



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.227.849 - PR (2011/0001511-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO**
ADVOGADO : **RENÊ ARIEL DOTTI E OUTRO(S)**
INTERES. : **ESTADO DO PARANÁ**
INTERES. : **UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ UFPR**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LIA. DOLO GENÉRICO. ARESTO RECORRIDO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. As condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente. Precedentes.

2. O Tribunal *a quo*, ao examinar minuciosamente as provas dos autos, foi muito claro ao consignar a ausência de enriquecimento ilícito, de dano ao erário e de má-fé na conduta do recorrido. Para alterar esse entendimento, seria imprescindível revolver o contexto fático-probatório, providência vedada nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial não conhecido.

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, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, divergindo do Sr. Ministro-Relator, por maioria, não conhecer do recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin. Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Humberto Martins. Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha. Ausente, ocasionalmente, nesta assentada o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 22 de novembro de 2011(Data do Julgamento)

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.227.849 - PR (2011/0001511-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO**
ADVOGADO : **RENÊ ARIEL DOTTI E OUTRO(S)**
INTERES. : **ESTADO DO PARANÁ**
INTERES. : **UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ UFPR**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

1. Breve introdução

A partir da identificação de que Miguel Zacharias Sobrinho acumulava cargos, propuseram-se duas Ações Cíveis Públicas em períodos próximos, a seguir detalhadas, que ensejaram os Recursos Especiais a serem julgados:

a) Ação Civil Pública 2007.70.00.021935-6, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido em 3.8.2005. O pedido foi deduzido em Vara Federal nos seguintes termos:

(...)

a final procedência do pedido, para condenar o réu Miguel Zacharias Sobrinho nas sanções do artigo 12 da Lei 8.429/92, por infringência ao disposto nos artigos 9º, caput; 10, caput; 11 caput e inciso I, do mesmo diploma legal.

Em 1º grau, a ação foi julgada improcedente em razão da não comprovação da má-fé do servidor, com sentença mantida pelo Tribunal, em acórdão assim ementado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRADA MÁ-FÉ NA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MANTIDA.

1. Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa em face de acumulação de cargos públicos vedada constitucionalmente (art. 37, XVI, CRFB/88), apontando subsunção da conduta do réu, MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO, às disposições dos arts. 9º, *caput*, art. 10, *caput*, 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicadas as penalidade do art. 12 da mesma lei.

2. Não há controvérsia entre as partes quanto ao exercício dos mencionados cargos.

3. São elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa o sujeito passivo, o sujeito ativo, o ato danoso e o elemento subjetivo (*dolo* ou culpa). As hipóteses de ato considerado improbo estão elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, sendo imprescindível a conduta dolosa na terceira hipótese e aplicável qualquer penalidade se demonstrada conduta culposa nas duas primeiras.

4. No que diz respeito aos arts. 9º e 10, no caso dos autos significa identificar que o exercício dos cargos acarretou pagamento por serviço não prestado, acarretando simultaneamente enriquecimento ilícito e dano ao erário, sendo pacífico que tal conduta prescinde de *dolo*. O conjunto probatório indica que houve a prestação dos serviços, devendo ser por ele remunerado, afastado o enriquecimento ilícito e, por decorrência, o dano ao erário. O MPF não se desincumbiu de afastar as demonstrações, inclusive testemunhais, indicadas pelo réu.

5. No que diz respeito ao art. 11, que trata da violação aos princípios da Administração, condenação do agente depende do resultado de seu ato e da conduta cometida. Ou seja, imprescindível configuração de conduta dolosa. A presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentre da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. No caso dos autos, os atos tomados pelo réu no decorrer das contratualidades demonstram o interesse em averiguar a legalidade do exercício dos cargos municipais, estadual e federal cumulativamente, exonerando-se conforme orientações.

6. Assim, não demonstrado dano ao erário ou enriquecimento ilícito, eis que não foram produzidas provas neste sentido, mas justamente ao contrário. Também comprovada a inexistência de má-fé por parte do servidor, ao contrário, todos os órgãos públicos envolvidos concluíram pela boa-fé do requerido, sendo que, oportunizada a possibilidade de opção, requereu tempestivamente as necessárias exonerações, efetivando a regularização de sua situação funcional (fl. 1061-1062/STJ - REsp 1227849).

Tais autos deram origem ao **REsp 1227849/PR**. Nele, o recorrente afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 10, 11, I, 12, II e III, e 23 da Lei 8.429/1992. Sustenta, em suma:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, resta claro que o acórdão recorrido, a pretexto de interpretar, terminou por contrariar o disposto no art. 23, I, da Lei 8.429/92, uma vez que, não obstante as outras sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa estejam sujeitas à prescrição quinquenal, ainda permanece a necessidade de ressarcimento ao erário, tendo em vista o disposto no art. 37, § 5º, da CRFB/88 (fl. 1078/STJ - REsp 1227849).

Alega ainda:

Porém, ainda que se considere não ter havido dano financeiro ao Erário - o que não é o caso - indubitavelmente a conduta do réu afrontou ainda os deveres de honestidade, legalidade e lealdade às instituições, o que por si só já constitui ato de improbidade sujeito às penalidades legais (fl. 1079/STJ - REsp 1227849).

O MPF opina pelo não provimento do Recurso Especial, ao entender que não houve prova da lesão ou do prejuízo ao Erário e que não se verificou má-fé do recorrido (fls. 1179-1184/STJ – REsp 1.227.849).

b) Ação Civil Pública 2007.70.00.0060073-0, proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra o ora recorrido em 10.8.2005. O pedido foi deduzido em Vara da Fazenda Pública, nestes termos:

(...)

j) a declaração de nulidade dos atos de investidura de MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO nos seguintes cargos públicos acumulados ilegalmente: 1) de médico do Município de Almirante Tamandaré (com início em 01/07/1990 sendo que em data de 1º/01/1997 foi transferido para o Município de Campo Magro); 2) de médico do Município de Campo Magro (com início em data de 1º/ 01/1997, quando transferido de Almirante Tamandaré até a data de 14/06/1999; 3) de médico-legista do IML (com início em 21/08/1990); 4) de médico do Município de São José dos Pinhais (com início em 02/10/1993);

l) a condenação de MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO nas sanções compatíveis, previstas no artigo 12, I, da Lei n. 8.429/92, em razão da prática de atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, descrito no artigo 9º, caput e inciso IV;

m) não sendo conhecido o pedido anterior, com fundamento no artigo 289, do Código de Processo Civil, a condenação de MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO nas sanções compatíveis, previstas no artigo 12, II, da Lei n. 8.429/92, pela prática de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, descrito no artigo 10 caput, da mesma lei;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n) ainda, não sendo conhecidos os pedidos anteriores, com fundamento no artigo 289, do Código de Processo Civil, a condenação de MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO nas sanções compatíveis, previstas no artigo 12, III, da Lei n. 8.429/92, pela prática de atos de improbidade administrativa, que atentam contra os princípios da Administração Pública, descritos no artigo 11, caput, da mesma lei.

Suscitada a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, em razão do pedido anteriormente deduzido pelo *Parquet* federal e do interesse decorrente da existência de cumulação com cargo público federal, tal fundamento foi acatado pelo autor da Ação, ressaltando somente que se trata de hipótese de continência (causa de pedir e pedidos mais amplos, conforme reconhecido pelo próprio recorrido às fls. 881-884/STJ). Os autos foram então remetidos à Justiça Federal.

Em 1º grau, a ação também foi julgada improcedente em virtude da não comprovação da má-fé do servidor. A sentença foi mantida pelo Tribunal em acórdão assim ementado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADM. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRADA MÁ-FÉ NA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa em face de acumulação de cargos públicos vedada constitucionalmente (art. 37, XVI, CRFB/88), apontando subsunção da conduta do réu, MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO, às disposições dos arts. 9º, caput, art. 10, caput, 11, caput e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicadas as penalidades do art. 12 da mesma lei.

2. Não há controvérsia entre as partes quanto ao exercício dos mencionados cargos.

3. São elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa o sujeito passivo, o sujeito ativo, o ato danoso e o elemento subjetivo (dolo ou culpa). As hipóteses de ato considerado improbo estão elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, sendo imprescindível a conduta dolosa na terceira hipótese e aplicável qualquer penalidade se demonstrada conduta culposa nas duas primeiras.

4. No que diz respeito aos arts. 9º e 10, no caso dos autos significa identificar que o exercício dos cargos acarretou pagamento por serviço não prestado, acarretando simultaneamente enriquecimento ilícito e dano ao erário, sendo pacífico que tal conduta prescinde de dolo. O conjunto probatório indica que houve a prestação dos serviços, devendo ser por ele remunerado, afastado o enriquecimento ilícito e, por decorrência, o dano ao erário. O MPF não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desincumbiu de afastar as demonstrações, inclusive testemunhais, indicadas pelo réu.

5. No que diz respeito ao art. 11, que trata da violação aos princípios da Administração, condenação do agente depende do resultado de seu ato e da conduta cometida. Ou seja, imprescindível configuração de conduta dolosa. A presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. No caso dos autos, os atos tomados pelo réu no decorrer das contratualidades demonstram o interesse em averiguar a legalidade do exercício dos cargos municipais, estadual e federal cumulativamente, exonerando-se conforme orientações.

6. Assim, não demonstrado dano ao erário ou enriquecimento ilícito, eis que não foram produzidas provas neste sentido, mas justamente ao contrário. Também comprovada a inexistência de má-fé por parte do servidor, ao contrário, todos os órgãos públicos envolvidos concluíram pela boa-fé do requerido, sendo que, oportunizada a possibilidade de opção, requereu tempestivamente as necessárias exonerações, efetivando a regularização de sua situação funcional. (fls. 991-992/STJ).

Tais autos deram origem ao **REsp 1227788/PR**. Aqui, o recorrente sustenta que houve, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 10, *caput*, 11, I, 12, II e III, da Lei 8.429/1992. Alega que o cotejo do art. 23, I, da LIA com o art. 37, §5º, da CF evidencia serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao Erário. Aduz que não se exige demonstração de dano para a condenação por improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da LIA. Registra ser impresumível a boa-fé de sujeito que acumula 5 (cinco) cargos públicos *não cumuláveis*.

O MPF opina pelo provimento do Recurso (fls. 1109-1117/STJ – REsp 1227788).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.227.849 - PR (2011/0001511-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO
ADVOGADO : RENÊ ARIEL DOTTE E OUTRO(S)
INTERES. : ESTADO DO PARANÁ
INTERES. : UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ UFPR

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CINCO CARGOS, ALÉM DE ATIVIDADE DE GERÊNCIA DE SOCIEDADE PRIVADA. FATOS INCONTROVERSOS. CORRETA VALORAÇÃO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÕES OMISSAS A ENTES PÚBLICOS. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ ELIDIDA. CARACTERIZAÇÃO DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PROPRIAMENTE DITAS. NECESSIDADE. DOSIMETRIA A CARGO DO JULGADOR ORDINÁRIO. RECURSO PROVIDO.

1. Trata-se de Ações Cíveis Públicas por ato de improbidade administrativa em face de acumulação de cargos públicos vedada constitucionalmente. O servidor exerceu dois cargos de médico no Estado do Paraná, dois de médico em Municípios do Estado e um de docente na Universidade Federal do Estado do Paraná, além de gerir empreendimento privado.

2. A cumulação teve início em 1990 (4 cargos), robusteceu-se em 1993 (5 cargos) e teve seu ápice entre 1998 e 1999 (5 cargos, além da gestão de empresa particular) e, em 2000-2001, manteve-se com 4 cargos e uma gestão de empresa privada.

3. Assim como no terreno das leis da física é impossível a um corpo estar, simultaneamente, em dois lugares diferentes, nas leis dos homens – sobretudo daqueles que lograram tal grau de civilização a ponto de erigirem a probidade administrativa como sobreprincípio de regência do Estado e de seus integrantes –, como regra geral, recusa-se ao servidor público a oportunidade de, por meio de artifícios, pretender exercer múltiplos cargos.

4. Sob vários argumentos justifica-se tal sistema de vedações que orbitam o princípio da *moralidade administrativa*. Seja porque essa multiplicidade de empregos implicaria reconhecer no servidor o dom da ubiquidade (= fundamento da presença física), seja porque à Administração se veda a convivência com o desrespeito à dignidade do ser humano, da qual é corolário o direito ao descanso (= fundamento da dignidade humana), seja ainda pelo fato de, por mandamento constitucional e legal, a eficiência integrar a camisa de força imposta aos serviços



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

públicos, premissa que ficaria comprometida diante de servidores exaustos em decorrência da sobrecarga de trabalho e da dificuldade de deslocamento no trânsito caótico das metrópoles, entre vários locais de trabalho (= fundamento da eficiência administrativa).

5. A ação que visa à reparação de dano ao Erário é imprescritível, nos termos da pacífica jurisprudência do STJ. Não obstante, ocorreu acumulação indevida de cargos em período não acobertado pela prescrição (ao menos até 2001, e as Ações Cíveis Públicas foram propostas em 2005), o que permite a aplicação das demais penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

6. Não há controvérsia entre as partes quanto ao exercício dos mencionados cargos. "A Súmula 7 do STJ, vedando o reexame de prova, para a determinação dos fatos, não impede a valoração das consequências jurídicas de fatos certos e incontroversos, a qual deve ser realizada mediante a análise dos dispositivos legais pertinentes" (REsp 1091842/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, Dje 8.9.2009). Assumidos tais fatos, o cotejo de informações revela que projeções simples poderiam conduzir o recorrido a um volume de trabalho incompatível com os princípios da *eficiência da prestação do serviço público* e da *moralidade administrativa*.

7. O recorrido chegou a trabalhar em **cinco lugares diferentes ao mesmo tempo**, cômico da violação do *princípio da moralidade* e temeroso de consequências inevitáveis. Declarava informações parciais sobre seus empregos e, assim, recebeu valores indevidamente por longos períodos. Agiu com o intuito de auferir vencimentos que não lhe podiam ser pagos, atentando, de má-fé, contra a *probidade administrativa*.

8. O trabalho do servidor público é obrigatório, e a função deve ser exercida a contento. A Constituição Federal estabelece como princípio reitor da Administração Pública a eficiência da prestação da atividade laboral, impossível de ser avalizada no caso concreto. Pensamento diverso representaria ausência de punição a indivíduos que adotaram conduta de manifesto descaso para com o patrimônio público.

9. O art. 133 da Lei 8.112/1990 não gera presunção absoluta de boa-fé. São indicativos de má-fé as exonerações a pedido, em 2005, posteriores ao inquérito civil e até mesmo à propositura das Ações Cíveis Públicas, bem como as declarações de acumulação, perante órgãos públicos, que não elencavam todas as atividades exercidas.

10. As justificativas apresentadas não ilidem a improbidade: a) na Consulta à PGE, realizada em 1994, questionou-se apenas a inviabilidade de acumulação de dois cargos: um, estatutário de médico do quadro geral, e, outro, de médico legista (repita-se, somente dois cargos); b) sobre a participação na administração da empresa Zacharias Assessoria Médico Pericial Ltda., embora seja discutível eventual vedação, tal fato não afasta a impossibilidade material de acumulação, considerando-se que tal atividade retiraria do recorrido tempo a ser dedicado à prestação eficiente de serviço na Administração Pública; c) quanto à discussão judicial do acúmulo de cargos médicos de entidades distintas da Federação, também aqui se debatia a cumulação em número inferior ao panorama apresentado nas Ações Cíveis Públicas, a qual foi declarada *concretamente* ilegal no julgamento do RMS 15824/PR, relatado pelo Eminentíssimo Ministro Hamilton Carvalhido. Ali, constou que "o recorrente acumulava três cargos públicos, sendo dois estaduais, privativos de médico, no Paraná, e outro federal, de professor, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Universidade Federal do Paraná. Acumulados três cargos públicos, resta extrapolado o limite constitucionalmente admitido, nada importando que as fontes pagadoras sejam diversas, de origem estadual e federal." A permanência nos cargos por sugestão de antigo patrono não exime o recorrido de responsabilidade; d) o fato de o recorrido gastar apenas 3 horas em classe em seu cargo de professor na UFPR não o dispensa de dedicar o período restante previsto em contrato para as atividades relacionadas ao magistério (sem falar no tempo de deslocamento entre as suas várias atividades, sobretudo nas grandes cidades, de trânsito caótico), que devem ser computadas no quadro geral de horas trabalhadas para apuração de possibilidade material de exercício cumulado de atividades; e e) a absolvição do recorrido em processos administrativos não vincula o Poder Judiciário.

