



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: **0013399-67.2011.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa**
 Requerente: **Ministério Público do Estado de São Paulo**
 Requerido: **Oswaldo Batista Duarte Filho e outros**

Justiça Gratuita

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Trata-se de Ação Civil Pública, ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra **OSWALDO BATISTA DUARTE FILHO, MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, DULCINÉIA APARECIDA FARIA, DERLY GONÇALVES, FRANCISCO DONIZETE BORGES, JOSE LUIS CAMPOS GIAMPÁ, LUIZ CLÁUDIO BOS PARES, MARCELO APARECIDO SIMONE, GILMAR SANCHES, IZABEL APARECIDA MORETTI, LEILA CRISTINA DE ALMEIDA VICENTINI, MARIA APARECIDA DE FÁTIMA MANZINI, MAIRÁ DE LOURDES CREMPE, MARIANA CRISTINA PEDRINO, ROSEMARY APARECIDA BRONDINO DUARTE DE SOUZA, SILVIO PEDRO SANDRINI e JOAIR APARECIDO RODRIGUES**, sob o fundamento de que apurou irregularidades ocorridas na Administração de São Carlos, no tocante à criação e preenchimento de cargos em comissão e funções gratificadas, eis que em desacordo com o estabelecido pela Constituição Federal, afrontando o disposto no artigo 37, I, II, V e §§ 2º, 4º e 5º.

Afirma que as Leis Municipais 11.261/97, 13.486/04 e 14.845/08, criaram vários cargos em comissão, a serem preenchidos por livre nomeação do chefe do executivo municipal, sem concurso público e que se constatou que inúmeros cargos são ocupados por pessoas cujas atribuições desempenhadas não exigem qualquer vínculo íntimo e subjetivo de confiança, comprometimento político, fidelidade às diretrizes estabelecidas pelos agentes políticos e lealdade pessoal à autoridade superior, imprescindíveis para a regularidade da criação e nomeação para os cargos de provimento em comissão ou de função de confiança, tratando-se, na verdade, de funções técnicas, operacionais ou



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

administrativas e contínuas, de natureza permanente, que deveriam ser exercidas por pessoas nomeadas após a aprovação em concurso público.

Elenca na petição inicial (fls. 06/10) os cargos criados pelas Leis Municipais 11.261/97, 13.486/04 e 14.845/08, bem como as funções exercidas pelos servidores/correqueridos.

Sustenta, ainda, que é patente a inconstitucionalidade do artigo 29 da Lei Municipal 14.845/08 que cria os cargos em comissão indicados na inicial, mas não especifica as suas atribuições, caracterizando ato de improbidade do Chefe do Executivo, Oswaldo Batista Duarte Filho, por ação ou omissão, que causa dano ao erário, devendo incorrer na sanção correlata.

Requeru a concessão de liminar para que Oswaldo Batista Duarte Filho, Chefe do Executivo promova a exoneração dos servidores elencados na inicial, ou, alternativamente, suspenda o pagamento de seus vencimentos. Ao final, pugnou pela procedência dos seguintes pedidos:

a) seja declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 14.845/08, no tocante ao dispositivo 29, que cria os cargos em comissão e funções gratificadas, sem especificar as atribuições, bem como a dos artigos 14, § 19, 15, § 1º, 17§§ 1º e 13 e artigo 21, § 14, todos do Decreto Municipal nº 640/08, por especificarem atribuições incompatíveis com a natureza dos cargos e funções;

b) sejam declaradas nulas as portarias de nomeações dos servidores;

c) condenação do Município de São Carlos em obrigação de fazer, consistente em promover, de imediato, a contar da intimação, a exoneração dos servidores ocupantes dos cargos em comissão e funções gratificadas, sob pena de multa diária;

d) condenação do correquerido Oswaldo Batista Duarte Filho a devolver aos cofres públicos do Município de São Carlos todas as verbas pagas aos servidores nomeados na sua gestão, segundo a relação apresentada; perda da função pública que estiver exercendo por ocasião do trânsito em julgado da sentença; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos; pagar multa civil de duas vezes o valor dano causado, representado pela somatória dos valores pagos aos servidores, e a imposição de pena de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios,



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

direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Intimado a se manifestar sobre o pedido liminar, no prazo de 72 horas, o Município de São Carlos pugnou pelo seu indeferimento (fls. 43/52), alegando ausência dos requisitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*). Ressaltou, naquela ocasião, que a eventual dispensa dos servidores representaria prejuízo ao interesse público, prejudicando sobremaneira a atividade administrativa, uma vez que atuam nas Secretarias de Educação, de Saúde, de Esportes e Lazer.

