



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.165.505 - SP (2009/0220705-5)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : EMERSON PIRES LEAL E OUTROS
ADVOGADO : ARNALDO MALHEIROS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – VEREADORES – EDIÇÃO DE LEI MUNICIPAL QUE PERMITIA A CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO – EXAME DE LEI LOCAL: SÚMULA 280/STF – APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO GENÉRICO – NÃO-COMPROVAÇÃO.

1. Em sede de recurso especial, não pode o STJ examinar a pretensão da parte recorrente, se o Tribunal de origem decidiu a lide com base em normas de lei local.

2. A jurisprudência desta Corte, quanto ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em princípio, independe da ocorrência de dano ou lesão ao erário público.

3. A Segunda Turma firmou entendimento de que, para caracterização dos atos previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, basta a configuração de dolo *lato sensu* ou genérico.

4. Não demonstrada a presença do dolo genérico dos vereadores na edição de lei municipal, que previa a contratação sem concurso público, descabe a tipificação de ato de improbidade administrativa.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 22 de junho de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.165.505 - SP (2009/0220705-5)

RECORRENTE : EMERSON PIRES LEAL E OUTROS
ADVOGADO : ARNALDO MALHEIROS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 3030):

Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Violação do princípio da acessibilidade aos cargos públicos somente através de concurso. A mera anulação do ato administrativo, sem imposição de sanção, viola a lei de regência. Art. 12, inc. III, da Lei Fed. 8.429/92. Na imposição das penalidades, contudo, é exigência da lei a observância da correlação entre o ato de improbidade e a sanção. Art. 12, § único, da Lei 8.429/92.

Recurso parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração, restaram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 3058.

Apontam os recorrentes dissídio jurisprudencial e contrariedade aos arts. 3º e 11, *caput*, e I, da Lei 8.429/92.

Defendem, em síntese, que:

a) não há dúvida de que os membros do Poder Legislativo estão sujeitos às disposições da Lei de Improbidade, porém somente no que concerne aos atos praticados no exercício de função classificada como administrativa, ficando de fora os demais atos;

b) o voto de vereador, favorável à aprovação de determinado projeto de lei, constitui típico exercício de função legislativa, não podendo caracterizar improbidade administrativa;

c) o argumento trazido pelo acórdão de origem de que se trata de lei de efeitos concretos, equiparada a ato administrativo, não merece prosperar, haja vista que "lei de efeito concreto é aquela que independe de qualquer outro ato jurídico para efetivar-se", não se confundindo com a lei por eles votada "que tão-somente autorizou o Prefeito a firmar convênio, evidentemente após o devido exame jurídico de sua legalidade e apreciação, privativa do Executivo, da sua conveniência e oportunidade";

d) no caso dos autos, o convênio foi firmado pelo prefeito e não por meio da lei, que simplesmente o autorizou. Não se pode equiparar a lei aprovada pela Câmara Municipal ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ato administrativo que firmou o convênio. "No mais, a lei aprovada mostrava-se despicienda por não ser necessária autorização legislativa para que a Prefeitura firme convênio". Em relação a esse ponto, ressaltam que "os vereadores, ora recorrentes, agiram no estrito exercício de função **legislativa** típica e, por tal razão, não podem ser responsabilizados por improbidade **administrativa**", mesmo que a lei tenha sido posteriormente julgada inconstitucional;

e) para configuração do ato de improbidade é necessário, no mínimo, que haja desrespeito aos deveres de honestidade e de legalidade. No caso dos autos, o ato considerado ímprobo foi a aprovação, com base em parecer legal, de projeto de lei que autorizava o Executivo municipal a firmar convênio com a Sociedade Guarda Municipal, sob o fundamento de que a lei aprovada foi, posteriormente, declarada inconstitucional;

f) não se consegue vislumbrar qualquer ofensa aos deveres citados no *caput* do art. 11 da Lei 8.429/92, no ato descrito, tampouco configura o ato de improbidade previsto no inciso I do art. 11 da lei em comento, pois "o voto favorável a projeto de lei, ainda que a lei aprovada seja incompatível com a Constituição Federal, é ato legal, realizado no exercício da atividade legislativa e protegido por imunidade parlamentar", enquanto que o ato a que se refere o inciso em comento é ato administrativo;

g) o acórdão recorrido contrariou o art. 11, *caput*, a pretexto de aplicá-lo, "ao entender que a conduta dos ora recorrentes – sem sequer cogitar de má-fé e independentemente da comprovação de enriquecimento ilícito ou prejuízo – configura ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração".

