



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1009205-03.2017.8.26.0079**
 Classe - Assunto: **Ação Civil Pública Cível - Dano ao Erário**
 Requerente: **Justiça Pública**
 Requerido: **JOÃO CURY NETO e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **FABIO FERNANDES LIMA**

Vistos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, ajuizou a presente Ação Civil Pública contra **JOÃO CURY NETO e ANTÔNIO LUÍS CALDAS JÚNIOR**, visando à obtenção de provimento jurisdicional que reconheça a ilegalidade dos pagamentos realizados, condene os réus pela prática de atos dolosos de improbidade administrativa, determine o ressarcimento integral do dano com a devolução aos cofres públicos dos valores indevidamente recebidos e imponha sanções previstas no artigo 12, inciso I da lei de improbidade administrativa.

Consta da inicial, em síntese, que nos autos do inquérito civil nº 1.850/2017, Antônio Luís Caldas Júnior foi eleito para o mandato de Vice-Prefeito de Botucatu de 2009 a 2012 e de 2013 a 2016.

O Ministério Público prossegue a narrativa inicial dizendo que, nesse período, Antônio recebeu os subsídios de Vice-Prefeito, em valores variáveis entre R\$ 6.000,00 e R\$ 8.749,17.

O Ministério Público argumenta que o então Vice-Prefeito,

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

quando assumiu o mandato de Vice-Prefeito, já ocupava o cargo de professor na Universidade Estadual Paulista – Unesp, desde 20 de fevereiro de 1978, cargo no qual recebia vencimentos pagos pelo erário Estadual.

Acrescenta que o Vice-Prefeito também ocupou o cargo de Secretário Municipal de Saúde de 14 de setembro de 2009 a 03 de abril de 2012, sem remuneração e que no período de 2009 a 2016 recebeu remuneração com valores superiores ao teto constitucional, no caso, o subsídio do Governador do Estado.

Prossegue o Ministério Público dizendo que houve prejuízo às atividades desenvolvidas por Antônio Luís na Universidade Estadual Paulista, pois ele foi dispensado pela universidade de suas atividades habituais, sem que houvesse redução de seus vencimentos e demais vantagens.

O Ministério Público assinala que Antônio Luís teria acumulado, indevidamente, dois cargos públicos, entre 04 de abril de 2012 e 31 de dezembro de 2016, com recebimentos dos respectivos vencimentos e acumulou, indevidamente, entre 14 de setembro de 2009 e 03 de abril de 2012, três cargos com atribuições distintas e desenvolvidas em locais distintos, recebendo vencimentos de dois deles, cujos valores extrapolaram o teto constitucional de remuneração do serviço público.

Consta ainda que o réu João, mesmo ciente de que Antônio ocupava o cargo público de professor universitário, se omitiu dolosamente em relação ao acúmulo de cargos, tendo, inclusive solicitado para a universidade que dispensasse Antônio em tempo parcial de suas funções para que exercesse atividades como Vice-Prefeito.

O Ministério Público discorre que não se trata de hipótese de acumulação constitucionalmente autorizada e que o regime constitucional de remuneração dos prefeitos se aplica por analogia aos vice-prefeitos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Diante disso, concorrem os réus por infringência ao artigo 37, XVI, 38, inciso II da Constituição Federal e artigos 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92. Requer ao final, a citação dos réus, bem como a procedência dos pedidos visando à declaração de ilegalidade dos pagamentos de remuneração realizados cumulativamente e acima do teto constitucional; a condenação dos réus a ressarcirem o dano causado à Prefeitura Municipal de Botucatu, correspondentes aos valores pagos durante os períodos indicados de exercício do mandato e do cargo, devidamente atualizados com juros e correção monetária; que se reconheça a existência de ato de improbidade administrativa que resulta em enriquecimento ilícito dos agentes, com a imposição aos réus das sanções estabelecidas no artigo 12, inciso I da Lei de Improbidade Administrativa, subsidiariamente, caso se reconheça a existência de ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, que sejam aplicadas as sanções estabelecidas no artigo 12, inciso II da Lei de Improbidade Administrativa. Requer, por fim, a intimação do Município de Botucatu, para, querendo, vir integrar a lide na qualidade de litisconsorte. Protesta provar o alegado por todas as provas em direito admitidas. Juntou documentos (folhas 406 a 507).

Deferida em parte a liminar com decretação de indisponibilidade de bens dos réus (folhas 508 a 512).