11. O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa no caso concreto, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das penas legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ.

12. A repercussão do dano, o elemento subjetivo do agente e outras particularidades do caso concreto devem ser avaliados e ponderados pelo julgador ordinário na dosimetria das sanções, aplicáveis cumulativamente ou não, à luz dos princípios da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*.

13. Acuso recebimento de memoriais pelo recorrido, cujas razões foram devidamente consideradas na fundamentação e não alteram as conclusões alcançadas.

14. Voto pelo provimento do Recurso Especial, com o retorno do processo ao Tribunal de origem.

1. Breve introdução

A partir da identificação de que Miguel Zacharias Sobrinho acumulava cargos, propuseram-se duas Ações Cíveis Públicas em períodos próximos, a seguir detalhadas, que ensejaram os Recursos Especiais a serem julgados:

a) Ação Civil Pública 2007.70.00.021935-6, ajuizada pelo Ministério Público Federal contra o ora recorrido em 3.8.2005. O pedido foi deduzido em Vara Federal nos seguintes termos:

(...)

a final procedência do pedido, para condenar o réu Miguel



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Zacharias Sobrinho nas sanções do artigo 12 da Lei 8.429/92, por infringência ao disposto nos artigos 9º, caput; 10, caput; 11 caput e inciso I, do mesmo diploma legal.

Em 1º grau, a ação foi julgada improcedente em razão da não comprovação da má-fé do servidor, com sentença mantida pelo Tribunal, em acórdão assim ementado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRADA MÁ-FÉ NA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa em face de acumulação de cargos públicos vedada constitucionalmente (art. 37, XVI, CRFB/88), apontando subsunção da conduta do réu, MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO, às disposições dos arts. 9º, *caput*, art. 10, caput, 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicadas as penalidade do art. 12 da mesma lei.

2. Não há controvérsia entre as partes quanto ao exercício dos mencionados cargos.

3. São elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa o sujeito passivo, o sujeito ativo, o ato danoso e o elemento subjetivo (dolo ou culpa). As hipóteses de ato considerado improbo estão elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, sendo imprescindível a conduta dolosa na terceira hipótese e aplicável qualquer penalidade se demonstrada conduta culposa nas duas primeiras.

4. No que diz respeito aos arts. 9º e 10, no caso dos autos significa identificar que o exercício dos cargos acarretou pagamento por serviço não prestado, acarretando simultaneamente enriquecimento ilícito e dano ao erário, sendo pacífico que tal conduta prescinde de dolo. O conjunto probatório indica que houve a prestação dos serviços, devendo ser por ele remunerado, afastado o enriquecimento ilícito e, por decorrência, o dano ao erário. O MPF não se desincumbiu de afastar as demonstrações, inclusive testemunhais, indicadas pelo réu.

5. No que diz respeito ao art. 11, que trata da violação aos princípios da Administração, condenação do agente depende do resultado de seu ato e da conduta cometida. Ou seja, imprescindível configuração de conduta dolosa. A presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentre da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. No caso dos autos, os atos tomados pelo réu no decorrer das contratualidades demonstram o interesse em averiguar a legalidade do exercício dos cargos municipais, estadual e federal cumulativamente, exonerando-se conforme orientações.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Assim, não demonstrado dano ao erário ou enriquecimento ilícito, eis que não foram produzidas provas neste sentido, mas justamente ao contrário. Também comprovada a inexistência de má-fé por parte do servidor, ao contrário, todos os órgãos públicos envolvidos concluíram pela boa-fé do requerido, sendo que, oportunizada a possibilidade de opção, requereu tempestivamente as necessárias exonerações, efetivando a regularização de sua situação funcional (fl. 1061-1062/STJ - REsp 1227849).

Tais autos deram origem ao **REsp 1227849/PR**. Nele, o recorrente afirma que houve, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. 10, 11, I, 12, II e III, e 23 da Lei 8.429/1992. Sustenta, em suma:

Dessa forma, resta claro que o acórdão recorrido, a pretexto de interpretar, terminou por contrariar o disposto no art. 23, I, da Lei 8.429/92, uma vez que, não obstante as outras sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa estejam sujeitas à prescrição quinquenal, ainda permanece a necessidade de ressarcimento ao erário, tendo em vista o disposto no art. 37, § 5º, da CRFB/88 (fl. 1078/STJ - REsp 1227849).

Alega ainda:

Porém, ainda que se considere não ter havido dano financeiro ao Erário - o que não é o caso - indubitavelmente a conduta do réu afrontou ainda os deveres de honestidade, legalidade e lealdade às instituições, o que por si só já constitui ato de improbidade sujeito às penalidades legais (fl. 1079/STJ - REsp 1227849).

O MPF opina pelo não provimento do Recurso Especial, ao entender que não houve prova da lesão ou do prejuízo ao Erário e que não se verificou má-fé do recorrido (fls. 1179-1184/STJ – REsp 1.227.849).

b) Ação Civil Pública 2007.70.00.0060073-0, proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra o ora recorrido em 10.8.2005. O pedido foi deduzido em Vara da Fazenda Pública, nestes termos:

(...)

j) a declaração de nulidade dos atos de investidura de MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO nos seguintes cargos públicos acumulados ilegalmente: 1) de médico do Município de Almirante Tamandaré (com início em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01/07/1990 sendo que em data de 1º/01/1997 foi transferido para o Município de Campo Magro); 2) de médico do Município de Campo Magro (com início em data de 1º/01/1997, quando transferido de Almirante Tamandaré até a data de 14/06/1999; 3) de médico-legista do IML (com início em 21/08/1990); 4) de médico do Município de São José dos Pinhais (com início em 02/10/1993);

l) a condenação de MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO nas sanções compatíveis, previstas no artigo 12, I, da Lei n. 8.429/92, em razão da prática de atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito, descrito no artigo 9º, caput e inciso IV;

m) não sendo conhecido o pedido anterior, com fundamento no artigo 289, do Código de Processo Civil, a condenação de MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO nas sanções compatíveis, previstas no artigo 12, II, da Lei n. 8.429/92, pela prática de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, descrito no artigo 10 caput, da mesma lei;

n) ainda, não sendo conhecidos os pedidos anteriores, com fundamento no artigo 289, do Código de Processo Civil, a condenação de MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO nas sanções compatíveis, previstas no artigo 12, III, da Lei n. 8.429/92, pela prática de atos de improbidade administrativa, que atentam contra os princípios da Administração Pública, descritos no artigo 11, caput, da mesma lei.

Suscitada a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, em razão do pedido anteriormente deduzido pelo *Parquet* federal e do interesse decorrente da existência de cumulação com cargo público federal, tal fundamento foi acatado pelo autor da Ação, ressaltando somente que se trata de hipótese de continência (causa de pedir e pedidos mais amplos, conforme reconhecido pelo próprio recorrido às fls. 881-884/STJ). Os autos foram então remetidos à Justiça Federal.

Em 1º grau, a ação também foi julgada improcedente em virtude da não comprovação da má-fé do servidor. A sentença foi mantida pelo Tribunal em acórdão assim ementado:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADM. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRADA MÁ-FÉ NA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa em face de acumulação de cargos públicos vedada constitucionalmente (art. 37, XVI, CRFB/88), apontando subsunção da conduta do réu, MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO, às disposições dos arts. 9º, caput, art. 10, caput, 11, caput e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicadas as penalidades do art. 12 da mesma lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Não há controvérsia entre as partes quanto ao exercício dos mencionados cargos.

3. São elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa o sujeito passivo, o sujeito ativo, o ato danoso e o elemento subjetivo (dolo ou culpa). As hipóteses de ato considerado improbo estão elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, sendo imprescindível a conduta dolosa na terceira hipótese e aplicável qualquer penalidade se demonstrada conduta culposa nas duas primeiras.

4. No que diz respeito aos arts. 9º e 10, no caso dos autos significa identificar que o exercício dos cargos acarretou pagamento por serviço não prestado, acarretando simultaneamente enriquecimento ilícito e dano ao erário, sendo pacífico que tal conduta prescinde de dolo. O conjunto probatório indica que houve a prestação dos serviços, devendo ser por ele remunerado, afastado o enriquecimento ilícito e, por decorrência, o dano ao erário. O MPF não se desincumbiu de afastar as demonstrações, inclusive testemunhais, indicadas pelo réu.

5. No que diz respeito ao art. 11, que trata da violação aos princípios da Administração, condenação do agente depende do resultado de seu ato e da conduta cometida. Ou seja, imprescindível configuração de conduta dolosa. A presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. No caso dos autos, os atos tomados pelo réu no decorrer das contratualidades demonstram o interesse em averiguar a legalidade do exercício dos cargos municipais, estadual e federal cumulativamente, exonerando-se conforme orientações.

6. Assim, não demonstrado dano ao erário ou enriquecimento ilícito, eis que não foram produzidas provas neste sentido, mas justamente ao contrário. Também comprovada a inexistência de má-fé por parte do servidor, ao contrário, todos os órgãos públicos envolvidos concluíram pela boa-fé do requerido, sendo que, oportunizada a possibilidade de opção, requereu tempestivamente as necessárias exonerações, efetivando a regularização de sua situação funcional. (fls. 991-992/STJ).

Tais autos deram origem ao **REsp 1227788/PR**. Aqui, o recorrente sustenta que houve, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 10, *caput*, 11, I, 12, II e III, da Lei 8.429/1992. Alega que o cotejo do art. 23, I, da LIA com o art. 37, §5º, da CF evidencia serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao Erário. Aduz que não se exige demonstração de dano para a condenação por improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da LIA. Registra ser impresumível a boa-fé de sujeito que acumula 5 (cinco) cargos públicos *não-cumuláveis*.

O MPF opina pelo provimento do Recurso (fls. 1109-1117/STJ – REsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1227788).

2. Prescrição

Conforme se extrai da leitura das petições iniciais, a *causa petendi* gravita em torno da cumulação indevida de cargos, com contrariedade objetiva às determinações constitucionais e infraconstitucionais, atentando contra a moralidade e a probidade administrativa e provocando prejuízos financeiros ao Erário (quantificados em aproximadamente R\$ 700.000,00 à época da propositura da demanda). Pediu-se a declaração de nulidade dos atos de investidura e a condenação do ora recorrido nas penas do art. 12 da LIA.

Em relação ao pedido de nulidade dos atos de investidura, é corrente o entendimento de sua imprescritibilidade:

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO DOS ARTS. 535 E 538 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE: SÚMULA 211/STJ - FUNDAMENTOS SUFICIENTES PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS: SÚMULA 283/STF - ATO NULO - IMPRESCRITIBILIDADE - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS -

(...)

4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido da imprescritibilidade do ato administrativo nulo.

(...)

7. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 1119552/RJ, SEGUNDA TURMA, Relatora Ministra ELIANA CALMON, DJe 05/10/2009).

Quanto aos atos de improbidade administrativa, extrai-se da causa de pedir e do pedido, de forma clara, a pretensão ao ressarcimento dos cofres públicos em razão de o recorrido ter percebido, indevidamente, vencimentos de cargos cumulados.

O Superior Tribunal de Justiça posicionou-se pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao Erário. Cito precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (AgRg no Ag 1214232/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 28/03/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CONFIGURADA. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO-CABIMENTO.

(...)

2. O art. 23 da Lei 8.429/1992, que prevê o prazo prescricional e cinco anos para a aplicação das sanções, disciplina apenas a primeira parte do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, já que in fine esse mesmo dispositivo teve o cuidado de deixar "ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento", o que é o mesmo que declarar a sua imprescritibilidade.

3. A pretensão de ressarcimento pelo prejuízo causado ao Erário é imprescritível.

(...)

14. Recurso Especial não provido. (REsp 1069779/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 13/11/2009).

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. POSSIBILIDADE. AÇÃO IMPRESCRITÍVEL. PRECEDENTES.

1. É entendimento desta Corte a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fulcro na Lei 8.429/92, bem como que não corre a prescrição quando o objeto da demanda é o ressarcimento do dano ao erário público. Precedentes: REsp 199.478/MG, Min. Gomes de Barros, Primeira Turma, DJ 08/05/2000; REsp 1185461/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/06/2010; EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 23/06/2010; REsp 991.102/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/09/2009; e REsp 1.069.779/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2009.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1138564/MG, Primeira Turma, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 02/02/2011).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO – PRESCRIÇÃO – OMISSÃO SOBRE QUESTÕES ESSENCIAIS AO JULGAMENTO DA LIDE – EXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 535, II, DO CPC – CASSAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE REJEITOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

2. A ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, mesmo se cumulada com a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 5º, da CF).

(...) (REsp 991.102/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 24/09/2009).

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL -
IMPROBIDADE - AÇÃO CIVIL RESSARCITÓRIA -
IMPRESCRITIBILIDADE.

(...)

3. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA. A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível. (REsp 1056256/SP, de minha relatoria, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.12.2008, DJe 4.2.2009).

(...) (REsp 902.166/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 04/05/2009).

Por fim, com relação às demais penalidades previstas em tese pelo disposto no art. 12 da LIA, há que considerar que as ações foram propostas em agosto de 2005. Conforme se depreende dos elementos constantes dos autos (que adiante serão mais detalhadamente expostos), a cumulação de cargos se iniciou em 1990 (4 cargos), robusteceu em 1993 (5 cargos) e teve seu ápice entre 1998 e 1999 (5 cargos e gestão de empresa particular) e, em 2000-2001, manteve-se com 4 cargos e uma gestão de empresa privada.

Contado o prazo prescricional a partir da propositura das ações (agosto de 2005), é alcançado período em que era possível verificar cumulação *a priori* vedada (especialmente nos anos de 2000 e 2001), motivo pelo qual as demais sanções do art. 12 da LIA tampouco foram acobertadas pela prescrição.

Afasto, portanto, a preliminar.

3. Valoração de fatos incontroversos

No mérito, o caso é bastante sensível e envolve correta valoração de fatos incontroversos. Sublinho, desde já, que a maioria dos tópicos apontados nesta decisão foram colhidos das manifestações do próprio recorrido, razão por que mitiga a incidência da Súmula



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7/STJ na hipótese.

A questão da supressão do óbice sumular com base na adequada valoração das provas acostadas e fatos narrados está em precedentes deste Superior Tribunal:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CC/1916, ARTS. 159 e 1533. ALEGAÇÃO DE DANO MORAL PURO. DECLARAÇÃO PÚBLICA TIDA POR OFENSIVA À MORAL DO AUTOR. 1) RECURSO ESPECIAL CENTRADO NA VALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS CERTOS E NÃO NA PROVA. 2) DECLARAÇÃO DE POLÍTICO EM CAMPANHA ELEITORAL À IMPRENSA, CRITICANDO ANTERIORES GOVERNANTES, SEM PERSONIFICAÇÃO DO AUTOR. CARÁTER GENÉRICO E INDETERMINADO. INTENÇÃO DE OFENDER AO AUTOR NÃO PATENTEADA. QUEIXA-CRIME, ADEMAIS, ANTERIORMENTE ARQUIVADA POR DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. 3) RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO IMPROCEDENTE.

1.- A Súmula 7 do STJ, vedando o reexame de prova, para a determinação dos fatos, não impede a valoração das consequências jurídicas de fatos certos e incontroversos, a qual deve ser realizada mediante a análise dos dispositivos legais pertinentes.

