réu era o adiamento da audiência e a protelação do feito.

Por fim, é de se consignar que em decisão proferida em audiência no qual se decretou a perda da prova em razão da preclusão e se declarou encerrada a instrução não houve a interposição do recurso de agravo retido na forma oral, conforme disposto no art. 523, §3º do CPC, o que denota que a decisão restou preclusa por não ter a parte apresentado impugnação através da via processual adequada no momento oportuno.

Ademais, embora os réus tenham interposto agravo de instrumento em face de decisões proferidas em AIJ, como não houve a concessão de efeito suspensivo em que determinada a suspensão do processo, bem como por verificar que embora tenha havido o extravio de uma petição pendente de juntada, as partes foram devidamente intimadas para que apresentassem a cópia da petição protocolada em 5 dias, tendo havido o decurso in albis do referido prazo, o que gera a sua desconsideração e exclusão.

Nesse tocante, deve-se ressaltar que o processo é afeto à meta 18 do CNJ, razões pelas quais passo ao julgamento do feito.

No que tange à juntada de documentos feita pela fundação ré às fls. 2508/2567, verifico que os documentos nada acrescentam ao feito que já comporta vasto acervo documental, não verificando qualquer influência no que será decidido, sendo que já constam dos autos os documentos dos quais foi assegurada vista aos réus.

Por derradeiro, nos termos da decisão de fls. 2235/2239, tenho como inadmissível a exceção de suspeição oposta pela ré Rosemarie Teixeira, haja vista que como salientado, verifica-se que o real intento da ré é protelar o feito na medida em que apresentou o incidente após a designação de AIJ, sendo que passou a ser representada pelo mesmo advogado que em outro processo apresentou o mesmo incidente quando patrocinava interesse de uma parte que figurava no polo passivo.

A partir de uma simples leitura do incidente é possível verificar que a ré alega, em suma, que o antigo servidor público que atuava como Chefe de Serventia e desde o início da gestão do atual prefeito da cidade, ou seja, janeiro de 2013, exerce a função de Chefe de Gabinete do Prefeito, teria influência nos serventuários e na própria rotina do Cartório, bem como que a decisão liminar de indisponibilidade de bens estaria a indicar parcialidade do julgador em desfavor da ré.

Nesse contexto, visto que o rol de motivos que justificam a exceção de suspeição é taxativo, tem-se que as hipóteses narradas no incidente não se enquadram em nenhuma das hipóteses legais, não se admitindo a interpretação extensiva ou o uso da analogia do caso, sendo que o descontentamento quanto a decisões proferidas no curso do processo deve ser manifestada por meio de recurso e não exceção de suspeição.

Nesse sentido, vale trazer à colação o seguinte julgado que subsidia a possibilidade de rejeição liminar da exceção quando se verificar que o incidente é infundado e tem caráter meramente protelatório:

0040542-70.2014.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANCA 1ª Ementa DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES - Julgamento: 19/12/2014 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR. REJEIÇÃO LIMINAR DA EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO PELO JUÍZO A QUO, PARTE EXCEPTA. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO MANIFESTAMENTE INFUNDADA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NENHUMA DAS HIPÓTESES DE SUSPEIÇÃO PREVISTAS NO ROL TAXATIVO DO ART. 135 DO CPC. REGULAR EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JULGADORA PELA PARTE EXCEPTA, NÃO SE JUSTIFICANDO, PORTANTO, A SUSPENSÃO PROCESSUAL REQUERIDA. A PROLAÇÃO DE DECISÕES CONTRÁRIAS AOS INTERESSES DO IMPETRANTE NÃO CONFIGURA CAUSA DE SUSPEIÇÃO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT DO CPC.

0006874-50.2010.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE - Julgamento: 25/02/2010 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA EMENTA-DA COMO A SEGUIR: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EX-CEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. REJEIÇÃO LIMINAR PELO JUÍ-ZO A QUO SEM APLICAÇÃO DO RITO DO ART. 313 DO CPC. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DESTE TJERJ ADMITINDO QUE O PRÓPRIO JUIZ EXCETO, EM OB-SERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCES-SUAL, POSSA DENEGAR, LIMINARMENTE, A EXCEÇÃO, QUANDO OCORRER OBJETIVAMENTE SEU DESCABI-MENTO. HIPÓTESE DOS AUTOS QUE NÃO SE ENQUA-DRA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 135 DO CPC. ROL TAXATIVO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL QUE SOMENTE DEVE SER AFASTADO EXCEPCIONAL-MENTE. INEXISTÊNCIA DE SUSPEIÇÃO DA MAGISTRA-DA. PRECEDENTES DESTE TJERJ. NEGADO SEGUI-MENTO AO RECURSO NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Ademais, ainda que se admita o cabimento da exceção, é de se verificar que a suspeição ou o impedimento é oposto em face do Juiz e não de seus serventuários, o que levou este magistrado a determinar que os processos concernentes a ações de improbidade administrativa e ações populares, após denúncia anônima feita na CGJ no ano de 2013 sobre o andamento dos processos em que havia interesse do Município de Rio das Ostras e, em especial, seus gestores públicos, tramitassem em gabinete de modo a assegurar ainda mais a imparcialidade do julgamento e permitir o acompanhamento do feito de forma mais próxima.

Como já dito anteriormente, a principal alegação da excipiente é de que o Sr. Aldem Vieira de Souza Júnior, Chefe de Gabinete do atual prefeito da cidade e que até o ano de 2012 exerceu a função de Chefe da Serventia da 1ª Vara de Rio das Ostras, teria influência sobre os serventuários do cartório e, com isso, influenciaria na tramitação de processos de seu interesse e interesse da atual Administração Pública Municipal, devendo-se ressaltar que quando da chegada deste magistrado a este Juízo em dezembro de 2012 o referido serventuário já estava afastado do cargo.

Todavia, embora o patrono da ré tenha replicado a sustentação feita em outra ação em que representava o réu Julio César Carmo Leitão em ação proposta pelo Município de Rio das Ostras na qual suscitou o incidente de suspeição (processo nº 0010629-33.2014.8.19.0068), na ação popular proposta pela mesma parte em que também representado pelo citado advogado e em desfavor do réu Aldem Vieira de

Souza Junior, o atual prefeito e o Município de Rio das Ostras (processo nº 0005861-64.2014.8.19.0068), naquele feito não houve qualquer exceção de suspeição oposta pela mesma parte e seu advogado, tendo o feito tramitado de forma regular, tanto que o processo em questão já foi sentenciado, acolhendo-se a pretensão autoral, encontrando-se atualmente em fase de recurso.

A esse respeito, vale trazer à colação o dispositivo da sentença supramencionada:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar os primeiro e terceiro réus, solidariamente, a ressarcir ao erário municipal o valor pago ao terceiro réu pelo exercício do cargo de Chefe de Gabinete durante o período em que também percebeu sua remuneração junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro na condição de servidor ativo, na forma do art. 14 da Lei nº 4717/65, os quais se reverterão em favor do Município de Rio das Ostras, incidentes correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação. Condeno os primeiro e terceiro réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre o valor da condenação, além de demais despesas judiciais e extrajudiciais, na forma do art. 12 da Lei nº 4717/65.

De igual forma, o advogado da excipiente, representando os interesses da parte acima citada, o Sr. Julio Cesar do Carmo Leitão, propôs outras três ações populares por motivos similares em face do Município de Rio das Ostras e servidores que estariam percebendo remuneração juntamente com o salário do órgão que os cedeu que tramitam neste juízo e, mais uma vez, não opôs qualquer exceção de suspeição, conforme andamentos dos processos nº 0007667-63.2015.8.19.0068, 0007668-85.2015.8.19.0068 e 0007670-55.2015.8.19.0068.

No que tange à alegação de suspeição por conta da decisão de deferimento da liminar de indisponibilidade de bens, deve-se destacar que a referida decisão foi proferida com base na jurisprudência pacífica do STJ e objeto do recurso adequado, não sendo a prolação de decisões desfavoráveis motivo suficiente a demonstrar a parcialidade do juiz.

Logo, vislumbra-se no caso verdadeira irrisignação quanto ao teor da decisão, sendo que para sua eventual reforma deveria a excipiente se valer da via processual adequada para tanto, qual seja, a interposição de recurso, não sendo este o escopo da exceção de suspeição, como já consolidado na jurisprudência deste Eg. TJ/RJ:

0168250-03.2014.8.19.0001 - EXCECAO DE SUSPEICAO. 1ª Ementa DES. JUAREZ FOLHES - Julgamento: 27/05/2015 - DECIMA QUARTA CAMARA CIVEL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA SUPOSTA PARCIALIDADE DO JUIZ. MANIFESTO INCONFORMISMO COM A DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO A QUO. O INCONFORMISMO COM DECISÕES PROFERIDAS NO CURSO DO PROCESSO DESAFIA RECURSOS PRÓPRIOS E NÃO SE INSERE NAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO PREVISTAS NO ARTIGO 135 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA. Alega o excipiente a suspeição de parcialidade do douto Magistrado (Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca da Capital), ao argumento que no julgamento da Ação de Obrigação de Fazer (processo nº 007765-61.2011.8.19.0037), movida pela empresa SAM 483 EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA, em face do ora excipiente, o d.

magistrado deferiu a antecipação da tutela pretendida pela parte autora, modificando entendimento anterior, sem provocação da parte interessada. Alega, também, violação ao princípio na inércia e ao princípio do devido processo legal, e ainda, falta de fundamentação da decisão judicial. Exceção de suspeição que não merece prosperar. O excipiente fundamenta seu pedido de suspeição com base em uma suposta parcialidade do magistrado, insinuando haver interesse deste no julgamento do feito, pelo simples fato de haver proferido uma decisão interlocutória, deferindo antecipação de tutela, revendo decisões anteriores. De fato, para que ocorra o afastamento do magistrado é necessário e indispensável a existência de prova robusta, eis que, caso contrário, estaria se obstando o livre exercício profissional. Verifica-se, então, que a tese formulada pelo excipiente não guarda qualquer relação com as hipóteses taxativas enumeradas no art. 135 do CPC, tampouco a de que o Magistrado estaria interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Em verdade, o que o excipiente demonstra é seu inconformismo com a decisão proferida pelo Juízo. No caso de discordância das decisões proferidas, deveria ter-se utilizado dos meios de impugnação válidos. Reputa-se, portanto, infundada a suspeição, eis que o excipiente não indicou qualquer fato ou indício apto a colocar em dúvida a isenção do Magistrado, bem como um suposto interesse no julgamento da causa. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA.

0049031-69.2014.8.19.0203 - EXCECAO DE SUSPEICAO. 1ª Ementa DES. LUIZ HENRIQUE MARQUES - Julgamento: 15/07/2015 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA SUPOSTA IMPARCIALIDADE DO JUIZ. MANIFESTO INCONFORMISMO COM DECISÃO PROFERIDA PELO MAGISTRADO A QUO. O inconformismo com decisões proferidas no curso do processo desafia recursos próprios e não se insere nas hipóteses de cabimento da Exceção de Suspeição prevista no art. 135 do CPC. Aplicação da regra do artigo 314 do Código de Processo Civil. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO REJEITADA. Quanto às suspeitas no sentido de que os processos envolvendo o atual prefeito teriam sua tramitação prejudicada neste Juízo em razão de suposta influência envolvendo o alcaide e o então Escrivão da Serventia e atual Chefe de Gabinete, tais denúncias foram levadas ao conhecimento da CGJ do TJ/RJ e do CNJ, sendo que ambas foram devidamente arquivadas, conforme processos nº 2013-181645 (CGJ) e 0007675-87.2013.2.00.0000 (CNJ).

Por fim, é de se destacar que em razão de aposentadoria do Sr. Aldem Vieira de Souza Júnior do cargo de analista judiciário, conforme publicação no Diário da Justiça Eletrônico datado de 16 de outubro de 2014, Portaria nº 1959, não mais persiste qualquer possibilidade de que volte a exercer qualquer função na serventia deste Juízo.

Desse modo, tenho que a ré e, principalmente, o advogado que a representa atuam em total dissonância com os princípios da lealdade e cooperação processuais previstos nos art. 5º e 6º do CPC, não se podendo admitir expedientes como esse em que a ré busca meios processuais que não se destinam ao fim por ela almejado apenas para protelar o feito e causar a suspensão do processo com o claro intuito de postergar a resolução da demanda, o que não se pode permitir.