Os réus foram notificados para apresentação de manifestação escrita, ato processual determinado no artigo 17, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa.

Notificado o réu João Cury Neto apresentou manifestação escrita na qual arguiu sua ilegitimidade passiva para responder pelos atos descritos na inicial, pois não os praticou diretamente, tanto que não administra a folha de pagamento do Município e não tem como responder por todas as atividades do Poder Executivo, argumentou que cabia ao Vice-prefeito optar pela remuneração, não cabendo ao Prefeito impor essa escolha ao seu Vice. No mérito defende que houve erro escusável e que não foi provada a má-fé, tanto que a opção do Vice-Prefeito pela remuneração não está prevista expressamente na Constituição Federal, Há divergência doutrinária sobre o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

tratamento remuneratório a ser imposto ao Vice-Prefeito, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal imponha ao Vice-Prefeito o dever de optar pela remuneração. Defende a inexistência de ato doloso de improbidade administrativa, agiram de boa-fé, tanto que comunicaram à Unesp a posse no cargo eletivo de Vice-Prefeito. Defende que houve correta prestação de serviços ao Município e não houve prejuízo às funções acadêmicas do réu Antônio. Aduziu que o teto constitucional se aplica a cada cargo individualmente, quando cumulados. Alegou inexistir dano ao erário. O réu se insurgiu contra os valores exigidos, posto não haver dispêndio pelos cofre municipais, sob pena de enriquecimento sem causa do Município. Pede o não recebimento da inicial da ação civil pública (folhas 552 a 569)

O réu Antônio Luís caldas Júnior apresentou manifestação escrita, na qual argumentou que é professor da Unesp desde 1978 e que foi eleito para o mandato de vereador do município de Botucatu entre 2001 e 2004 e 2005 a 2008. Foi eleito Vice-Prefeito na eleições de 2008 e 2012. Alegou que, de boa-fé, solicitaram ao Diretor da Faculdade de Medicina de Botucatu o afastamento da universidade para o exercício das atividades como Vice-Prefeito, o afastamento parcial foi aprovado, procedimento que foi adotado em todos os anos de mandato. Aduziu que o procedimento da administração pública observou os ditames constitucionais e foram transparentes. Alegou que o afastamento parcial e a percepção da remuneração não foram questionados pelo Tribunal de Contas do Estado, na função fiscalizadora. Não houve má-fé dos réus. Alegou que o exercício de mandato de Vice-Prefeito e a acumulação do cargo de Secretário de Saúde não representaram prejuízo para a administração municipal. Argumentou ainda que não abandonou o magistério durante o período em que exerceu o mandato de Vice-Prefeito e o cargo de Secretário da Saúde. Aduziu haver cumprido todas as atividades nos três cargos como reconhecido em parecer da universidade. Ministrou aulas em número superior ao exigido pela lei de Diretrizes e Bases da Educação. Defendeu a compatibilidade de horários entre os cargos e discorreu sobre as atividades exercidas enquanto Vice-Prefeito. O réu sustenta que não pode ser punido por agir de forma pró-ativa, já que não ficou passivamente aguardando missões especiais ou a vacância do cargo de Prefeito, afastado da docência, recebendo remuneração da universidade, aduz que não houve enriquecimento sem causa e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

tampouco dano ao erário, não está caracterizado o ato de improbidade, com esses fundamentos, pede a rejeição da inicial (folhas 687 a 730).

Manifestação do Ministério Público (folhas 1514 a 1526).

Recebida a ação civil pública e determinada a citação dos réus para contestarem a ação (folhas 1540 a 1544).