2.- Não havendo personalização de destinatários, cujos nomes ou cargos não foram declinados, na declaração genérica e indeterminada à Imprensa escrita, realizada por político, em contexto de campanha eleitoral, criticando, mediante palavras leigas usadas em termos populares, anteriores administrações do Município, não se tem por configurado o intuito de ofender a Ex-Prefeito pessoalmente, cujo nome não foi declinado, e cuja honorabilidade não foi, de resto, abalada pelo fato, donde a inindenizabilidade por dano moral, em ação movida por este último, não se podendo, mesmo preservada a matéria cível diante de arquivamento da queixa-crime transitada em julgado, deixar de levar em conta a não configuração de crime contra a honra pessoal.

3.- Recurso Especial provido, improcedente a ação de indenização. (REsp 1091842/SP, Terceira Turma, Relator Ministro Sidnei Beneti, Dje 8.9.2009).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE DE TRABALHADOR RURAL. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. VALORAÇÃO DAS PROVAS. POSSIBILIDADE.

1. A teor do disposto na nossa jurisprudência, a declaração sindical não homologada pura e simples não constitui início razoável de prova material, porém quando acompanhada de robusta prova testemunhal, tal como no caso dos autos, atestando o labor alegado, poderá, em razão das peculiaridades que envolvem o trabalho rural, constituir início de prova material apto a suprir os requisitos do art. 106, parágrafo único da Lei nº 8.213/91, ainda mais por se tratar de mero rol exemplificativo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O exame da existência de início de prova material de atividade rural não demanda o reexame da matéria fático-probatória, **mas genuína valoração das provas coligidas aos autos, a tornar inaplicável o raciocínio extraído da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.**

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1083346/PB, Sexta Turma, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 16.11.2009).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. PENSÃO POR MORTE. SEGURADO QUE NÃO PREENCHEU OS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA ANTES DO FALECIMENTO. VALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência da Terceira Seção é no sentido de que a pensão por morte é garantida aos dependentes do de cujus que tenha perdido a qualidade de segurado, desde que preenchidos os requisitos legais de qualquer aposentadoria antes da data do falecimento.

2. Exegese extraída do art. 102 da Lei nº 8.213/91, tanto na redação original, quanto na redação modificada pela Lei nº 9.528/97.

3. A correta valoração da prova e sua aplicação ao direito aplicado, não conduz ao reexame de matéria fática, como vedado pela Súmula 07/STJ.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 593.398/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18/05/2009).

Afasto, portanto, a incidência da Súmula 7/STJ na hipótese.

4. Cumulação de cargos e dano evidente: eficiência do serviço e lógica do razoável

Narra-se nas Ações Cíveis Públicas que o servidor exerceu dois cargos de médico no Estado do Paraná, um de docente e dois de médico nos Municípios do Estado, além de gerir empreendimento privado, nos períodos assim definidos:

- Médico do Quadro Próprio do Poder Executivo - ingresso em 1984, suspensão do cargo em 2001 e exoneração a pedido em 2006. Regime de 20hs semanais.

- Professor Auxiliar de Medicina Legal da UFPR - ingresso em 1990 até a presente data. Regime de 20hs semanais.

- Médico do Município de Almirante Tamandaré - ingresso em 1990 até 1996, em razão da criação do Município de Campo Magro. Regime de 20hs semanais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Médico do Município de Campo Magro - ingresso em 1997 até 1999, em razão de exoneração a pedido. Regime de 20hs semanais.

- Médico-Legista do Estado do Paraná - ingresso em 1990 até a presente data. Regime descrito como de comparecimento "tanto no período da manhã como da tarde, e sempre que necessário está em viagem ao interior do Estado (fl. 923) - Pressupondo 40hs semanais.

- Médico do Município de São José dos Pinhais - ingresso em 1993, até o pedido de licença sem vencimentos em 2004 e exoneração a pedido em 2005. Regime de 20/40hs semanais.

- Sócio-gerente da Clínica de Fisioterapia Cândido de Abreu - início em 1998 até 2001;

- Administrador da Zacharias Assessoria Médico-Pericial - início em 2003.

A questão merece um primeiro enfoque pela demonstração de boa ou má-fé com base na dedicação ao *munus* público e às limitações físicas e jurídicas do trabalho.

O STJ já se manifestou sobre a temática da improbidade administrativa de funcionário não disponível para o trabalho, reprovando a tentativa de demonstração de boa-fé pela realização de trabalhos em horários especiais.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. "FUNCIONÁRIO FANTASMA".

1. Ação Civil Pública por improbidade administrativa contra Prefeito e motorista. Este foi nomeado em cargo de comissão por aquele, sem assumir efetivamente as funções. Incidência dos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/1992.

2. Foi demonstrado que o motorista cumpria 44 horas semanais em lotérica, o que o afastava do desenvolvimento regular de suas atividades no período em que dele se espera disponibilidade para o serviço público. O trabalho nos finais de semana ou em *horários especiais* não elide a reprovabilidade da conduta.

3. O Tribunal de origem entendeu que a cumulação de empregos e a flexibilização de horários caracterizariam mera irregularidade administrativa. A decisão merece reforma. O *princípio da moralidade* veda aos agentes públicos cumular cargos exercidos no mesmo período do dia. Ainda que o cargo seja em comissão, exige-se do servidor a obrigatoriedade do trabalho a contento e a eficiência na atividade, contrastando com ampla e irrestrita flexibilização do horário de trabalho.

4. Recurso Especial provido. (REsp 1204373/SE, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 2.3.2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trechos do voto são significativos para delimitar as razões pelas quais a sobrecarga de horário pode ser valorada pelo STJ, com extrema cautela:

O Tribunal *a quo* consignou:

No mérito, a discussão se engendra em torno do fato descrito na inicial em que o Ministério Público alegou uma possível prática de improbidade por parte dos Recorrentes, onde na qualidade de Prefeito - João Francisco Albuquerque de Oliveira e de servidor público comissionado - José Acácio Santiago, causaram dano ao erário.

Alegou o *Parquet* de 1ª instância que José Santiago fora nomeado em fevereiro de 1997 para exercer cargo em comissão na Prefeitura Municipal de Gararu e nunca assumiu as funções, apesar de receber remuneração, até porque era empregado de uma casa lotérica situada em Aracaju, onde trabalhava 44 horas semanais. Sustentou, também, que esse fato era do conhecimento de João Francisco, então Prefeito, e causou prejuízo ao erário, ao passo em que enriqueceu ilícitamente o segundo réu, estando os atos de improbidade administrativa descritos de acordo com os arts. 9º, 10, 11 e 12, da Lei 8.429/92.

Enxergo, no caso, a existência de irregularidade administrativa, mas não de improbidade.

As testemunhas ouvidas em juízo causam um empate probatório e, na sua maioria, atestam que José Acácio trabalhava para a Prefeitura embora só o fizesse em finais de semana.

(...)

Em todo caso, a ausência ao emprego não pode ser determinada como ato de improbidade, salvo em casos de deliberado conluio entre as partes envolvidas, o que não restou provado. Aliás, as testemunhas não se referem sequer ao Prefeito Municipal da época para comprovar ser o mesmo sabedor do fato.

É certo que o servidor foi contratado em comissão e o seu horário de trabalho é ditado por seu superior, não havendo empecilho legal para que este se realize em horários e dias especiais.

Não há como enquadrar o fato como ímprobo e menos ainda como admitir a aplicação das sanções (...). O ressarcimento ao Poder Público poderia ser aplicado desde que não houvesse sido comprovado qualquer tipo de trabalho, o que restou como ponto controverso (fls. 648-651, e-STJ).

Já nas razões do Recurso Especial, sustenta-se que:

A conclusão, data vênua, é por demais comedida,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma vez que foi reconhecido que o requerido priorizava seu emprego privado em detrimento do emprego público pelo qual era remunerado com o dinheiro do povo.

(...) é frustrante ver qualificado como simples irregularidade a situação de um servidor público que, desavergonhadamente, não trabalha sequer 1/3 do mês e recebe integralmente seu salário.

Ora, ao contrário do afirmado no Acórdão, sabe-se que a ausência deliberada, planejada e injustificada ao emprego público pode ser tida como 'ato de improbidade', sendo dispensável qualquer 'conluio entre as partes envolvidas' (fl. 523), visto que a aquiescência do superior pode se dar através da omissão voluntária à conduta ilegal.

No caso, a improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, traduziu a falta de boa-fé. A desonestidade dos requeridos não pode ser negada, posto que a lesão somente cessou após o ajuizamento da ação (fl. 204), ou seja, restou configurado, até então, o 'ato imoral com forte conteúdo de corrupção econômica'.

Conforme afirmado pelo Ministério Público, **o que se deve sopesar aqui é o fato de o "servidor cumular dolosamente cargo público com emprego privado, havendo incompatibilidades de horários que sacrificam o exercício da função pública" (fl. 658-STJ). A análise dessa questão não depende de reexame de matéria fática, afastando-se, portanto, a incidência da Súmula 7/STJ.** Quando muito, exige-se a valoração jurídica dos fatos trazidos aos autos. Na linha desse entendimento:

(...) para adequar o caso ao entendimento jurisprudencial da matéria, necessário se faz o exame dos autos a partir dos elementos probatórios que o caso exige, sem que isso implique em reexame de provas, conforme sustentou o recorrente, mas sim em valoração de pontos fixados pelas instâncias ordinárias" (AgRg no AgRg no REsp 692752/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 16/8/2007, DJ 3/9/2007).

Assim sendo, **o cumprimento de 44 horas semanais afasta o servidor do desenvolvimento regular de suas atividades no período em que dele se espera disponibilidade para o serviço público. O trabalho pouco justificado e, principalmente, não justificável nos finais de semana ou em horários especiais não elide a reprovabilidade da conduta.** Em situação análoga, esta Corte assim decidiu:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL.
MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL.
PROCURADOR DE JUSTIÇA. ART. 31 DA LEI Nº 8.625/93.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE "FUNCIONÁRIO-FANTASMA". ATO ILÍCITO. SANÇÕES. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INSUFICIÊNCIA. ART. 12 DA LEI Nº 8.429/97.

1. O Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com ação civil pública reputando como ato de improbidade administrativa a contratação irregular pelo então Prefeito da Municipalidade do filho do então Vice-Prefeito, o qual percebeu vencimentos do cargo para o qual foi designado por 18 meses sem prestar efetivos serviços, como verdadeiro "funcionário-fantasma".

(...)

7. Caracterizado o ato de improbidade administrativa, o ressarcimento ao erário constitui o mais elementar consectário jurídico, não se equiparando a uma sanção em sentido estrito e, portanto, não sendo suficiente por si só a atender ao espírito da Lei nº 8.429/97, devendo ser cumulada com ao menos alguma outra das medidas previstas em seu art. 12.

8. Pensamento diverso, tal qual o esposado pela Corte de origem, representaria a ausência de punição substancial a indivíduos que adotaram conduta de manifesto descaso para com o patrimônio público. Permitir-se que a devolução dos valores recebidos por "funcionário-fantasma" seja a única punição a agentes que concorreram diretamente para a prática deste ilícito significa conferir à questão um enfoque de simples responsabilidade civil, o que, à toda evidência, não é o escopo da Lei nº 8.429/97.

9. "A ação de improbidade se destina fundamentalmente a aplicar as sanções de caráter punitivo acima referidas, que têm a força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta ilícita. Assim, embora seja certo que as sanções previstas na Lei 8.429/92 não são necessariamente aplicáveis cumuladamente (podendo o juiz, sopesando as circunstâncias do caso e atento ao princípio da proporcionalidade, eleger a punição mais adequada), também é certo que, verificado o ato de improbidade, a sanção não pode se limitar ao ressarcimento de danos" (Ministro Teori Albino Zavascki, Voto-Vista no REsp nº 664.440/MG, DJU 06.04.06).

10. Como bem posto por Emerson Garcia "é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do *status quo*" (Improbidade Administrativa. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2ª ed., 2004, p. 538).

11. O Ministério Público Estadual pediu de maneira explícita o restabelecimento das demais sanções cominadas na sentença reformada pela Corte de origem, quais sejam, (i)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suspensão dos direitos políticos e (ii) proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais.

12. Em obséquio aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assiste razão ao *Parquet*.

13. Dada a gravidade da conduta de um dos litisconsortes passivos, que demonstrou absoluto desprezo pelos princípios que regem a Administração Pública ao abrigar como "funcionário-fantasma" – figura repugnante que acomete de maneira sistemática os órgãos públicos – o filho de um de seus aliados políticos, tem-se como indispensável a restauração das medidas previstas na sentença, inclusive no que respeita à suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos.

14. Outrossim, a malícia demonstrada por outro litisconsorte ao passar 18 (dezoito) meses recebendo vencimentos de cargo em comissão sem prestar serviços à Municipalidade autoriza, a toda evidência, a volta da sanção prevista na sentença: proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais por 10 (dez) anos.

15. Recurso especial provido. (REsp 1.019.555, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJE 29.06.2009).

No voto-vencedor do referido julgamento, o em. Min. Castro Meira valeu-se de trechos do acórdão recorrido como razões de decidir, que bem se amoldam ao caso destes autos:

"(...) 5. A Constituição da República que vela pelo princípio da moralidade é explícita a proibir que agentes públicos cumulem cargos nos mesmos horários. De outro lado, mesmo o cargo sendo em comissão, **o trabalho é obrigatório e a função deve ser exercida a contento. Se não bastassem todos esses dados, o Texto Maior impõe, como princípio retórico da Administração Pública, a eficiência da prestação da atividade laboral e seria totalmente inadmissível liberdade de horário para cumprimento de jornada de trabalho exercida obrigatoriamente durante o período diurno.** Além disso, o fato de o servidor prestar serviços no final do período educacional e nas férias escolares, não tem o condão de legitimar a sua conduta como regular.

Não há dúvida de que a intenção da autoridade máxima municipal de praticar ato ilegal e eivado de dolo ou má-fé estão realmente comprovados, sem dizer que a prática do nepotismo também está demonstrada.

6. A sentença está bem ajustada aos tipos previstos nos artigos 9, 10 e 11 da Lei da Improbidade Administrativa. Não há necessidade da efetiva comprovação do dano, basta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

potencialidade. O ato de improbidade administrativa decorrente do descumprimento do sistema legal se verificou porque a conduta ilícita violentou os princípios retores da Administração Pública e, em especial, o da moralidade pública, o **da eficiência e o princípio publicístico pertinente à prestação dos serviços contratados ou instituídos**. No caso concreto, a finalidade do ato de nomeação foi ilícita, em desconformidade com a Lei porque praticado com desvio de poder que, na visão de Caio Tácito, é a inadequação entre a competência administrativa da autoridade e a finalidade legal. É verdade que o Prefeito tinha competência para a nomeação, mas é evidente também que agiu de má-fé ao exercitá-la, pois, ao contrário do que afirma o recorrente, o agente, no caso, praticou ato objetivando fim diverso daquele exigido pela norma legal, bem como pela regra de competência. O desvio foi preordenado e subjetivo, eis que no momento da nomeação, a digna autoridade já tinha conhecimento de que Miguel não iria prestar o serviço pertinente às funções públicas inerentes ao cargo que foi ocupar (...). (REsp 1204373/SE, SEGUNDA TURMA, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 2.3.2011).

Antes de qualquer leitura açodada do precedente em relação à pertinência subjetiva e às diferentes funções exercidas, o que importa é o conceito de preservação da eficiência da atividade, em prol do exercício pleno do *munus* público e dos princípios reitores da Administração Pública.

No caso concreto, tomei a liberdade de preparar pequeno quadro que, à luz das alegações do recorrido, revela os cargos exercidos:

	1984	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
	1989																
QPPE																	
Prof.																	
A. Tam.																	
C. Magr.																	
IML																	
SJ. Pinh.																	
Clínica																	
Assess.																	

Em verde - cargos em exercício.