Requerem a reforma do acórdão recorrido para que seja julgada improcedente a acusação de prática de ato de improbidade administrativa.

Apresentada contrarrazões pelo Ministério Público do Estado de São Paulo às fls. 3205/3209, subiram os autos, por força de agravo de instrumento provido (AG n.º 982.866).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 3366/3369 pelo não provimento do recurso, assim ementado (fl. 3366):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE.

1. "A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n.º 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, e somente neste caso, o inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário... Se não houver lesão, ou se esta não restar demonstrada, o agente poderá ser condenado às demais sanções previstas no dispositivo como a perda da função pública, a suspensão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos direito políticos, a impossibilidade de contratar com a administração pública por determinado período, dentre outras.".

2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
3. Parecer pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.165.505 - SP (2009/0220705-5)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : EMERSON PIRES LEAL E OUTROS
ADVOGADO : ARNALDO MALHEIROS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora): Na origem, cuida-se de ação civil pública promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face do MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS, SOCIEDADE DA GUARDA NOTURNA DE SÃO CARLOS, RUBENS MASSÚCIO RUBINHO, VALTER GARGARELLA, MIGUEL ROSSI, EMERSON PIRES LEAL, ANTÔNIO DE PAULA FRANCO XARAZINHO, ANTÔNIO RUBENS VALDO RAT1, ARMANDO PASCHOAL, HILÁRIO APOLÍNÁRIO DE OLIVEIRA, JOÃO BATISTA MÜLLER, JOÃO BENTO NETO, JOSÉ BENTO CARLOS AMARAL, JOSÉ ROBERTO TEIXEIRA PANZA, MAÇATOCHIKLYOMURA e MARQUINHO AMARAL, julgada parcialmente procedente, para anular o Convênio nº 1/94 e o Aditamento nº 030/95, como decorrência da inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 10.761/94, proclamada pelo Eg. TJSP (ADIN). Quanto aos demais pedidos, de aplicação de sanções decorrentes de improbidade em relação às pessoas que firmaram o convênio e os vereadores que aprovaram a lei autorizadora, julgou-os improcedentes.

O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação, parcialmente provido pelo Tribunal *a quo* para o fim de aplicar aos recorrentes as sanções cominadas em lei para os autores de ato de improbidade administrativa, conforme ementa a seguir transcrita (fl. 3030):

Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Violação do princípio da acessibilidade aos cargos públicos somente através de concurso. A mera anulação do ato administrativo, sem imposição de sanção, viola a lei de regência. Art. 12, inc. III, da Lei Fed. 8.429/92. Na imposição das penalidades, contudo, é exigência da lei a observância da correlação entre o ato de improbidade e a sanção. Art. 12, § único, da Lei 8.429/92.

Recurso parcialmente provido.

Inconformados, os recorrentes interpuseram o presente recurso especial no qual sustentam, em síntese, que os membros do Poder Legislativo estão sujeitos às disposições da Lei de Improbidade, mas apenas no que se refere aos atos praticados no exercício de função administrativa, nunca no típico exercício de função legislativa. Por isso, caracterizar ato de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

improbidade administrativa a votação favorável ao projeto que originou a Lei Municipal 10.761/94, posteriormente declarada inconstitucional, até ofende o art. 29, III, da CF/88, que garante a *inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do município*.

Reputam violados, ainda, o art. 11, *caput*, da Lei 8.429/92, argumentando que para a configuração do ato de improbidade devem ter sido ofendidos, cumulativamente, os valores enunciados nesse dispositivo. Além disso, sustentam que sua conduta é atípica, não se enquadrando no inciso I do mesmo dispositivo legal.

Feitas essas considerações, passo à análise dos argumentos apresentados pelo recorrente.