Pela decisão de fls. 54, foi postergado o exame da liminar para momento posterior e determinada a notificação de todos os réus, para apresentarem suas manifestações preliminares, nos termos do artigo 17, § 7º da Lei nº 8.429/92.

Notificado (fls. 40/41), o Município de São Carlos apresentou defesa preliminar, na qual alega, preliminarmente, carência da ação e não incidência da Lei nº 8.429/92; ilegalidade do inquérito civil; perda do objeto em razão da exoneração do corréu Joair Aparecido Rodrigues da Cunha. No mérito, alega inexistir ato ilegal e dano ao erário; legalidade da estrutura administrativa e das nomeações; a ausência de prejuízo aos cofres públicos; a legalidade, legitimidade, razoabilidade e oportunidade dos atos administrativos; o não cabimento da medida liminar e, por fim, que a exoneração dos servidores prejudicaria sobremaneira os serviços públicos municipais, tendo em vista o princípio da continuidade dos serviços públicos.

Os correqueridos, Oswaldo Baptista Duarte Filho (fls. 166/183) Maria de Lourdes Crempe, Leila Cristina de Almeida Vicentini, Isabel Aparecida Moretti Tamashiro e Maria Aparecida de Fátima Manzini (fls.239/242), José Luiz Campos Giampá (fls. 258/266), Derly Gonçalves (fls. 270/280), Gilmar Sanches (fls. 284/293), Silvio Pedro Sandrini (fls. 297/306), Joair Aparecido Rodrigues (fls. 310/323), Rosemary Aparecida Brondino Duarte de Souza (fls. 328/343), Mariana Cristina Pedrino (fls. 350/361), apresentaram defesas preliminares.

O correquerido Francisco Donizete Borges foi notificado por edital (fls. 377), tendo o curador especial nomeado apresentado defesa por negativa geral (fls. 393/397). Posteriormente, foi citado e intimado, pessoalmente (fls.431), tendo apresentado



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

defesa preliminar às fls. 435/436.

Manifestação do Ministério Público às fls. 440/446.

Pela decisão de fls. 447/448 o processo foi extinto sem resolução de mérito em relação aos correqueridos Joanir Aparecido Rodrigues da Cunha e Rosemary Aparecida Brondino Duarte de Souza, bem como foi deferida a liminar para determinar que o Município de São Carlos, por intermédio do chefe do executivo, procedesse à exoneração dos servidores requeridos, dos cargos em comissão, que ainda estivessem em exercício, no prazo de 120 dias, sob pena de multa diária de R\$500,00. Por fim, foi a inicial recebida, tendo sido afastadas as preliminares arguidas e determinada a citação dos requeridos.

Os correqueridos Mariana Cristina Pedrino (fls. 502/507), Gilmar Sanches (fls. 511/516), José Luis Campos Giampá (fls. 526/531), Derly Gonçalves (fls. 541/546), Silvio Pedro Sandrini (fls. 557/562), requereram, em síntese, a extinção do processo sem julgamento do mérito, ante a ausência de interesse processual, por perda do objeto, um vez que foram exonerados, não havendo em relação a eles outros pedidos de condenação.

Já as correqueridas Maria Aparecida de Fátima Manzini (fls. 590/599), Maria de Lourdes Creme (fls. 602/605) e Izabel Aparecida Moretti Tamashiro (fls. 608/611) apresentaram contestação, alegando, preliminarmente, falta de interesse processual. No mérito, requerem a improcedência do pedido, sustentando que suas nomeações foram baseadas em legislação municipal, em conformidade com a Constituição Federal, sendo, portanto, o ato de nomeação, revestido de legalidade e boa-fé. Salientam que as funções por elas desempenhadas eram estratégicas na estrutura administrativa, com natureza de assessoramento e direção, nos termos da Lei Municipal nº14.845/08. Requereram a extinção do processo sem julgamento do mérito ou a improcedência do pedido.

Contestação de Oswaldo Baptista Duarte às fls. 619/631. Inicialmente reiterou todos os termos de sua defesa prévia. No mais, sustenta a legalidade e licitude das nomeações dos cargos em comissão, criados pela Lei Municipal nº 14.845/2008. Afirma que o artigo 29 da referida lei, e seus anexos, definiram os cargos em comissão, os grupos salariais, seus vencimentos e gratificações, não havendo, portanto, ofensa às normas constitucionais. Ressalta que não agiu com dolo e que os serviços foram efetivamente


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

prestados, não restando caracterizado o ato de improbidade a ele imputado. Ressalta, ainda, que, na hipótese de procedência do pedido, a dosimetria das penas da improbidade deve levar em conta a proporcionalidade e a razoabilidade. Por fim, afirma não haver critério lógico para o pedido de devolução de todas as verbas pagas aos servidores nomeados, bem como para a aplicação de multa pecuniária de duas vezes sobre o valor do dano. Requer a improcedência do pedido.

O Município de São Carlos apresentou contestação (fls. 634/636) na qual, alega, em síntese, ter cumprido a liminar, exonerando todos os servidores requeridos, no prazo estipulado. Juntou as respectivas portarias de exoneração, afirmando que não mais existe cargo ou função gratificada. Requer a extinção do feito pela perda do objeto. No mérito, reitera os termos da defesa preliminar apresentada, acrescentando, ainda, que a Lei Municipal nº 14.845/08 já foi objeto de análise pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (ADI nº 2006840-70.2015.8.26.0566, que foi julgada procedente). Aduz, ainda, que embora não relacionados aos cargos e funções expressamente elencados na presente ação, eles estariam abarcados na análise dos fundamentos postos na referida ADI. Juntou documentos (fls. 637/739).

Manifestação do Ministério Público às fls. 741.

Marcelo Aparecido Simone (fls. 759/761) e Luiz Cláudio Bos Bares (fls. 770/772) apresentaram contestação. Requerem, em suma, a extinção do feito sem julgamento do mérito, ante a ausência de interesse processual, por perda do objeto, uma vez que foram exonerados, não havendo em relação a eles outros pedidos de condenação.

Manifestação do Ministério Público às fls. 777/793, na qual afirma não ser caso de extinção da ação pela perda do objeto, uma vez que as exonerações foram realizadas em razão do cumprimento da decisão que concedeu a liminar, a qual deve ser confirmada por sentença de mérito. Ressalta, ademais, que, não obstante as exonerações efetivadas, persiste o interesse processual, uma vez que a inicial imputa ato de improbidade administrativa ao gestor Oswaldo Baptista, bem como pretende a declaração de nulidade das nomeações dos servidores ocupantes dos cargos em comissão e funções gratificadas, além do pedido de declaração, de forma incidental, da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 14.845/08 e de dispositivos do Decreto Municipal nº 640/08. Reiterou os



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

termos da petição inicial, bem como da manifestação de fls. 440/446.

É o relatório.

Fundamento e decido.

O processo comporta imediato julgamento, a teor do disposto no inciso I do art. 355, do Código de Processo Civil, tratando-se de matéria de direito a ser apreciada, sendo satisfatória a prova documental já existente nos autos para apreciação das questões fáticas.

Não há que se falar em falta de interesse superveniente, pois, não obstante as exonerações, pretende o autor a declaração de nulidade das portarias, a devolução das quantias pagas pelo gestor e a aplicação de pena a ele por improbidade administrativa, bem declaração, de forma incidental, da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 14.845/08 e dos dispositivos do Decreto Municipal nº 640/2008.

As demais preliminares foram apreciadas, por ocasião do recebimento da inicial (fls. 447/448).

No mais, o pedido comporta parcial acolhimento.

O art. 37, II da Constituição Federal evidencia que a regra, em nosso sistema constitucional, é de a investidura em cargo público dar-se após aprovação em concurso público.

Tal norma é excepcionada pelo art. 37, V da Constituição Federal, que autoriza a livre nomeação e exoneração para cargos em comissão.

Ocorre que, para não esvaziar a regra, a própria Constituição Federal estabelece que para esses cargos a nomeação terá como finalidade o exercício, pelo servidor, de atribuições de direção, chefia ou assessoramento, e nenhuma outra mais.

Entende-se que somente nesses casos justifica-se a superação da regra do concurso público, pois tais atribuições pressupõem um especial vínculo de confiança entre o agente público e o nomeado.

É claro, portanto, que a nomeação para cargos e funções de livre nomeação e exoneração não deve dar-se para o exercício de atribuições meramente técnicas ou burocráticas.

Tal finalidade é proscrita por lei, sendo possível a análise, pelo Poder



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

Judiciário, da finalidade do Administrador Público, ao exercer determinada competência.

Se a finalidade legal não é respeitada pelo Administrador Público, nasce o vício do desvio de função, ou desvio de finalidade, ou desvio de poder, que se dá “quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. Malheiros. São Paulo: 2006. 23ª Ed. pp. 390).

“A atividade administrativa sendo condicionada, pela lei, à obtenção de determinadas consequências, não pode o administrador, ao exercê-la, ensejar consequências diversas das visadas pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar atingir as consequências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática” (SEABRA FAGUNDES, Miguel. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 8ª Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2010. pp. 87).

No caso em tela, temos que o fim legal do poder administrativo de livre nomeação e exoneração para os cargos em comissão e funções de confiança é de que os nomeados exerçam de fato funções de chefia, direção ou assessoramento, que exijam vínculo especial de confiança com o Administrador Público para o seu desempenho.

No caso concreto, é possível concluir que houve desvio de finalidade, pois o réu exerceu a competência que possuía em abstrato (de nomear pessoa para cargo em comissão ou função de confiança) para alcançar uma finalidade não contemplada na norma jurídica que lhe outorgou tal atribuição, uma vez que os nomeados não exerciam, de fato, atribuições de chefia, direção ou assessoramento, como exige o art. 37, V da Constituição Federal, conforme depoimentos feitos por eles, constantes dos autos.

Os cargos ocupados tinham atribuições desempenhadas que não exigiam qualquer vínculo íntimo e subjetivo de confiança. Executavam funções eminentemente técnicas.

Incidu, portanto, no ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, I da Lei nº 8.429, qual seja: “*praticar ato [nomeação para cargo em comissão] visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência [exercício, pelo nomeado, de funções meramente burocráticas, subalternas ou técnicas, desvirtuadas da regra do art. 37, V da CF]*”.



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 há que se falar em ausência de dolo, pelo fato de existir lei municipal prevendo o cargo, pois houve desrespeito à Constituição Federal, cuja regra basilar é a nomeação por concurso público, não podendo o requerido alegar desconhecimento, mormente em se considerando a sua qualificação profissional: Engenheiro e ex-reitor da Universidade Federal de São Carlos.

Conforme ressaltado em julgado de lavra da Ministra Eliana Calmon: “Diante das Leis de Improbidade e de Responsabilidade Fiscal, inexiste espaço para o administrador 'desorganizado', 'desleixado', 'despreparado' e 'despido de senso de direção'. Não se pode conceber, principalmente na atual conjuntura política, que um Prefeito, legitimamente eleito, assuma a administração de um Município e deixe de observar as mais mezinhas regras de direito público e, o que é pior, tentar colocar tais fatos no patamar de 'meras irregularidades'” (REsp. nº 708.170/MG).

Embora os cargos exercidos pelos nomeados tenham sido denominados como sendo em comissão, na prática, reclamavam a realização de atividades técnicas e burocráticas próprias de cargos efetivos que exigem prévia aprovação em concurso público, o que denota a prática de ato de improbidade por quem o admitiu, pois houve desrespeito aos princípios da legalidade e moralidade administrativa, com a aplicação da sanção correlata que, em situações específicas e devidamente fundamentadas, pode ser abrandada para adequação da aplicação da Lei n. 8.429/92 à Constituição Federal.

Nota-se, então, que o requerido se utilizou do dever-poder de nomear servidor para o cargo em comissão ou para função de confiança com finalidade distinta daquela para a qual foi autorizado pela carta constitucional, caracterizando-se o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade.

São nulas, portanto, as nomeações, a teor do disposto no § 2º do art. 37, da CF/88, que estabelece:

“2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

Em complemento, diz o inciso II, do art. 37 em alusão:

“II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a



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

complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”;

A nulidade em si, porém, no caso concreto, não gera maiores efeitos jurídicos, uma vez que a sua declaração não importa em retorno ao *status quo ante*, pois já produzidos os efeitos, e cessadas, segundo consta, as nomeações indevidas.

O relevo está no fato de que tal ilegalidade configura ato de improbidade previsto no artigo 11, inciso I da Lei nº 8.429/92 (atos que atentam contra os princípios da administração pública), uma vez que se encaixa na definição legal: "praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência".

Saliente-se que não configura ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, afastando-se a adequação típica no art. 10 da Lei nº 8.429/92.

Com efeito, consoante entendimento amplamente majoritário na jurisprudência, somente há falar em ressarcimento ao erário caso não tenha havido a contraprestação, isto é, caso os serviços não tenham sido prestados.

No caso em tela, não consta que os nomeados não tenham exercido, de fato, atribuições em prol do poder público – ainda que distintas de atribuições de chefia, direção ou assessoramento.

Sendo assim, o acolhimento do pedido de ressarcimento ao erário importaria em enriquecimento sem causa do Município de São Carlos.

Nesse sentido, o TJSP: “*Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Contratação de servidor para a função de arqueólogo, sem concurso - Violação do princípio da isonomia e da moralidade administrativa Declaração de nulidade da contratação, com efeitos 'ex tunc' e condenação do agente responsável pelo ato ilegal ao ressarcimento integral do dano provocado aos cofres da Fundação Cultural Cassiano Ricardo, com a devolução de todos os valores pagos - Legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que visa responsabilizar administradores municipais por ato de improbidade administrativa - Ação que envolve somente pedido de ressarcimento de danos ao erário público e deve ser considerada imprescritível - Inexistência de prova de que os serviços não tenham sido regularmente prestados - Indevido enriquecimento do Poder Público - Afastamento da pena imposta na decisão*


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

apelada. Recursos providos” (Ap. 9058955-56.2009.8.26.0000, Rel. MARIA LAURA TAVARES, 5ª Câmara de Direito Público, j. 06/06/2011, r. 21/06/2011).

No mesmo sentido, também do TJSP: Ap. 9113369-09.2006.8.26.0000, Rel. FERREIRA RODRIGUES, 4ª Câmara de Direito Público, j. 06/06/2011, r. 14/06/2011; Ap. 0313008-59.2009.8.26.0000, Rel. MOACIR PERES, 7ª Câmara de Direito Público, j. 09/05/2011, r. 25/05/2011; Ap. 9101098-36.2004.8.26.0000, Rel. MOACIR PERES, 7ª Câmara de Direito Público, j. 11/04/2011, r. 18/04/2011; Ap. 9218466-32.2005.8.26.0000, Rel. IVAN SARTORI, 13ª Câmara de Direito Público, j. 16/06/2010, r. 02/08/2010).

É importante acentuar, ainda, que os cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como cargos efetivos, exemplificando-se os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF) (CARVALHO FILHO, José dos Santos - "Manual de Direito Administrativo", 27ª ed., São Paulo, Atlas, 2014, p. 617/618).

Nesse sentido também já se manifestou o E. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS. 1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade. 3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio,



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

principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. 4. Embargos de divergência providos (STJ – EREsp 439.539/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 8.10.03).

Passo ao exame das sanções aplicáveis.

Inexistiu dano ao erário público, logo não há falar em ressarcimento.

Por outro lado, a Constituição Federal, no art. 37, § 4º, é imperativa no sentido de que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento, “na forma e gradação previstas em lei”. O parágrafo único do art. 12 da Lei n. 8.429/92, da Lei de Improbidade Administrativa, estabelece que “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Assim, no caso em tela, mostra-se razoável e suficiente a sanção de pagamento de multa equivalente a 10 (dez) vezes a última remuneração do requerido, corrigida com a moeda, admitido o abrandamento, à vista do disposto na Lei n. 8429/92 c.c. Constituição Federal, para efeito de aplicação do princípio da proporcionalidade (cf. Emerson Garcia, Improbidade Administrativa, Ed. Lumen Juris, 2002, p. 406/409, e Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior, Improbidade Administrativa, 4ª Ed. Atlas, 1999, p. 215/216).

O valor deve servir como forma de desestímulo à reiteração de condutas semelhantes e resgate da legitimidade e autoridade do Direito Público vigente.

Ante o exposto, ratificando os termos da decisão liminar, julgo extinto o processo, com resolução do mérito e **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido, para:

1) Declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei municipal número 14.845/08, no tocante ao respectivo dispositivo artigo 29, que cria os cargos em comissão, sem especificar as atribuições, bem como a dos artigos 14, § 19, 15, § 1º, 17§§ 1º e 13 e artigo 21, § 14, todos do Decreto Municipal nº 640/08, por especificarem atribuições incompatíveis com a natureza dos cargos e funções;



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

2) Anular as Portarias que nomearam os servidores Dulcinéia Aparecida Faria, Derly Gonçalves, Francisco Donizete Borges, Jose Luis Campos Giampá, Luiz Cláudio Bos Pares, Marcelo Aparecido Simone, Gilmar Sanches, Izabel Aparecida Moretti, Leila Cristina De Almeida Vicentini, Maria Aparecida De Fátima Manzini, Mairá De Lourdes Crempe, Mariana Cristina Pedrino, Rosemary Aparecida Brondino Duarte De Souza, Silvio Pedro Sandrini E Joair Aparecido Rodrigues, para os cargos mencionados às fls. 06/10 da inicial.

3) Condenar o requerido, Oswaldo Baptista Duarte Filho, ao pagamento de multa civil equivalente a 10 (dez) vezes a última remuneração que percebia na época dos fatos, com atualização monetária desde a propositura da ação e juros moratórios de 1º ao mês, desde a citação.

O condeno, ainda, a arcar com as custas processuais.

P. I.

São Carlos, 09 de maio de 2017.

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