O réu João Cury Neto apresentou contestação, na qual reiterou os argumentos expostos em sua manifestação escrita e arguiu sua ilegitimidade passiva para responder pelos atos descritos na inicial, pois não os praticou diretamente, tanto que não administra a folha de pagamento do Município e não tem como responder por todas as atividades do Poder Executivo, argumentou que cabia ao Vice-prefeito optar pela remuneração, não cabendo ao Prefeito impor essa escolha ao seu Vice. Arguiu em preliminar a inépcia da inicial por pedidos incompatíveis. No mérito defendeu que não está configurado o enriquecimento sem causa e a conduta dolosa. Alegou que não há descrição da conduta imputável ao Prefeito e que tampouco se evidenciam o dolo ou culpa grave. O exercício do cargo de Secretário de Saúde ocorreu sem remuneração. Defende que houve erro escusável e que não foi provada a má-fé, tanto que a opção do Vice-Prefeito pela remuneração não está prevista expressamente na Constituição Federal, alegou que há divergência doutrinária sobre o tratamento remuneratório a ser imposto ao Vice-Prefeito, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal imponha ao Vice-Prefeito o dever de optar pela remuneração. Argumenta que eventual divergência de interpretação não configura ato de improbidade. Defende a inexistência de ato doloso de improbidade administrativa, agiram de boa-fé, tanto que comunicaram à Unesp a posse no cargo eletivo de Vice-Prefeito. Defende que houve correta prestação de serviços ao Município e não houve prejuízo às funções acadêmicas do réu Antônio. Aduziu que o teto constitucional se aplica a cada cargo individualmente, quando cumulados. Alegou inexistir dano ao erário. O réu se insurgiu contra os valores exigidos, posto não haver dispêndio pelos cofre municipais, sob pena de enriquecimento sem causa do Município. Defende a impossibilidade de ressarcimento dos valores recebidos pelo corrêu. Aduz que não houve dano ao erário. O réu sustenta que não houve violação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

aos princípios da administração pública. Postulou a gradação das sanções observada a proporcionalidade. Com esses fundamentos, pretende a extinção sem resolução do mérito por ilegitimidade passiva, ou a emenda da inicial com a indicação do ato de improbidade imputável ao réu, ou ainda, subsidiariamente, a improcedência dos pedidos formulados na inicial da ação civil pública (folhas 1555 a 1595).

O réu Antonio Luís Caldas Júnior, também apresentou contestação, na qual reiterou os argumentos expostos em sua manifestação escrita e argumentou que é professor da Unesp desde 1978 e que foi eleito para o mandato de vereador do município de Botucatu entre 2001 e 2004 e 2005 a 2008. Foi eleito Vice-Prefeito nas eleições de 2008 e 2012. Alegou que, de boa-fé, solicitaram ao Diretor da faculdade de Medicina de Botucatu o afastamento da universidade para o exercício das atividades como Vice-Prefeito, o afastamento parcial foi aprovado, procedimento que foi adotados em todos os anos de mandato. Aduziu que o procedimento da administração pública observou os ditames constitucionais e foram transparentes. Alegou que o afastamento parcial e a percepção da remuneração não foram questionados pelo Tribunal de Contas do Estado, na função fiscalizadora. Não houve má-fé dos réus. Alegou que o exercício de mandato de Vice-Prefeito e a acumulação do cargo de Secretário de Saúde não representaram prejuízo para a administração municipal. Argumentou ainda que não abandonou o magistério durante o período em que exerceu o mandato de Vice-Prefeito e o cargo de secretário da Saúde. Aduziu haver cumprido todas as atividades nos três cargos como reconhecido em parecer da universidade. Ministrou aulas em número superior ao exigido pela lei de Diretrizes e Bases da Educação. Defendeu a compatibilidade de horários entre os cargos e discorreu sobre as atividades exercidas enquanto Vice-Prefeito. O réu sustenta que não pode ser punido por agir de forma pró-ativa, já que não ficou passivamente aguardando missões especiais ou a vacância do cargo de Prefeito, afastado da docência, recebendo remuneração da universidade, aduz que não houve enriquecimento sem causa e tampouco dano ao erário, não está caracterizado o ato de improbidade. Pretende a improcedência dos pedidos formulados na inicial da ação civil pública (folhas 1596 a 1637).

O Ministério Público se manifestou diante das contestações

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

apresentadas pelos réus, requerendo o afastamento das preliminares suscitadas. No mérito sustentou a procedência dos pedidos formulados na inicial por entender provado o ato de improbidade administrativa. Diante disso, requer o julgamento antecipado do pedido com a procedência dos pedidos formulados nos termos da petição inicial (folhas 1654 a 1669).

Manifestação do réu João Cury Neto requerendo o julgamento de extinção sem resolução do mérito ante a ilegitimidade passiva ou, subsidiariamente, que seja reconhecida a inépcia da inicial, no mérito pede que os pedidos sejam julgados improcedentes (folhas 1671 a 1688).

Decisão em que foram rejeitadas as preliminares arguidas pelos réus e facultada a especificação de outras provas (folhas 1696 a 1702).

Os réus requereram a produção de prova testemunhal e documental (folhas 1706 a 1707 e 1708 a 1709).

O Ministério Público requereu o julgamento antecipado do pedido (folhas 1713 a 1714).