Em amarelo - cargos com pedido de suspensão de vencimentos.

O quadro aponta para a incontroversa cumulação de cargos. Relevante especialmente para expor que, por exemplo, entre 1998 e 1999, o recorrido chegou a cumular cinco cargos cujo somatório da carga horária poderia, caso a atividade fosse exercida a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contento e mediante estrito respeito aos horários estabelecidos, chegar a 120 ou 140 horas semanais, sem contar a atividade de sócio-gerente em clínica de fisioterapia. Apenas para estimativa de cálculo, pressupondo uma atividade de 20 horas semanais na clínica recém-aberta, momento sabidamente delicado para a sedimentação da atividade de uma empresa, totalizaríamos possíveis 160 horas semanais de trabalho.

Levando-se em conta que, nos finais de semana, seja razoável imaginar algum descanso, o recorrido ostentaria uma capacidade laboral de "32 horas diárias", mesmo que se considere o período de 2000 a 2001, em que um mínimo de 120 horas de trabalhos semanais resultaria em "24 horas diárias" de trabalho. Diluído o cálculo também em relação aos finais de semana, teríamos aproximadamente 18 horas diárias de atividades, sem descanso. Nada disso me parece minimamente possível, à luz da lógica do razoável.

Não estou a desmerecer a atividade médica, que sabidamente demanda realização de plantões, trabalhos nos finais de semana, nas madrugadas e uma dedicação visceral que, em determinadas situações, pode ser atribuída apenas aos efetivamente vocacionados.

Pretende-se aqui apenas expor que restrições legítimas, ainda que para médicos, reforçam a preocupação da Administração com as *horas de repouso*, essenciais para a prestação adequada e eficiente de um serviço público, dentro da perspectiva dos limites da capacidade laboral humana razoável e da frágil presunção de boa-fé alegada pelo recorrido.

Enfim, a despeito do esmero da defesa, o recorrido trabalhou em quatro, e até cinco, lugares diferentes ao mesmo tempo, cômico da violação do *princípio da moralidade* e temeroso de consequências inevitáveis. Declarava informações parciais sobre seus empregos e, assim, recebeu indevidamente valores por longos períodos. Indubitavelmente, agiu com o intuito de perceber vencimentos que não lhe podiam ser pagos, atentando, de má-fé, contra a probidade administrativa.

Tais considerações afastam a presunção de boa-fé prevista no art. 133, §5º, da Lei 8.112/1990.

O dispositivo minimiza eventuais equívocos que possam conduzir o servidor a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumulação de cargos capaz de gerar dúvidas interpretativas, permitindo a exoneração parcial sem que o fato justifique improbidade administrativa. Porém, a cumulação de **5 cargos**, somada à **gestão de empresa**, atenta contra a razoabilidade.

Exponenciar o raciocínio conduziria a uma suposta isenção daquele que, imbuído de suposta boa-fé, ludibriasse a Administração Pública e recebesse vencimentos de 5, 10 ou 15 entes diversos para depois suscitar a incidência do favor concedido pela Lei 8.112/1990, extrapolando não só a moralidade e a eficiência, mas a factibilidade e a capacidade humana de trabalho, sugerindo *ubiquidade*.

Logo, o dispositivo não gera presunção *iuris et de iure*, mas sim relativa, devidamente afastada por elementos apresentados pelo próprio recorrido. A doutrina ratifica o entendimento:

Coincidência ou não, o fato é que a Lei n. 9527/97 agigantou e revirou de pernas para o ar este artigo, e dele extirpou, ao menos com a virulência e a ostensividade anterior, a rematada sandice da “acumulação proibida e de boa-fé”, um despautério tão despropositado quanto seria algum latrocínio de boa-fé, ou alguma organização de quadrilha de traficantes por ingenuidade, com desconhecimento da natureza desse ato. Os §§ 5º e 6º ainda tratam perfunctoriamente desse infausto tema, mas de modo quase oculto ou dissimulado – e podiam, e deveriam, ter sido mais enfáticos, pois que, reza a experiência atemporal dos homens, lixo se queima, e não se disfarça para guardar (Rigolin, Ivan Barbosa Comentários ao regime único dos servidores públicos civis. 5. Ed. São Paulo: Saraiva 2007. P. 275)

Em sendo efetuada a opção pelo servidor, será entendida, consequentemente, como pedido de exoneração do outro cargo em relação ao qual não formulou a opção, devendo ser respeitada plenamente a opção exercida. Neste aspecto, causa estranheza os termos da legislação, ao pretender imputar como boa-fé a acumulação. A boa-fé é qualidade da conduta a ser analisada juridicamente que se faz presente no início do agir do sujeito do direito e não será caracterizada durante o mesmo. A análise acerca da boa ou má-fé da acumulação não pode ser efetuada pura e simplesmente pelo fato do servidor, após ser notificado para tanto, ter formulado a opção por um dos cargos, sendo certo que não tem aí boa-fé mas, isto sim, o exercício de uma opção que lhe retira, então o caráter punitivo da acumulação, mas não altera o sentido e o intuito pelo qual acumulava os cargos indevidamente. Não parece razoável pretender que do fato de ter o servidor, após notificado para tanto e ameaçado de perder ambos os cargos, optado por um dos mesmos, vê seja aquele agente como se estivesse de boa-fé quando, na realidade, o que se concedeu foi uma espécie de perdão. A propósito, lapidar a manifestação de Ivan Barbosa Rigolin a respeito de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tal caracterização da boa-fé. Embora entenda que , considerando as peculiaridades do caso concreto seria possível constatar-se a boa-fé do servidor em acumulação de cargos – sobretudo se controversa a interpretação legislativa – não vejo como justificar, porém, que a boa-fé não seja um conceito a ser analisado e provado durante o procedimento sumário, restando como automaticamente caracterizada, na visão do legislador, pelo exercício da opção por um dos cargos (Rocha, Daneil Machado da, Comentários à lei do regime jurídico único dos servidores públicos civis da União: Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – Porto Alegre: Livraria do advogado Ed., 2006. P. 191-192).

Interessante e até mesmo dúbia a redação de § 5º deste artigo, onde se vê disposto que o servidor que fizer a opção pelo cargo, emprego ou função que acumula até o último dia do prazo para apresentação da defesa terá feito configurar sua boa-fé, hipótese que converterá automaticamente o procedimento sumário instaurado em pedido de exoneração de um dos cargos que cumule. Ivan Barbosa Rigolin, acerca da configuração da boa-fé, acertadamente dispõe: “Admite que possa existir acumulação de cargos ou empregos com boa-fé, hipótese em que, se demonstrada, possibilitará ao servidor optar por um dos casos, Parece correta a idéia de opção, mas nunca fará sentido aquela referente à boa fé do servidor. Se a ignorância da lei não escusa alguém do seu integral cumprimento, não se há jamais de atribuir boa fé a quem acumule vários postos de trabalho na Administração, não se podendo aceitar a argumentação de que simplesmente não conhecia o caráter proibido da acumulação. [...] Não se concebe ingenuidade tamanha. De qualquer modo, a lei supôs poder existir nesse caso boa-fé, com o que nenhum intérprete sensato poderá concordar. Seja como for, se o acumulador conseguir provar sua boa-fé, apenas nesse caso poderá livremente optar por permanecer em um dos cargos, sem ser processado para a demissão” (Duarte Neto, Claudionor, O Estatuto do Servidor Público (Lei nº 8.112/90), à luz da constituição e da jurisprudência. São Paulo. Atlas, 2007. P. 172-173).

Embora refuja à competência do STJ avaliar, apenas como *obiter dictum*, a redação do art. 273 da Lei Estadual 6.174/1970 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Paraná), ela assim determina: "verificada, em processo administrativo, a acumulação indevida, e provada a boa-fé, o funcionário será obrigado a optar por um dos cargos. Parágrafo único. Provada a má-fé, o funcionário perde todos os cargos e restituirá o que tiver recebido indevidamente". O dispositivo não altera os ônus ordinários das partes a ponto de criar presunções absolutas, mas trabalha com a prova da boa ou da má-fé para justificar os efeitos do direito de opção.

Reforçam a má-fé os seguintes fatos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a) ulteriores exonerações *a pedido*, em 2005, retratam derradeiro ato com o intuito de afastar responsabilidade consolidada, derivada da cumulação irresponsável de cargos ocorrida desde 1993, **em data posterior ao início dos questionamentos administrativos da cumulação, ao inquérito civil e até mesmo à propositura das Ações Civis Públicas;**

b) a declaração da Prefeitura Municipal de São José dos Pinhais, de que, a despeito de supostamente cumprir com suas funções, "quando da nomeação do servidor o mesmo não informou que ocupava outros cargos públicos, mesmo sabendo que o Estatuto de Servidor Municipal vedava isso" (fl. 589/STJ - REsp 1227788);

c) nas declarações de acumulação de cargos da Universidade Federal, de 1995-1997, não estão elencadas todas as atividades então exercidas.

Dessa forma, não há plausibilidade ou boa-fé na cumulação de quatro ou cinco cargos, razão pela qual o acórdão merece reforma, pautando-se pela condenação do recorrido.

5. Justificativas apresentadas

Apenas a título de *obiter dictum*, passo a examinar as justificativas apresentadas para a cumulação exercida. Entendo, com a devida vênia, que elas não resistem à análise global da cumulação, possível apenas com o ajuizamento da Ação de Improbidade e da compreensão de todos os elementos ali descritos. Explico.

a) Consulta à PGE – Alega o recorrido que, em 1994, os médicos-legistas consultaram a PGE sobre a possibilidade de acumulação de cargo estatutário de médico do quadro geral com um de médico-legista (cfr. objeto da consulta, fl. 473/STJ – REsp 1227788). Obtiveram como resposta que as leis estaduais que vedavam a cumulação não prevaleceriam em relação às Constituições Federal e Estadual, que permitiam a cumulação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dois cargos privativos de médico – entendimento ratificado por normas posteriores.

Porém, a expectativa legítima de cumulação de **dois** cargos de médico, em 1994, não ilide a cumulação de 2001 em **quatro** cargos públicos com outra atividade privada nem retira a impossibilidade material acima referida.

b) Participação na Administração da empresa Zacharias Assessoria Médico-pericial Ltda. – Aduz o recorrente que a participação em tal empresa não seria vedada pelo Estatuto da Polícia Civil e tampouco tal norma seria aplicável. Mais uma vez, eventual possibilidade legal de participação não afasta a impossibilidade material legitimamente presumida de que tal atividade retiraria do recorrido tempo a ser dedicado à prestação eficiente de serviço à Administração Pública.

c) Discussão judicial sobre o acúmulo de cargos médicos de entidades da Federação distintas. Aponta que, em março de 2001, o Secretário da Administração e Previdência afirmou a ilegalidade do acúmulo de dois cargos estaduais com um cargo federal. Disse ainda que, "por orientação do seu Advogado à época, Dr. Gláucio Antônio Pereira, permaneceu nos cargos, até que a questão fosse dirimida pela Justiça".

A justificativa não convence. Inicialmente, pelos mesmos motivos acima expostos, não se tratava de uma visão integral da acumulação, mas de *apenas* 3 cargos. No mais, a cumulação foi refutada por este Tribunal Superior no Julgamento do RMS 15824/PR, relatado pelo Eminentíssimo Ministro Hamilton Carvalhido. Cito trechos do acórdão:

Ao que se tem, a Constituição Federal vedou expressamente a acumulação de cargos públicos, permitindo, excepcionalmente, a acumulação de até dois cargos, nos casos especificados, cuja natureza a justifica, desde que compatíveis os horários, independentemente da esfera do Poder Público.

In casu, consoante se verifica nos autos, o recorrente acumulava três cargos públicos, sendo dois estaduais, privativos de médico, no Paraná, e outro federal, de professor, na Universidade Federal do Paraná.

Acumulados três cargos públicos, resta extrapolado o limite constitucionalmente admitido, nada importando que as fontes pagadoras sejam diversas, de origem estadual e federal.

Com efeito, se admitida a singular tese do recorrente de que a limitação não se lhe aplica porque os cargos não são exercidos todos na mesma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esfera, caso não houvesse incompatibilidade de horários, poder-se-ia acumular até o limite absurdo de seis cargos públicos, dois em cada esfera do Poder, em indubitado prejuízo para o Poder Público, regido, entre outros, pelos princípios da eficiência e da moralidade administrativa.

E a jurisprudência desta Corte Superior é uniforme no sentido de que é expressamente vedada, em qualquer caso, a tríple acumulacão, senão vejamos:

"RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. DIREITO DE OPÇÃO.

O servidor que exerce três cargos ou empregos públicos - um de professor na UERJ, outro de Médico no Ministério da Saúde e outro, também de médico, na UFRJ - extrapola o limite de previsto no art. 37, XVI, alínea "c", da Constituição Federal, incorrendo em acumulacão ilegal de cargos, nos termos do inciso XVII do mesmo artigo.

Recurso desprovido." (RMS 11.197/RJ, Relator Ministro Felix Fischer, *in* DJ 26/3/2001).

"CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - MÉDICA - AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1 - A teor do art. 37, XVI da CF, é vedada a acumulacão remunerada de cargos públicos, exceto as espécies elencadas no referido artigo, inadmitindo-se, todavia, qualquer hipótese de tríple acumulacão.

2 - Inexistência de direito adquirido, por violacão de texto e autolimitacão expressa da Constituição Federal.

3 - *Recurso que se nega provimento.*" (RMS 9.971/CE, Relator Ministro Jorge Scartezini, *in* DJ 14/2/2000).

"PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. PROCURAÇÃO REPRODUZIDA POR CÓPIA XEROGRÁFICA. IRREGULARIDADE. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 37, XVI E XVII.

- A irregularidade na representacão processual da parte, consubstanciada em cópia xerográfica de procuracão sem a devida autenticaçao, constitui óbice ao conhecimento do recurso.

- A proibicão de acumular cargos públicos é princípio inserto no art. 37, XVI e XVII da Constituição Federal, não cabendo a alegacão de direito adquirido ou mesmo de estabilidade se o cargo público é ocupado em contrariedade às normas constitucionais.

- *Recurso não conhecido.*" (RMS 6.206/CE, Relator Ministro William Patterson, *in* DJ 17/6/96).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIA PÚBLICA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. DOIS CARGOS DE MAGISTÉRIO E UM CARGO TÉCNICO. INADMISSIBILIDADE.

- A Constituição da República consagra o princípio geral da inacumulação de cargos públicos, excepcionando apenas as hipóteses exaustivamente previstas, dentre elas a de dois cargos de professor e de um cargo de professor com outro técnico ou científico (art. 37, XVI, "a" e "b").

- Incide o óbice constitucional na hipótese de acumulação de dois cargos de magistério nas esferas Municipal e Estadual com cargo de natureza técnica no âmbito do Poder Público Federal.

- *Recurso ordinário desprovido.*" (RMS 10.677/RJ, Relator Ministro Vicente Leal, *in* DJ 15/2/2000).

Acrescente-se que não há falar em incompetência do juízo estadual para declarar ilegalidade de cumulação de cargos por servidor público federal, definida em face da autoridade coatora contra a qual se insurge. Tendo o presente **mandamus** sido impetrado contra o Secretário de Estado da Administração e da Previdência do Paraná, competente, na espécie, a justiça estadual comum.

Tampouco, falta à autoridade coatora atribuição para declarar a ilegalidade da acumulação, cabendo a qualquer das autoridades administrativas das esferas municipal, estadual e federal, que tiver notícia do fato, a adoção da medida adequada. Caso contrário, resultaria inviabilizado o restabelecimento da legalidade sempre que a acumulação se desse em esferas distintas, reciprocamente impossibilitadas de declarar a ilegalidade.

Gize-se, em remate, que não há falar em direito adquirido em face dos longos anos que o servidor vem acumulando as funções, eis que inexistente qualquer direito contrário a preceito constitucional, máxime porque a acumulação de cargos públicos sempre foi vedada no ordenamento jurídico brasileiro, vale dizer, desde o período imperial.

Por fim, as manifestações sugerem que a permanência no cargo deu-se em razão de conselhos menos judiciosos de representante anterior do recorrente. Seria desnecessário dizer que, em processo, é o indivíduo que figura como parte, e não seu patrono. Caso haja alguma insatisfação, no que concerne à consultoria jurídica prestada, pode o recorrido valer-se das medidas administrativas e judiciais adequadas, mas nada disso esfumaça o cenário de cumulação identificado. É inafastável a responsabilidade por ato de improbidade, imputando-se conduta a terceiro, ainda que advogado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

d) Horas de trabalho na UFPR - Foi dito que, na UFPR, o cumprimento da carga horária compreendia apenas três horas em sala de aula e que as demais seriam destinadas ao acompanhamento de alunos "em atividades", à preparação de aulas e necropsias. Nesse ponto, exceto se reconhecido que as horas de atividade extraclasse não eram realizadas, elas também devem ser computadas no quadro geral de horas trabalhadas para apuração de possibilidade material de exercício cumulado de atividades.

e) Absolvição do recorrido em Processos Administrativos - Houve, efetivamente, absolvição do recorrido em processos administrativos disciplinares que envolvem parcela dos fatos ora apurados. Porém, é cediço que o Poder Judiciário não está vinculado às decisões do Governo do Estado do Paraná ou da Reitoria da Universidade, porque inexistente previsão legal de efeito civil de decisão administrativa para as hipóteses – que tampouco pressupunham a visão integral da improbidade levada a efeito (cfr., por exemplo, fl. 757/STJ, REsp 1.227.788).

Assim, ainda que examinadas individualmente, as escusas apresentadas não conduziram à isenção de responsabilidade do recorrido.

6. Aplicação da Pena

Caracterizado o ato de improbidade, faz-se necessária a aplicação das sanções previstas no art. 12, III, da referida lei pela instância ordinária, as quais podem ser cumulativas ou não, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e à luz dos *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*.

Nesse ponto, impende anotar que o ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consectário do dano causado, independentemente da qualificação da conduta como ímproba.

Configurada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valores é imperiosa, mas deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL. PROCURADOR DE JUSTIÇA. ART. 31 DA LEI Nº 8.625/93. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE "FUNCIONÁRIO-FANTASMA". ATO ILÍCITO. SANÇÕES. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INSUFICIÊNCIA. ART. 12 DA LEI Nº 8.429/97.

(...)

5. Não há necessidade de aplicação cumulada das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/97, cabendo ao julgador, diante das peculiaridades do caso concreto, avaliar, sob a luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a adequação das penas, decidindo quais as sanções apropriadas e suas dimensões, de acordo com a conduta do agente e o gravame impingido ao erário, dentre outras circunstâncias. Precedentes desta Corte.

6. Todavia, afastadas pelo Tribunal *a quo* as sanções de suspensão de direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, remanesceu apenas a condenação solidária dos recorridos ao ressarcimento dos valores indevidamente percebidos, subtraída a parcela já devolvida.

7. Caracterizado o ato de improbidade administrativa, o ressarcimento ao erário constitui o mais elementar consectário jurídico, não se equiparando a uma sanção em sentido estrito e, portanto, não sendo suficiente por si só a atender ao espírito da Lei nº 8.429/97, devendo ser cumulada com ao menos alguma outra das medidas previstas em seu art. 12.

8. Pensamento diverso, tal qual o esposado pela Corte de origem, representaria a ausência de punição substancial a indivíduos que adotaram conduta de manifesto descaso para com o patrimônio público. Permitir-se que a devolução dos valores recebidos por "funcionário-fantasma" seja a única punição a agentes que concorreram diretamente para a prática deste ilícito significa conferir à questão um enfoque de simples responsabilidade civil, o que, à toda evidência, não é o escopo da Lei nº 8.429/97.

9. "A ação de improbidade se destina fundamentalmente a aplicar as sanções de caráter punitivo acima referidas, que têm a força pedagógica e intimidadora de inibir a reiteração da conduta ilícita. Assim, embora seja certo que as sanções previstas na Lei 8.429/92 não são necessariamente aplicáveis cumuladamente (podendo o juiz, sopesando as circunstâncias do caso e atento ao princípio da proporcionalidade, eleger a punição mais adequada), também é certo que, **verificado o ato de improbidade, a sanção não pode se limitar ao ressarcimento de danos**" (Ministro Teori Albino Zavascki, Voto-Vista no REsp nº 664.440/MG, DJU 06.04.06).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

15. Recurso especial provido.

(REsp 1019555/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO. NATUREZA JURÍDICA DO RESSARCIMENTO E DA MULTA ENQUANTO SANÇÕES POR ATO ÍMPROBO. CONDENAÇÃO MISTA. NECESSIDADE DE ESTABELECECORRETAMENTE OS INSTITUTOS JURÍDICOS PARA FINS DE INCIDÊNCIA DAS PREVISÕES DO ART. 12 DA LEI N. 8.249/92.

1. Tem-se aqui da ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada contra Prefeito em razão da contratação temporária de merendeiras sem concurso público sob a justificativa de existência de interesse público.

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu caracterizada a improbidade administrativa no regime do art. 11 da Lei n. 8.429/92, aplicando, ato contínuo, a sanção de ressarcimento do dano prevista no art. 12, inc. I, do mesmo diploma normativo.

(...)

9. As Turmas que compõem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram no sentido de que, caracterizado o prejuízo ao erário, o ressarcimento não pode ser considerado propriamente uma sanção, senão uma consequência imediata e necessária do ato combatido, razão pela qual não se pode excluí-lo, a pretexto de cumprimento do paradigma da proporcionalidade das penas estampado no art. 12 da Lei n. 8.429/92. A este respeito, v., p. ex., REsp 664.440/MG, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJU 8.5.2006.

10. Mas a dogmática do ressarcimento não se esgota aí. Em termos de improbidade administrativa, onde se lê "ressarcimento integral do dano" deve compreender-se unicamente os prejuízos efetivamente causados ao Poder Público, sem outras considerações ou parâmetros.

11. Ora, a Lei n. 8.429/92 - LIA, em seu art. 12, arrola diversas sanções concomitantemente aplicáveis ao ressarcimento (não sendo este, frise-se, verdadeiramente uma sanção) e são elas que têm o objetivo de verdadeiramente reprimir a conduta ímproba e evitar o cometimento de novas infrações. Somente elas estão sujeitas a considerações outras que não a própria extensão do dano.

12. O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras demais sanções é que podem levar em conta, e.g., a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano. Vale dizer: o ressarcimento é providência de caráter rígido, i.e., sempre se impõe e sua extensão é exatamente a mesma do prejuízo ao patrimônio público.

13. A perda da função pública, a sanção política, a multa civil e a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios do Poder Público, ao contrário, têm caráter elástico, ou seja, são providências que podem ou não ser aplicadas e, caso o sejam, são dadas à mensuração - conforme, exemplificativamente, à magnitude do dano, à gravidade da conduta e/ou a forma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de cometimento do ato - nestes casos, tudo por conta do p. ún. do art. 12 da Lei n. 8.429/92. A bem da verdade, existe uma única exceção a essa elasticidade das sanções da LIA: é que pelo menos uma delas deve vir ao lado do dever de ressarcimento. Retornar-se-á mais adiante ao ponto.

(...)

25. Ocorre que, não custa relembrar aqui, **além do ressarcimento, deve-se aplicar alguma sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92, observando, por evidente, a proporcionalidade** (REsp 1.019.555/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29.6.2009). Impossível, pois, à luz da jurisprudência desta Corte Superior, que o agente saia perdedor em ação civil pública por improbidade administrativa apenas com o dever de ressarcir os cofres públicos. Não e não. A cumulação com sanção prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92 é mandatória, não só porque assim já definiu esta Corte Superior como também porque essa é a *ratio* da Lei de Improbidade Administrativa (senão, não haveria sanção, apenas ressarcimento...).

(...)

(REsp 622.234/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 15/10/2009).

Não há como reconhecer a improbidade por dano ao Erário e determinar apenas o ressarcimento, pois isso implica ausência da penalização imposta por lei.

A repercussão do dano, o elemento subjetivo do agente e outras particularidades do caso concreto devem ser avaliados e ponderados pelo julgador ordinário na dosimetria das sanções, que, insisto, não são necessariamente cumulativas, conforme dispõe o art. 12 da LIA, *in verbis*:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

(...)

Parágrafo único. 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.

7. Conclusão

Diante do exposto, **dou provimento ao Recurso Especial para determinar que o Tribunal de origem comine a sanção que entender cabível, valendo-se de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eventual procedimento liquidatório, caso necessário, nos termos da fundamentação *supra*.

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0001511-0 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.227.849 / PR

Números Origem: 200570000219356 200770000060730

PAUTA: 06/09/2011

JULGADO: 06/09/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO
ADVOGADO : RENÊ ARIEL DOTTI E OUTRO(S)
INTERES. : ESTADO DO PARANÁ
INTERES. : UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ UFPR

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). JULIO BROTTTO, pela parte RECORRIDA: MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos, antecipadamente, o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Humberto Martins.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.227.849 - PR (2011/0001511-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
RECORRIDO : **MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO**
ADVOGADO : **RENÊ ARIEL DOTTI E OUTRO(S)**
INTERES. : **ESTADO DO PARANÁ**
INTERES. : **UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ UFPR**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: As ações civis públicas de improbidade administrativa foram ajuizadas em face de Miguel Zacharias Sobrinho em decorrência de suposta acumulação indevida de cargos, as quais deram ensejo aos REsp's 1.227.849/PR e 1.227.788/PR, ora julgados em conjunto, nos termos do artigo 153 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Os recursos especiais foram interpostos com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdãos proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que receberam ementas de idêntico teor, *in verbis*:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO DEMONSTRADA MÁ-FÉ NA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa em face de acumulação de cargos públicos vedada constitucionalmente (art. 37, XVI, CRFB/88), apontando subsunção da conduta do réu, MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO, às disposições dos arts. 9º, *caput*, art. 10, *caput*, 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, devendo ser aplicadas as penalidades do art. 12 da mesma lei.

2. Não há controvérsia entre as partes quanto ao exercício dos mencionados cargos.

3. São elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa o sujeito passivo, o sujeito ativo, o ato danoso e o elemento subjetivo (dolo ou culpa). As hipóteses de ato considerado improbo estão elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, sendo imprescindível a conduta dolosa na terceira hipótese e aplicável qualquer penalidade se demonstrada conduta culposa nas duas primeiras.

4. No que diz respeito aos arts. 9º e 10, no caso dos autos significa identificar que o exercício dos cargos acarretou pagamento por serviço não prestado, acarretando simultaneamente enriquecimento ilícito e dano ao erário, sendo pacífico que tal conduta prescinde de dolo. O conjunto probatório indica que houve a prestação dos serviços, devendo ser por ele remunerado, afastado o enriquecimento ilícito e, por decorrência, o dano ao erário. O MPF não se desincumbiu de afastar as demonstrações, inclusive testemunhais, indicadas pelo réu.

5. No que diz respeito ao art. 11, que trata da violação aos princípios da Administração, condenação do agente depende do resultado de seu ato e da conduta cometida. Ou seja, imprescindível configuração de conduta dolosa. A presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constituente o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentre da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. No caso dos autos, os atos tomados pelo réu no decorrer das contraturalidades demonstram o interesse em averiguar a legalidade do exercício dos cargos municipais, estatual e federal cumulativamente, exonerando-se conforme orientações.

6. Assim, não demonstrado dano ao erário ou enriquecimento ilícito, eis que não foram produzidas provas neste sentido, mas justamente ao contrário. Também comprovada a inexistência de má-fé por parte do servidor, ao contrário, todos os órgãos públicos envolvidos concluíram pela boa-fé do requerido, sendo que, oportunizada a possibilidade de opção, requereu tempestivamente as necessárias exonerações, efetivando a regularização de sua situação funcional (e-STJ fls. 1.061-1.062 dos autos REsp 1.227.849/PR; fls. 991-992 dos autos do REsp 1.227.788/PR).

Em ambos os recursos especiais – **REsp nº 1.227.849/PR e REsp 1.227.788/PR**, o Ministério Público Federal alega violação dos artigos 10, *caput*; 11, inciso I; 12, inciso II e III e 23, inciso I, todos da Lei nº 8.429/92. Sustenta, outrossim, haver dissídio jurisprudencial com julgados de outros tribunais. Em resumo, aduz:

a) não estar configurada a prescrição das infrações administrativas, pois o artigo 23 da LIA, que prevê o prazo quinquenal para o ajuizamento das ações decorrentes das penas previstas nessa lei, deve ser interpretado em conjunto com o disposto no § 5º do artigo 37 da Constituição da República. Assevera que, malgrado as penalidades decorrentes das condutas de enriquecimento ilícito e violação dos princípios da administração estejam sujeitas à regra do artigo 23 da LIA, a infração de dano ao erário é imprescritível (e-STJ fl. 1.078 dos autos REsp 1.227.849/PR; fl. 1.008 dos autos do REsp 1.227.788/PR);

b) ser irrelevante a **comprovação do enriquecimento ilícito, do dano ao erário e da prova de dolo** na conduta do agente para a comprovação da conduta descrita no 11 da Lei de Improbidade (e-STJ fls. 1.078-1.079, 1.081 e 1.084 dos autos REsp 1.227.849/PR; fls. 1.008-1.009 e 1.014 dos autos do REsp 1.227.788/PR);

c) **quanto ao dolo**, sustenta estar **devidamente demonstrada a má-fé do recorrido**, pois "ainda que o réu tenha pedido exoneração em um dos cargos (médico do quadro do Executivo do Estado do Paraná), no decorrer do processo disciplinar instaurado na Universidade Federal do Paraná, tal circunstância não afasta a responsabilidade do recorrido quanto ao acúmulo indevido das funções públicas", bem como em decorrência das "cargas horárias a que estaria sujeito, considerando o somatório dos cargos acumulados" (e-STJ fl. 1.082 dos autos REsp 1.227.849/PR; fl. 1.012 dos autos do REsp 1.227.788/PR);

d) **quanto ao dano ao erário**, afirma ser absolutamente irrelevante "que o responsável pelo ato não obtenha qualquer vantagem, pois o foco, aqui, **é o prejuízo advindo ao patrimônio público, direta ou indiretamente**" (e-STJ fl. 1.083 dos autos REsp 1.227.849/PR; fl. 1.013 dos autos do REsp 1.227.788/PR).

Recurso extraordinário (e-STJ fls. 1.085-1.097, REsp 1.227.849/PR; fls. 1.015-1.027, REsp 1.227.788/PR) inadmitido na origem (e-STJ fls. 1.166-1.168, REsp 1.227.849/PR; fls. 1.096-1.098, REsp 1.227.788/PR).

Admitidos os especiais (e-STJ fls. 1.164-1.165, REsp 1.227.849/PR; fls. 1.094-1.095, REsp 1.227.788/PR), subiram os autos.

Ao manifestar-se nos autos do REsp 1.227.849/PR, o Ministério Público, o parecer da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Flávio Giron, opinou pelo não provimento do recurso especial (e-STJ fls. 1.179-1.184).

Quanto ao REsp 1.227.788/PR, o *Parquet* Federal, na pessoa da douta Subprocuradora-Geral da República Dr^a. Maria Caetana Cintra Santos, opinou pelo provimento do apelo (e-STJ fls. 1.009-1.017).

O relator, Exmo. Min. Herman Benjamin, na sessão do dia 06/09/2011, deu provimento ao recurso especial, ocasião em que pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) prevê a responsabilização do agente público quando da prática de atos que importem:

- a) enriquecimento ilícito do gestor (art. 9º);
- b) prejuízo ao erário (art. 10) e
- c) lesão aos princípios da Administração Pública (art. 11).

As infrações tratadas nos arts. 9º e 10, da Lei nº 8.429/92, além de dependerem da comprovação de dolo ou culpa por parte do agente supostamente ímprobo, podem exigir, conforme as circunstâncias do caso, a prova de lesão ou prejuízo ao erário.

Com relação ao artigo 11 da Lei de Improbidade, esta Turma perfilhava o entendimento de que não seria necessário perquirir se o gestor público comportou-se com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário, tampouco a ocorrência de enriquecimento ilícito.

Entretanto, no julgamento do Recurso Especial 765.212/AC, relator o eminente Ministro Herman Benjamin, a orientação desta Turma foi alterada para considerar necessário achar-se presente na conduta do agente público ao menos o dolo *lato sensu* ou genérico para caracterizar a improbidade administrativa, como se pode ler na ementa do seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.

1. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido deduzido em Ação Civil Pública por entender que os réus, ao realizarem contratação de serviço de transporte sem licitação, praticaram atos de improbidade tratados no art. 10 da Lei 8.429/1992. No julgamento da Apelação, o Tribunal de origem afastou o dano ao Erário por ter havido a prestação do serviço e alterou a capitulação legal da conduta para o art. 11 da Lei 8.429/1992.

2. **Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o *dolo genérico* de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.**

3. **Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário.**

4. *In casu*, a conduta dolosa é patente, *in re ipsa*. A leitura do acórdão recorrido evidencia que os recorrentes participaram deliberadamente de contratação de serviço de transporte prestado ao ente municipal à margem do devido procedimento licitatório. O Tribunal *a quo* entendeu comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestadores de serviço contratados, tendo consignado que, em razão dos mesmos fatos, eles foram criminalmente condenados pela prática do ato doloso de fraude à licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, com decisão já transitada em julgado.

5. O acórdão bem aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade, porquanto a conduta ofende os princípios da moralidade administrativa, da legalidade e da impessoalidade, todos informadores da regra da obrigatoriedade da licitação para o fornecimento de bens e serviços à Administração.

10. Recurso Especial parcialmente provido para reduzir a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos e afastar a transmissão *mortis causa* da multa civil (REsp 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 04.05.11).

Na mesma esteira, são os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO – PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo *lato sensu* ou genérico. Precedente da Primeira Seção.

2. Não se sustenta a tese – já ultrapassada – no sentido de que as contratações sem concurso público não se caracterizam como atos de improbidade, previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, ainda que não causem dano ao erário.

3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/92 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.

3. Embargos de divergência providos (EResp. 654.721/MT, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe de 1ª.09.10);

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10). PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO (EResp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe de 27.09.10);

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO A PARTIR DE DOLO GENÉRICO. REVISÃO DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS. SÚMULA 7/STJ. PROCESSO-CRIME SEM IDENTIDADE SUBJETIVA QUE NÃO AFASTA PEREMPTORIAMENTE A CONDUTA ILÍCITA. AUSÊNCIA DE EFEITOS ADMINISTRATIVOS DA SENTENÇA PENAL. DOSIMETRIA DA PENA EXIGE, IN CASU, REVISÃO DE PROVAS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECISÃO COM AMPARO EM NORMA ESTADUAL. SÚMULA 280/STF. PRESCRIÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

1. A prestação de "declaração falsa inserida em documento público" (apresentação de nota de importação inexistente) caracteriza improbidade administrativa prevista no art. 11, I, da Lei 8.429/1992, por ter como efeito a liberação de arma de fogo de uso proibido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A jurisprudência do STJ dispensa o dolo específico para a configuração de improbidade por atentado aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.429/1992), considerando bastante o dolo genérico (EREsp. 654.721/MT, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 1.9.2010). Diante das premissas estabelecidas pelo Tribunal de origem, alargar a cognição sobre elementos subjetivos demanda revolvimento de matéria fática (Súmula 7/STJ).

.....

9. Agravo Regimental não provido (AgRg no Ag 1.331.116/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 16.03.11).

Como se vê, as condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

O Tribunal *a quo*, ao examinar minuciosamente as provas dos autos, foi muito claro ao consignar a **ausência de enriquecimento ilícito**, de **dano ao erário** e de **má-fé** na conduta do recorrido, consoante se verifica dos seguintes trechos do aresto impugnado:

Ausência de enriquecimento ilícito (art. 9º) e de Prejuízo ao erário (art. 10)

Não há controvérsia entre as partes quanto ao exercício dos mencionados cargos, sendo que a parte ré reconhece todos os vínculos apontados pelo MPF, sendo imperioso ressaltar que não houve acumulação de todas as atividades mencionadas a um só tempo, tendo em vista restar demonstrada exoneração de um cargo e anos depois nomeação para outro.

Feita esta consideração, cabe a análise da conduta do réu, forte na Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos quando demonstrado terem agido de forma contrária ao interesse da Administração no exercício de mandato, cargo, emprego ou função.

A atuação do administrador deve ser pautada pela legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme expressa determinação constitucional no art. 37, *caput*, cujo parágrafo 4º determina que os atos de improbidade importarão suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

São elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa o sujeito passivo, o sujeito ativo, o ato danoso e o elemento subjetivo (dolo ou culpa). As hipóteses de ato considerado improbo estão elencadas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade, indicados assim pelo autor, como tipos nos quais se enquadrou a conduta do agente:

'Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

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;

(...)'

Imprescindível, para a procedência da ação, a demonstração de enriquecimento ilícito, dano ao erário, e violação dos princípios que regem a administração. Aplicáveis, então, as penalidades indicadas no art. 12 da norma.

No que diz respeito aos arts. 9º e 10, no caso dos autos significa identificar que o exercício dos cargos acarretou pagamento por serviço não prestado, acarretando simultaneamente enriquecimento ilícito e dano ao erário, sendo pacífico que tal conduta prescinde de dolo.

Neste ponto, analisando minuciosamente o conjunto probatório dos autos, não merece retoques o entendimento prolatado pelo magistrado *a quo*, no sentido de que **"há que se ponderar que não houve comprovação quanto ao não cumprimento das atividades profissionais pertinentes, ao contrário, constam nos autos, às fls. 510/516 os seguintes documentos:**

Fl. 510 - Declaração da Secretaria de Estado da Segurança Pública, atestando que no período de 1984 a 2005, no desempenho do cargo de médico do quadro geral, não houve o registro de nenhuma falta do servidor ao serviço.

Fl. 511 - Declaração da Secretaria de Estado da Segurança Pública, atestando que no período de 1990 a 2005, no desempenho do cargo de médico legista, não houve o registro de nenhuma falta do servidor ao serviço.

Fl. 512 - Declaração emitida pela Universidade Federal do Paraná, atestando que no período de 1990 a 2005, no desempenho do cargo de docente de ensino superior, classe auxiliar nível III, pela CLT, não houve o registro de nenhuma falta do servidor ao serviço.

Fl. 513 - Declaração da Prefeitura Municipal de Almirante Tamandaré, atestando que no período de 1990 a 1997, no desempenho do cargo de médico, não houve nenhum ato que desabonasse a conduta do réu junto àquela municipalidade.

Fl. 514 - Declaração da Prefeitura Municipal de Campo Magro, atestando que no período de 1997 a 1999, no desempenho do cargo de médico, não houve nenhum ato que desabonasse a conduta do réu junto àquela municipalidade.

Fl. 515 - Declaração do Diretor do Instituto Médico Legal - IML/PR, atestando que desde a data de sua nomeação, em 1990 a 1997, o requerido exerce cargo de confiança da direção, cumprindo integralmente sua carga horária de trabalho, desempenhando com lisura e responsabilidade suas funções.

Fl. 516 - Declaração da Secretária Municipal da Saúde de São José dos Pinhais, atestando que nada consta no setor de RH da Secretaria Municipal de Saúde de São José dos Pinhais, referente a faltas ou quaisquer outros fatos que desabonem a conduta funcional de Miguel Zacharias Sobrinho, durante todo o período em que trabalhou naquela instituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também a prova testemunhal foi favorável ao autor. Vejamos:

*'Fl. 758 - Depoente Carlos Alberto Peixoto Baptista, brasileiro, casado, médico, portador do RG n.º 3070542-4/PR, domiciliado à Rua Emílio Cornelsen, n.º 179, ap. 34, bairro Ahú, Curitiba/PR. Aos costumes, nada disse. Advertida das penas do falso testemunho, prestou compromisso de lei, às perguntas do MM. Juiz Federal, a testemunha respondeu que: conhece o Dr Miguel a, aproximadamente, 30 (trinta) anos quando o depoente veio para o Brasil. Tem ciência de que o Dr Miguel era médico legista e professor da UFPR. **Sabia que o Dr Miguel trabalhava muito, com muitos plantões, inclusive nos finais de semana. Tem conhecimento de que o Dr Miguel gozava de excelente conceito diante de seus pares e da comunidade.** Reperguntas pelo advogado do réu: a carga horária dos professores no curso de Medicina da UFPR era de 20 ou de 40 horas, sendo que o depoente exercia a atividade de 20 horas, como o Dr Miguel, com 03 horas semanais em sala de aula e as demais horas acompanhando os alunos em atividades, preparação de aulas e necropsias. **O Dr Miguel cumpria sua carga horária corretamente.** O Dr Miguel nunca mencionou que estava acumulando cargos indevidamente. Sem Reperguntas pelo autor. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado. Nada mais havendo a ser registrado, pelo MM. Juiz Federal foi encerrado o presente termo, que segue devidamente assinado.*

*Fl. 759 - Depoente Celina Regina Chybior, brasileira, divorciada, médica, portadora do RG n.º 561715-4/PR, domiciliada à Rua Joaquim Américo Guimarães, 55, bairro Jardim Social, Curitiba/PR. Aos costumes, nada disse. Advertida das penas do falso testemunho, prestou compromisso de lei, às perguntas do MM. Juiz Federal, a testemunha respondeu que: conhece o Dr Miguel a aproximadamente 30 anos sabendo que ele exerceu as atividades de médico legista e de professor de Medicina na UFPR. **Não conhece nada que desabone a conduta do Dr Miguel salientando que ele sempre teve um excelente conceito entre os médicos e na sociedade. Sabe que o Dr Miguel trabalhava muito, atuando em diversos plantões, inclusive nos finais de semana. Tem ciência que, mesmo diante das várias atividades, exercia sua profissão com zelo e inclusive auxiliava seus colegas, como aconteceu muitas vezes com a própria depoente.** Reperguntas pelo advogado do réu: a depoente é médica do IML, desde 27/05/1975. Os médicos do IML atuam em 40 horas semanais, exercendo um dia de plantão diurno no IML e um dia de plantão noturno, sendo que nos finais de semana alternadamente exercem plantões. Salienta que esses plantões se referem ao atendimento ao público, no restante do período, primordialmente, elaboram laudos periciais. O plantão alertado noturno refere-se ao médico estar à disposição de qualquer chamado do IML durante a noite, não podendo se ausentar de Curitiba. Os médicos do IML normalmente se deslocam para o interior do Estado e realizam inúmeras atividades, dentre elas exumações. O Dr Miguel sempre cumpriu sua carga horária dentro do IML não sabendo a depoente de nenhuma queixa. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado. Nada mais havendo a ser registrado, pelo MM. Juiz Federal foi encerrado o presente termo, que segue devidamente assinado.*

Fl. 761 - Depoente Antonio Carlos Rohn, brasileiro, casado, médico, portador do RG n.º 1268363-4/PR, domiciliado à Rua Sesinando Chaves, n.º 73,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bairro Cajuru, Curitiba/PR. Aos costumes, nada disse. Advertida das penas do falso testemunho, prestou compromisso de lei, às perguntas do MM. Juiz Federal, a testemunha respondeu que: conhece do Dr Miguel a aproximadamente 15 anos, trabalhando junto na Prefeitura Municipal de São José dos Pinhais, o depoente também é médico. O depoente tinha ciência de que o Dr Miguel também trabalhava no IML e era professor. O horário dos médicos junto a Prefeitura era de 20 horas semanais, 04 horas por dia, sendo que existia um acordo entre os médicos de que aqueles que morassem mais longe poderiam trabalhar mais horas para compensar alguns dias, sempre com autorização da chefia. **Tem ciência de que o Dr Miguel sempre cumpriu seus horários rigorosamente, não existindo nenhuma queixa em contrário.** Em nenhum momento o Dr Miguel mencionou que estava exercendo vários cargos indevidamente. Reperguntas pelo advogado do réu: o Dr Miguel sempre gozou de excelente conceito entre os seus pares e diante da sociedade. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado. Nada mais havendo a ser registrado, pelo MM. Juiz Federal foi encerrado o presente termo, que segue devidamente assinado'

Com base em tais informações e dados probatórios, andou bem a sentença ao ressaltar que, *'ainda que inequívoca a acumulação de cargos, tem-se que houve, reconhecidamente, a prestação laboral, o que implica na ausência de lesão ao erário e na desnecessidade de devolução dos valores salariais recebidos pelo servidor, posto que, não restou caracterizado nenhum prejuízo financeiro à Administração Pública'*.

Desta forma, mesmo que reconhecida a conduta culposa, **inexistente enriquecimento ilícito e, conseqüentemente, não demonstrado dano ao erário, não há fundamento fático ou jurídico para a condenação por qualquer das condutas dos arts. 9º e 10 da Lei de Improbidade (e-STJ fls. 1.051-1.054 dos autos REsp 1.227.849/PR);**

Inexistência de dolo na conduta do agente (falta de comprovação da má-fé - art. 11)

No que diz respeito ao art. 11, que trata da violação aos princípios da Administração, condenação do agente depende do resultado de seu ato e da conduta cometida. Ou seja, imprescindível configuração de conduta dolosa. A presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentre da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

Quanto à violação dos princípios administrativos (art. 11), é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

.....
.....

Imprescindível a demonstração da má-fé, então, mantenho a sentença também neste ponto, eis que os atos tomados pelo réu no decorrer das contratualidades demonstram o interesse em averiguar a legalidade do exercício dos cargos municipais, estatual e federal cumulativamente. Descreve a sentença:

'Para corroborar essa afirmação, aduz que formulou, no ano de 1994, em conjunto com outros profissionais, consulta à Procuradoria-Geral do Estado do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paraná, indagando se poderia acumular o cargo de médico legista com o cargo de médico do quadro próprio do Poder Executivo do Estado do Paraná, bem como, impetrou mandado de segurança (fls. 286/294 dos autos de nº 2005.70.00.021935-6), no ano de 2001, a fim de que fosse dirimida a questão relativa a acumulação entre entidades distintas da federação.

De fato, restou demonstrado nos autos que o autor efetivou as referidas medidas, sendo que a Procuradoria-Geral do Estado emitiu resposta com o seguinte teor (fls. 456/458): "Conclusão: Não existe obstáculo legal que impeça os servidores, classificados no último concurso realizado, que já ocupam cargos públicos privativos de médico, assim, como o citado médico legista aposentado, de virem a ocupar os cargos de médico legista em questão.

Comprovou o réu, ainda, que tão logo foi publicada pelo E. STJ a decisão pertinente ao mandado de segurança em que se discutia a possibilidade de acumulação de cargos de distintas entidades da federação, imediatamente pediu licença sem vencimentos de seu cargo no município de São José dos Pinhais, vindo a pedir exoneração tanto desse cargo quanto do cargo de médico do quadro próprio do Poder Executivo do Estado do Paraná, em 2005.

Em princípio, portanto, não há como se configurar a alegada má-fé do servidor, a qual fundamenta o pedido do MPF. Sendo de se registrar que, tanto no processo administrativo disciplinar instaurado na esfera estadual, quanto no processo instaurado pela UFPR, concluiu-se pela boa-fé do mesmo.

No processo administrativo disciplinar instaurado na esfera estadual, o Governador do Estado decidiu (fls. 697/698), em 22/02/2006, que:

'(...) 2. O Processo Disciplinar teve origem após a denúncia sobre a acumulação dos cargos feita por Francisco Miguel Roberto Moraes Silva. Diante disso, foi designada uma Comissão Processante através da Resolução nº 86/2004 - PGE, para apurar as irregularidades. A Comissão Processante colheu informações dos respectivos empregadores, bem como de todos os servidores que supostamente vinham acumulando cargos e dos denunciantes.