Portanto, ultrapassadas as questões processuais, passo à análise do mérito.

Como restou incontroverso nos autos, a fundação ré foi contratada diretamente pelo Município de Rio das Ostras para realização do VI Concurso Público de Rio das Ostras, o qual abrangia inúmeros cargos da Administração Pública, o que denota a extrema complexidade do certame, pois havia a necessidade de elaboração de provas específicas para cada um dos cargos em disputa, atento ao conteúdo programático e as atribuições inerentes ao cargo, além da necessidade de fases diversas, pois alguns cargos demandavam prova física.

Tratava-se de concurso público de grandes proporções e que atraiu candidatos de várias partes do Estado, quiçá do país, na busca que se torna cada vez mais incessante em se tornar servidor público, haja vista a estabilidade funcional e financeira buscada, fato notório e que é comumente noticiado na mídia.

Deve-se salientar, ainda, que como é também fato notório e amplamente divulgado em meios de comunicação, a cidade de Rio das Ostras, em razão do recente crescimento da Indústria de Óleo e Gás que se desenvolveu principalmente na cidade de Macaé, teve vertiginoso crescimento populacional, pois conforme índices divulgados pelo IBGE, no censo de 2010 foi constatado que o Município de Rio das Ostras possuía população de 105.676 habitantes, sendo que para o ano de 2012 a população estimada era de 116.134 pessoas, informações essas constantes do sítio eletrônico da mencionada autarquia .

A esse respeito, vale destacar que de acordo com publicação disponível no site do Governo do Estado em que houve a elaboração de relatório no âmbito da Secretaria de Planejamento do Estado do Rio de Janeiro ("Municípios em dados"), foi constatado que o Município de Rio das Ostras, no período de 2000 a 2009 teve crescimento demográfico de 165,3 %, conforme dados obtidos junto ao IBGE.

Dessa forma, aliado ao crescimento da população, houve a necessidade de aumento do aparato público a fim de que pudesse suprir as demandas que surgiram, tanto que anteriormente houve a elaboração de 5 concursos públicos, sendo este Município considerado atualmente e à época da realização do certame no ano de 2012 como de médio porte.

Nesses termos, o que os dados acima e o próprio edital do concurso estão a demonstrar é que havia a necessidade de grande expertise técnica para condução do certame em razão da elevada complexidade do referido procedimento de seleção.

Estabelecidas essas premissas, passo à análise do procedimento administrativo que culminou com a contratação da fundação ré para realização e organização do certame.

Como já salientado na decisão de deferimento da liminar de indisponibilidade de bens, foi instaurado processo administrativo no âmbito da municipalidade sob o nº 16.660/2012, o qual foi deflagrado através de ofício da ré Rosemarie Teixeira, então Secretária Municipal de Planejamento, endereçado ao prefeito à época no qual noticia a necessidade de realização do certame para complementação de cargos em aberto e criação de novos cargos em razão do aumento da demanda derivado do crescimento da população (fl. 19 do IC em apenso).

A esse respeito, a estimativa inicial para custo do concurso público foi orçado em R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais), conforme documento de fl. 20 do volume 1 em apenso, sendo que não há no processo administrativo qualquer planilha ou estudo que viesse a subsidiar tal valoração.

Em prosseguimento, o réu Marcelo Chebor, então Secretário de Administração, corroborou o requerimento em tela ao afirmar que havia cargos vagos na Administração Pública e a necessidade de criação de novos cargos às fls. 22/23.

Por sua vez, no curso do processo administrativo foram apresentadas propostas por entidades interessadas na realização do certame, quais sejam: a) Fundação Conesul de Desenvolvimento - realização do concurso sem custos para a municipalidade, percebendo a integralidade do valor das inscrições do concurso (fls. 35/42 do IC); b) Fundação dos Administradores do Rio Grande do Sul - realização do concurso sem custos para a municipalidade, percebendo a integralidade do valor das inscrições do concurso (fl. 44 do IC); c) FUNCHAL - Consultoria e Gestão Empresarial - realização do concurso sem custos para a municipalidade, percebendo a integralidade do valor das inscrições do concurso (fls. 45/49 do IC); e d) Fundação Benjamin Constant - realização do concurso sem custos para a municipalidade, percebendo a integralidade do valor das inscrições do concurso (fls. 50/52 do IC).

Todavia, passados aproximadamente 5 meses da apresentação das propostas feitas pelas instituições acima mencionadas, a Secretária de Planejamento Rosemarie Teixeira elaborou consulta de próprio punho à Procuradoria do Município em que afirma expressamente que a Fundação Trompowsky apresentava indubitavelmente a melhor proposta nos aspectos técnicos e financeiros, tendo afirmado que a Comissão Organizadora visitou as instalações da fundação ré e constatou haver excelente estrutura para realização do certame, asseverando, ainda, que era detentora de larga experiência em certames das mais diversas naturezas, o que habilitaria a proponente a realizar o serviço proponente (fl. 95 do IC).

É de se verificar que causa bastante estranheza a conduta da ré ao minutar consulta antes mesmo da apresentação de proposta formal entabulada pela fundação ou que haja qualquer registro de que tenha sido expedido ofício àquela instituição meses depois da apresentação de outras propostas em que a então Secretária de Planejamento salientou, inclusive, que chegou a visitar as instalações da ré, denotando assim claro direcionamento no sentido de que a fundação ré, até então desconhecida, viesse a organizar o concurso público em questão, levando-se em conta principalmente a suposta vantagem na proposta financeira consistente no fato de que haveria a devolução de 10% dos valores arrecadados com o pagamento da inscrição ao Município (fls. 97/100).

Ademais, a proposta apresentada pela fundação ré é pouco objetiva e bastante vaga quanto aos procedimentos de segurança, fases do certame e, em especial, quanto aos valores de inscrição a serem cobrados dos candidatos, os quais eram superiores àqueles apresentados pelas demais instituições, sendo que para os cargos de nível superior e médio havia valores diversos sem qualquer justificativa para tanto.

De fato, subitamente a fundação ré surgiu no curso do procedimento administrativo e foi de plano considerada pela ré Rosemarie a mais credenciada para realização do

certame, elementos que denotam o claro intento dos réus em realizar contratação direta com a fundação em flagrante ofensa aos princípios da concorrência e isonomia que orientam o procedimento de contratação de particulares junto à Administração Pública, bem como ao princípio da impessoalidade ante a clara escolha da fundação para realização do certame sem alicerce em maiores elementos técnicos e legais que justificassem a contratação.

Por sua vez, a fundação ré, após a apresentação de sua proposta técnica, acostou certidões negativas cuja validade estava, de fato, expirada, conforme fls. 101/102 do IC, o que fere o disposto no art. 29, III e IV da Lei nº 8666/93.

De igual sorte, tem-se que já havia um prévio acerto para a contratação direta da fundação ré, pois ao apresentar sua proposta, ao contrário das demais instituições supostamente consultadas, sendo que quanto a estas também não há registro de expedição de ofício, já apresentou inúmeras certidões e documentos que, em princípio, só seriam analisadas após a verificação de que aquela seria a proposta mais viável.

Corroborando o que afirmado, tem-se que tão logo houve a juntada de proposta da ré e sua documentação, há no processo administrativo a minuta do contrato às fls. 156/170 do IC, constatando-se assim que, às escuras, foi feita toda a negociação com a fundação ré que, repita-se, subitamente surgiu no processo e foi de pronto considerada a mais capaz para realização do certame sem que houvesse maior pesquisa de mercado ou estudo sobre a modicidade do contrato levando-se em conta o valor das taxas de inscrição que era superior às demais propostas.

Em prazo bastante exíguo foi elaborado parecer técnico para dispensa de licitação que foi aprovado pelo prefeito no mesmo dia, ou seja, 21/12/2011, sendo que o contrato foi assinado em 13/01/2012.

Ademais, a contratação em tela foi feita sem que houvesse projeto básico, o que é um requisito essencial, nos termos do art. 7º, I e §2º, I e II e §9º da Lei nº 8666/93, não havendo qualquer tabela de custos e planilha que viesse a expressar a composição de todos os custos unitários, pois como já dito, houve uma previsão de gastos totalmente aleatória e sem qualquer base empírica e que, ao final, mostrou-se totalmente dissonante do que foi efetivamente arrecadado.

Por sua vez, aliado a isso, a contratação se deu sem que houvesse prévio procedimento licitatório, o que é a regra na Administração Pública, como se infere do disposto no art. 37, XXI da CRFB, sendo que suas exceções, previstas no art. 24 da lei nº 8666/93 devem ser interpretadas de maneira restritiva.

Acerca da matéria, vale transcrever os ensinamentos do Prof. José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, 23ª Edição, Ed. Lumen Juris; p. 270), o qual asseverou que:

Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à excepcionalidade, no sentido de que as hipóteses previstas no art. 24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade.

O outro diz respeito à taxatividade das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. (meu destaque)

Desse modo, verifico na hipótese que a contratação se deu com base no art. 24, XIII da Lei nº 8666/93, a qual exige para tanto inquestionável reputação ético-profissional e correspondência entre a atividade comumente exercida pela instituição contratada e o objeto do contrato.

A priori, tem-se que recentemente, com o crescimento vertiginoso pela procura de cargos públicos, houve também o surgimento de instituições que se especializaram na realização de tais certames, os quais exigem inequívoca aptidão técnica no que tange à elaboração dos exames e, principalmente, quanto à sua lisura e segurança.

Nesses termos, é de se ressaltar que a fundação ré contratada para a realização do certame não se enquadra como notoriamente conhecida pela realização de concursos, sendo o concurso realizado pelo Município de Rio das Ostras o primeiro grande concurso por ela realizado.

Os atestados de capacidade técnica acostados ao processo administrativo (fls. 143/155) demonstram que a fundação ré apenas realizava concursos menores e ligados à área militar, bem como que em alguns certames apenas era responsável pela realização de algumas fases, os quais foram por ela própria apresentados, o que fragiliza ainda mais a alegação de inequívoca aptidão técnica para realização do certame.

Como bem salientado pelo MP, a maioria dos atestados de capacidade técnica foi subscrito por membros do Exército, extraindo-se do estatuto da fundação ré que ela se afigura como auxiliar a um Departamento do Exército Brasileiro, o que vem a corroborar a fragilidade e inaptidão de tais documentos em comprovar sua idoneidade e inquestionável reputação ética-profissional para que se habilitasse a realizar um concurso público de grandes dimensões e alta complexidade.

De igual sorte, os documentos acostados pela ré às fls. 1547/1568 não são suficientes a demonstrar o requisito legal de inquestionável expertise técnica para realização do certame, ressaltando-se, mais uma vez, que a regra de dispensa de licitação é excepcional e demanda comprovação estrita de seus requisitos por força do princípio da obrigatoriedade da licitação previsto na Carta da República em seu art. 37, XXI.

Com efeito, os atestados dão conta de serviços prestados pela ré no campo do desenvolvimento de programas ligados à educação, pesquisas e capacitação de servidores que não se vinculam ao objeto do contrato, qual seja, a realização de concurso público.

Há tão somente prova de que a ré realizou um concurso público no Município de São João de Meriti, não havendo, contudo, prova da extensão e da complexidade de tal certame.

Até então, no âmbito nacional e até mesmo regional, a ré era desconhecida como organizadora de certames, o que denota a ausência da inquestionável reputação

ético-profissional para a contratação em tela, o que, como será demonstrado, apenas foi evidenciado ante toda sorte de irregularidade que perpassou todas as fases do certame e culminou com a anulação do concurso após a celebração de TAC envolvendo o Ministério Público e o Município de Rio das Ostras.

De fato, tenho que a Fundação organizadora do certame, inequivocamente, não apresentava as condições previstas no art. 24, XIII da Lei nº 8666/93, pois não ostentava inquestionável reputação ético-profissional, até porque não é instituição comumente vista como responsável por concursos públicos, como sói ocorrer, a título de ilustração, com a Cespe-UnB, FURJ, Vunesp, dentre outras instituições reconhecidas nacionalmente como responsáveis por concursos públicos de grande monta.