Decisão na qual foi determinada a manifestação das partes sobre a possibilidade de formalização de acordo de não persecução civil, nos termos do artigo 17, § 1º da Lei nº 8.429/92 (folhas 1715 a 1716).

Manifestação do Ministério Público expondo a inviabilidade de formalização de acordo de não persecução civil (folha 1728).

A seguir os autos vieram à conclusão para julgamento.

Este é, em síntese, o relato do essencial.

Fundamento e DECIDO.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Trata-se de ação civil pública, objetivando a condenação dos réus às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa pela cumulação de remunerações de cargos públicos por Vice-Prefeito, ante a vedação do artigo 38, inciso II da Constituição Federal.

As questões preliminares foram devidamente examinadas na decisão de folhas 1696 a 1702. Passo ao exame do mérito da ação civil pública.

A prova documental é suficiente para julgamento dos pedidos formulados na inicial, sendo desnecessária a produção de outras provas em audiência, de modo que procedo ao Julgamento antecipado dos pedidos, nos termos do artigo 355, inciso I do Código de Processo Civil.

O ponto controvertido principal da ação é saber se o servidor público eleito para o mandato de Vice-Prefeito poderia ou não cumular subsídio de seu mandato com os vencimentos do cargo público de professor em autarquia estadual e, ainda, se aludida cumulação, por sua ilegalidade, caracteriza ou não, ato de improbidade administrativa, que legitimaria a imposição de sanções previstas na Lei nº 8.429/92, o que recai sobre o exame do texto constitucional e da prova documental produzida nos autos.

Mesmo porque, "***Julgar antecipadamente a lide é dever do juiz se presentes as condições para tanto, até porque sendo o juiz destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização***" (TFR - 5ª Turma, Ag. 51.774-MG, Rel. Min. Geraldo Sobral, j. 27.02.89).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que "***a necessidade de produção de prova em audiência há que ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique em cerceamento de defesa. Antecipação legítima se os aspectos decisivos estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado***" (RE 101.171-SP).

Os elementos de convicção trazidos aos autos são



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP 18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

suficientes para viabilizar o julgamento dos pedidos, não se vislumbrando cabível e necessária a instrução em audiência. Aliás, já teve oportunidade de decidir o Supremo Tribunal Federal que **“a indicação de prova testemunhal e depoimento pessoal do credor capaz de determinar a audiência de instrução e julgamento..., há de convencer quanto à sua utilidade e plausibilidade, sob pena de converter-se em instrumento de protelação desnecessária ao processo...”**(conf. Agr. nº 70.732 - MG, rel. Min. DECIO MIRANDA - “apud” ALEXANDRE DE PAULA , “Código de Processo Civil Anotado”, vol. III, 3ª Ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986, p. 664).

No mérito, a pretensão formulada pelo Ministério Público na ação civil pública é procedente.

De fato o artigo 38, inciso II da Constituição Federal ao dispor que o servidor público investido no mandato de Prefeito, será afastado do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração, silencia a respeito do servidor público investido no mandato de Vice-Prefeito.

Ressalvo, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, dentro de sua competência para o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo, ao julgar a **ADI 199, decidiu pela aplicação analógica do artigo 38, inciso II aos servidores investidos no mandato de Vice-Prefeito: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO: ART. 98, § 2º, I, VI, XII, XVII: CONCESSÃO DE VANTAGENS A SERVIDOR PÚBLICO. VÍCIO DE INICIATIVA. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. ART. 99, IV E PARÁGRAFO ÚNICO: INVESTIDURA EM MANDATO ELETIVO. POSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO SIMULTÂNEO DA VERAÇÃO E DE FUNÇÃO PÚBLICA. EXTENSÃO AO VICE-PREFEITO E AO SUPLENTE DE VEREADOR. 1. Conversão em pecúnia de metade das férias e da licença- prêmio adquirida, pagamento de indenização a servidor exonerado de cargo em comissão, estabilidade financeira relativamente a gratificação ou comissão a qualquer título percebida. Impossibilidade. São inconstitucionais dispositivos de Cartas Estaduais, inclusive Emendas, que fixem vencimentos e vantagens, concedem subvenção ou auxílio, ou, de qualquer modo,**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP 18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