1. Lei de efeito concreto equiparada a ato administrativo.

Os recorrentes asseveram que o argumento trazido pelo acórdão de origem de que se trata de lei de efeitos concretos, equiparada a ato administrativo, não merece prosperar, haja vista que "lei de efeito concreto é aquela que independe de qualquer outro ato jurídico para efetivar-se", não se confundindo com a lei por eles votada "que tão-somente autorizou o Prefeito a firmar convênio, evidentemente após o devido exame jurídico de sua legalidade e apreciação, privativa do Executivo, da sua conveniência e oportunidade".

Nesse ponto, verifico que a pretensão dos recorrentes restou afastada pelo Tribunal de origem nos seguintes termos (fls. 3036/3038):

Primeiro, cumpre anotar que não se cuida de hipótese onde se discute prerrogativa ou direito institucional da Câmara Municipal de votar determinada lei, mas de **efeitos concretos** dessa lei que, manifestamente, teve por objetivo frustrar o princípio da acessibilidade aos cargos públicos mediante concurso (CF, art. 37, II), tanto que a inconstitucionalidade da referida lei foi reconhecida em ação direta promovida pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça do Estado. Nesse passo, trata-se de lei **equiparada a ato administrativo** e, por conseguinte, todos os responsáveis pela aprovação e implementação da referida lei incorreram na improbidade, sujeitando-se, portanto, às sanções previstas na Lei Fed. 8.429/92, nos termos do seu art. 3º: "As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta".

O inc. II, do art. 37 da Constituição Federal assim disciplinou: "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 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".

O § 2º do mesmo art. 37, por isso, sancionou a inobservância das mencionadas disposições: "A não-observância do disposto nos incisos II (...) **implicará a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nulidade do ato e a punição da autoridade responsável nos termos da lei".

E a Lei Fed. 8.429/92 definiu como ato de improbidade, no seu art. 11, inc. I: "praticar ato visando fim proibido em lei ou *regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência*".

Ora quem dispensa o concurso público para contratar pessoa para exercer cargo ou emprego público pratica, obviamente, ato "visando fim proibido em lei" ou na Constituição da República, sujeitando-se, portanto, às sanções previstas no art. 12 da lei fed. 8.429/92.

Diante dos trechos acima transcritos, constato que para verificar se a Lei Municipal 10.761/94 – aprovada pela Câmara Municipal de São Carlos, que autorizava a Prefeitura Municipal firmar convênio com a sociedade da Guarda Municipal de São Carlos, cujo objeto é a cessão de pessoal para exercer função junto ao executivo, sem aprovação prévia em concurso público – pode ser equiparada ao ato administrativo que firmou o convênio, demandaria a apuração dos reais efeitos causados por ela, o que se torna inadequado na estreita via do especial.

Assim, não pode o STJ reexaminar a questão em sede de recurso especial, tendo em vista os limites estabelecidos expressamente pelo art. 105, III, da Constituição Federal. Incide, na hipótese, o enunciado n.º 280 do STF.

2. Necessidade de dolo para caracterização do art. 11 da Lei 8.429/1992.

A matéria, antes controvertida, hoje encontra-se pacificada na Segunda Turma que, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 765.212/AC, da relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin, firmou entendimento de que, para caracterização dos atos previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, basta a configuração de dolo *lato sensu* ou genérico.

Apenas a título demonstrativo, transcrevo trecho de voto-vista por mim proferido no referido julgado:

Preliminarmente, destaco que não há dúvida de que é possível o enquadramento do ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/92, mesmo que não haja dano ou lesão ao erário (Nesse sentido: REsp 799.094/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 22/09/2008; REsp 988.374/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 16/05/2008; REsp 433.888/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 01/04/2008, DJe 12/05/2008; REsp 1.011.710/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 11/03/2008, DJe 30/04/2008; REsp 757.205/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27/02/2007, DJ 09/03/2007 p. 299; e REsp 695.718/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005 p. 234).

A discussão surge quanto à espécie de elemento subjetivo exigido para a caracterização dos atos de improbidade, em especial, os previstos no *caput* do art. 11 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 8.429/1992, *in verbis*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Conforme ressaltado nos votos já proferidos, inviável a aplicação da responsabilidade objetiva às condutas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que o elemento subjetivo é requisito do princípio da culpabilidade, presente no Direito Administrativo Sancionador.

