



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0010424-24.2001.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa**
 Requerente: **Ministerio Publico**
 Requerido: **Joao Otavio Dagnone de Melo e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **GABRIELA MULLER CARIOBA ATTANASIO**

Vistos.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Joao Otavio Dagnone de Melo, Geraldo Benedito Turci, Gildo D. Alessandro Gioia, Neurivaldo Jose de Guzzi, Rubens Massucio Rubinho, Municipalidade de São Carlos, Hilda Lourdes Vitoretto Garcia, Glayde Marinelli Rohrer, Jose Mauricio Ortega, Edson Barbieri de Azevedo Grillo, Ernesto Giampa Abbt, Evanilde Duarte Mattos Santangelo, Evaldo Sarracini e Evandro Carvalho Rodrigues, sob o fundamento de que o Município de São Carlos contratou os servidores requeridos para ocuparem certos cargos em comissão, com contratação feita pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que seria irregular, razão pela qual eles não fariam jus ao FGTS e às verbas rescisórias, que não foram recebidas apenas José Maurício Ortega, devendo o valor correspondente ser restituído aos cofres públicos pelos requeridos. Sustenta que os responsáveis pelas contratações ou manutenção dos funcionários nos cargos, ou pelo pagamento indevido das apontadas verbas foram os corréus João Otávio Dagnone de Melo, Rubens Massúcio Rubinho e Neurival do José de Guzzi, prefeitos municipais que se sucederam no período e que tais práticas caracterizam atos de improbidade administrativa. Pede seja declarada a nulidade dos atos administrativos de nomeação dos apontados corréus e a declaração de incompatibilidade do regime celetista com a regular relação de emprego, bem como a condenação dos requeridos na restituição aos cofres públicos das referidas verbas e a aplicação das sanções da lei de improbidade aos agentes políticos responsáveis. Juntou documentos (fls. 20/64).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Os réus foram citados e apresentaram contestação: fls. 68/101; 155/156; 163/175; 279/283; 306/314; 338/345; 526/533; 387/389; 391/395. Deixou de oferecer resposta apenas réu Neurivaldo José de Guzzi.

Houve réplica às fls. 397/408, na qual o Ministério Público postulou pelo julgamento antecipado.

O Juízo determinou a vinda aos autos de informações pela Municipalidade (fl. 410).

Foi prolatada sentença, a fls. 464/481 do 2º vol., pela qual se julgou parcialmente procedente o pedido.

Houve apelação pelos réus, conforme fls. 485/491; 535/539; 541/542; 549/560; 577/598; 653/659; 662/667 e 693/697.

Sobrevieram contrarrazões pelo Ministério Público às fls. 702/710.

Pelo v. Acórdão (fls. 743/753) se negou provimento ao recurso tendo havido o trânsito em julgado.

Nos autos do cumprimento de sentença (processo digital nº 1006656-48.2016.8.26.0566), Edson Barbieri de Azevedo Grillo interpôs agravo de instrumento.

O v. Acórdão proferido (fl. 771/785, daqueles autos) reconheceu a nulidade da citação editalícia do agravante, tendo havido o trânsito em julgado, em 25/09/2017.

Devidamente citado, (fl. 1212), Edson Barbieri de Azevedo Grillo apresentou contestação (fl. 1215/1246), aduzindo, preliminarmente, a ocorrência de prescrição a nulidade do ato citatório, a ocorrência de prescrição e inépcia da inicial. No mérito, alega a inoccorrência de ato ímprobo, tendo agido de boa-fé.

Houve réplica às fls. 1294/1303.

Pela r. decisão de fls. 1311/1312 houve o sobrestamento do feito ante a repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário 852.742 do Supremo Tribunal Federal.

Após julgamento do tema pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 08 de agosto de 2018, vieram os autos conclusos para sentença.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR E DECIDIR.

Em vista do reconhecimento da nulidade na citação editalícia, houve anulação da sentença proferida nesses autos, do cumprimento de sentença e dos atos de constrição efetivados, somente em face do réu Edson Barbieri de Azevedo Grilo.