umentem a despesa pública, por ser da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de lei sobre a matéria. Precedentes. 2. Exercício funcional simultâneo com a edilidade ou o cargo de Vice-Prefeito. Garantia aos servidores públicos civis e aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta estadual. Extensão ao suplente de Vereador. 2.1. A Constituição Federal condiciona o exercício simultâneo do mandato de Vereador e das funções de agente público à compatibilidade de horários, que, não ocorrendo, impõe o seu afastamento do cargo, emprego ou função, sendo-lhe facultado optar pela remuneração. 2.2. Carta Estadual. Restrição do exercício funcional ao domicílio eleitoral. Impossibilidade. A Constituição Federal prevê tão-somente a hipótese do desempenho simultâneo das funções públicas, observada a compatibilidade de horários. 2.3. Extensão ao suplente de vereador. Insubsistência. Ao suplente de Vereador não se pode validamente estabelecer nenhuma limitação ao exercício do cargo, emprego ou função, por não ser titular de mandato eletivo. 2.4. Servidor público investido no mandato de Vice-Prefeito. Aplicam-se-lhe, por analogia, as disposições contidas no inciso II do art. 38 da Constituição Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade que se julga procedente. (ADI 199, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/1998, DJ 07-08-1998 PP-00019 EMENT VOL-01917-01 PP-00001 RTJ VOL-00167-02 PP-00355)

No mesmo sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL. VICE-PREFEITO. IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (ARE 659543 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 19-11-2012 PUBLIC 20-11-2012)

O mesmo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 1255, decidiu que o artigo 38 é norma de observância obrigatória por todos os entes da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

federação, o que inviabiliza que os entes da federação alterem o conteúdo da norma: ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTADO DE RONDÔNIA. § 10 INTRODUZIDO NO ARTIGO 20 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 3/92. Dispositivo que se ressentido de inconstitucionalidade material e formal. No primeiro caso, por haver instituído hipótese de disponibilidade do servidor civil e efeito do exercício, por este, de mandato eletivo, que não se acham previstos na Carta da República (arts. 38 e 41, §§ 2.º e 3.º), nesse ponto, de observância imperiosa para os Estados. E, no segundo, por introduzir modificação no regime jurídico de servidores públicos, com ofensa ao princípio de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, como previsto no art. 61, § 1.º, II, c, da mesma Carta, corolário do princípio da independência dos Poderes a que, por igual, está vinculado o legislador estadual. Procedência da ação. (ADI 1255, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2001, DJ 06-09-2001 PP-00007 EMENT VOL-02042-02 PP-00264)***

No caso vertente nestes autos, deve ser ressaltado que não há como deixar de reconhecer o dolo do administrador quando do pagamento de subsídio ao servidor investido no mandato de Vice-Prefeito, pois a jurisprudência há muito já estendia ao Vice-Prefeito, em aplicação analógica, a impossibilidade de acumulação do subsídio do mandato com os vencimentos de cargo, emprego ou função pública.

Incontroverso nos autos que o réu Antonio Luis Caldas Junior acumulou, sem afastamento e sem opção por remuneração, entre 14 de setembro de 2009 e 03 de abril de 2012, três cargos com atribuições distintas e desenvolvidas em locais distintos, recebendo vencimentos de dois deles. Fato provado pelos documentos de folhas 66 a 71 e 135 a 191.

Os documentos de folhas 83 a 90 provam que o réu não se afastou do cargo público de professor, em clara violação ao artigo 38, inciso II da Constituição Federal.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

No presente caso não incide a autorização de acumulação prevista no artigo 37, XVI da Constituição Federal, Em primeiro lugar porque há disposição específica para os servidores investidos no mandato de Prefeito, regime que se aplica aos servidores investidos no mandato de Vice-Prefeito; Em segundo lugar porque não se trata de acumulação de: 1) dois cargos de professor; 2) um cargo de professor com outro, técnico ou científico e; 3) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Acrescento que, ainda que fosse constitucionalmente admissível, o que não é o caso, o acúmulo em questão ultrapassaria o teto de remuneração e, **por haver afastamento parcial**, demonstrado no documento de folha 83, está claro que não há compatibilidade de horários a possibilitar a acumulação do mandato com a atividade de docência do cargo público.

A aprovação das contas pelo Tribunal de Contas ou pelo Poder Legislativo não obsta que se reconheça a ocorrência de ato de improbidade administrativa e que se apliquem as sanções previstas na Lei de improbidade administrativa, já que a decisão administrativa dos Tribunais de Contas não vincula a atuação do Poder Judiciário. A independência de atuação está muito clara no artigo 21, inciso II da Lei nº 8.429/92.