Pensar de forma diversa seria o mesmo que penalizar os agentes públicos por qualquer insucesso da máquina administrativa, mesmo nos casos em que seus dirigentes atuem rigorosamente sob os ditames legais.

Entretanto, outro extremo seria exigir, para fins de enquadramento no art. 11 da LIA, que o agente ímprobo agisse com dolo específico de infringir determinado preceito principiológico. Caso fosse essa a intenção do legislador, poderíamos dizer que as situações previstas nos incisos do mencionado dispositivo configurariam rol enumerativo das condutas reprováveis, o que é absolutamente inaceitável, diante da redação do *caput*, ao mencionar ações e omissões que "notadamente" são passíveis de sanção.

Assim, após refletir sobre os posicionamentos apresentados nos judiciosos votos até então proferidos, filio-me à tese inaugurada pelo Ministro Mauro Campbell, e posteriormente aderida pelo Ministro Relator, no sentido de que é necessária a configuração de dolo *lato sensu*, que, consoante explica no seu voto, é o dolo "direto - resultado querido e aderente à ação - ou eventual - risco de produção do resultado".

Após essas considerações, faço a adequação ao caso concreto.

A Lei Municipal 10.761/91 foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República, julgada procedente, uma vez que previa a contratação de funcionários municipais sem concurso público.

Resta verificar se houve dolo genérico dos vereadores na consecução de ato contrário aos princípios da administração pública.

O juízo de 1º grau entendeu que o elemento subjetivo não estava presente na hipótese. Para que fique claro, colaciono trecho da sentença (fls. 2976-2977, e-STJ):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A realidade aí que está não pode exigir que o Vereador Municipal tenha dotes de jurista versado no campo do Direito Público. Ora, não foi um jurista do porte do Prof. Tito Costa quem forneceu parecer dizendo da legalidade do Convênio? Os Parlamentares, pelo visto, tinham algumas dúvidas a respeito do Projeto de Lei, tanto que foram consultar quem é versado nesse ramo do Direito, e só depois ousaram aprová-lo e o encaminharam ao Poder Executivo, cujo Prefeito Municipal acreditou no poder da lei. Será que o Constituinte deveria exigir uma espécie de "filtro constitucional", submetendo a Lei, imediatamente antes do início de sua vigência, ao Supremo Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça de cada Estado? Seria o caos no ordenamento jurídico! Daí a força da livre convicção do Parlamentar, que só poderá ser responsabilizado se agir com dolo ou culpa grave que se avizinha do dolo, situação comprovada pelos efeitos nocivos daquela conduta.

(...)

Considerando, pois, que o autor não cuidou de imputar má-fé ou dolo aos réus quando da elaboração da Lei de efeitos concretos ou de Convênio e Aditamento (estes dois atos por conta do Prefeito Municipal e Presidente da Sociedade da Guarda Noturna), como também não mencionou ter havido lesividade alguma ao erário público ou algum tipo de vantagem para aqueles que direta ou indiretamente participaram daqueles atos administrativos (a Lei de efeitos concretos é típico ato administrativo), sem dúvida que não há razão jurídica para que se lhes aplique a rigorosa Lei de Improbidade.

O Tribunal de origem, por sua vez, concluiu que é irrelevante a verificação da presença de dolo no caso, cabendo a condenação dos vereadores nas sanções previstas no art. 12 da LIA.

Ora, constato que o posicionamento adotado pela Corte *a quo* diverge da jurisprudência firmada neste Tribunal, merecendo reforma.

De fato, pelos elementos apontados na sentença, constato que não há como imputar conduta dolosa aos vereadores, que tiveram inclusive a cautela de buscar parecer de jurista para fundamentar o ato legislativo.

Assim, a partir desses argumentos, entendo não estar tipificada a conduta dos vereadores como ato de improbidade, por carência do necessário elemento subjetivo.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial, restabelecendo-se a sentença.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0220705-5 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.165.505 / SP**

Números Origem: 200702938660 2664975600 2664975706 5142001

PAUTA: 22/06/2010

JULGADO: 22/06/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EMERSON PIRES LEAL E OUTROS
ADVOGADO : ARNALDO MALHEIROS E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de junho de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária