



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

Registro: 2016.0000746683

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 1002266-86.2016.8.26.0161, da Comarca de Diadema, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados LAURO MICHELS SOBRINHO e FERNANDO MOREIRA MACHADO.

ACORDAM, em 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Por maioria, em julgamento estendido, Negaram provimento ao recurso, vencido o 2º juiz que declara voto. Resultado: 4 X 1.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CRISTINA COTROFE (Presidente), LEONEL COSTA, BANDEIRA LINS E PONTE NETO.

São Paulo, 5 de outubro de 2016

ANTONIO CELSO FARIA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

3 DE FEVEREIRO DE 1874



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

ACF nº 3.562/2016

APELAÇÃO nº 1002266-86.2016.8.26.0161

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelados: LAURO MICHELS SOBRINHO e FERNANDO MOREIRA MACHADO

Comarca de Diadema

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Prefeito que editou portaria sobre seu afastamento pelo prazo de treze dias, nomeando o Secretário de Assuntos Jurídicos para assunção do cargo. Linha sucessória que deveria ser respeitada, nomeando-se o Presidente da Câmara Municipal, tendo em vista o afastamento momentâneo também da Vice-Prefeita. Não comprovação de improbidade administrativa que importe em condenação por ofensa aos princípios da Administração. Sentença de improcedência que deve ser mantida. RECURSO NÃO PROVIDO.

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público contra a r. sentença de fls. 432/441, que julgou improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público contra **LAURO MICHELS SOBRINHO e FERNANDO MOREIRA MACHADO**.

O recorrente, conforme razões de fls. 1.462/1.468,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

requer o provimento do apelo para que os réus sejam condenados às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Recebido o recurso, foram apresentadas contrarrazões (fls. 460/475).

A Procuradoria de Justiça, conforme parecer exarado por Promotor de Justiça designado para atuar em Segunda Instância (fls. 478/481), manifestou-se pelo **provimento do recurso.**

É o relatório.

O recurso não comporta provimento.

Primeiramente, é importante frisar que a lei 8.429/92, ao complementar o texto constitucional e conferir ao Ministério Público legitimação para agir nos casos em que ocorra improbidade administrativa, definiu de maneira ampla o alcance da norma, a ela sujeitando “**qualquer agente público**, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, ...”.

O Prefeito Municipal é agente político, inserindo-se no gênero agente público. Obviamente que a Lei 8.429/92 se aplica aos prefeitos e vereadores, como já expressamente decidiu o STJ e como bem anotou o culto julgador “a quo”: “*O STF, no*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

julgamento da Reclamação 2.138, apenas afastou a incidência da Lei 8.429/92 com relação ao Ministro de Estado então reclamante e nos termos da Lei 1.079/50, que não se aplica a prefeitos e vereadores”(AgRg no AREsp 48.833/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUND TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 18/03/2013).

A presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa foi proposta para condenar os apelados pela prática de ato de improbidade administrativa. Segundo o representante do Ministério Público, o réu Lauro Michels Sobrinho, Prefeito Municipal de Diadema, editou portaria segundo a qual se afastaria do cargo de chefe do Poder Executivo, **entre os dias 26 de maio e 07 de junho de 2014**. No mencionado período, a Sra. Vice-Prefeita não pode assumir o cargo porque estava afastada (licença-médica). Assim, sustenta o autor, ora apelante, que ao invés de nomear o Presidente da Câmara Municipal para exercer temporariamente as funções de Prefeito, resolveu nomear o Secretário de Assuntos Jurídicos, o corréu Fernando Morteira Machado, ferindo assim princípios do Estado Democrático de Direito.

Diante dos elementos probatórios trazidos aos autos, o culto magistrado, Dr. André Mattos Soares, julgou improcedente a ação, anotando que:

“Consta que o Sr. Prefeito, Lauro Michels Sobrinho, com fundamento no art. 77 da Lei Orgânica (“Artigo 77 - O Prefeito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

e o Vice-Prefeito, quando no exercício do cargo, não poderão, sem licença da Câmara Municipal, ausentar-se do Município por período superior a 15 (quinze) dias, sob pena de perda do cargo”), editou Portaria interna informando que estaria ausente do Município de Diadema no período de 26 de maio a 07 de junho de 2014 (por menos de quinze dias), tendo nomeado o Sr. Secretário de Assuntos Jurídicos para responder pelo expediente da Prefeitura nesse período (fls. 19).

Assim, por considerar que a ausência seria por lapso temporal inferior a quinze dias, vislumbrou o Sr. Prefeito a (correta) desnecessidade de solicitar autorização prévia da Câmara Municipal e a (incorreta) desnecessidade de comunicar previamente a sua ausência à Câmara Municipal. É dos autos ainda que, nesse período, a Sra. Vice-Prefeita, Silvana Guarnieri, encontrava-se afastada de suas funções por motivos de licença-médica e impossibilitada, pois, de assumir a Chefia do Executivo Municipal. A ilicitude do ato está configurada, como já decidi nos autos do mandado de segurança impetrado pelo Sr. Presidente da Câmara Municipal. Com efeito, em sintonia com as Constituições da República (arts. 79 e 80) e do Estado de São Paulo (arts 38 e 40), prevê a Lei Orgânica do Município de Diadema que, na linha de substituição, o Chefe do Poder Legislativo assume interinamente o cargo de Prefeito em caso de impedimento deste e de seu Vice (art. 73). O ordenamento jurídico veda, portanto, que a Chefia do Poder



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

Executivo permaneça sem a presença de um substituto no seu exercício, ou seja, que permaneça acéfala. A normatização de regência não legitima ao Sr. Secretário de Assuntos Jurídicos a prática de atos privativos das atribuições de Prefeito. Seria imperativa, portanto, a observância da ordem prevista nos arts. 73, "caput", e 74 da norma sobredita: o Presidente da Câmara substitui o Prefeito em caso de impedimento deste e do Vice-Prefeito.

Anote-se, ainda, que a terminologia “impedimento”, utilizada no art. 74 da

Lei Orgânica, deve ser interpretada em sentido amplo, abrangendo qualquer óbice a impedir o exercício das funções deferidas ao Prefeito e ao Vice-Prefeito: férias, doença, missão de representação, licença para tratar de interesse particular etc. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva que por impedimento há de se entender “licença, doença, férias” etc. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998, P. 541).

Destaca a doutrina também que o C. S.T.F, na “ADI 3.647/MA, Rel. Joaquim

Barbosa, j. em 17-9-2007, considerando o princípio da simetria, declarou a

inconstitucionalidade de normas da Constituição do Estado do Maranhão que estabeleciam que não constituiria impedimento,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

para efeito de substituição do Governador pelo Vice-Governador, o afastamento do primeiro do país ou do Estado por até quinze dias (...)” (MENDES, Gilmar Ferreira; MENDES, Inocêncio Mártires Coelho; GONET, Branco. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 950, nota 11 de

rodapé). Evidente, portanto, a ilicitude do ato de não se permitir a assunção da Chefia do Executivo pelo Sr. Presidente da Câmara, o que se comprova (i) por não ter o Sr. Prefeito comunicado previamente à Câmara a sua ausência no período, (ii) pelo documento de fls. 18 (uma comunicação do Sr. Secretário de Assuntos Jurídicos ao Sr. Presidente da Câmara em 26.05.2014 às 15:39 horas, quando já iniciado, pois, o primeiro dia de afastamento) e (ii) pela própria impetração de Mandado de Segurança pelo Sr. Presidente da Câmara (com liminar deferida, mas não cumprida ante retorno do Sr. Prefeito às suas funções).

No entanto, respeitado o ilustre posicionamento ministerial, não vislumbro

caracterizado o ato de improbidade administrativa. A ilegalidade é condição necessária mas não suficiente para a configuração da improbidade. O ato ímprobo é dotado de uma gravidade tal que não basta a mera ilegalidade, pois da atuação imoral do agente há advir, segundo a Lei nº 8.429/92, (i) enriquecimento ilícito (art. 9º), (ii) prejuízo ao erário (art. 10) ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

*(iii) violação aos princípios da Administração Pública (art. 11). Exige-se que a conduta do agente, nas hipóteses dos arts. 9º e 11, seja comprovadamente dolosa, enquanto no art. 10 é suficiente a culpa grave. Há de se registrar que, mesmo na hipótese do art. 11 (caso dos autos), a má-fé do administrador tem de se fazer presente, não bastando simples afronta a princípios constitucionais. Com efeito, já decidiu o C. STJ ser indesejável “acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público”, isto é, a “**má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.**” (REsp 1023904/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 03/08/2010)..”(fls. 436/438).*

A r. sentença, portanto, deve ser mantida nos termos do artigo 252, do Regimento Interno deste Tribunal, que possibilita ao Relator, nos recursos em geral, “*limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando suficientemente motivada, houver de mantê-la*”.

Conclui-se assim que, ainda que possa ser objeto de críticas a nomeação do Secretário de Negócios Jurídicos para assumir o cargo do Prefeito, ou ainda que se possa apontar



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo
 8ª Câmara de Direito Público

alguma ilegalidade na portaria exarada pelo apelado Lauro Michels Sobrinho, então Prefeito de Diadema, não há demonstração efetiva de que a referida portaria tenha sido editada com finalidade espúria e voltada a ofender os princípios que regem a Administração Pública.