Da prova documental produzida vê-se claramente que os réus, então Prefeito e Vice-Prefeito de Botucatu, administradores deixaram de observar o texto constitucional e a jurisprudência consolidada que aplicava analogicamente ao Vice-Prefeito o regime de inviabilidade de acumulação do subsídio com remuneração de cargo, emprego ou função pública.

Com efeito, é importante ressaltar que estão presentes os elementos caracterizadores do ato de improbidade administrativa, quais sejam:

1) Presente a conduta violadora dos princípios que regem a administração pública, notadamente os princípios da legalidade e da moralidade;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP 18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Do princípio da legalidade, na lição de Seabra Fagundes, em sua obra, “O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário, Rio de Janeiro, Forense, 1957, p. 113, deflui que: **“Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade”**.

Claro, portanto, que o administrador só poderia ter realizado o pagamento se a Constituição ou a Lei autorizasse a cumulação das remunerações, o que, a toda evidência, não ocorre na hipótese, já que a acumulação de remuneração com subsídio e o afastamento parcial do cargo público estava em absoluto descompasso com a determinação do artigo 38, II da Constituição Federal e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por tratar-se de julgamento de ação direta de inconstitucionalidade (ADI 199), era decisão com eficácia erga omnes e efeito vinculante para a administração, nos termos do artigo 102, § 2º da Constituição Federal, dispositivo já vigente quando do início dos mandatos dos réus.

2) Presente o elemento subjetivo dos agentes, no caso o dolo de proceder ao pagamento cumulado de remuneração e subsídio quando havia meios de se aferir se essa conduta era inconstitucional ou ilegal.

Quanto ao elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, e sua imprescindibilidade à caracterização do ato de improbidade, extrai-se do Informativo 461 do Superior Tribunal de Justiça o seguinte posicionamento jurisprudencial: **“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Elemento subjetivo. Cuida-se, na origem, de ação civil pública (ACP) por ato de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de ex-prefeito (recorrente) e empresa prestadora de serviços em razão da contratação da referida sociedade sem prévia licitação, para a prestação de serviços de consultoria financeira e orçamentária, com fundamento no artigo 25, III, c/c artigo 13, ambos da Lei nº 8.666/1993. O tribunal a quo, ao examinar as condutas supostamente ímprobas, manteve a condenação imposta pelo juízo singular, concluindo objetivamente pela prática de ato de improbidade administrativa (artigo 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa - LIA). Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso,**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

reiterando que o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, tendo em vista a natureza de sanção inerente à LIA. Ademais, o ato de improbidade exige, para sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário (artigo 10, caput, da LIA), diante da impossibilidade de condenação ao ressarcimento de dano hipotético ou presumido. Na hipótese dos autos, diante da ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo), bem como da inexistência de dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de cerca de R\$ 50 mil ocorreu em função da prestação dos serviços pela empresa contratada em razão de notória especialização, revela-se *error in iudicando* na análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo. Dessarte, visto que ausente no *decisum* a afirmação do elemento subjetivo, incabível a incidência de penalidades por improbidade administrativa. Precedentes citados: REsp 805.080-SP, DJE 6/8/2009; REsp 939.142-RJ, DJe 10/4/2008; REsp 678.115-RS, DJ 29/11/2007; REsp 285.305-DF, DJ 13/12/2007, e REsp 714.935-PR, DJ 8/5/2006". (Resp nº 1.038.777 - SP - Rel. Min. Luiz Fux - j. 03.02.2011).

Mesmo porque, a lei não autoriza a cumulação de remuneração com subsídio e os réus poderiam se cercar de cautelas e consultar a procuradoria jurídica do município quanto à constitucionalidade ou legalidade desses pagamentos, em parecer não vinculante, antes de se proceder aos pagamentos cumulados, houve, portanto, vontade livre e consciente de praticar o ato violador aos ditames do artigo 38, II da Constituição Federal.

3) Houve enriquecimento ilícito e dano ao erário, na medida que o Vice-Prefeito acumulou remuneração com subsídio, recebimento cumulativo que lhe era vedado no mandato de Vice-Prefeito e dano ao Município, pois a opção pela remuneração lhe permitiria deixar de pagar subsídio ao réu, caso ele optasse pela remuneração mais vantajosa.

4) Os réus, Prefeito e Vice-Prefeito, mantinham vínculo com a administração municipal e praticaram ato em detrimento da administração direta do Município de Botucatu, entidade mencionada no artigo 1º da Lei nº 8429/92.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

5) Por fim a conduta dos réus, face ao enriquecimento ilícito e dano ao erário, pode ser enquadrada tanto no artigo 9º, quanto no artigo 10 da Lei nº 8429/92, com a gradação estabelecida no artigo 37, § 4º da Constituição Federal.

Nesta ação civil pública, é irrelevante questionar se houve escorreito cumprimento de todas as atribuições dos cargos acumulados pelo então Vice-Prefeito, o que se discute é o descumprimento intencional de dispositivo constitucional (artigo 38, II da Constituição Federal) e de precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal (ADI 199), que foram solenemente ignorados pelos réus, um que permitiu (Prefeito) e outro que se beneficiou diretamente da realização de pagamento indevido de subsídio cumulado com remuneração de cargo público (Vice-Prefeito).

Essa atuação dolosa não revela inabilidade, mas sim descaso com a gestão dos recursos públicos, tanto que o réu Antonio enriqueceu ilicitamente ao receber subsídio do mandato de Vice-Prefeito, valores que, se observado o comando constitucional e feita a opção pela remuneração, jamais teriam sido despendidos.

De qualquer forma, com o precedente vinculante da ADI 199, não havia autorização constitucional para a acumulação de remuneração com subsídio de mandato de Vice-Prefeito, não restando dúvida objetiva sobre a inconstitucionalidade de eventual cumulação em casos como o discutido nesta ação civil pública, o que, em princípio, indica a má-fé da conduta.

Com efeito, ainda que se questione a possibilidade da atuação profissional ter ocorrido de boa-fé, é razoável salientar que o administrador público não se exime de cumprir a lei, alegando que não a conhece, especialmente quando se verifica que havia precedente vinculante que reconhecia a inconstitucionalidade de conduta com a praticada pelos réus.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP 18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Justiça sobre o tema: **PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VICE-PREFEITO. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS APÓS O JULGAMENTO DA ADI N. 199/PE. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. READEQUAÇÃO DA SANÇÃO DE MULTA CIVIL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015, embora o Recurso Especial estivesse sujeito ao Código de Processo Civil de 1973. II - O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 199/PE em 1998, afirmou serem aplicáveis ao vice-prefeito as mesmas regras às quais o prefeito se submete, porquanto ambos são eleitos para o exercício da chefia do executivo municipal. III - No caso, a acumulação, pelo réu, dos cargos de vice-prefeito e de auxiliar de veterinário deu-se durante os anos de 2005 e 2006, época em que não havia mais dúvida jurídica objetiva acerca da ilegalidade dessa conduta, situação essa que infringe o art. 11 da Lei n. 8.429/1992. IV - A recapitulação da conduta ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa enseja a readequação da sanção de multa, conforme o estipulado no art. 12, III do mesmo diploma legal. V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. VI - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso. VII - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1731329/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 12/06/2019)**

Pelos mesmo fundamento, previsão constitucional e precedente vinculante à administração, se mostra irrelevante que os serviços tenham

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

sido efetivamente prestados pelo então Vice-Prefeito, os pagamentos cumulados continuam vedados. Fato ademais reconhecido a posteriori pelo Tribunal de Contas, embora não tenha havido determinação de ressarcimento pelo Tribunal de Contas (folhas 1720 a 1725).

A atuação dos réus também acabou por violar também o princípio da impessoalidade, já que o administrador deve sempre agir de forma objetiva, neutra e imparcial, com estrita observância da lei e visando a atender ao interesse público, não para beneficiar aliado político.

Desta forma, não há como considerar que a inobservância do precedente vinculante decorreu de mera inabilidade de gestão, pois o precedente era claro ao determinar que o regime remuneratório para os investidos no mandato de Vice-Prefeito era o mesmo aplicável aos investidos no mandato de Prefeito.

O princípio da moralidade também não foi observado, na medida em que os réus, ignorando a falta de autorização legislativa, sem observar o precedente vinculante que proibia os pagamentos cumulados, enriqueceu ilicitamente o Vice-Prefeito com pagamento que não poderia ter sido realizado e causou dano em detrimento da administração municipal direta de Botucatu, que, se observado o regime remuneratório aplicável, inviabilizaria a acumulação.

Os réus, em flagrante inobservância ao princípio do artigo 37 da Constituição Federal agiram norteado por interesses próprios, deixando de lado os preceitos morais que o administrador deveria observar na gestão da coisa pública.

As teses defensivas não eximem a responsabilidade dos réus, na medida que o administrador é responsável por atos de seus Secretários e demais subordinados, em especial porque ao administrador público só é dado o direito-dever de executar o que a lei expressamente autoriza, em atuação administrativa vinculada. e tem o dever de fiscalizar a aplicação dos recursos públicos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Na hipótese dos autos, a inobservância do texto constitucional e do precedente vinculante estabelecido na ADI 199, importa na invalidade dos pagamentos dos subsídios realizado cumulativamente com os vencimentos do cargo público de professor e resulta na imposição das sanções previstas na Lei n.º 8.429/92, como determina o § 4.º do artigo 37 da carta constitucional.

Ressalto que o pagamento cumulativo realizado de forma inconstitucional, traduz ofensa à probidade administrativa independentemente da extensão do dano causado e tampouco da aprovação das contas municipais pelo Tribunal de Contas do Estado.

Importante mencionar que o próprio Tribunal de Contas decidiu ser irregular a despesa decorrente da acumulação de subsídio com os vencimentos do cargo de professor em autarquia estadual, apurando saldo dos valores indevidamente recebidos durante o exercício de 2016, vide folhas 1720 a 1725.

A inobservância dos princípios da impessoalidade, moralidade e da legalidade importam também no reconhecimento de ato de improbidade na forma capitulada no artigo 11, “caput”, da Lei n.º 8.429/92.

Ressalvo, contudo, que havendo enriquecimento ilícito derivado do recebimento de subsídio cumulado com vencimentos de cargo público em desacordo com o artigo 38, II da Constituição Federal, deverão ser aplicadas aos réus as sanções previstas no artigo 12, inciso I, da Lei n.º 8.429/92, condenando-se **JOÃO CURY NETO** como autoridade que determinou o pagamento cumulado em desconformidade com dispositivo constitucional e precedente vinculante e, portanto, deu causa ao ato de improbidade, ato que ensejou enriquecimento ilícito de **ANTÔNIO LUÍS CALDAS JÚNIOR** e também causou lesão ao erário municipal.

Importante mencionar que **JOÃO CURY NETO** responde por ser o agente que concorreu para a prática do ato de improbidade, nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.429/92.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Assinalo, por fim, que ANTÔNIO LUÍS CALDAS JÚNIOR deve ser condenado porque foi o agente que enriqueceu ilicitamente com a prática do ato de improbidade, tendo recebido, enquanto investido no mandato de Vice-Prefeito, subsídio do mandato sem opção por remuneração, cumulando o subsídio com os vencimentos de cargo público em autarquia estadual.

Ante o todo exposto e fundamentado, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados na inicial para condenar **JOÃO CURY NETO**, pela prática de ato de improbidade administrativa descrito no artigo 9º da Lei nº 8429/92 e observada gradação prevista no artigo 37, § 4º da Constituição Federal aplico as sanções: 1) Decreto a suspensão dos direitos políticos do réu por 08 (oito) anos; 2) Condeno ao pagamento de multa civil de uma vez o acréscimo patrimonial concedido ao corréu Antonio, na forma do artigo 12, inciso I da Lei n.º 8.429/92. Condenar o réu **ANTÔNIO LUÍS CALDAS JÚNIOR**, pela prática de ato de improbidade administrativa descrito no artigo 9º da Lei nº 8429/92 e observada gradação prevista no artigo 37, § 4º da Constituição Federal aplico as sanções: 1) Ressarcimento do valor dos subsídios pagos ao então Vice-Prefeito durante todo o período dos mandatos, valores que serão apurados em liquidação de sentença; 2) Decreto a suspensão dos direitos políticos do réu por 08 (oito) anos 3) Condeno ao pagamento de multa civil de uma vez o acréscimo patrimonial decorrente do recebimento dos subsídios de Vice-Prefeito durante os dois mandatos; Destarte consolido a medida de urgência deferida na decisão de folhas 508 a 512, adequando-se, conforme o caso, com redução, da indisponibilidade aos valores suficientes ao cumprimento das sanções impostas nesta sentença; Havendo, quanto ao mais, resolução do mérito, na forma do artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Deixo de condenar os réus em honorários advocatícios porque é vedado ao Ministério Público receber tais verbas; conforme vedação do artigo 128, inciso II alínea "a" da Constituição Federal; Nesse sentido: vide RT 729/202 e JTJ 175/90.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

**PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Custas processuais na forma da Lei Estadual n.º 11.608/03.

Publique-se e intemem-se.

Botucatu, 26 de outubro de 2020.

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