3. Após apurar os fatos, a Comissão concluiu que, embora haja acúmulo de cargos, ficou caracterizada a boa-fé dos servidores, demonstrada através de seus atos. Assim, opinou no sentido de que deveria ser dado aos servidores o direito de optar por dois cargos públicos de médico, nos termos dos seguintes dispositivos: art. 37, XVI, "c", da Constituição Federal, art. 27, XVI, da Constituição Estadual e art. 273, caput, da Lei nº 6.174/70.

4. Sendo assim, ACATO e adoto as orientações prestadas pela Coordenadoria Técnico Jurídica da Casa Civil, em seu Parecer nº 01/2006-CTJ/CC, entendendo que a Lei é clara no sentido de conferir ao servidor o direito de optar por um ou dois dentre os cargos acumulados irregularmente, incorporando-as a esta decisão como razões de julgar por seus próprios e jurídicos fundamentos.

5. Desta forma, DETERMINO aplicação do disposto no art. 273, caput, da Lei nº 6.174/70, observado o que diz o art. 27, XVI, da Constituição Estadual e art. 37, XVI, 'c', da Constituição Federal caso ainda subsista alguma acumulação ilegal. (...)'.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, foi a decisão proferida, pelo Pró-Reitor de Recursos Humanos e Assuntos Estudantis, no processo administrativo disciplinar instaurado na UFPR, em 04/03/2006, cujo relatório final (fl. 710 dos autos de nº 2005.70.00.021935-6) tem o seguinte teor:

RELATÓRIO

Esta Pró-Reitoria legalmente instaurou a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar Sumário, a fim de apurar os fatos relatados no presente processo.

Foi designada a Comissão, formada pelos servidores Eleusis Ronconi de Nazareno e Teresinha da Silva Rosa, conforme Portaria nº 1709/PRHAE, de 15 de setembro de 2005.

Em 02 de fevereiro de 2006 foi emitido relatório conclusivo de fls. 147/148, o qual sugere o Arquivamento do feito por não haver ilícito administrativo por parte do servidor Miguel Zacharias Sobrinho, **devido à presunção legal de boa-fé, conforme parágrafo 5º do artigo 133, da Lei 8.112/90.**

Foi encaminhado em 10/02/2006 à Procuradoria Federal na UFPR, para análise dos aspectos formais, a qual, em 30/03/2006, através da informação nº 007.12/2006-PF, acatou na íntegra ao relatório.

DECISÃO

Diante do exposto, acato na íntegra a sugestão da r. comissão processante como também o parecer da douta Procuradoria Federal na UFPR, decidindo pelo arquivamento do feito junto ao DAP/SAM'.

Com efeito, após a devida apuração nos pertinentes processos administrativos disciplinares, **restou assentada a boa-fé do servidor, bem como, assegurado o exercício do direito de opção, sendo que, este buscou efetivar as necessárias exonerações, a fim de adequar-se ao limite de cargos fixados em lei.**

No que toca a alegada proibição de participar de diretoria, gerência, administração, Conselho Técnico ou Administrativo de empresa ou sociedade comercial ou industrial, baseada no art. 285 da Lei nº 6.174/70 - inaplicável o Estatuto da Polícia Civil, como bem argumentado pela parte ré em sua defesa (fls. 414/416) -, deve-se salientar que a vedação refere-se ao caso da empresa ser contratante ou concessionária de serviço público estadual ou fornecedora de equipamento ou material de qualquer natureza ou espécie, a qualquer órgão estadual. **Dessa forma, não tendo sido comprovada nos autos a ocorrência de nenhuma dessas hipóteses quanto as empresas de que o réu participou, não merece prosperar a tese da parte autora quanto a este tópico, mantendo-se incólume a presunção de boa-fé do réu'.**

Não demonstrado dano ao erário ou enriquecimento ilícito, eis que não foram produzidas provas neste sentido, mas justamente ao contrário. Também comprovada a inexistência de má-fé por parte do servidor, ao contrário, todos os órgãos públicos envolvidos concluíram pela boa-fé do requerido, sendo que, oportunizada a possibilidade de opção, requereu tempestivamente as necessárias exonerações, efetivando a regularização de sua situação funcional.

Assim, atualmente, ocupa dois cargos públicos, um de professor da UFPR e outro de médico legista do IML, em conformidade com a legislação de regência, como reconhecido pelo próprio MPF à fl. 713. Não vislumbro fundamento fático ou jurídico para modificação do entendimento prolatado pelo MM Juízo de primeiro grau, e mantenho a sentença (e-STJ fls. 1.055-1.059 dos autos REsp 1.227.849/PR).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dos fragmentos ora reproduzidos, conclui-se pela inexistência de elementos fáticos mínimos aptos a ensejar a tipificação da conduta do recorrido nos tipos previstos nos artigos 9º, 10 e 11, da LIA, **já que o acórdão impugnado foi categórico ao afastar a má-fé do recorrido, bem como o enriquecimento ilícito e o alegado dano ao erário** (Quanto ao enriquecimento ilícito, é bom ressaltar que o recorrente nem sequer indicou o art. 9º da Lei nº 8.429/92 como violado nas razões do recurso especial).

Ora, para alterar o entendimento consignado no aresto regional, seria imprescindível revolver o contexto fático-probatório, providência vedada nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse mesmo sentido, com as devidas ressalvas, ambas as Turmas de Direito Público já se pronunciaram sobre o tema:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, INCISO VIII, DA LEI N. 8.429/1992. ELEMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DO TIPO. AUSÊNCIA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DESTA CORTE.

- **Revelando o acórdão recorrido a ausência de dolo, má-fé ou culpa e de "perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres" do ente público, não está caracterizado o ato de improbidade descrito no art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/1992, sendo inviável, em recurso especial, o reexame dos fatos e das provas**, conforme dispõe o enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

- O não conhecimento do recurso especial implica a prejudicialidade do recurso adesivo. Recurso especial não conhecido e recurso adesivo prejudicado (REsp 1.230.361/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe de 06.09.11);

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. CONTRATO. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. ELEMENTO SUBJETIVO. INDENIZAÇÃO. ART. 59 DA LEI 8.666/1993. BOA-FÉ NÃO CONSTATADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SÚMULA 7/STJ.

.....
.....
6. Os argumentos relacionados ao elemento subjetivo não prosperam, tendo em vista que a jurisprudência do STJ está consolidada no sentido de que o art. 10 da Lei 8.429/1992 admite a modalidade culposa e o art. 11 da Lei 8.429/1992 dispensa a comprovação de intenção específica de violar princípios administrativos, sendo suficiente o dolo genérico.

7. Consoante orientação do STJ, a indenização prevista no art. 59 da Lei 8.666/1993 está condicionada à demonstração de inequívoca boa-fé. **In casu, o Tribunal a quo enfatizou que não havia situação emergencial e que os réus tentaram camuflar a ilegalidade da contratação por intermédio de licitação posterior.**

8. Nesse contexto, a alteração do acórdão recorrido demanda reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, diante do óbice da Súmula 7/STJ.

9. Com referência à sanção, anoto que a Corte local observou o patamar legal e asseverou expressamente a proporcionalidade e razoabilidade a par das peculiaridades do caso concreto. Assim, também nesse ponto incide o óbice da Súmula 7/STJ.

10. Agravo Regimental não provido (AgRg no Ag 1376614/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19.09.11);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA DE DANO AO ERÁRIO. DOLO NAS CONDUTAS ÍMPROBAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO PRETORIANO. MERA TRANSCRIÇÃO DE EMENTAS.

1. Os recursos especiais foram interpostos nos autos de ação de improbidade administrativa movidas pelo Parquet Estadual, por fraude a procedimento licitatório.

2. O Tribunal *a quo* manteve a condenação proferida pelo juízo singular, que imputou aos ora recorrentes a prática da conduta descrita no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, em virtude da frustração da licitude de procedimento licitatório, com direcionamento de determinado fornecedor, gerando lesão ao erário.

3. Não foram prequestionados os artigos 19 da Lei nº 8.429/92 e 331, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, malgrado os recorrentes tenham aviado embargos de declaração, o que impõe a aplicação do impedimento contido na Súmula 211/STJ.

4. Não há como infirmar, sem revolver os fatos e provas dos autos, as premissas consignadas no aresto atacado de que inexistiu o alegado cerceamento de defesa, porquanto não haviam mais provas a serem produzidas, diante da inércia dos recorrentes em apresentar o rol de testemunhas no momento oportuno. Incidência do óbice da Súmula 7/STJ.

5. A mera transcrição de ementas, sem o necessário cotejo analítico entre os julgados confrontados, é insuficiente para comprovar a divergência. Inobservância dos arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ.

6. O acórdão recorrido foi categórico ao consignar a presença de danos patrimoniais ao erário e de dolo da conduta dos agentes. Contrariar essa assertiva esbarraria no impedimento da Súmula 7 desta Corte.

7. Recursos especiais não conhecidos (REsp 938.536/RO, deste relator, Segunda Turma, DJe de 1º. 09.11);

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, E 11, II DA LEI 8.429/92. RECEBIMENTO DA INICIAL E DETERMINAÇÃO DE PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. **PRETENSÃO DE INVERSÃO DESSA CONCLUSÃO. AUSÊNCIA DE DOLO. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. PRECEDENTES DA 1A. SEÇÃO DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE OMISSÃO SOBRE O TEOR DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, QUE NÃO ESTÁ EM DISCUSSÃO. EMBARGOS REJEITADOS.**

.....

2. Na ação de improbidade administrativa, somente deve ser rejeitada a inicial quando ficar caracterizada, sem sombra de dúvida, que a ela é temerária, ante a absoluta inexistência de indícios da prática de ato improprio.

3. Afirmado, assim, pelo Tribunal a quo, a existência de prova de atos de improbidade administrativa, a revisão dessa conclusão, tal como pretendido pelos Embargantes, como restou sobejamente afirmado nas decisões anteriores, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Inviável apreciar os fundamentos da sentença condenatória, porque isso significaria usurpar a competência do Tribunal de Justiça, pois a sua conclusão deve ser impugnada por meio dos recursos processuais adequados, sendo prematura qualquer consideração a respeito de seus termos.

5. Embargos de Declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp 1117325/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 15.09.11);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/92. PRETENSÃO DE QUE A CORTE DE ORIGEM REJULGUE OS FATOS ENQUADRADOS NO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, AO FUNDAMENTO DE QUE O REJULGAMENTO DO QUE PERTINCE AO ART. 10 DA REFERIDA LEI FORÇA NOVA ANÁLISE DE TODOS OS FATOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo), o mesmo não ocorrendo com o tipo previsto no art. 11 da mesma lei (atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), que se prende ao volitivo do agente (critério subjetivo).

2. Na Lei n. 8.429/92, o prejuízo ao erário e o dolo não são interdependentes, podendo aquele, inclusive, ocorrer por culpa do administrador ímprobo.

3. A pretensão recursal de ver caracterizada a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/92 passa, necessariamente, pela análise da existência do dolo, e não enseja a verificação do efetivo dano, o que faz incidir, na espécie, o entendimento da Súmula n. 7 do STJ, uma vez que é necessário o reexame fático-probatório para o fim de revisar o entendimento da Corte de origem, que consignou a existência do dolo no agir dos réus.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1177579/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 19.08.11).

Ademais, esta Corte não vem admitindo a configuração da conduta descrita no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 com base em dano meramente presumido, com base na "lógica do razoável", consoante se preconiza no voto do nobre relator. Em outras palavras, o prejuízo ao erário deve estar devidamente comprovado, não sendo possível aferi-lo com base em meras conjecturas, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, como se pode constatar nestes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO INDIRETA DE SERVIDOR VINCULADO À CONTRATANTE. ART. 9º, III E § 3º, DA LEI 8665/93. FALTA SUPRIDA ANTES DA FASE DE HABILITAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: **(a)** importem em enriquecimento ilícito (**art. 9º**); **(b)** causem prejuízo ao erário público (**art. 10**); **(c)** atentem contra os princípios da Administração Pública (**art. 11**) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. 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 coadjuvado pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: **REsp 805.080/SP**, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; **REsp 939142/RJ**, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; **REsp 678.115/RS**, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; **REsp 285.305/DF**, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e **REsp 714.935/PR**, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006.

5. In casu, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público, assentado no voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*: "*consoante se infere da perícia levada a efeito, os serviços contratados foram efetiva e satisfatoriamente prestados, não tendo sido registrado qualquer prejuízo ou perda financeira e/ou contábil causado à Administração e, ao revés, reconhecida pelo Tribunal de Contas do Estado a regularidade da licitação (fls. 857/861). Na verdade, não restou demonstrado no curso do processo a prática de ato ilícito dos réus que constituísse lesão ao erário público e possibilitasse a indenização pelos prejuízos suportados*" (**fl. 1458**), revela *error in iudicando* a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo.

6. Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

7. Outrossim, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto. Precedentes: **Resp 1149427/SC**, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 09/09/2010; e **REsp 734984/SP**, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/06/2008.

8. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pelo teor da Súmula 07/STJ.

.....

11. Deveras, em sede de ação de improbidade administrativa da qual exsurgem severas sanções o dolo não se presume. Precedentes do STJ: **AgRg no Ag 1324212/MG**, SEGUNDA TURMA, DJe 13/10/2010; e **REsp 1140315/SP**, SEGUNDA TURMA, DJe 19/08/2010.

12. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido (**REsp 939.118/SP**, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 1º.03.11);

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO-COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INADEQUAÇÃO DE ANÁLISE EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LEI 8.429/92). ELEMENTO SUBJETIVO. MODALIDADE CULPOSA. ATIPICIDADE CONFIGURADA. LESÃO AO ERÁRIO (ART. 10 DA LEI 8.429/92). REQUISITO ESSENCIAL PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA. DANO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRESUMIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSOS ESPECIAIS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSAS PARTES, PROVIDOS.

6. Na hipótese dos autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra os Recorrentes e Outros, com fundamento nos arts. 37, § 4º, da Constituição Federal, 1º, IV, da Lei 7.347/85, 10 e 11 da Lei 8.429/92, em face de irregularidades no pagamento de valores relacionados à prestação de serviços de coleta e transporte de resíduos. O objeto central da referida ação civil pública por ato de improbidade, conforme consignado no acórdão recorrido, é o "pagamento excessivo feito pela Prefeitura à CBPO pelos serviços de coleta e transporte de resíduos das Administrações Regionais de Itaquera, de São Mateus e de São Miguel Paulista - nos montantes correspondentes a 18, 12 e 34 mil toneladas, respectivamente - valor que acabou sendo devolvido mas apenas em decorrência de procedimento administrativo instaurado e, ainda assim, sem a devida correção monetária" (fl. 2.358).

7. **A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva** em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA).

8. No exame do caso concreto, há manifesto equívoco do Tribunal de origem na qualificação da conduta dos réus da ação civil de improbidade administrativa, pois a "indesculpável ligeireza", "ausência de zelo", "incúria", "erro crasso" e, até mesmo a "culpa", expressamente reconhecidos nas instâncias ordinárias, não configuram o ato de improbidade administrativa por violação de princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, o qual exige a presença de dolo. Assim, apesar das inúmeras hipóteses traçadas nos julgados impugnados, em nenhum momento foi demonstrado no que consistiria a conduta dolosa que caracterizaria o ato de improbidade administrativa.