Como já decidiu esta 8ª Câmara de Direito Público, a ilegalidade não se confunde com improbidade:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Ofensa a princípios da Administração Pública Sentença de improcedência Apelo do Ministério Público Irregularidades no procedimento licitatório confirmadas pelo TCE – Ausência de elementos probatórios que evidenciem o dolo genérico na conduta do réu Imprescindibilidade – Ilegalidade não se confunde com improbidade Ônus da parte autora, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil Não configurado o ato previsto no art. 11, “caput” e inciso I, da Lei 8.429/92 Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e deste E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Manutenção da sentença Recurso não provido.(Apelação nº 0006707-11.2013.8.26.0072, Relator Manoel Ribeiro, julgado em 30 de março de 2016).

A inicial não faz referência aos dispositivos constitucionais que teriam sido violados pelos apelados. Ainda que se invoque o disposto nos arts. 79 e 80 da Constituição Federal, os arts. 38 e 40 da Constituição Estadual e os arts. 73 a 75 da Lei Orgânica do Município, o fato é que tais dispositivos devem ser observados conjuntamente com o disposto no art. 49,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

III, da Constituição Federal e o art. 77, da Lei Orgânica do Município de Diadema, os quais mencionam a ausência do Prefeito (ou do Presidente, no plano federal), nos prazos superiores a quinze dias. Portanto, forçoso reconhecer que, no caso do afastamento por períodos inferiores a quinze dias, haveria dúvida na interpretação do dispositivo.

A ilegalidade da portaria foi reconhecida em mandado de segurança, mediante análise detida pelo Juiz de Direito de Diadema, quando concluiu que o impedimento também está relacionado às licenças, doenças, férias etc. (conforme doutrina de José Afonso da Silva, citada na sentença de primeiro grau). Daí que os fatos narrados nos autos não possuem relevância suficiente para que sejam impostas as sanções da lei de improbidade administrativa.

O Prefeito não pode sofrer as graves sanções da Lei de Improbidade, quando determinou que o Secretário de Negócios Jurídicos respondesse pelo expediente da Prefeitura durante curta ausência e que, na ocasião, entendeu que não se confundiam com as situações de impedimento (mencionada no art. 79 da CF). A própria doutrina questiona hoje a necessidade da existência da vice-presidência (nesse sentido, Maurice Hauriou, citado por Alexandre de Moraes. Constituição do Brasil Interpretada. Ed. Atlas. 4ª ed., p. 1247). Vale dizer que, com as novas tecnologias, os afastamentos temporários, principalmente viagens a outros estados ou países, não impedem o chefe do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo
8ª Câmara de Direito Público

Poder Executivo de continuar a exercer suas funções em condições adequadas. No caso concreto, há necessidade de se aferir ofensa grave aos princípios constitucionais delineados no art. 37 da Carta Magna, o que não se verificou.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

ANTONIO CELSO FARIA

Relator

TRIBUNAL DE JUSTIÇA





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCESSO DIGITAL – COMARCA DE DIADEMA

Ação de improbidade administrativa

APELAÇÃO 1002266-86.2016.8.26.0161

ACF 3562

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (AUTOR)

APELADOS: LAURO MICHELS SOBRINHO e FERNANDO MOREIRA MACHADO

VOTO 25556

Ação de improbidade administrativa – Afastamento do prefeito que nomeou Secretário para responder pelo expediente durante sua ausência – Recurso que busca a reforma da sentença de improcedência, mas que reconheceu a ocorrência de ilegalidade.

Violação do dispositivo expresso da Lei Orgânica que enumera a ordem de vocação para o exercício da Chefia do Executivo nos casos de afastamento e impedimentos – Ofensa à normatividade estruturante do sistema político e de governo – Modelo constitucional que é adotado em simetria às unidades federativas – Irrelevância do afastamento ser inferior ao prazo de 15 dias, caso de autorização expressa do Legislativo, sob pena de perda de cargo – Improbidade configurada pela violação de princípios e deveres legais – Ausência de prejuízo ao erário – Responsabilidade do Prefeito que afasta a do subordinado hierarquicamente e comissionado em cargo de secretário – Cabimento da imposição das sanções do art. 12, III da Lei de Improbidade.

Recurso do Ministério Público provido em parte, para reforma a sentença que julgou a ação improcedente.

Vistos.

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público contra a r. sentença de fls. 432/441, que julgou improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público contra LAURO MICHELS SOBRINHO e FERNANDO MOREIRA MACHADO.

Apelação nº 1002266-86.2016.8.26.0161



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sobreveio recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Voto.

São fatos incontroversos que o Prefeito Municipal de Diadema, Lauro Michels Sobrinho afastou-se da chefia do Poder Executivo Municipal, tendo baixado Portaria nomeando o corréu Fernando Moreira Machado, que exercia a função de Secretário de Assuntos Jurídicos, para responder pelo expediente no período de 26 de maio a 07 de junho de 2014.

A despeito da reconhecida ilegalidade do ato pela r. sentença, não se reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa.

Contudo, no meu entendimento a improbidade é flagrante e de gravidade.

Houve violação do princípio constitucional brasileiro da democracia representativa da soberania do poder popular, efetivada por meio das eleições de seus representantes para a chefia dos Poderes Executivo e Legislativo, da União, dos Estados e dos Municípios e ao regime de exercício do poder.

O Município foi reconhecido pelo Constituição de 1988 como unidade federativa, dotado de autonomia política e de autogoverno, conforme princípios básicos estabelecidos na Constituição Estadual e Constituições Estaduais e regido por Lei Orgânica (art. 29 da CF), a qual deve atender àqueles mesmos princípios, dentre os quais o perdimento de cargo no caso de assunção de outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta sem concurso (art.28, §1º c/c art. 29, XIV da CF), sendo tal penalidade a expressão do compromisso constitucional ao mandato conferido pelo sufrágio democrático, que somente pode admite afastamentos e licenças em situações excepcionais, com assunção da Chefia do Executivo por quem o sistema normativo constitucional, integrado pela Lei Orgânica, prevê em ordem pré-definida de vocação em face da indelegabilidade do mandato eletivo e, com muito mais razão, provisória e em favor de terceiro não detentor de mandato eletivo, a frustrar a ordem constitucional e o regime democrático representativo e partidário e o sistema de inelegibilidades.

Com efeito, diz respeito à própria sucessão provisória e ou transferência



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do poder político a ordem taxativa estabelecida para a vocação, que concilia a independência e harmonia dos poderes na unanimidade da busca do bem comum.

E o argumento de que o afastamento foi inferior a 15 dias não obrigava à substituição pelo Vice- Prefeito e, no seu impedimento, pelo Presidente da Câmara Municipal (art. 77 da Lei Orgânica do Município de Diadema) está dissociado da regra do respeito da vontade popular e o critério de vocação constitucional do art. 80 da Constituição da República e espelhada nos artigos 73 e 74 da mencionada Lei Orgânica.

Isso porque a questão da prévia licença do Poder Legislativo para ausências do Chefe do Poder Executivo por mais de 15 dias, prevista no art. 83 da CF e no artigo 77 Lei Orgânica do Município, constitui regra de exercício da soberania popular na fiscalização de que o múnus público do comando do poder executivo não terá solução de continuidade e seu descumprimento é hipótese constitucional de perda de cargo.

Evidente a clareza de que, que seja um só dia a substituição, essa se dará na forma e na ordem de vocação constitucional ou legal.

Caso assim não se entendesse, bastaria ao Prefeito intercalar todo o seu mandato por sucessivas licenças por prazos inferiores a 15 dias, para deferir o efetivo exercício do poder executivo a terceiro, que não foi eleito e fora da ordem sucessória legal.

Em Direito Administrativo, em matéria de improbidade administrativa, não há ilegalidade cometida pelo agente público sem correspondente sanção legal, quando adequadamente apontada na via própria.

Somente o prejuízo ao erário não se afigurou presente nem apontado pelo autor da demanda, não havendo cumulação de subsídios ou vencimentos.

Não verifico dolo ou responsabilidade do Secretário que assumiu o exercício da prefeitura, considerando ser preposto comissionado e submetido à autoridade hierárquica do Chefe do Executivo.

Assim, reconheço a responsabilidade do réu prefeito que incorreu em violação de princípios da legalidade e da impessoalidade, atentando contra a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

lealdade às instituições, cabendo a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos, pagamento da multa civil de cinco vezes o valor da sua remuneração e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Isso posto, julgo parcialmente procedente o recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO para reconhecer o réu **LAURO MICHELS SOBRINHO** como incurso no art. 11, caput”, da Lei 8.429/1992, e condená-lo nas sanções de perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos, pagamento da multa civil de cinco vezes o valor da sua remuneração e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos, na forma do inciso III do art. 12 da LIA.

Sem custas e honorários, em sendo a ação de assento constitucional e em face do princípio da simetria com o Ministério Público (REsp 577804/RS; REsp 859737/MS).

Leonel Costa
2º juiz