Corroborando o que exposto acima, tenho que os documentos apresentados pela fundação ré não foram suficientes a comprovar sua notória expertise técnica para prestação dos serviços contratados, ônus que cabe à contratada, conforme julgado abaixo colacionado:

DISPENSA DE LICITAÇÃO. SERVIÇO TÉCNICO. A notória especialização de empresa para dispensa de licitação necessita ser comprovada para evitar abusos, não podendo estar vinculada apenas à invocação do candidato ou à subjetividade da administração pública. A empresa que é acusada do procedimento irregular deveria ter provado que este não resultou em prejuízo ao erário. Com esse entendimento, a Turma não conheceu do recurso. (Informativo nº 11 do STJ)

De igual sorte, como bem salientado pelo MP, a doutrina é pacífica no sentido de que há a necessidade de configuração da dispensa de licitação em questão que haja previsão no estatuto ou contrato social da entidade contratada previsão no sentido de desenvolver atividade consentânea com o objeto contratado, valendo transcrever o entendimento do já citado José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, 23ª Edição, Ed. Lumen Juris; p. 276):

Infelizmente, a aplicação desse permissivo de dispensa tem sido distorcida, em algumas ocasiões, por maus administradores públicos e falsas instituições, ensejando notória ofensa aos princípios da competitividade e da igualdade de oportunidades. Uma dessas formas de desvio reside na contratação de tais entidades para serviços ou compras que nenhuma relação tem com seus objetivos institucionais. Trata-se de inegável forma de favorecimento através da contratação direta. Entendemos, pois, que cabe à Administração verificar a presença do vínculo de pertinência (esta, não absoluta, mas ao menos relativa) entre os objetivos da instituição e o objeto do contrato, ou seja, deve ser verificado se o estatuto da entidade permite realmente a execução do serviço ou o negócio de compra (é menos comum a hipótese de obras), ou se, ao contrário, o ajuste não será mero instrumento de dissimulação.

Em igual sentido é o verbete sumular nº 250 do Tribunal de Contas da União:

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei n.º 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivos entre o mencionado dispositivo, a natureza da

instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Desse modo, ao se analisar o estatuto da fundação organizadora acostado às fls. 130/140 do IC, constata-se que não há o referido vínculo de pertinência entre seus objetivos institucionais (manutenção de assistência social, educacional, cultural e à saúde, desenvolvimento esportivo, pesquisa, tecnologia, direitos humanos e cidadania, incumbida estatutariamente da pesquisa, ensino e extensão e do desenvolvimento institucional, científico e tecnológico) e o objeto do contrato, pois não se extrai que a entidade tem como finalidade precípua a elaboração de concursos públicos de seleção.

Aliado a isso, não houve uma pesquisa de mercado ou até mesmo elaboração de quadro comparativo com as demais propostas apresentadas pelas outras instituições interessadas, observando-se no caso que, de acordo com a planilha apresentada pelo MP na inicial, a proposta da fundação ré não era a mais vantajosa em termos financeiros, pois ao fim e ao cabo o valor cobrado dos candidatos foi superior ao que seria arrecadado por outras instituições.

Com efeito, por se tratar de regra excepcional, ante o princípio da obrigatoriedade de licitação, verifico que não foi possível atestar a condição exigida pela lei para inclusão do caso na regra de dispensa de licitação realizado pela municipalidade.

Desse modo, tem-se que houve vício na contratação, o que, na forma do art. 49, §2º da Lei nº 8666/93 leva à nulidade do contrato administrativo e, por conseguinte, de todo o certame dele oriundo.

Contudo, logo após a solicitação feita pela terceira ré e encampado pelo segundo réu, após elaboração de parecer favorável da Procuradoria do Município, houve a autorização da contratação direta pelo então Chefe do Executivo, conforme ato de fl. 183 do IC, o que ocorreu, destaque-se, apenas 5 dias após a solicitação inicial, embora anteriormente as propostas apresentadas pelas outras instituições não tenham sido objeto de qualquer apreciação por meses.

Em razão disso houve a celebração do contrato administrativo nº 006/2012 em que se pactuou o pagamento de 30% da arrecadação das taxas de inscrição quando da realização das provas e o montante de 60% ao término do período de inscrição (fls. 185/199) sem que houvesse, ressalte-se, sequer o valor estimado do que seria arrecadado com o pagamento das taxas de inscrição ou planilha de custos administrativos da fundação ré em que previstos os gastos para realização do certame.

Deve-se destacar que o referido concurso era o sexto promovido pelo Município de Rio das Ostras e que o V Concurso Público para cargos da Administração Pública Municipal foi realizado no ano de 2008 pela FURJ, ou seja, durante o primeiro mandato do réu Carlos Augusto e nos mesmos moldes do VI Concurso Público, o que denota que a municipalidade possuía dados mínimos a subsidiar uma estimativa de arrecadação com o valor da taxa de inscrição.

Mesmo com uma previsão inicial de custo no montante de R\$ 160.000,00, após a assinatura do contrato e sem que houvesse qualquer estudo ou planilha em que

houvesse uma estimativa quanto ao valor que seria arrecadado com as inscrições das taxas, a ré Rosemarie Teixeira ordenou o empenho do valor de R\$ 6.700.000,00 (seis milhões e setecentos mil reais), conforme despacho de fl. 200 do IC em apenso, fato que causa ainda mais perplexidade e dúvida sobre a lisura de todo o procedimento administrativo e até mesmo que houve verdadeiro desvio de finalidade na dispensa da licitação em tela que não se mostrou cabível, verificando-se que os expedientes foram direcionados à contratação direta da fundação ré.

Portanto, tenho que a contratação por meio de dispensa de licitação se deu de forma flagrantemente irregular, pois não observados os requisitos legais essenciais para tanto, havendo assim inequívoca burla à legislação que impõe como regra a realização de procedimento licitatório que no caso era inequivocamente o mais correto, haja vista o grande número de entidades que realiza concursos públicos no país e que ostentam expertise técnica para tanto.

Superada a questão inicial atinente à contratação da fundação ré que foi flagrantemente ilegal pelos motivos acima expostos, passa-se à análise do concurso público em si e as vicissitudes e nulidades sustentadas pelo MP.

Consoante quadro de fls. 217/218 do IC, tem-se que a arrecadação com as taxas de inscrição em 30/03/2012 foi de R\$ 7.687.616,05 (sete milhões, seiscentos e oitenta e sete mil e seiscentos e dezesseis reais e cinco centavos), sendo que ao fim do período de inscrição procedeu-se ao pagamento de R\$ 4.612.569,63 (quatro milhões, seiscentos e doze mil e quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e três centavos) à fundação ré (fls. 230/232 do IC).

O VI Concurso Público de Rio das Ostras teve seu edital publicado no Diário Oficial do Município de 10 de fevereiro de 2012 em que se estabeleceu como data final de inscrição no certame o dia 07/03/2012 com aproximadamente 200 cargos oferecidos das mais variadas especialidades.

Já no Diário Oficial seguinte houve a publicação da primeira errata do edital para correções quanto a alguns itens, sendo a segunda errata publicada no Diário Oficial do dia 24 de fevereiro de 2012.

Enfim, outras erratas foram publicadas no Diário Oficial do Município, conforme publicações dos dias 02/03/2012, 09/03/2012, 14/03/2012, 23/03/2012, consoante volume II do Inquérito Civil em apenso, além de outras que se deram na fase final do certame, o que já denota desorganização da fundação organizadora do certame que editou nada menos que cinco erratas seguidas para readequação de cronograma, retificação quanto ao programa, dentre outros.

Iniciada a realização do concurso, se iniciaram as reclamações endereçadas ao Ministério Público em que noticiadas irregularidades quando da aplicação da prova.

Como se extrai do primeiro volume do Inquérito Civil instaurado no âmbito do MP, tem-se que após as primeiras provas aplicadas em 31 de março e 1º de abril de 2013 se iniciaram as reclamações quanto às irregularidades e inconsistências havidas na aplicação da prova, fiscalização, regras para recurso, dentre outros.

De acordo com a ata de reunião de fls. 33/41 realizada em 03 de maio de 2012, por conta de terem sido confirmadas irregularidades quanto à aplicação de provas em desacordo com o programa previstos e possibilidade de fraude em razão de falhas na retirada de identificação dos candidatos no cartão-resposta houve a anulação de algumas provas, bem como houve a confirmação de ausência de participação da OAB na prova de Procurador do Município.

Ademais, houve a oitiva de candidatos que relataram às fls. 143/195 que quanto às primeiras provas aplicadas houve as seguintes irregularidades: possibilidade de troca do cartão-resposta; não recolhimento de aparelhos celulares; utilização de equipamentos eletrônicos durante as provas; questões idênticas quanto à matéria Lei Orgânica de Rio das Ostras em períodos diversos em provas aplicadas no mesmo dia; que havia apenas uma etiqueta de identificação do candidato; marcação de número de inscrição na prova; falta de acompanhamento dos candidatos quando iam ao banheiro; atraso no início das provas; após o final da prova, candidatos conversavam entre si enquanto outras pessoas estavam fazendo prova; entrada de candidatos após a distribuição das provas; falta de fiscais nas salas; entrega de cartão-resposta para realização de prova discursiva.

Consoante termos de oitiva constantes do segundo volume do Inquérito Civil em apenso, os candidatos apontaram as seguintes irregularidades: as questões da prova objetiva aplicada em turnos diversos no dia 31/03/2012 quanto à matéria "Lei Orgânica" eram idênticas; atraso para início das provas; ausência de regular fiscalização quanto ao uso do celular, vez que não eram recolhidos, havendo apenas orientação no sentido de que retirassem tão somente a bateria do aparelho, mantendo-os consigo; entrada de candidatos na sala após a distribuição das provas; possibilidade de troca do cartão-resposta após a sua entrega; identificação dos candidatos no cartão-resposta; ausência de fiscalização quanto a candidatos que iam ao banheiro; existência de cartões-resposta sobressalentes ao número de candidatos nas salas; troca de salas para alocação de candidatos e locais em que havia candidatos de cargos distintos.

No que se refere à identidade de questões em diferentes turnos quanto à matéria Lei Orgânica Municipal, efetivamente ao se confrontar as provas constantes do inquérito civil se constata que são as mesmas questões e em igual ordem (fls. 221/223, 246/256 e 270/273), o que denota severa irregularidade por permitir que candidatos que realizaram as provas no período da manhã já pudessem eventualmente verificar quais seriam as respostas mais corretas para a prova durante o intervalo entre as provas e assim alcançassem posição de vantagem em desfavor dos demais, contrariando um dos princípios fundamentais do concurso público que é a igualdade entre os concorrentes.

Além disso, foi verificado no bojo do inquérito civil, mediante apontamentos feitos pelos candidatos que prestaram o referido concurso público, que muitas das questões objetivas haviam sido retiradas de sites da internet especializados em divulgar questões de concurso, o que apenas reforça, mais uma vez, o despreparo da fundação organizadora em realizar o certame de forma minimamente transparente e atenta aos princípios da concorrência, isonomia e impessoalidade que devem nortear o procedimento de seleção de pessoal para a Administração Pública.

O concurso público, embora não possua regramento próprio em lei específica, admite a aplicação de princípios e normas atinentes às licitações públicas, haja vista se tratarem de procedimentos administrativos de seleção.

Nesse aspecto, têm aplicação ao caso os princípios da isonomia, concorrência e impessoalidade, devendo-se assegurar que a todos deve se dar a possibilidade de ingressar na Administração Pública, como estabelecido no art. 3º da Lei nº 8666/93, bem como observância ao interesse público de seleção daqueles que se mostram mais capazes ao exercício da função pública, os quais não poderiam ser preservados e alcançados no caso frente às inúmeras irregularidades constatadas no caso.

A esse respeito, tenho que a prova oral trazida pela fundação ré além de não ter sido capaz de infirmar o vasto acervo probatório que instrui o processo que converge para a desorganização da ré em realizar o concurso público em questão, apenas reforçou a ausência de expertise na condução do certame que apresentava elevada complexidade.

A testemunha Eduardo Carlos, a qual asseverou ter sido coordenador de fiscais, relatou que nunca tinha atuado em outros concursos públicos anteriormente e que um dos outros coordenadores teria atuado em um concurso público ocorrido em São João de Meriti, bem como que inicialmente não havia detector de metais nos locais de prova. A alegação de que os celulares eram colocados em envelopes lacrados na mesa do fiscal de prova são totalmente dissonantes dos relatos constantes do inquérito civil em que vários candidatos afirmaram que tal procedimento não era seguido e que não havia qualquer controle.

Por sua vez, quanto à testemunha Artur Ferreira, por ele foi dito que o transporte das provas era feito em carros convencionais e sem que houvesse maior aparato de segurança, havendo apenas a presença de um auxiliar de segurança que os acompanhava no trajeto, não havendo escolta alguma, afirmando também que essa era a primeira vez em que trabalhava em concursos públicos, o que apenas corrobora a falta de expertise técnica da ré em organizar um certame dessas dimensões, beirando o amadorismo.

Além disso, a testemunha afirmou que houve relatos de que pessoas que se encontravam na parte externa dos locais de prova estariam passando informações aos candidatos, bem como que houve intercorrências com o uso de celular nos locais de prova, o que apenas reafirma tudo o que está contido nos documentos que acompanham a inicial.

Por conta das irregularidades e anulação de algumas provas integral ou parcialmente, o que gerou repercussão bastante negativa para o Município, a Procuradoria do Município elaborou parecer às fls. 252/257 do 1º Volume do Inquérito Civil em que houve a recomendação de aplicação de multa contratual em desfavor da fundação ré, o que veio a ser acolhido pelo então Chefe do Poder Executivo.

De igual sorte, em junho de 2012, após nova notícia de irregularidade praticada pela fundação organizadora do certame no que se refere ao extravio de cartões-resposta para a prova aplicada aos candidatos ao cargo de Analista Processual que ensejou

a anulação das provas houve a recomendação de que houvesse uma auditoria nos procedimentos e equipamentos utilizados pela ré (fls. 265/270 - 1º Volume do IC).

Em função das inúmeras irregularidades e das denúncias feitas ao Ministério Público, houve a propositura de ação cautelar em que se buscou a suspensão do concurso público, conforme processo nº 0000192-98.2012.8.19.0068 que tramitou perante este Juízo.

A demanda foi proposta em 13 de junho de 2012, sendo que na mesma data houve a prolação de decisão liminar em que se determinou a suspensão do certame, a qual foi mantida em sede recursal e persistiu válida até o deferimento de efeito suspensivo concedido em ação cautelar proposta perante a 3ª Vice-Presidência (processo nº 0056925-94.2012.8.19.0000) proferida em 2 de outubro de 2012, a qual permitiu a retomada do concurso público.

Pois bem, tão logo houve a prolação da decisão acima o concurso foi prontamente retomado, devendo-se ressaltar que eram os meses finais de gestão do Prefeito Carlos Augusto, sendo que mesmo diante de todas as irregularidades que foram apontadas e da suspensão do concurso por parte da Justiça que perdurou por quase quatro meses, não houve qualquer auditoria ou análise mais aprofundada para apuração das irregularidades e sua homologação se deu em 5 de dezembro de 2012, momento em que todo o certame encontrava-se sub judice e com sérios indícios de irregularidade.

Além de se verificar que houve inúmeras irregularidades durante a aplicação das provas, o que abala de sobremaneira a lisura que se espera de um concurso público, haja vista o interesse público e o direito de os candidatos de concorrerem em igualdade de condições, tem-se que as suspeitas de fraude no resultado foram confirmadas, consoante informação da fundação ré às fls. 586/624 - II volume do Inquérito Civil - de que houve o lançamento equivocado das notas das candidatas Ingrid Antunes Amaral, Tatiana dos Santos Andrade e Fernanda Macário, sendo que os erros se deram sempre para elevar as notas das candidatas.

Como bem salientado pelo MP, o que assevera ainda mais a gravidade da descoberta da fraude é que as duas primeiras beneficiadas eram lotadas na Procuradoria Geral do Município e ocupavam o cargo de confiança de assessores jurídicos, ambas nomeadas pelo então Prefeito Carlos Augusto Baltazar, enquanto a terceira candidata beneficiada possuía grau de parentesco com o Secretário Municipal de Planejamento Luciano Macário (fl. 209 do I volume do IC).

Por fim, após a publicação do resultado que havia sido publicado e homologado no Diário Oficial de dezembro de 2015, em 23 de janeiro de 2013 a fundação ré informa que houve equívocos no resultado final e requer a republicação do resultado com a sua retificação, haja vista que houve equívocos quanto ao lançamento da data de nascimento dos candidatos, o que influenciou no resultado, conforme documentos de fls. 762/763.

Ademais, o mais curioso é verificar que no mesmo comunicado em que a fundação afirma a necessidade de divulgação e homologação de um novo resultado final, realiza a convocação de candidatos para realização de provas e testes psicológicos

e de aptidão física, o que demonstra que efetivamente o concurso não havia terminado quando da sua homologação levada a efeito pelo réu Carlos Augusto.

Dessa forma, tais fatores apenas reforçam a total impossibilidade de manutenção de validade do concurso, haja vista máculas gravíssimas que se deram no momento da contratação com dispensa de licitação, durante a aplicação das provas e até mesmo na divulgação do resultado em que se constataram fraudes e inequívoco beneficiamento de interesses de candidatos que tinham proximidade com a cúpula da Administração Pública Municipal.

No que se refere à anulação do certame por parte do MP em conjunto com a municipalidade, em que pesem as alegações de contrariedade na atuação do parquet que não propôs a ação principal no prazo correto, o que ensejou a extinção da ação cautelar, bem como o fato de terem havido recomendações conjuntas com o Município no sentido de que fosse dado seguimento ao concurso com a convocação dos candidatos classificados, tenho que no caso o MP, após análise mais acurada e aprofundada do caso, verificou que diante de todas as ilegalidades havidas não era possível manter hígido o concurso público.

De fato, quando da divulgação do resultado final, bem como sua retificação, havia grande comoção na cidade quanto à validade ou não do certame, haja vista todo o imbróglia judicial que o envolvia na medida em que aliado à ação cautelar proposta pelo MP, inúmeras ações individuais foram propostas nesta Comarca, conforme enunciado de forma exemplificativa na inicial, o que levou a todo o impasse no sentido de manter ou não a validade do concurso.

Como é de conhecimento geral, nos últimos anos houve uma busca incessante em se tornar ocupante de cargo efetivo na Administração Pública, sendo que se mostra extremamente drástica a decisão tomada ao final de anulação do concurso, haja vista que inequivocamente a grande maioria dos candidatos estava de boa-fé e buscava após muito esforço se tornar servidor público.

De toda forma, sopesando os interesses que se encontravam em conflito, tenho que a posição adotada pelo Ministério Público foi aquela condizente com suas funções institucionais, dentre elas a guarda da legalidade e do interesse público que inequivocamente foram flagrantemente lesados com a realização do concurso público.

Por sua vez, quanto à alegação de violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa com a celebração do TAC e anulação do concurso público, em que pese a posição da jurisprudência do STF firmada no RE 594.296/MG em que se estabeleceu que quando o ato administrativo de anulação ou revogação levado a efeito pela Administração Pública vier a afetar interesses individuais deva assegurar ao prejudicado o direito ao contraditório e à ampla defesa, tenho que no caso em apreço não se mostra cabível a aplicação da aludida tese.

Com efeito, merece registro que o art. 5º, LV da Constituição da República prevê que o direito ao contraditório e à ampla defesa é assegurado aos acusados e litigantes em geral, com o que se constata que tal direito fundamental deve ser assegurado àquele que litiga com a Administração Pública ou que responde a processo administrativo de natureza disciplinar.

Nesse contexto, tem-se que a uma primeira vista tal direito não é previsto no caso em análise, pois quando o candidato se dispõe a participar de concurso público, o qual possui natureza jurídica de processo administrativo de seleção de pessoal, tem-se que no caso não há uma situação de litígio e o administrado não pode sofrer qualquer forma de sanção, o que afasta a necessidade de observância de tais primados quando da anulação de concurso público por vícios insanáveis.

Por outro lado, ainda que se admita que haja a necessidade de oportunizar aos candidatos aprovados no certame o direito ao contraditório e à ampla defesa, o que somente é reconhecido pela jurisprudência quando há a homologação do certame, impõe-se verificar que a homologação em tela se deu de forma temerária e, mais que isso, ilegal, senão vejamos.

Como já noticiado nos autos, o concurso público em questão, por força de decisão liminar proferida em ação cautelar proposta pelo Ministério Público (processo nº 0000192-98.2012.8.19.0068) encontrava-se suspenso desde o mês de junho de 2012, sendo que a decisão foi mantida em segundo grau de jurisdição e somente com a interposição de recurso especial e apresentação de medida cautelar a fim de que lhe fossem concedidos efeitos suspensivos é que houve a revogação da decisão, o que permitiu a finalização do certame.

É de se destacar que a decisão foi proferida em 2 de outubro de 2012 e sua homologação se deu em 5 de dezembro de 2012, momento em que todo o certame encontrava-se sub judice e com sérios indícios de irregularidade, tanto que a decisão proferida em primeiro grau de jurisdição foi mantida em segundo grau, somente havendo a suspensão dos seus efeitos por conta de medida cautelar proposta junto à 3ª Vice-Presidência do TJ/RJ que, posteriormente, inadmitiu o recurso.

Desse modo, tem-se que o ato de homologação do concurso se deu de forma precária, pois além de ainda se encontrar em tramitação a mencionada ação cautelar, havia nos então dois Juízos desta Comarca outras inúmeras ações individuais tramitando em que eram questionados atos da fundação organizadora do certame em que também se determinou a suspensão do concurso, conforme relação de processos trazidos pelo autor, o que também é facilmente verificado por simples consulta processual ao sistema informatizado deste Tribunal de Justiça.

Ora, se havia decisões judiciais em que determinada a suspensão do certame ou nova realização de provas quanto a alguns candidatos, tem-se que a conduta do então Prefeito de Rio das Ostras se deu em contrariedade ao que decidido e de forma totalmente ilegal, pois o ato de homologação do concurso somente poderia ocorrer após o completo encerramento do concurso, o que não se deu no caso.

Aliado a isso, pontua a doutrina que o ato de homologação proferido pela autoridade competente quanto a processo administrativo de natureza licitatória tem por objetivo a verificação sobre a observância dos ditames legais e editalícios, tratando-se de verdadeiro juízo de legalidade, como bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo - 24ª Edição; Malheiros Editores):

Homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas.

Diante de todo o cenário de inúmeras ações individuais propostas nesta Comarca em que questionada a validade de diversas fases do certame e em que houve decisões no sentido de que o concurso fosse suspenso ou que fases do concurso fossem repetidas é de se verificar que não houve o prudente juízo de legalidade quando da homologação do concurso.

Logo, embora formalmente se verifique que a autoridade competente emitiu ato administrativo de homologação do certame, tenho que o ato foi precário e se deu em burla à legislação e aos princípios que norteiam a Administração Pública, pois sequer foi precedida de processo administrativo ou auditoria externa que viesse a apurar todas as denúncias de irregularidade no concurso público, extraindo-se que houve nítido desvio de finalidade na medida em que o intento do então Chefe do Executivo, em final de mandato, era assegurar o pagamento de vultosa quantia à Fundação organizadora do certame, o que ocorreu de maneira extremamente assoberbada.

De fato, o concurso público supostamente teria sido finalizado em 5 de dezembro de 2012 e, sem que houvesse, repita-se, qualquer verificação minuciosa acerca das inúmeras irregularidades denunciadas ao MP, buscou-se assegurar o pagamento dos valores devidos à ré naquele mês, pois como já dito, em 2013 haveria o início da gestão de outro prefeito que havia sido eleito em 2012 e que é adversário político comandado pelo primeiro réu.

Logo, através das notas de empenho e comprovantes de pagamento constantes de fls. 291/331 do procedimento administrativo nº 22210/11 acostado no volume nº VI houve o pagamento dos valores de R\$ 1.459.878,29 em 12/11/2012, R\$ 218.854,45 e R\$ 627.552,08 em 21/12/2012.

Corroborando o que ora é esposado, verifica-se que no mês seguinte à homologação do certame e divulgação do resultado final houve a disponibilização de novo resultado final, conforme aviso da fundação organizadora e classificação de aprovados publicados no Diário Oficial do Município de Rio das Ostras em 23 de janeiro de 2013, o que apenas confirma que a homologação se deu com claro desvio de finalidade e em total inobservância aos ditames legais, quais sejam, exercer juízo de legalidade e declarar o encerramento do concurso público, o que não se pode admitir frente à existência de fases concernentes a alguns cargos que estavam em disputa e decisões judiciais em que determinada a sua suspensão.

Acerca do tema, José dos Santos Carvalho Filho ((Manual de Direito Administrativo, 23ª Edição, Ed. Lumen Juris; p. 318/319) pontua o seguinte ao discorrer sobre a homologação:

A homologação se situa no âmbito do poder de controle hierárquico da autoridade superior e que tem a natureza jurídica de ato administrativo de confirmação. Quando a autoridade procede à homologação do julgamento, confirma a validade da licitação e o interesse da Administração em ver executada a obra ou o serviço, ou contratada a compra, nos termos previstos em edital. (...) Uma vez homologados o resultado e

a própria licitação, presume-se que a Administração tem interesse na atividade a ser contratada.

Como asseverado pelo citado doutrinador, tão logo a autoridade competente receba o processo de licitação, surgem para o gestor público quatro opções: a) determinar o retorno dos autos para correção de irregularidades, se estas forem supríveis; b) invalidar o procedimento, no todo ou em parte, em caso de vício insanável; c) revogar a licitação por razões de ordem administrativa; e d) homologar o ato de resultado final da Comissão, considerando implicitamente a legalidade da licitação.

Para que o ato administrativo de homologação do resultado final se conformasse com o ordenamento jurídico, tratando-se de verdadeiro ato administrativo vinculado, pois na hipótese há verdadeiro juízo de legalidade sobre a validade do certame, impor-se-ia que efetivamente houvesse a finalização do concurso público, o que, repita-se, não ocorreu no caso, tanto que após um mês houve a divulgação de novo resultado final, o que afasta a validade do ato de homologação.

Uma vez sendo divulgado novo resultado final, necessário que houvesse nova homologação de tal resultado ou ao menos a ratificação do ato administrativo de homologação do concurso, o que não ocorreu, não havendo assim que se falar em direito adquirido diante de concurso que, repita-se, não foi validamente homologado.

Com isso, afastada a validade do ato de homologação do certame, tem-se como afastada a necessidade de prévio contraditório e ampla defesa quando da anulação do certame, visto que os candidatos em disputa apenas possuem mera expectativa de direito, como já decidido pelo STJ:

AgRg no RMS 24980 / DF AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0198901-4. AGRADO REGIMENTAL. REJULGAMENTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO IMPOSTO PELO ART. 543-B, § 3.º, DO CPC, EM FACE DA ANÁLISE DA REPERCUSSÃO GERAL PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE. QUESTÃO POSTA APRECIACÃO QUE NÃO SE SUBSUME AO JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL. ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PARA CARGO DE CIRURGIÃO DENTISTA DA SECRETARIA DE ESTADO DO DISTRITO FEDERAL. ANULAÇÃO LEGÍTIMA. DESNECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO PERPETRADA ANTES DA HOMOLOGAÇÃO DO RESULTADO FINAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE EFEITOS CONCRETOS A ATINGIR A ESFERA DE INTERESSES INDIVIDUAIS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Segundo entendimento da Suprema Corte, em sede de repercussão geral reconhecida no RE 594.296/MG, "Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo". 2. No caso, não homologado o resultado final, é lícita a anulação, por decreto do Secretário de Estado, do certame público para provimento de cargo de cirurgião dentista da Secretaria de Saúde do Distrito Federal, regido pelo Edital de Abertura n.º 09/2006, ainda que não precedido por processo administrativo, na medida em que não gerou efeitos concretos capazes de atingir a esfera de direito individuais dos candidatos. Precedentes. 3. Hipótese dos autos que não se subsume ao caso julgado em sede de repercussão geral. Regular

processamento do recurso extraordinário, nos termos do art. 542, § 1.º, do Código de Processo Civil, é medida que se impõe. 4. Agravo regimental desprovido.

Como decidido no agravo de instrumento nº 0005123-86.2014.8.19.0000, a anulação é medida que se impõe frente às fraudes e ilicitudes havidas, não se verificando necessidade de prévio contraditório, até porque de atos nulos não exsurtem direitos.

Diante das peculiaridades do caso concreto, é de se reputar que o ato administrativo pautado pelos princípios da legalidade e autoexecutoriedade que veio a anular o certame sem que fosse oportunizado aos candidatos e à fundação ré o exercício ao contraditório se deu de forma válida, valendo trazer à colação o entendimento do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, 23ª Edição, Ed. Lumen Juris):

É preciso, por fim, advertir que nenhuma hipótese deve ser objeto de generalização indiscriminada. O exercício da autotutela administrativa ex officio, quer de legalidade, quer de mérito, é o corolário regular e natural dos poderes da Administração Pública, de modo que, a princípio, poderão ser anulados e revogados atos por iniciativa do Poder Público. Por isso não se deve simplesmente considerar descartado o poder de autoexecutoriedade administrativa.

Merece destaque, ainda, que no que se refere à fundação ré, durante o curso do certame ela foi constantemente a apresentar informações e justificativas perante o MP durante o curso do inquérito civil que resultou na propositura da ação cautelar e desta demanda, assim como foi parte na citada ação cautelar e em outras inúmeras ações individuais que tramitaram e ainda tramitam na Comarca em que questionadas fases do concurso, eliminações consideradas incorretas, falta de informação e acesso quanto à possibilidade de interposição de recurso para questionar as notas atribuídas nas provas de candidatos e até mesmo exibição de provas.

Logo, quanto à fundação ré se verificou que houve plena oportunidade em se manifestar durante a fase extrajudicial que veio a culminar com a celebração de TAC que subsidiou o decreto de anulação do concurso público, além de ter figurado como parte na ação cautelar que tramitou anteriormente por meio da qual o MP já questionava a lisura do certame, não havendo que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa em relação à ela, consoante disposto no art. 49, §3º da Lei nº 8666/93.

Ainda que assim não se entenda, em razão de todas as irregularidades verificadas em todas as fases do certame e que levaram à sua anulação, inclusive sufragado por meio de TAC celebrado com o Ministério Público, instituição totalmente imparcial e que zela pela legalidade e moralidade da Administração Pública, tem-se que em uma ponderação de interesses é de se impor no caso e preponderância do interesse público frente ao particular no que tange à possibilidade de esposar razões que justificariam eventual manutenção do ato, pois a garantia é de natureza formal e diante do que foi até então apurado não seriam capazes de possibilitar a convalidação de todas as nulidades havidas no certame.

Como é previsto na Constituição da República o princípio da inafastabilidade da jurisdição, em atenção às peculiaridades do caso concreto e em atenção ao princípio da preponderância do interesse público, tenho que é plenamente cabível no caso postergar o exercício do contraditório para momento futuro, o qual foi assegurado neste feito à fundação ré.

No mesmo sentido já foi decidido pela jurisprudência:

O contraditório e a ampla defesa, garantias proclamadas no art. 5º, LV, da CF, devem ser observados, não há dúvida, como regra geral, mas não regra absoluta, sob pena de ficar desamparado em muitos casos o interesse público, quando, então, impõe-se a prevalência da autoexecutoriedade de que gozam os atos administrativos, relegando-se para fase posterior o direito de defesa. (TJ/SP - Ap. Cível nº 179.373-1, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Marson, julgamento em 24/11/1992)

Uma vez afastadas as vicissitudes do ato administrativo sob o prisma formal, passa-se à análise de sua validade sob o aspecto material à luz da possibilidade de sanatória das irregularidades havidas durante o certame, primando pelo aproveitamento do concurso público em atenção à boa-fé dos candidatos e do interesse público.

A esse respeito, no que se refere à prerrogativa de autotutela da Administração Pública, é de se consignar que mais que um poder, trata-se de verdadeiro dever da Fazenda Pública quando se verificar ilegalidade que macule a validade do ato administrativo, tratando-se de verdadeiro corolário do princípio da legalidade que norteia toda a atuação estatal.

Acerca do tema, vale trazer à colação a lição sempre esclarecedora de José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, 23ª Edição, Ed. Lumen Juris), o qual assevera o seguinte:

A Administração atua sob a direção do princípio da legalidade (art. 37 da CF), de modo que, se o ato é ilegal, cumpre proceder à sua anulação para o fim de restaurar a legalidade malferida. Não é possível, em princípio, conciliar a exigência da legalidade dos atos com a complacência do administrador público em deixa-lo no mundo jurídico produzindo normalmente seus efeitos; tal omissão ofende literalmente o princípio da legalidade.

Em igual sentido, a jurisprudência do STF já se firmou no sentido de que é perfeitamente cabível a anulação de seus próprios atos levada a efeito pela Administração Pública com base no poder de autotutela, conforme se extrai da súmula nº 473:

A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-os, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Estabelecidas essas premissas, tenho que os réus não lograram êxito em atestar a ilegalidade do ato de anulação do concurso público praticado pela municipalidade e

que se fundou em irregularidades que perpassaram por todo o procedimento administrativo de seleção.

Com efeito, em razão do princípio da legalidade e legitimidade dos atos administrativos, presume-se que o ato administrativo questionado é legítimo, o que, quanto ao aspecto processual, gera a inversão do ônus da prova em desfavor do particular que tem o encargo de comprovar a ilegalidade por ele alegada.

Nesse contexto, haja vista os gravíssimos fatos apontados no Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o MP e o Município de Rio das Ostras e que foram devidamente comprovados ao final da instrução, o qual enumera irregularidades e suspeitas de fraude que transpassam todas as fases do concurso público, desde a dispensa de licitação para contratação da fundação de direito privado que supostamente não se enquadraria nos conceitos legais para tanto, inúmeras irregularidades durante a realização das provas e evidências de fraude e favorecimento pessoal quando da divulgação do resultado que em alguns casos se distanciou do efetivamente alcançado pelo candidato, tenho que a parte ré não foi capaz de infirmar e elidir o robusto acervo probatório trazido aos autos pelo parquet.

A esse respeito, é de se ressaltar que inúmeras foram as ações propostas por candidatos inscritos no certame em razão de irregularidades durante a aplicação das provas e até mesmo divulgação de resultados, o que acarretou a propositura de ação cautelar pelo Ministério Público em que houve o deferimento de medida liminar no sentido de que o concurso fosse suspenso, o que denota a existência de indícios que apontam no sentido das ilegalidades enumeradas no termo assinado pelo MP e pelo Município de Rio das Ostras.

Embora haja posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de que ainda que sejam constatadas nulidades no curso do processo administrativo é possível a sua não anulação quando se verificar que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação, tem-se que no caso não é possível a aplicação do referido entendimento.

Mais uma vez se valendo das lições de José dos Santos Carvalho Filho, ensina o doutrinador, em sua obra já citada, que:

Nesses casos é de se considerar o surgimento de inafastável barreira ao dever de invalidar da Administração, certo que o exercício desse dever provocaria agravos maiores ao Direito do que aceitar a subsistência do ato e de seus efeitos na ordem jurídica. Nota-se, por conseguinte, a prevalência do princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita. Atualmente, como já observamos, a doutrina moderna tem considerado aplicável também o princípio da segurança jurídica (na verdade inserido no princípio do interesse público), em ordem a impedir que situações jurídicas permaneçam eternamente em grau de instabilidade, gerando temores e incertezas para as pessoas e para o próprio Estado.

Nesse contexto e diante dos relevantes indícios de fraude na divulgação dos resultados, irregularidades durante a realização de provas e vício na própria contratação, tem-se que a manutenção da validade do certame não atende, em absoluto, ao interesse público, até porque sequer é possível atestar que aqueles que foram classificados em melhores colocações assim alcançaram tal qualificação por

mérito, sendo essa a finalidade precípua do concurso público, ou seja, a seleção de pessoal fundada eminentemente no mérito individual e no princípio da impessoalidade.

Seja por conta da prova que aponta no sentido de que houve fraude no resultado ao menos quanto a três candidatas, das quais duas exerciam cargo de confiança na Administração Pública e uma possui grau de parentesco com um dos Secretários Municipais à época, seja por verificar que grande parte das questões foi retirada de sites de internet e outras foram aplicadas de forma idêntica em mais de uma prova aplicadas em turnos diversos, o que obsta de sobremaneira que o procedimento de seleção alcance o objetivo primordial de permitir à Administração Pública a contratação dos candidatos que ostentam melhor preparo e aptidão para o exercício da função pública, tenho que a anulação do concurso foi a medida necessária e adequada no caso.

Por derradeiro, impõe-se consignar que o fato de ter havido a submissão do edital ao crivo do Tribunal de Contas do Estado acostado às fls. 1074/1076 não é suficiente para demonstrar a ausência de irregularidades no caso, pois o TCE apenas se manifestou acerca da publicação do edital e fez algumas recomendações quando do resultado final.