9. **O ato de improbidade previsto no art. 10 da LIA exige para a sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário, sob pena da não-tipificação do ato impugnado.** A Corte *a quo* afirmou que a incidência de correção monetária não estava prevista no contrato, bem como houve expresso reconhecimento de que os valores cobrados em excesso foram devolvidos na sequência do cumprimento contratual, ainda que na forma de "volume de resíduos recolhidos". Por outro lado, também não pode ser desconsiderado que a irregularidade que originou a ação civil de improbidade administrativa ocorreu no final do ano de 1995 e a referida compensação nos primeiros meses do ano de 1996, ainda no período de implantação do Plano Real, em que índices de correção sofriam notória limitação no tocante a sua periodicidade. Ademais, não houve nenhuma afirmação em relação à efetiva existência de diferenças entre os valores restituídos e realmente devidos após a mencionada compensação, o que somente seria verificado em sede de "liquidação por arbitramento". **A lesão ao erário, como requisito elementar do ato de improbidade administrativo previsto no art. 10 da Lei 8.429/92, não pode ser meramente presumida.**

10. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessas partes, providos, a fim de julgar improcedentes os pedidos da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa (REsp 805.080/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

06.08.09).

Some-se a isso o fato de que o recorrido, ao tempo em que provocado, exerceu incontinentemente o direito de opção previsto no artigo 133, § 5º, da Lei nº 8.112/90, conforme devidamente consignado no aresto impugnado, circunstância que afasta a má-fé do servidor, consoante expressa dicção do texto legal:

Art. 133. **Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos**, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, **para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias**, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:(Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) (...)

§ 5º **A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé**, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Da redação do dispositivo, verifica-se claramente que a opção realizada pelo servidor até o último dia do prazo para a defesa "**configurará sua boa-fé**", sendo vedado ao intérprete da norma estabelecer outras condições para reconhecer a boa intenção do agente público.

Oportuno reproduzir excerto do voto condutor exarado nos autos do MS nº 7.127/DF, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro Felix Fischer, em que o Superior Tribunal de Justiça há muito reconhece a presunção de boa-fé do servidor que exercer, tempestivamente, o direito de opção previsto no § 5º do artigo 133 da Lei nº 8.112/90:

O impetrante tece sua argumentação apenas com base no § 6º do art. 133, aduzindo que há dois pressupostos para a aplicação da pena de demissão: a acumulação ilegal de cargos e a má-fé do servidor.

Pois bem, mas o § 5º estabelece que, para o servidor demonstrar a sua boa-fé, deve exercer o seu direito de opção por um dos cargos, o que será considerado como pedido de exoneração em relação ao outro.

Tal dispositivo significa que, se a acumulação é ilegal, o servidor deve fazer a sua opção (que é um direito), para sanar tal ilegalidade. Não se trata de presumir a má-fé do servidor. **Trata-se apenas de considerar de boa-fé aquele que, tomando ciência da ilegalidade em sua situação funcional, exerceu o direito de permanecer no serviço público, optando por um dos cargos. Mas, se o servidor não quiser fazê-lo, aí significa que está compactuando com a ilegalidade, ou seja, insiste na permanência da acumulação ilícita dos cargos públicos, e por isso a lei o considera de má-fé.**

Procura-se, com isso, apenas garantir ao servidor que lhe seja proporcionado o direito de opção, para que possa escolher um dos cargos. Se, mesmo assim, não quiser fazê-la, caracterizada fica a má-fé, porque aí estará objetivamente demonstrada a sua intenção de acumular os cargos.

Diante disso, não há como reconhecer a ilegalidade apontada pelo impetrante, porque a ele foi proporcionada a chance de opção por dois dos três cargos de médico que exercia. Mas ele não quis exercer tal prerrogativa, razão pela qual restou caracterizada sua má-fé na acumulação e, conseqüentemente, imposta a pena de demissão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo exposto, denego a segurança.
É o voto. (DJU de 27.11.00).

Na mesma toada, são os ulteriores precedentes sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. PROFESSOR. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE APOSENTADORIA. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. DEVER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA Nº 473/STF. COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. DESNECESSIDADE.

1. Não há falar em nulidade do processo administrativo, por inobservância das regras do devido processo legal, se o impetrante teve ciência não apenas da instauração do processo, mas de todos os demais atos, tendo inclusive apresentado defesa assinada por advogado.

2. "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (Súmula nº 473/STF)

3. **'Não há necessidade de se comprovar má-fé do servidor na acumulação ilegal dos cargos, se a ele é dada oportunidade para exercer o direito de opção por dois dos três cargos e empregos exercidos, e deixa de fazê-lo.'** (MS nº 7.127/DF, Relator o Ministro FELIX FISCHER, DJU de 27/11/2000)

4. Mandado de segurança denegado (MS 12.084/DF, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, DJe de 13.06.11);

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. ANÁLISE DO DIREITO LOCAL. COMPETÊNCIA DO STJ EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO. LEI N.º 8.112/90. APLICAÇÃO ANALÓGICA IN CASU. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS. DIREITO DE OPÇÃO INOBSERVADO. ILEGALIDADE.

1. O recurso integrativo não se presta ao reexame de matéria já exaustivamente analisada e decidida, conforme jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem competência para, em sede de recurso ordinário, examinar o direito local, não incidindo, na espécie, o comando da súmula n.º 280 do Supremo Tribunal Federal.

3. Não obstante a Lei n.º 8.112/90 se dirija aos servidores públicos federais e não estaduais, sobretudo por cuidar-se de direito constitucionalmente garantido aos servidores, e diante da inexistência de norma na legislação estadual nesse sentido, nada impede sua aplicação senão subsidiária, ao menos, analógica ao caso sub examine, razão pela qual não se vislumbra qualquer violação ao princípio da autonomia. Precedente do STJ.

4. Ademais, compulsando o teor da Legislação Estadual, Lei n.º 1.762/86, verifica-se que, conquanto não tenha sido estabelecido o procedimento a ser adotado nos processos de acumulação de cargos, **daí a aplicação subsidiária ou mesmo analógica da Lei Federal, restou expressamente prevista na lei local a necessidade de oportunizar ao servidor a opção por um dos cargos, constatada a boa-fé – como na hipótese vertente.**

5. Embargos rejeitados (EDcl no RMS 18.203/AM, Rel. Min. Laurita Vaz, DJU de 13.02.06);

ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DECRETO. CRIAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO DE AÇÕES. POSSIBILIDADE. FUNCIONÁRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE TRÊS CARGOS PRIVATIVOS DE MÉDICO. IMPOSSIBILIDADE. PRAZO. OPÇÃO. INÉRCIA DO SERVIDOR. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Consoante abalizada doutrina, a formação de sociedades de economia mista pode se dar pela desapropriação de ações de sociedade privada (art. 236, parágrafo único, Lei nº 6.404/76), quando, então, prescinde de lei stricto sensu.

2. Desapropriadas as ações do Hospital Cristo Redentor S/A em 1975, passando a companhia a integrar o Ministério da Previdência e Assistência Social, não há como dar azo ao argumento do impetrante de que, quando da sua contratação, em 1986, ocasião em que já ocupava cargos no INSS e na Prefeitura Municipal de Porto Alegre, aquele possuía natureza particular, não podendo o vínculo ser contado para fins da vedação constitucional à acumulação de cargos públicos.

3. **Oportunizada ao servidor, pela autarquia, prazo para que fizesse sua opção, em regular processo administrativo, de molde a enquadrar-se no permissivo constitucional e aquele, não se manifestando, resta caracterizada a má-fé, de molde a justificar a pena de demissão.**

4. Segurança denegada (MS 7.128/DF, 3.^a Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU de 04.02.02).

Também, nessa linha, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, *in verbis*:

Servidor público em situação de acumulação ilícita de cargos ou empregos **pode se valer da oportunidade prevista no art. 133, § 5º, da Lei 8.112/1990 para apresentar proposta de solução, comprovando o desfazimento dos vínculos, de forma a se enquadrar nas hipóteses de cumulação lícita.**

Contudo, o art. 133, § 5º, da Lei 8.112/1990 não autoriza que o servidor prolongue indefinidamente a situação ilegal, esperando se valer do dispositivo legal para caracterizar, **como sendo de boa-fé**, a proposta de solução apresentada com atraso. No caso em exame, os empregadores do impetrante, quando consultados a respeito do desfazimento dos vínculos – fato que tinha sido informado pelo próprio impetrante ao Instituto Nacional do Seguro Social –, informaram que estes não haviam sido desfeitos, tendo um deles sido inclusive renovado. Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS 26.929, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 19.10.10, DJe de 11.11.10);

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONCEITO. CONCEITOS JURÍDICOS. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. NÃO-EXERCÍCIO DO DIREITO DE OPÇÃO NO PRAZO LEGAL. MÁ-FÉ CONFIGURADA. 1. Para efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição são sociedades de economia mista aquelas --- anônimas ou não --- sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido "criadas por lei".

2. Configura-se a má-fé do servidor que acumula cargos públicos de forma ilegal quando, embora devidamente notificado para optar por um dos cargos, não o faz, consubstanciando, sua omissão, disposição de persistir na prática do ilícito. 3. Recurso a que se nega provimento (RMS 24.249, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 14.09.04, DJU de 03.06.05).

Não destoia do raciocínio, o entendimento do Tribunal de Contas da União que, mesmo após reconhecer a ilegalidade da acumulação de cargos, determinou ao órgão contratante que adotasse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o procedimento previsto no artigo 133 da Lei 8.112/90, de maneira a possibilitar que o servidor pudesse exercer o direito de opção referente aos cargos que acumulava, admitindo, assim, o afastamento da má-fé na referida acumulação, consoante se verifica do seguinte trecho do julgado:

Trata-se do exame quatorze admissões realizadas pelo Ministério da Saúde.

A Unidade Técnica propugna a legalidade dos atos e o respectivo registro.

O Ministério Público, cujo parecer transcrevo, discorda do encaminhamento em relação a dois atos.

De acordo com informações do sistema Rais (relação anual de informações sociais), ano base 2010, Vanessa França Bastos, ao ser admitida, em 12/8/2010, no cargo de médico do Ministério da Saúde, no regime de vinte horas semanais, já mantinha três outros vínculos de médico com as seguintes empresas: Facility Saúde Ltda., no regime de vinte e quatro horas semanais; Meier Medical Center S/C Ltda., no regime de vinte e quatro horas semanais; e Unidade Neonatal Lagoa Ltda., no regime de doze horas semanais.

A proposta de ilegalidade do ato de Vanessa França Bastos está fundada na incompatibilidade de horário para o regular exercício do cargo para o qual foi admitida.

.....

No caso, como visto, a jornada de trabalho de Vanessa França Bastos é de oitenta horas semanais e a de Vinícius Ayupe Mota, de oitenta e três horas semanais, este ainda acumulando mais de dois cargos públicos.

Julgo, portanto, ambas as admissões ilegais.

O órgão de origem deverá *incontinenti* adotar as providências preconizadas no art. 133 da Lei 8.112/1990, no sentido de possibilitar aos interessados apresentarem opção, com vistas à compatibilizar o horário de trabalho e o exercício cumulado de apenas dois cargos públicos, bem como proceder à restrição da jornada a sessenta horas semanais.

Acolho, pois, o parecer do Ministério Público e VOTO no sentido de que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto à deliberação desta Primeira Câmara (Acórdão AC-2551-13/11-1, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 26/4/2011).

Mauro Roberto Gomes de Mattos, na mesma orientação, consigna que o direito de opção exercido no prazo legal retira o elemento subjetivo das infrações descritas na Lei de Improbidade Administrativa:

Tentando evitar o rito sumário, antes dele se iniciar, o presente artigo confere ao servidor público o direito dele optar, no prazo de 10 (dez) dias, entre uma das situações acumuladas ilicitamente. Se não optar pela situação que melhor lhe aprouver, no prazo acima estipulado, será instaurado o processo administrativo disciplinar, que observara o rito sumário.

Nesse sentido, a fim de se evitar que o servidor público seja demitido, o § 5º, do art. 133, em comento, permite uma nova oportunidade para que ele opte por uma das situações jurídicas acumuladas ilicitamente, até o último dia do prazo para a apresentação da defesa escrita, sendo o processo disciplinar arquivado por perda de objeto.

Ao optar, na forma da lei, por um dos vínculos públicos, o servidor público descaracteriza a ilicitude de sua acumulação de cargos, operando-se efeitos retroativos ao seu ato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque, a tempestiva opção do servidor público é um direito, que possui o objetivo de sanar a ilicitude no acúmulo irregular de vínculos públicos, quando o mesmo toma ciência oficial de que está em situação irregular.

Apesar da regra legal ser a da inacumulabilidade de cargos, com a exceção constitucional para as situações ali disciplinadas, o legislador infraconstitucional estabeleceu no direito de opção, manifestação de vontade, de boa-fé, do servidor público, que ao ser cientificado oficialmente de que pratica uma ilegalidade, concorda em saná-la, escolhendo um dos cargos e, assim, manifestando a sua vontade de não cumular mais ilicitamente.

O direito de opção feito tempestivamente, na forma da lei, retira o elemento subjetivo dos tipos descritos na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), - arts. 9º, 10 e 11 -, que para se configurarem exigem a prática de um ato de má-fé (doloso) por parte do agente público.

Por outro lado, caracterizada a acumulação irregular de cargos/empregos e provada a má-fé ou o dolo do servidor público, por não ter optado, no prazo estatuído pela lei, ele será demitido ou terá a sua aposentadoria ou disponibilidade cassada, podendo responder a um dos tipos descritos na Lei de Improbidade Administrativa.

O processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário terá que ser concluído em até 30 (trinta) dias, sem que com isto se retire do servidor público o seu sagrado direito de defesa e também do contraditório (Lei nº 8.112/90 Interpretada e Comentada, 4 ed. rev. atual. ampl., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008, pág. 954).

Além disso, nos estreitos limites do recurso especial, não se mostra possível infirmar as premissas fáticas consignadas no acórdão recorrido de que o servidor efetivamente exerceu seu direito de opção, bem como sobre a compatibilidade de horários dos cargos públicos acumulados, segundo a linha dos julgados do Pretório Excelso: RE 646.228/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 22.08.11; AgRg no RE 565.917/GO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 10.11.10; AgRg AI 733.152/SP, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 17.04.09.

Quanto à prescrição, o recorrente sustenta a imprescritibilidade da conduta de dano ao erário aduzindo ofensa ao artigo 23, inciso I, da Lei nº 8.429/92. No ponto, assevera que esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o disposto no § 5º do artigo 37 da Constituição da República (e-STJ fl. 1.078 dos autos REsp 1.227.849/PR; fl. 1.008 dos autos do REsp 1.227.788/PR).

A arguição não procede, com a devida vênia.

Primeiro, por ter-se tornado prejudicado o exame da prescrição, tendo em vista o reconhecimento da atipicidade da conduta do recorrido no aresto atacado.

Segundo, porque o Tribunal *a quo* não solucionou a controvérsia com base no inciso I do artigo 23 da LIA, que regulamenta prescrição quinquenal das condutas praticadas por detentor de cargo eletivo, de cargo em comissão ou de função de confiança, mas com fundamento no inciso II do referido dispositivo, que cuida da hipótese dos ocupantes de cargo ou emprego público, e 142 da Lei nº 8.112/90. Portanto, a deficiência de fundamentação do recurso especial, no particular, impõe a aplicação da Súmula 284/STF.

Terceiro, porque o recorrente limitou-se a sustentar a imprescritibilidade da conduta de dano ao erário, não fazendo qualquer referência às demais infrações da Lei de Improbidade, sendo vedado a esta Corte, sob pena de julgamento *extra petita*, examinar os respectivos prazos prescricionais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **rogando vênias ao eminente Relator, não conheço do recurso especial.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0001511-0 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.227.849 / PR

Números Origem: 200570000219356 200770000060730

PAUTA: 22/11/2011

JULGADO: 22/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : MIGUEL ZACHARIAS SOBRINHO
ADVOGADO : RENÊ ARIEL DOTTI E OUTRO(S)
INTERES. : ESTADO DO PARANÁ
INTERES. : UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ UFPR

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, divergindo do Sr. Ministro-Relator, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Humberto Martins.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Ausente, ocasionalmente, nesta assentada o Sr. Ministro Herman Benjamin.