Procedida à citação, houve a manifestação do requerido, apresentando os argumentos contidos na contestação de fls. 1215/1246.

Da nulidade de citação.

Analisando os autos, verifica-se que a questão da nulidade da citação apresentada pela requerido já foi objeto do agravo de instrumento 2085327-83.2017.8.26.0000, no qual foi proferido o v. acórdão, com o acolhimento da alegação, que transitou em julgado no dia 25/09/2017, não comportando revisão da matéria por parte deste Juízo. Além disso, os atos processuais já foram repetidos, tendo o requerido sido citado novamente e apresentado contestação.

Da Inépcia da inicial.

Não há que se falar em inépcia da inicial, pois preencheu todos os requisitos do artigo 295 do CPC, vigente à época, sendo que a questão atinente ao recebimento dos benefícios indevidos diz respeito ao mérito.

Da prescrição.

Desacolho a preliminar de prescrição do pedido de ressarcimento ao erário.

O ressarcimento do dano oriundo de ato de improbidade administrativa é imprescritível, em decorrência da ressalva estabelecida no parágrafo 5º, do art. 37, da Constituição Federal, e da necessidade de proteção do patrimônio público.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), aos 08 de agosto de 2018, reconheceu a imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa. A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 852475, com repercussão geral reconhecida.

Dessa forma, ao final do julgamento, foi aprovada a seguinte tese com repercussão geral: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

No mais, a causa comporta julgamento antecipado, pois as questões trazidas ao juízo são estritamente de direito ou atinem a fatos já suficientemente comprovados nos autos.

O pedido não comporta acolhimento.

Como já fundamentado quando do primitivo sentenciamento do feito, esta é mais uma demanda pela anulação das nomeações de servidores para a ocupação de cargos providos de forma comissionada.

Entretanto, diferentemente de outras ações ajuizadas com o mesmo objeto, o fundamento jurídico do pedido é a afirmada inconstitucionalidade do regime eleito para regular o vínculo trabalhistas entre os servidores e a Municipalidade.

Naquelas, impugnou-se o provimento comissionado de determinados cargos, do que decorreu, em alguns casos, a declaração da inconstitucionalidade do ato administrativo de nomeação dos servidores.

Na presente, contudo, não se discute a legalidade/ constitucionalidade do provimento dos cargos arrolados, **mas apenas o regime jurídico escolhido pela a administração para a sua regulação.**

Trata-se, pois, estritamente, de saber sobre a possibilidade de utilização do regime celetista para os cargos de provimento comissionado.

Convém anotar que, não sendo objeto da presente a aferição da regularidade do provimento comissionado do cargo em questão, ainda prevalece, nas seguintes razões de decidir, a realidade, **incontroversa**, de que se trata de cargo de livre nomeação e exoneração.

É certo que a emenda constitucional de nº 19 acabou com o regime jurídico único dos servidores públicos, admitindo-se, portanto, tanto estatutário como o contratual.

Não obstante as contratações tenham ocorrido anteriormente à alteração constitucional, é justo estender seus efeitos de forma retroativa, pois a matéria nunca foi pacífica.

Não é o caso, portanto, de declarar a impossibilidade de regulação da relação entre os servidores correqueridos e o Município pela CLT, nem de anular-se sua contratação.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

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

Ocorre, contudo, que mesmo com a possibilidade de adoção do regime celetista para a regulação dos cargos providos em comissão, alguns dos direitos previstos nas leis trabalhistas, à evidência, não são compatíveis com a natureza desse tipo de provimento.

Os dispositivos da CLT, portanto, são aplicáveis apenas na medida em que se compatibilizam com as normas de direito público que regulam o provimento dos cargos públicos, bem como com o exercício das funções que lhe são inerentes.

Com efeito, não se pode admitir o pagamento de verbas rescisórias ao servidor do cargo provido em comissão.

É que tal espécie de provimento, por definição, permite a exoneração do servidor a qualquer tempo, o que ocorre consoante critérios conveniência e oportunidade apreciados discricionariamente pelo agente público competente.

Não há que se considerar a justiça da exoneração, pois é da natureza do cargo em comissão a possibilidade de exoneração a qualquer tempo, porque estão no âmbito da discricionariedade administrativa.

Assim, não se pode garantir ao servidor comissionado as **indenizações rescisórias** que somente se justificariam para a compensação de uma dispensa sem justa causa.

E ocorre o mesmo quanto às verbas relativas ao recolhimento do FGTS pela Municipalidade, pois, como anotado pelo autor da ação, o FGTS é alternativa à estabilidade no emprego - que não existe para os ocupantes dos cargos providos em comissão.

Temos, pois, que tanto as indenizações rescisórias, como o *quantum* relativo ao FGTS recolhido pelo Município, são incompatíveis com o provimento comissionado.

Assim, o Estado não estava autorizado a fazer os pagamentos dessas verbas, contudo, na própria sentença de fls. 478, mantida pela Superior Instância, afastou-se o dolo ou a culpa grave dos agentes, no sentido da prática de ato de improbidade administrativa, ressaltando-se que: (...) "Houve, é verdade, um erro. Mas não há prova de má-fé" (...). Nesse sentido, há que se analisar a questão do ressarcimento sob a ótica do atual entendimento do STJ, inclusive materializado em sede de recurso repetitivo.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

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

Não obstante a Administração tenha experimentado um prejuízo em face do erro em comento, este ônus não pode ser suportado pelo requerido, Edson Barbieri de Azevedo Grillo, que de nenhuma forma concorreu para a sua realização, mesmo porque a percepção dos valores em questão decorreu de erro da própria Administração.

O entendimento majoritário da Jurisprudência é no sentido de que a Administração Pública, por errônea interpretação ou má aplicação da lei, não pode exigir o ressarcimento contra aqueles que perceberam determinada vantagem de absoluta boa fé.

Neste sentido:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei.
2. O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé.
3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.
4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.
5. Recurso especial não provido (REsp. 1.244.182/PB, Rel. Min.BENEDITO GONÇALVES, DJe 19.10.2012).
8. Embora o precedente acima tenha se referido apenas à hipótese de pagamento indevido em razão de interpretação errônea de lei, o mesmo entendimento tem sido aplicado por esta Corte nos casos de erro operacional por parte da Administração, tanto por força do caráter alimentar dos valores discutidos, quanto pela falsa expectativa gerada no beneficiado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

quanto à legitimidade e definitividade das verbas percebidas".

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO. PAGAMENTO INDEVIDO. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. - Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de não ser devida a restituição de valores pagos indevidamente a servidores de boa-fé, com base em interpretação errônea, má aplicação da lei, ou equívoco da Administração". (AgRg no REsp 896.726/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 09/12/2008).

"Servidor público inativo. VPNI. Valores recebidos por interpretação errônea, má aplicação da lei ou equívoco da administração. Restituição ao erário. Descabimento. Verba de natureza alimentar recebida de boa-fé. Agravo regimental improvido". STJ (AgRg no REsp 875.487/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 25/06/2009, DJe 05/10).

Este é inclusive o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA. MORTE DE UM DOS IMPETRANTES. IMPOSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE HERDEIROS, FACULTADO O USO DAS VIAS ORDINÁRIAS. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. TOMADA DE CONTAS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. LEI N. 8.443/92. NORMA ESPECIAL EM RELAÇÃO À LEI N. 9.784/99. DECADÊNCIA, INOCORRÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE Documento: 24488073 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 6 de 7 Superior Tribunal de Justiça MORA DECORRENTES DE ATRASO NO PAGAMENTO DE VENCIMENTOS. DEVOLUÇÃO DE VALORES QUE, RETIDOS NA FONTE INDEVIDAMENTE PELA UNIDADE PAGADORA, FORAM RESTITUÍDOS PELA MESMA NO MÊS SEGUINTE. DÚVIDA QUANTO À INTERPRETAÇÃO DOS PRECEITOS ATINENTES À MATÉRIA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O mandado de segurança não admite a habilitação de herdeiros em razão do caráter mandamental do writ e da natureza personalíssima do direito postulado. Nesse sentido o recente precedente de que fui Relator, MS n. 22.355, DJ de 04.08.2006, bem como QO-MS n. 22.130, Relator


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

o Ministro MOREIRA ALVES, DJ de 30.05.97 e ED-ED-ED-RE n. 140.616, Relator o Ministro MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 28.11.97. 2. O processo de tomada de contas instaurado perante o TCU é regido pela Lei n. 8.443/92, que consubstancia norma especial em relação à Lei n. 9.784/99. Daí porque não se opera, no caso, a decadência administrativa. 3. A reposição, ao erário, dos valores percebidos pelos servidores torna-se desnecessária, nos termos do ato impugnado, quando concomitantes os seguintes requisitos: "i] presença de boa-fé do servidor; ii] ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; iii] existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; iv] interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração." 4. A dúvida na interpretação dos preceitos que impõem a incidência do imposto de renda sobre valores percebidos pelos impetrantes a título de juros de mora decorrentes de atraso no pagamento de vencimentos é plausível. A jurisprudência do TST não é pacífica quanto à matéria, o que levou a unidade pagadora a optar pela interpretação que lhe pareceu razoável, confirmando a boa-fé dos impetrantes ao recebê-los. 5. Extinto o feito sem julgamento do mérito quanto ao impetrante falecido, facultado o uso das vias ordinárias por seus herdeiros. Ordem concedida aos demais (MS 25641, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2007".

Também neste sentido, já se posicionou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

MANDADO DE SEGURANÇA. Policial Militar. Bonificação por resultado. Frequência em curso oficial que deve ser computada para fins de concessão da vantagem. Inteligência do Decreto Estadual nº 54.911/09. Verba alimentar. Presunção de boa fé no recebimento, não elidida nos autos. Recebimento de verbas alimentares por beneficiário de boa-fé não enseja restituição. Precedentes deste E. TJ e do C. STJ. Sentença procedente. Recurso voluntário e reexame necessário parcialmente providos, apenas quanto aos juros de mora, com determinação quanto à correção monetária; mantida a concessão parcial da ordem. (Relator(a): Heloísa Martins Mimessi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 29/09/2016; Data de registro:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

29/09/2016).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ex-prefeito que, ao final de seu mandato, em 2004, exonerou o seu chefe do gabinete, pagando-lhe verbas de natureza trabalhista, incluindo aviso prévio e multa de 40% sobre o FGTS – Ato ímprobo não configurado. Embora o vínculo do cargo em comissão tenha a natureza administrativa, à época da exoneração existiam fundadas dúvidas, corroboradas inclusive por entendimentos jurisprudenciais dissonantes, sobre a aplicação da legislação trabalhista quando da exoneração dos ocupantes de cargo em comissão, caso adotado o regime celetista no Município. Ação julgada improcedente. Decisão mantida nesta 2ª instância. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - APL: 90000050720068260470 SP 9000005-07.2006.8.26.0470, Relator: Isabel Cogan, Data de Julgamento: 14/05/2015, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 14/05/2015)

Vê-se, pois, que o critério adotado pelos Tribunais para determinar a restituição dos valores recebidos a maior é a comprovação da má-fé. Ressalte-se que a boa-fé se presume, e a má-fé deve ser provada.

Nessa mesma linha, conforme visto acima, o Excelso Supremo Tribunal Federal, assentou posicionamento no sentido de que não se pode exigir a restituição quando houver “presença de boa-fé do servidor; ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração”.

No caso em questão, não tendo sido demonstrada a má-fé, ou interferência do requerido na concessão das verbas, presume-se a sua boa fé, impondo-se a improcedência do pedido.

Anote-se que, no contrato de fls. 28, assinado pelo requerido, não há qualquer ressalva de que não faria jus às verbas ora questionadas.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, em relação ao requerido, Edson Barbieri de Azevedo Grillo, com a apreciação do mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Em razão do disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85, o Ministério Público não responde pelas verbas de sucumbência.

P.I.

São Carlos, 22 de outubro de 2018.

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