Logo, aliado ao fato de não verificar que os gastos realizados com o certame e o procedimento administrativo instaurado para realização do concurso público não foram objeto de controle pela Corte de Contas e por força do que disposto no art. 21, II da Lei nº 8429/92, tenho que a apreciação do TCE acerca da regularidade do edital do concurso não afasta a prática do ato de improbidade administrativa.

Uma vez configuradas as ilegalidades havidas na contratação da fundação ré e durante o transcurso do concurso público, o que ensejou a sua anulação, impõe-se a verificação do enquadramento das condutas levadas a efeito pelos réus como atos de improbidade, assim como individualizar a responsabilidade de cada um dos réus.

No que tange à configuração do ato de improbidade de dano ao erário, como disposto nos art. 5º e 10 da Lei nº 8429/92, não se exige para a configuração do ato ímprobo a má-fé do agente, bastando que concorra para a prática do ato e que atue de forma culposa ou dolosa, o que também já restou devidamente pacificado na jurisprudência do STJ, conforme julgados abaixo colacionados:

CONTRATO. LIMPEZA PÚBLICA. ADITAMENTOS. AÇÃO CIVIL. IMPROBIDADE. Após certame licitatório, firmou-se contrato referente aos serviços de limpeza pública do município. Contudo, foram feitos vários aditivos contratuais de elevado percentual, o que levou o Ministério Público estadual a propor ação civil pública. Diante disso, a Turma, entre outros temas, firmou ser legítimo o MP e perfeitamente cabível a referida ação, regida pela Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), para buscar a reparação de danos causados ao erário pelos atos de improbidade administrativa tipificados na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa). (...) Quanto ao ato de improbidade, a Turma reiterou que, para sua configuração, é necessária a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa), tal como identificado e explicitado pelas instâncias ordinárias, excepcionada apenas a hipótese do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Aduziu, também, que não houve qualquer ofensa ao art. 12 da lei acima citada enquanto o acórdão, ao aplicar as

conseqüências da solidariedade (art. 1.518 do CC/1916), deixou para a execução a quantificação da pena pecuniária e do ressarcimento, determinando que será proporcional ao tamanho do dano causado por cada réu, daí a individualização das penas. Precedentes citados do TCU: Decisão 215, DO 21/5/1999; do STJ: REsp 861.566-GO, DJ 23/4/2008; REsp 944.295-SP, DJ 18/9/2007; REsp 737.972-PR, DJ 3/8/2007; REsp 199.478-MG, DJ 8/5/2000; REsp 226.863-GO, DJ 4/9/2000, e REsp 154.128-SC, DJ 18/12/1998. REsp 1.021.851-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 12/8/2008. (Informativo STJ nº 363)

AgRg na MC 24630 / RJ. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. 2015/0172629-5. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO PELO ART. 10 DA LEI 8.429/92. EXIGÊNCIA DE DANO EFETIVO AO ERÁRIO. DANO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O periculum in mora encontra-se presente, pois, no caso em apreço, haveria o iminente risco da proibição de contratação com o Poder Público, o que afetaria mais de 500 contratos da empresa, o que, certamente, como consectário lógico, afetará as suas atividades empresariais. 2. Da mesma forma, à primeira vista, a fumaça do bom direito estaria presente, uma vez que o acórdão recorrido condenou a ora requerente por atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, II, IV e VIII da Lei de Improbidade, o que exige o efetivo dano ao Erário. 3. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei 8.429/92 exige a presença do efetivo dano ao erário e, ao menos, culpa. Precedentes: AgRg no AREsp. 701.562/RN, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 13.8.2015; REsp. 1.206.741/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 24.4.2015. 4. Agravo Regimental do MPF a que se nega provimento.

Por sua vez, como salientado acima, no que tange à violação aos princípios da Administração Pública há a necessidade de dolo, ainda que genérico, para configuração do ato ímprobo previsto no art. 11 da Lei nº 8429/92.

Nesse contexto, no que se refere ao dano ao erário, deve-se pontuar que consoante estabelecido no contrato administrativo nº 006/2012, o pagamento da fundação ré se daria mediante o repasse dos valores pagos pelos candidatos a título de taxa de inscrição, inexistindo qualquer aporte de recursos originários do erário propriamente dito.

O valor obtido com o pagamento das taxas de inscrição, conforme relatório fornecido pela municipalidade, já que tais valores, por força do contrato, foram pagos diretamente ao Município, foi de R\$ 7.687.616,05 (sete milhões, seiscentos e oitenta e sete mil e seiscentos e dezesseis reais e cinco centavos) e como o contrato previa o repasse de 90% de tal montante à ré, houve um empenho inicial de R\$ 6.700.000,00 (seis milhões e setecentos mil reais) (fls. 192/210 do processo administrativo nº 22210/11 constante do volume V do IC).

Com o encerramento do período de inscrição dos candidatos, em observância ao que previsto no contrato, houve o pagamento do valor de R\$ 4.612.569,63 (quatro milhões, seiscentos e doze mil e quinhentos e sessenta e nove reais e sessenta e três centavos), equivalente a 60% do valor arrecadado, havendo um saldo

remanescente quanto ao valor empenhado de R\$ 2.087.430,37 (dois milhões, oitenta e sete mil e quatrocentos e trinta reais e trinta e sete centavos), conforme documentos de fls. 213/220 do processo administrativo nº 22210/11.

Posteriormente, tão logo houve a retomada do concurso público em outubro de 2012, por conta da necessidade de levantamento de valores por parte da fundação organizadora do certame e em razão da própria suspensão por força de decisão judicial, foi elaborado aditamento ao contrato (fls. 276/278 do processo administrativo nº 22210/11), autorizando-se o pagamento de R\$ 1.459.878,29 (um milhão, quatrocentos e cinquenta e nove mil e oitocentos e setenta e oito reais e vinte e nove centavos, como se extrai de fls. 283/291 processo administrativo nº 22210/11.

Por fim, após a homologação do concurso em dezembro de 2012, sem que houvesse justificativa formal no processo administrativo, foi feito um empenho complementar no valor de R\$ 218.854,45 (duzentos e dezoito mil e oitocentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e cinco centavos) (fls. 298 do processo administrativo nº 22210/11), sendo pagos no total ao final do concurso e após a suposta homologação o montante de R\$ 846.406,53 (oitocentos e quarenta e seis mil e quatrocentos e seis reais e cinquenta e três centavos).

Portanto, tem-se que o valor total pago à fundação ré pela realização do concurso foi de R\$ 6.918.854,45 (seis milhões, novecentos e dezoito mil e oitocentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e cinco centavos), o qual corresponde efetivamente a 90% do valor arrecadado com a taxa de inscrição paga pelos candidatos.

É de se destacar que embora tenha sido fixada uma sanção administrativa à fundação ré no curso do procedimento administrativo, mesmo assim não houve qualquer abatimento no montante pago, o que apenas sobreleva a inequívoca intenção dos gestores públicos em realizar o pagamento à fundação ré de maneira integral e totalmente açodada quando da suposta homologação.

Acerca da natureza da taxa de inscrição cobrada de candidatos em concursos públicos, deve-se salientar que o Tribunal de Contas da União já se pacificou no sentido de que a referida receita recolhida aos cofres públicos tem natureza de verba pública, conforme teor da súmula nº 214 daquela Corte de Contas:

"Os valores correspondentes às taxas de inscrição em concursos públicos devem ser recolhidos ao Banco do Brasil S.A., à conta do Tesouro Nacional, por meio de documento próprio, de acordo com a sistemática de arrecadação das receitas federais prevista no Decreto-lei nº 1.755, de 31/12/79, e integrar as tomadas ou prestações de contas dos responsáveis ou dirigentes de órgãos da Administração Federal Direta, para exame e julgamento pelo Tribunal de Contas da União."

Melhor explicitando o tema, assim restou consignado pelo TCU no processo nº 016.687/2002-2, acórdão 2793 proferido no ano de 2013 de lavra do Ministro Relator Raimundo Carreiro:

A taxa de inscrição, embora não conste do orçamento, constitui renda pública, desde que fixada, em seu quantum, pela administração e recolhida por

determinação desta, que lhe administra, ainda, o seu levantamento ou movimentação.

Fundado em tais premissas, visto que a taxa foi fixada por meio de edital de concurso público veiculado pelo Município de Rio das Ostras e que os valores foram recolhidos para conta bancária da municipalidade que os administrou e, inclusive, realizou o pagamento da fundação ré por meio de notas de empenho vinculadas ao montante arrecadado, tenho que dúvidas não há quanto à natureza pública do numerário em tela.

Além disso, ainda que se entenda que tais recursos não se enquadram no conceito de recurso público, fato é que a contratação entabulada entre o Município de Rio das Ostras e a fundação ré foi considerada ilegal e, mais que isso, em razão da anulação de todo o certame por conta das falhas na organização, segurança e resultado fraudulento, tem-se que houve no caso verdadeiro inadimplemento da ré que não cumpriu com o que determinado no contrato, não sendo com isso possível permitir que a ré permaneça com o valor do pagamento a ela destinado, sob pena de verdadeiro enriquecimento sem causa.

Dessa forma, aplicando-se por analogia o art. 475 do CC, tem-se que por conta da inexecução do contrato a ré tem o dever de restituir ao Poder Público o valor que foi pago pelo serviço, o que encontra respaldo, inclusive, na cláusula contratual nº 16ª, alínea "c", pois se constatou no caso culpa da contratada na inexecução do objeto em razão de tudo o que já foi exposto acima.

Por derradeiro, mister consignar que no Termo de Ajustamento de Conduta fixou-se como uma das obrigações da municipalidade a devolução do valor pago pelos candidatos a título de inscrição, sendo que não se sabe ao certo quanto foi ou será devolvido ao final, pois como já noticiado pelas partes, em ação individual em que discutida a validade da anulação do certame e que tramita na 2ª Vara desta Comarca (processo nº 0004729-06.2013.8.19.0068) houve a prolação de decisão em que determinada a suspensão da devolução dos valores pagos pelos candidatos inscritos no concurso (fls. 1545/1546).

Portanto, tenho que o prejuízo imediato causado à municipalidade foi de R\$ 6.918.854,45 (seis milhões, novecentos e dezoito mil e oitocentos e cinquenta e quatro reais e quarenta e cinco centavos), haja vista se tratar do montante pago efetivamente à fundação ré pela realização do serviço que se mostrou deficiente, tanto que houve a anulação do concurso público, sendo que outros prejuízos advindos de condenações, custos com o certame e devolução do valor pago pelos candidatos a título de taxa de inscrição deverá ser posteriormente verificado por meio de liquidação.

Desse modo, configurado o dano ao erário, elemento essencial para que se aperfeiçoe o ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei nº 8429/92, passo à análise da responsabilidade de cada um dos réus e dos contornos do ato ímprobo.

De início, tenho que quanto ao réu Marcelo Chebor da Costa não foi possível a configuração de conduta ao menos culposa quanto aos prejuízos causados ao erário.

Com efeito, como sustentado pelo réu, tem-se que sua participação no processo administrativo que culminou com a contratação da fundação ré foi atender ao requerimento da Secretária de Planejamento e endossar o pedido de abertura de concurso público para preenchimento de cargos vagos e a necessidade de criação de novas vagas (fls. 22/23 do IC nº 2012.00438506).

Como já destacado alhures, a necessidade de realização de um novo concurso público restou devidamente comprovada e justificada através de documentos que instruem o processo administrativo nº 22210/11 em que se demonstrou a existência de cargos vagos na municipalidade, havendo, ainda, pedido feito pelo Secretário de Saúde para a criação de novos cargos.

Logo, até então, o processo administrativo tramitou de forma regular, tendo a atuação do réu se limitado à prática desse único ato, não havendo elementos que apontem no sentido de que atuou juntamente à comissão organizadora do certame ou que influenciou na escolha da fundação organizadora ré.

Após isso, o réu subscreveu o contrato administrativo firmado entre a fundação ré e a municipalidade, ato que, salvo melhor juízo, também não pode ser considerado, por si só, como doloso ou culposo pelos infortúnios havidos durante a contratação, até porque participou da lavratura do contrato após os trâmites formais na medida em que o Prefeito à época acolheu parecer jurídico para contratação por dispensa de licitação mediante indicação da Secretária de Planejamento.

Desse modo, tenho que as provas são insuficientes a demonstrar que houve conluio por parte do réu com os demais no sentido de providenciar a dispensa de licitação e a escolha da Fundação Trompowsky para condução do certame, pois tais atos não estavam incluídos dentre suas atribuições, com o que afasto a sua responsabilidade pelos danos gerados ao erário e à coletividade.

Por outro lado, no que se refere à ré Rosemarie Teixeira, tenho que a prova é inequívoca no sentido de que agiu não só de forma culposa, mas também dolosa ao buscar e provocar a dispensa de licitação com vias de direcionar a contratação da fundação ré para a realização do concurso público.

Como já exposto, foi a ré quem, subitamente, trouxe a proposta da fundação ré para o processo administrativo e elaborou requerimento de próprio punho para que houvesse a dispensa de licitação por considerar que a proposta era mais vantajosa que as demais sem que houvesse, ressalte-se, qualquer documento que denota convite formal à fundação para que apresentasse sua proposta no processo.

Além disso, foi a Secretária de Planejamento a responsável da cúpula da administração municipal em acompanhar todo o concurso público e dialogar com a fundação ré, bem como foi aquela que realizou o empenho inicial no valor de R\$ 6.700.000,00, além de ter figurado como Presidente da Comissão de Concurso.

Consoante fls. 525/553 do Volume III do IC, a ré era quem fazia a interface entre a Administração Pública e a fundação ré, figurando como principal responsável dentre o secretariado para condução de todo o certame, sendo que embora tenha havido orientação da Procuradoria Geral do Município para que fosse realizada uma

auditoria nos procedimentos de segurança e aplicação de provas da ré, tal providência não foi adotada.

Logo, haja vista todas as irregularidades que foram apontadas, mesmo diante desse cenário, a ré, juntamente com os demais, após a suspensão da decisão que determinava a paralisação do concurso, atuou no sentido de encerrar o concurso público até o fim de 2012 e, assim, assegurar o pagamento total do valor devido à fundação ré.

Com isso, tenho como devidamente demonstrado que a ré praticou ato de improbidade que causa prejuízo ao erário ao dispensar, indevidamente, processo licitatório e permitir que terceiro viesse a se enriquecer ilícitamente, conforme art. 10, VIII e XII da Lei nº 8429/92 na medida em que foi a principal articuladora para a dispensa de licitação e contratação da ré que recebeu quase R\$ 7.000.000,00 por um concurso público que, ao final e ao cabo, foi anulado, sendo que a própria contratação em si foi nula por tudo o que já exposto acima.

Restou claro que a ré tinha inequívoca intenção em contratar diretamente a fundação ré quando não havia, evidentemente, a configuração dos requisitos legais previstos no art. 24, XIII da Lei nº 8666/93, sendo que assim procedeu sem que houvesse sequer uma maior pesquisa de preços de mercado ou avaliação mais aprofundada da expertise técnica da ré, resultando no gravíssimo dano gerado não só ao Município como a toda uma coletividade com a anulação do concurso público que apresentou toda sorte de irregularidades.

Com isso, tenho que também restou configurado o ato de improbidade previsto no art. 11, V da Lei nº 8429/92, pois mesmo diante de todas as irregularidades denunciadas ao MP e ações judiciais em que questionados atos praticados durante o certame, não houve qualquer auditoria ou averiguação mais aprofundada das denúncias, tendo a ré, repita-se, tão logo autorizado o prosseguimento do concurso pela Justiça, tratado de conduzi-lo de forma açodada até o seu final em um espaço de dois meses de modo que o certame viesse a terminar antes do fim do mandatário do Poder Executivo.

Por sua vez, quanto ao réu Carlos Augusto, tenho que sua conduta no caso foi ao menos culposa e temerária ao permitir a contratação da ré com dispensa de licitação, quando, à época, era flagrante a ausência de experiência e expertise técnica para realizar um concurso público com as dimensões e a complexidade do certame em tela.

Ademais, o réu, como ordenador de despesa e Chefe do Poder Executivo, tem o dever de se pautar pelos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, conforme art. 4º da Lei nº 8429/92, o que não ocorreu no caso ao endossar o pedido de contratação da ré com dispensa de licitação e, o mais grave, homologar de forma totalmente temerária e açodada o concurso público em tela, mesmo diante de todas as denúncias de irregularidades que havia à época.

Diante de tal quadro, o que se esperava do gestor público era, ao menos, uma avaliação pormenorizada de todo o ocorrido, verificando se o procedimento administrativo seguiu o seu curso regular e até mesmo sopesar se seria válido e

condizente com o interesse público prosseguir com o concurso ou rescindir o contrato administrativo de forma a resguardar o erário.

Ao contrário, o que se verificou é que o réu, enquanto Chefe do Poder Executivo Municipal, buscou agilizar o curso do certame após decisão que permitiu a sua retomada de modo a homologá-lo e, com isso, garantir o pagamento da fundação ré pelos serviços prestados, os quais foram, ressalte-se, prestados de forma extremamente defeituosa.

Enfim, o que se verificou é que nos últimos dias de seu mandato o réu buscou homologar o concurso público, mesmo diante de todas as irregularidades havidas, e, com isso, assegurar o pagamento à fundação ré, sendo que como restou amplamente demonstrado, a homologação do resultado final se deu quando ainda havia fases do concurso a serem realizadas como testes psicológicos e de aptidão física, o que apenas denota a total invalidade da homologação que teve o nítido intuito de permitir o pagamento dos últimos valores devidos antes do encerramento de seu mandato.

Aliado a isso, há fortíssimos indícios no sentido de que o réu ainda pretendeu favorecer servidores que ocupavam cargos de confiança com a homologação do concurso e sua eventual aprovação, haja vista que como já foi salientado, constatou-se que houve fraude no resultado de ao menos três candidatos em que a nota foi lançada em desacordo com aquela que constava da prova, sendo que duas delas eram assessoras jurídicas nomeadas pelo réu, além de ser a terceira beneficiada parente de um de seus secretários municipais.

Embora não haja elementos nesse sentido, é de se vislumbrar no caso que a contratação em tela tenha sido realizada com finalidades espúrias e divorciadas do interesse público, quais sejam, o favorecimento de candidatos próximos à cúpula da Administração Pública e até mesmo eventual desvio de recursos em favor dos envolvidos.

Com efeito, os desdobramentos da operação "Lava-Jato" têm mostrado ao país, infelizmente, que a corrupção é uma situação sistêmica na Administração Pública em que toda sorte de contratação é utilizada como fonte de enriquecimento ilícito de gestores e financiamento dos partidos políticos.

Desse modo, causa bastante estranheza a pressa dos réus em concluir o concurso público nos últimos dias de mandato do prefeito e, por conseguinte, todo o seu secretariado e grupo político que foram sucedidos por grupo político adversário, frente a tamanhas denúncias de irregularidade e fraude, o que permitiu o pagamento de quase R\$ 7.000.000,00 (sete milhões) à ré, ignorando-se os possíveis efeitos deletérios que a homologação do concurso geraria para a municipalidade e seus habitantes.

Portanto, tenho que as condutas levadas a efeito pelo réu Carlos Augusto Baltazar também se amoldam aos dispositivos legais previstos nos art. 10, VIII e XII e 11, V da Lei nº 8429/92, pois considero que sua conduta foi culposa quanto à dispensa de licitação, mas dolosa quanto às demais pelos fundamentos acima esposados.

(...).

No que se refere ao dano moral coletivo pleiteado na inicial, embora seja controverso o seu cabimento, a doutrina admite a sua configuração, devendo-se verificar no caso se houve lesão à coletividade por conta de todos os problemas havidos durante o curso do certame e com a própria anulação.

Acerca do tema, vale trazer à colação os ensinamentos de Gisele Góes, a qual assevera o seguinte:

Com isso, vê-se que a coletividade é passível de ser indenizada pelo abalo moral, o qual, por sua vez, não necessita ser a dor subjetiva ou estado anímico negativo, que caracterizariam o dano moral na pessoa física, podendo ser o desprestígio do serviço público, do nome social, a boa-imagem de nossas leis ou mesmo o desconforto da moral pública, que existe no meio social. (GÓES, Gisele. "O pedido de dano moral coletivo na ação civil pública do Ministério Público". Processo civil coletivo. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco (coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 470-481)

Em reforço ao que dito, vale colacionar julgado lapidar proferido pelo então Ministro do STJ, Luiz Fux, o qual asseverou o seguinte:

REsp 821891 / RS. RECURSO ESPECIAL. 2006/0038006-2. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO REALIZADA PELA MUNICIPALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME. APLICAÇÃO DA PENALIDADE CONSTANTE DO ART. 87 DA LEI 8.666/93. DANO MORAL COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO NÃO DEBATIDO NA INSTÂNCIA "A QUO". (...). 2. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo dano. 3. Sob esse enfoque decidi a 1ª Turma desta Corte, no julgamento de hipótese análoga, verbis: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO." (REsp 598.281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.06.2006). 4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: "...Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiese efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral". 5. Recurso especial não conhecido.

Nesse contexto, tenho que no caso todas as irregularidades havidas durante o concurso público, em especial a desorganização nos locais de aplicação de prova, falhas na segurança, atrasos no início das provas, anulação de provas, inexatidão nas regras editalícias, falta de acesso dos candidatos às provas, bem como a própria anulação do concurso público ao final geraram inequívocos abalos à imagem da cidade e de seus munícipes, bem como desprestígio ao serviço público, à municipalidade e à própria moral pública.

Como se verificou no caso, houve 157.900 pedidos de inscrição no concurso e, mesmo que uma pessoa tenha se candidatado a mais de um cargo, é inequívoco que foram mais de 100.000 pessoas inscritas no certame e que vieram de todas as partes do Estado e até mesmo do país.

Dessa forma, a desorganização durante a aplicação das provas, as notícias de fraude e favorecimento pessoal e, principalmente, a total frustração dos candidatos com a anulação do concurso público, mesmo para aqueles que não foram aprovados, visto que se deslocaram até esta cidade para realização das provas, certamente causou péssimas impressões aos candidatos de outros locais sobre a cidade e a própria moralidade pública.

O concurso foi amplamente divulgado na mídia, conforme documentos de fls. 419/433 do Inquérito Civil em apenso, sendo que no parecer da Procuradoria do Município às fls. 252/257 do IC 2012.00438506 há menção de nota realizada pela Associação Nacional de Proteção e Apoio aos Concursos (ANPAC) em que as falhas na realização do concurso foram duramente criticadas pela instituição, valendo destacar o seguinte trecho:

"O concurso promovido pela Prefeitura Municipal de Rio das Ostras, RJ, comentadíssimo ultimamente, acabou se constituindo num ícone negativo, um exemplo da irresponsabilidade do poder público com os concursandos (candidatos a vagas), com os concurreiros (profissionais de concursos) e com a própria instituição Concurso Público, que precisa urgentemente ser respeitada como a mais importante ferramenta constitucional para a captação de funcionários e servidores públicos. (...) As sucessivas anulações de provas, os erros absurdos cometidos na logística de sua distribuição, a desorganização de horários, a incompetente fiscalização de candidatos... são fatores seríssimos a apontar que a organizadora, Fundação Trompowsky, não detém experiência necessária à realização de tarefa dessa magnitude, um concurso que atraiu mais de cem mil candidatos."

À época, foi amplamente divulgado na mídia todo o imbróglio envolvendo o concurso público, assim como houve a criação de páginas e perfis na internet pelos candidatos que foram aprovados e se sentiram prejudicados com a anulação do certame, o que é verificado mediante simples consulta em sites de busca na internet, o que causa inequívoco abalo moral no ente público e na própria coletividade ante a negativa impressão deixada pelo evento que trouxe pessoas de todo o país a esta cidade.

É de se ressaltar, ainda, que diante da anulação do concurso que se impôs frente a todas as irregularidades havidas é forçoso reconhecer que quando houver a abertura de um novo concurso público haverá bastante desconfiança por parte daqueles que prestaram o concurso anulado ou que souberam da anulação por meio

da mídia ou de terceiros, o que poderá afastar candidatos que poderiam se interessar em prestá-lo e, assim, afetar a concorrência que um dos primados do procedimento de seleção de pessoas para a Administração Pública.

Com isso, havendo menos candidatos, haverá um nível menor de competitividade que poderá gerar efeitos deletérios à Administração Pública que não poderá obter, ao final do concurso, aqueles que efetivamente se enquadrariam como os melhores para o cargo caso a concorrência fosse aquela que se obteria caso não houvesse toda a desconfiança e o descrédito criado na sociedade quanto à lisura e seriedade do certame.

Ademais, em razão das ações judiciais que tramitam na Comarca em que se discute a validade do certame e de sua anulação, tal situação de insegurança jurídica impossibilitou até mesmo que um novo concurso público fosse realizado, gerando assim prejuízos ao serviço público que não pôde realizar o procedimento de seleção para recrutamento de novos servidores por mais de três anos, havendo o preenchimento das vagas por pessoas que são contratadas diretamente, em caráter temporário e que não passaram por certame que viesse a selecionar aqueles que estivessem mais bem preparados para o exercício do cargo.

Portanto, tenho como devidamente configurado o dano moral coletivo gerado por força do desprestígio gerado em desfavor do serviço público e da moral pública que há no meio social, gerando abalos à imagem da cidade e de seus cidadãos frente à sociedade por conta de todos os infortúnios havidos com as irregularidades e a própria anulação do concurso público, sendo que por considerar que todos foram responsáveis em considerável medida pelo dano, deverão responder solidariamente pela obrigação, nos termos do art. 942 do CC.

A fim de estabelecer o valor da indenização a ser arbitrado a título de danos morais, a qual possui natureza compensatória, faz-se necessário a análise da extensão do dano, a situação financeira dos réus e o caráter pedagógico-punitivo da medida.

Conforme verificado na caracterização do dano moral, a conduta dos réus gerou inúmeros transtornos e frustração para os candidatos, abalando de sobremaneira a imagem da cidade e do próprio ente público frente a toda a sociedade, além do desprestígio à boa imagem de nossas leis, o que denota elevada extensão do dano.

Por sua vez, é inquestionável o porte econômico dos réus, haja vista se tratar de instituição que recebeu vultosa quantia para realização do certame, um dos réus já foi prefeito desta cidade por dois mandatos, outra ré já foi Secretária Municipal e os demais figuram como gestores da fundação ré, sendo que quando da efetivação da medida liminar se verificou que os réus ostentavam boa condição financeira.

Por fim, é de se destacar o caráter pedagógico-punitivo a ser qualificado na hipótese, haja vista a flagrante falha no serviço configurada na hipótese, as gravíssimas irregularidades constatadas em todas as fases do certame, a conduta temerária dos réus ao concluir o concurso público sem que houvesse uma análise aprofundada de toda a situação, além das fraudes constatadas em favorecimento de candidatas que eram servidoras nomeadas pelo réu e uma delas possuía grau de parentesco com um secretário municipal, o que denota a elevadíssima improbabilidade na conduta dos réus.

Portanto, adotando-se o critério da razoabilidade e tendo em vista a análise dos parâmetros balizadores de arbitramento do valor indenizatório concernentes aos danos morais, fixo a verba indenizatória no montante de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), por ser suficiente para reparar o dano moral sofrido pela coletividade, haja vista a natureza do sofrimento suportado em razão dos transtornos, constrangimentos e aborrecimentos ocasionados pela falha na prestação dos serviços prestados pela ré.

Por fim, passo à análise das sanções que serão aplicadas aos réus previstas no art. 12 da Lei nº 8429/92.

Nesse contexto, tenho que foram gravíssimas as condutas dos réus, haja vista todo o prejuízo financeiro causado ao Município que, inclusive, em razão das demandas judiciais envolvendo o concurso público em questão, está impossibilitado de realizar novo certame e, com isso, se aparelhar melhor no aspecto humano para atender à população.

Como já dito acima, houve a prática de atos de improbidade seríssimos e que causaram danos não só patrimoniais como também extrapatrimoniais à toda a coletividade ante a péssima imagem deixada com as irregularidades do concurso, a desorganização e a sua posterior anulação.

Nesse contexto, se conclui que a conduta dos réus se apresentou com altíssimo teor de gravidade, valendo asseverar, a esse respeito, as lições de José dos Santos Carvalho Filho, o qual destacou que:

O primeiro aspecto a considerar quanto à aplicabilidade é o da escala de gravidade, isso porque as sanções do art. 9º, aplicáveis em caso de enriquecimento ilícito, são mais severas do que as do art. 10, destinadas a atos que causam danos ao erário, e este, por sua vez, fixa sanções mais severas do que as do art. 11, para a violação de princípios. Significa, portanto, que o legislador considerou o enriquecimento ilícito como conduta de maior gravidade do que a lesão ao erário, e esta mais grave do que ofensa a princípios.

Nesse teor, visto que os réus Carlos Augusto e Rosemarie Teixeira praticaram atos ímprobos tipificados nos art. 10 e 11 da Lei nº 8429/92, agindo de forma extremamente temerária e dolosa, bem como a elevadíssima extensão do dano, o que é um elemento de grande valia para fixação das sanções legais, conforme art. 12, p. único da Lei nº 8429/92, bem como o maior grau de reprovabilidade por ostentarem posição de destaque na Administração Pública como Prefeito e Secretária de Planejamento, aplicando-se por analogia o disposto no art. 59 do Código Penal, a eles deverão se aplicar as penalidades de suspensão dos direitos políticos por 8 (oito) anos, ressarcimento integral do dano e proibição de contratar com o Poder Público por 5 (cinco) anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica ou receber benefícios ou incentivos fiscais, na forma do art. 12, II e III da Lei nº 8429/92.

Quanto à Fundação Trompowsky, tenho que foi patente no caso o seu despreparo em realizar o concurso, o que se concretizou em falhas das mais diversas e gerou danos não só ao ente público, como à coletividade e aos candidatos, (...), ressaltando-se que a organizadora foi a destinatária dos recursos públicos

milionários que, ao final, não foram revertidos em prol do interesse público ante a anulação do certame por conta das inúmeras e gravíssimas falhas durante a organização de condução do concurso público.

Desse modo, os condeno ao ressarcimento integral do dano e proibição de contratar com o Poder Público por 5 (cinco) anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Linhas atrás, se disse que quanto aos réus Flávio Terra e Antônio Guelfi, o julgado anulado não andou bem.

Explica-se.

A Lei nº 8.429/92 só se aplica ao particular que concorra com o agente público para a prática do ilícito, que o induza a perpetrar o ato ímprobo ou que dele se beneficie, de forma direta ou indireta

Eis o que estabelece o art. 3º:

As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Claro está que o dispositivo só permite a penalização do terceiro, pessoa física, a título de *dolo*.

Ora, não há como o particular concorrer com o agente público na prática do ato ímprobo se não for de forma consciente e voluntária. *Concorrer* traduz a ideia de participação nos atos preparatórios e/ou executórios.

Também não há como ele induzir o agente público a perpetrar o ilícito se não for dolosamente. *Induzir* significa convencer alguém a praticar uma conduta até então não cogitada.

Da mesma maneira, não há como alguém se beneficiar do ato ilícito se não for de maneira consciente.

É a própria Lei de Improbidade que o diz, afinal, ela só penaliza a conduta de quem recebe vantagem ilícita a título de **dolo** - ao tratar dos atos que *importam em enriquecimento ilícito* não menciona a forma culposa (art. 9º), ao contrário do que faz ao cuidar dos que *causam prejuízo ao erário* (art. 10).

Também não é outro o entendimento da doutrina, para quem “o comportamento culposo não se compatibiliza com a percepção de vantagem indevida”¹.

Bom, diante do quadro, indaga-se: há alguma prova de que os réus Antônio Guelfi e Flavio Terra *concorreram*, ou seja, tomaram parte nos atos executórios e preparatórios que culminaram na contratação irregular da Fundação?

Não.

Há evidencias indicando que eles induziram a Sra. Rosimeire ou o Sr. Carlos Augusto à prática do ilícito?

Não.

Por fim, existem por acaso elementos indicando que um centavo da quantia liquidada pelos candidatos para inscrição no concurso lhes foi repassada, direta ou indiretamente, com eles cientes de que se tratava de recurso oriundo de manobra irregular?

Não

Outro não foi o sentir do magistrado prolator da decisão cujos fundamentas integram a presente decisão. Frisou que a conduta deles só poderia ser enquadrada na modalidade culposa:

Quanto à fundação ré e seus representantes legais, tenho que restou configurada a **conduta culposa** ao anuírem à proposta de contratação direta sem que a fundação tivesse expertise técnica e aptidão para realização de um concurso público de tal monta, o que gerou gravíssimos danos ao erário e à coletividade. De fato, como exposto pelo MP, o concurso público foi um verdadeiro fracasso, haja vista todas as irregularidades, das mais diversas espécies, que ocorreram durante o concurso público, o que apenas evidenciou o total despreparo da ré em assumir tal encargo contratual. Os representantes da ré assumiram tal encargo, mesmo cientes da inexperiência da ré em certames desta monta, tendo sido aqueles que realizaram as tratativas para celebração do contrato e que o subscreveram. **Todavia, não vislumbro no caso o dolo genérico exigido para configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, V da Lei nº 8429/92**, pois as provas são no sentido de que as irregularidades que levaram à

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. ‘Manual de Direito Administrativo’. 23ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. Página 1177.

anulação do concurso não se deram por má-fé, mas sim por despreparo e falta de expertise técnica na realização de concursos públicos, até porque a anulação do certame gerou inúmeros prejuízos à ré que responde a inúmeras ações judiciais propostas por candidatos que se sentiram lesados com a desorganização na condução do certame, pelo que o enquadramento da fundação ré e seus gestores deverá se dar tão somente quanto ao art. 10, VIII e XII da Lei nº 8429/92.

Ainda outro ponto merece ser mencionado e que só vem a corroborar a conclusão a que chegou este 'decisum'.

A prefacial não descreve qual teria sido a conduta do Sr. Antônio e do Sr. Flavio. Teriam eles concorrido, induzido ou se beneficiado? A peça não diz.

Aliás, do seu teor se infere que eles foram colocados como réus unicamente pelo fato de integrarem os quadros da Fundação.

Ante o exposto, **JULGA-SE PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido para:

- a) DECLARAR a nulidade do Contrato Administrativo nº 006/2012 firmado entre o Município de Rio das Ostras e a Fundação Trompowsky;
- b) CONDENAR os réus Carlos Augusto Carvalho Balthazar, Rosemarie da Silva e Souza Teixeira e a Fundação Trompowsky, solidariamente, a pagar ao Município, a título de compensação pelo prejuízo causado pela anulação do VI Concurso Público de Rio das Ostras, o valor de R\$ 6.918.854,45, com juros de 1% ao mês desde a citação e atualização monetária desde o repasse da verba à instituição contratada;
- c) CONDENAR os réus Carlos Augusto Carvalho Balthazar, Rosemarie da Silva e Souza Teixeira e a Fundação Trompowsky, solidariamente, a pagar R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a título de dano moral coletivo, em favor do Fundo Estadual de Tutela Coletiva (art. 13 da Lei nº 7347/85), com juros de 1% ao mês contabilizados desde a citação e correção monetária a partir da publicação deste 'decisum';
- d) CONDENAR o réu Carlos Augusto Balthazar à pena de suspensão dos direitos políticos por 8 anos, proibição de contratar com o Poder Público por 5 anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica ou receber benefícios ou incentivos fiscais, na forma do art. 12, II e III da Lei nº 8429/92;

- e) CONDENAR a ré Rosemarie Teixeira à pena de suspensão dos direitos políticos por 8 anos, proibição de contratar com o Poder Público por 5 anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica ou receber benefícios ou incentivos fiscais, na forma do art. 12, II e III da Lei nº 8429/92;
- f) CONDENAR a Fundação Trompowsky à proibição de contratar com o Poder Público por 5 anos, ainda que por intermédio de pessoa jurídica ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, na forma do art. 12, II da Lei nº 8429/92;
- g) ABSOLVER os réus Marcelo Chebor, Flavio Terra e Antônio Guelfi da prática dos fatos que lhes foram imputados na exordial.

Condena-se os réus Carlos Augusto, Rosemarie e Fundação Trompowsky em 3/6 das custas.

Sem condenação em honorários.

Ciência ao MP - Tutela Coletiva.

Com o trânsito, comunique-se ao TRE a pena de suspensão dos direitos políticos imposta aos réus Carlos Augusto e Rosemarie.

Após, dê-se baixa e remeta-se à Central de Arquivamento.

P.R.I.

Rio das Ostras, sexta-feira, 15 de maio de 2020.

Henrique Assumpção Rodrigues de Almeida

Juiz de Direito