



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO.

1. A responsabilização do agente público pela prática de ato ímprobo em decorrência da violação dos princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, exige a presença do elemento subjetivo caracterizado pelo dolo genérico.

2. No caso dos autos, Independentemente do prisma objetivo, ou seja, se os atos praticados violaram ou não os princípios da administração pública, sob o ponto de vista do elemento subjetivo da conduta não há que se falar em dolo, ainda que genérico, por parte dos recorridos.

Recurso especial improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, assim acordaram os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando a Sra. Ministra-Relatora, dando provimento ao recurso e as retificações de votos dos Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Humberto Martins, a Turma,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por maioria, **negou provimento ao recurso**, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão."

Vencidos os Srs. Ministros Eliana Calmon e Mauro Campbell Marques. "Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin.

Brasília (DF), 27 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator p/Acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : MARCELO PELEGRINI BARBOSA E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINITRA ELIANA CALMON: - Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do art. 105, III da Constituição Federal, contra acórdão do TJSP assim ementado (fl. 792):

Ação Civil Publica - Improbidade Administrativa - Defesa de Prefeito em Ação Popular e Ação Civil Publica efetuada por profissional comissionada à Prefeitura - Possibilidade - Incompatibilidade afastada - Ausência de prejuízo ao erário - Apelo provido

Foram opostos embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados (fl. 824/827).

O recurso especial está embasado em suposto dissídio jurisprudencial e na alegada violação dos artigos 4º, 5º, 9º e 11, da Lei 8.492/92. Argumenta-se, em suma, que os recorridos praticaram ato de improbidade administrativa, razão pela qual pede o provimento do recurso *para o fim de ser reformado o v. Acórdão de fls. 732/744, fazendo prevalecer a r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido* (fl. 874).

Decorrido o prazo para oferecimento de contrarrazões (fl. 928), inadmitido o recurso especial na origem, subiram os autos por força de agravo de instrumento provido.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo provimento do recurso (fl. 971/975).

Eis, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : MARCELO PELEGRINI BARBOSA E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON(Relatora): - A controvérsia submetida a exame tem origem em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Antônio Dirceu Dalben, então prefeito de Sumaré-SP, e diversos advogados, na qual imputou-se aos réus a prática de ato de improbidade administrativa, consistente na promoção da defesa pessoal do prefeito pelos advogados contratados pela Administração Pública Municipal nos autos de Ação Popular.

A sentença julgou parcialmente procedente os pedidos para:

a) condenar o reu ANTONIO DIRCEU DALBEN, por ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo nono, inciso IV, da Lei nr. 8.429/92, ao ressarcimento integral do dano, com espeque no artigo 12, inciso I, da Lei nr. 8.429/92, consistente no proveito econômico decorrente da utilização do procurador municipal para o exercício de sua defesa pessoal, a ser apurado em fase de liquidação de sentença, com piso na tabela oficial da OAB, e revertido em favor da Municipalidade, consoante o artigo 18 da Lei supracitada;

b) condenar o reu ANTONIO DIRCEU DALVEN, por ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo nono, inciso IV, da Lei nr. 8.429/92, com espeque no artigo 12, inciso I, da Lei nr. 8.429/92, a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 08 (oito) anos, pagamento de multa civil de 01 (uma) vez o valor da remuneração por ele percebida no cargo de PREFEITO MUNICIPAL a época dos fatos (o que sera apurado em fase de liquidação) e proibição de contratar com o Poder Publico ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos;

c) condenar a ré GRAZIELLY CARINE DINIZ, por ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11, da Lei nr. 8.429/92, com espeque no artigo 12, inciso III, da Lei nr. 8.429/92, a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos, pagamento de multa civil de 01 (uma) vez o valor da remuneração por ela percebida no cargo de PROCURADORA MUNICIPAL à época dos fatos (o que sera apurado em fase de liquidação) e proibição de contratar com o Poder Publico ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 03 (três) anos;

d) Absolver os reus EDUARDO FOFFANO NETO, JOSE HUMBERTO ZANOTTI e IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento às apelações de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Antônio Dirceu Dalben e Grazielly Carine Diniz, julgando improcedente a Ação Civil Pública, em suma, por considerar que a utilização de advogada comissionada do Município na defesa pessoal do prefeito em Ação Popular e Ação Civil Pública não constitui ato de improbidade administrativa, concluindo o julgador, ser o caso de *mais um mau exemplo de Administrador que nomeia pessoas para determinados cargos e, em consequência, estes ficam obrigados, ao menos moralmente, devido à nomeação, a prestar serviços àquele que os nomeou* (fl. 797).

Já tive oportunidade de me pronunciar em caso assemelhado ao dos autos, no julgamento do AgRg no REsp 681571/GO, e concluo que há de ser dado o mesmo tratamento no presente caso.

É fato incontroverso nos autos que o prefeito de Sumaré/SP utilizou serviços profissionais de advogada que ocupava cargo em comissão na prefeitura do Município, para promover defesa de seus interesses particulares em ação popular e em ação civil pública nas quais o prefeito foi acusado de conduta lesiva ao ente público.

Em suma, apurou-se que a advogada ré, servidora pública comissionada do Município, atuou em defesa dos interesses particulares do Prefeito, que lhe nomeou para o referido cargo.

A ação civil por ato de improbidade é ação política que atinge as autoridades em razão do exercício de cargo público, sendo público alvo de acusações justas ou injustas, sérias ou não, graves ou não. É certo, porém, que derivam elas da atuação de um agente político. Quando tal agente pratica atos como autoridade deve ser defendido, em princípio, pelo corpo de advogados, que desenvolvem a defesa do órgão.

Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou a advogado(s) contratado(s) às suas custas, se inexistente corpo funcional próprio.

Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político e até mesmo voltado contra o órgão público, tal qual se dá na espécie, não se pode admitir que a defesa seja custeada pelo Estado.

Nessa linha, confirmam-se:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADOS DE SEGURANÇA EM FAVOR DE AGENTE PÚBLICO. PAGAMENTO COM VERBAS DA MUNICIPALIDADE. ALEGADO INTERESSE PÚBLICO NAS CONTROVÉRSIAS. AUSÊNCIA DE PRÉVIA LICITAÇÃO. IMPROBIDADE CONFIGURADA.

1. Encontra-se sedimentada a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior no sentido de que "quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado" (AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU 29.6.2006).

2. Muito embora não se trate, no caso concreto, de oferecimento de defesa em ação civil pública - e sim de impetração de mandados de segurança - a lógica é a mesma, porque em ambas as hipóteses existe subversão do dinheiro público (ou pelo menos da legalidade) em proveito particular. O acórdão asseverou que as verbas usadas para quitar os honorários advocatícios foram verbas da municipalidade.

3. Não há que se falar, ainda, em incidência da Súmula n. 7 desta Corte Superior, pois esta instância superior apenas fez valorar os fatos pormenorizadamente narrados no acórdão combatido, a fim de concluir se se trata ou não de improbidade no caso concreto.

4. Por fim, a existência de dolo é evidente, uma vez que houve contratação de advogado privado (pelo agravante) subsidiada com dinheiro público, ao qual tinha acesso em razão da função que ocupava.

5. O acórdão da origem deixa claro que houve assinatura de contrato de prestação de serviços advocatícios entre a parte agravante (o advogado) e o Prefeito do Município interessado a fim de que fossem promovidos em juízo mandados de segurança de interesse particular do referido agente público. O dolo, portanto, é evidente, plenamente aferível logo a princípio pela própria assinatura do referido contrato de prestação de serviços com cláusula de honorários.

6. De mais a mais, para fins de enquadramento no art. 10 da Lei n.

8.429/92, basta a configuração da culpa, que, no caso, cuja caracterização não encontra qualquer dificuldade, em razão do necessário cuidado que todos os agentes públicos devem dispensar no trato do erário.

7. Frise-se, ainda a este título, que a contratação deveria ter sido precedida de licitação, regra basilar de Direito Administrativo, cujo desconhecimento nenhum administrador pode alegar, notadamente em face de seu status constitucional.

8. Daí porque não cabe falar em ausência de prejuízo ao erário pela efetiva prestação dos serviços contratados. Em primeiro lugar, se houvesse licitação, os serviços poderiam ter sido prestados a preço inferior. Além disso, e em segundo lugar, a lesão existe na medida em que foi gasto dinheiro público para financiamento de ações de interesse privado.

9. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 777.337/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 18/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA DEFESA PESSOAL DE PREFEITO POR ATO DE IMPROBIDADE. EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. SÚMULA 07.

1. As despesas com a contratação de advogado para a defesa de ato pessoal perpetrado por agente político em face da Administração Pública não denota interesse do Estado e, a fortiori, deve correr às expensas do agente público, sob pena de configurar ato imoral e arbitrário, exegese que não nega vigência aos artigos 22 e 23 da Lei 8.906/94.

2. A 2ª Turma desta Corte, no julgamento de leading case versando hipótese análoga, decidiu: "PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.

2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.

3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.

4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.

5. Recurso especial improvido." (AgRg no REsp 681571/GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.06.2006) 3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, objetivando o ressarcimento ao erário municipal dos prejuízos advindos do pagamento, pela municipalidade, de honorários a advogado contratado para a defesa pessoal de Prefeito Municipal, processado por crime de responsabilidade (art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei nº 201/67).

4. A simples indicação do dispositivo tido por violado (art. 47 do CPC), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo." 5. Ad argumentandum tantum, ainda que transposto o óbice da Súmula 211/STJ, melhor sorte não socorre o recorrente no que pertine à aventada à necessidade de citação do Município, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, notadamente porque o acórdão local afastou o interesse da Municipalidade, sob a alegação de inexistência de qualquer "fagulha de interesse do Município em suportar a defesa de seus representantes em ação que visa a imposição de pena por menoscabo à prática de atos que lhe são inerentes pela condição de Prefeito (prestação de contas), e que visam a preservação da transparência na Administração", o que evidentemente denota incursão em matéria de índole fática, interdita em sede de recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. Entrementes, ainda que ultrapassado o óbice erigido pela Súmula 211/STJ, o recurso não revela plausibilidade no que pertine à condenação imposta ao contratado, ora recorrente, de forma solidária, de devolução dos valores percebidos a títulos de honorários advocatícios, ante a anulação do contrato firmado para a prestação de serviços advocatícios, notadamente porque eventual desproporcionalidade na imposição da sanção, decorrente da efetiva prestação de serviços, reclama incursão em aspectos fáticos, insindicaíveis em sede de recurso especial (Súmula 07/STJ).

7. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar, a questão atinente à efetiva prestação dos serviços advocatícios não foi objeto de análise na instância local, conforme noticia o recorrente na razões recursais, verbis: "(...)Oportuno lembrar que não se discutiu, por ser fato reconhecido, inclusive pelo Parquet de 1º e 2º grau, o trabalho de advogado efetivado com louvor pelo causídico em defesa do também recorrente, Romário Vieira da Rocha, quando o mesmo era, agente público, no exercício do munus público (Prefeito quinquênio 1993 a 1996) da cidade de Corumbáiba-GO.(...)" (f. 344)

8. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e recurso especial não conhecido quanto à alegada ofensa aos arts. 22 e 23 da Lei 8.906/94, nos termos da fundamentação expendida, mantendo incólume o acórdão de fls. 532/543.

(EDcl no REsp 703.953/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 12/05/2008)

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de parcial procedência do pedido.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0236605-7 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.169.192 / SP

Números Origem: 11522001 200901040096 4666385

PAUTA: 02/09/2010

JULGADO: 02/09/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : MARCELO PELEGRINI BARBOSA E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MARCELO PELEGRINI BARBOSA, pela parte RECORRIDA: ANTÔNIO DIRCEU DALBEN

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 da Sra. Ministra Eliana Calmon, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 02 de setembro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO**
PROCURADOR : **MARCELO PELEGRINI BARBOSA E OUTRO(S)**
INTERES. : **JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI**
INTERES. : **IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA**
INTERES. : **EDUARDO FOFFANO NETO**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. ADVOGADO COMISSIONADO DE PREFEITURA. UTILIZAÇÃO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA E EM AÇÃO POPULAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRECEDENTES.

1. "As despesas com a contratação de advogado para a defesa de ato pessoal perpetrado por agente político em face da Administração Pública não denota interesse do Estado e, a fortiori, deve correr às expensas do agente público, sob pena de configurar ato imoral e arbitrário, exegese que não nega vigência aos artigos 22 e 23, da Lei 8.906/94" (EDcl no REsp 703.953/GO, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 12.05.08).

2. Narra-se nos autos que o prefeito de Sumaré/SP utilizou serviços profissionais de advogada que ocupava cargo em comissão na prefeitura do Município para promover defesa de seus interesses particulares em ação popular e em ação civil pública, por meio das quais foi acusado de conduta lesiva ao Erário.

3. Como se trata da defesa de um ato pessoal do agente político, e até mesmo voltado contra os interesses da própria entidade que representa, é inadmissível que os serviços sejam custeados pelo Estado.

4. Recurso especial provido, acompanhando a Relatora.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas "a" e "c" do inciso III do art. 105 da CF/88 e interposto pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra acórdão que deu provimento ao apelo dos ora recorridos por entender que a defesa de prefeito em ação popular e ação civil pública efetuada por profissional comissionado da Prefeitura não configura ato de improbidade administrativa.

A eminente Relatora Ministra Eliana Calmon deu provimento ao recurso.

Pedi vista para melhor examinar a matéria e cheguei à mesma conclusão.

A controvérsia teve origem em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Antônio Dirceu Dalben, então prefeito de Sumaré-SP, e diversos advogados, por meio da qual se imputou aos réus a prática de ato de improbidade administrativa, consistente na promoção da defesa pessoal do prefeito por advogados contratados pela Administração Pública municipal nos autos de ação popular.

Diferentemente do que assentou a Corte estadual, a jurisprudência do Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça registra precedentes que reconheceram configurada improbidade administrativa na contratação por prefeito de advogado privado, às expensas do erário, com o escopo de defender-se no âmbito de anterior ação civil pública ou ação popular. Nesse sentido, confirmam-se:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO. PRECEDENTES.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui diversos precedentes que, no âmbito de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público, reconheceram configurada improbidade administrativa na contratação por prefeito de advogado privado, às expensas do erário, com o escopo de defender-se no âmbito de anterior ação civil pública.

2. "Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário" (AgREsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 29.06.06).

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 798.100/RO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 09.11.09)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DE DEVERES DE MORALIDADE JURÍDICA E LEALDADE ÀS INSTITUIÇÕES. CONSULTORIA JURÍDICA E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL SIMULTÂNEA DO MUNICÍPIO E DOS SERVIDORES. CONFLITO DE INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO. DANO *IN RE IPSA* AO PATRIMÔNIO PÚBLICO INCORPÓREO.

1. Considerando que o Município contratou advogado exclusivamente para defender interesses da Administração, caracteriza ato de improbidade administrativa a autorização do Prefeito aos seus subalternos, permitindo-lhes a utilização dos serviços jurídicos do causídico para duvidosa finalidade pública - defesa em relação à acusação penal e com denúncia recebida por prática de crime de falsificação de documento público, dispensa irregular de licitação, contratação e designação irregular de servidores, desvio e emprego ilegal de verbas públicas e formação de quadrilha -, evidenciando forte indício de conflito de interesses público e privado.

2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado" (AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2006).

3. Mais grave ainda a violação dos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé objetiva quando a defesa de atos pessoais, tidos por criminosos, dos servidores é disfarçada como serviços "gratuitos" do advogado contratado às expensas do contribuinte.

4. O simples fato de a conduta do agente não ocasionar dano ou prejuízo ao Erário não significa que seja impassível de reprimenda, nos termos dos arts. 11, caput, e 12, III, da Lei 8.429/92, pois "a lesividade decorre da ilegalidade. Está ela *in re ipsa*. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento normativo. A ele é dada competência apenas para que atinja boa prestação de serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente, no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. Dispensável a existência de lesão" (STF: RE 567460). Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial provido tão-somente para anular o acórdão de origem, determinando-se nova apreciação do recurso de apelação do Ministério Público local,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observadas as diretrizes de hermenêutica do art. 11, caput, da Lei 8.429/1992. (REsp 490.259/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 04.02.11)

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.

2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.

3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.

4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.

5. Recurso especial improvido. (AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 29.06.06)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA IMPETRAÇÃO DE MANDADOS DE SEGURANÇA EM FAVOR DE AGENTE PÚBLICO. PAGAMENTO COM VERBAS DA MUNICIPALIDADE. ALEGADO INTERESSE PÚBLICO NAS CONTROVÉRSIAS. AUSÊNCIA DE PRÉVIA LICITAÇÃO. IMPROBIDADE CONFIGURADA.

1. **Encontra-se sedimentada a orientação jurisprudencial deste Tribunal Superior no sentido de que "quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado" (AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU 29.6.2006).**

2. Muito embora não se trate, no caso concreto, de oferecimento de defesa em ação civil pública - e sim de impetração de mandados de segurança - a lógica é a mesma, porque em ambas as hipóteses existe subversão do dinheiro público (ou pelo menos da legalidade) em proveito particular. O acórdão asseverou que as verbas usadas para quitar os honorários advocatícios foram verbas da municipalidade.

3. Não há que se falar, ainda, em incidência da Súmula n. 7 desta Corte Superior, pois esta instância superior apenas fez valorar os fatos pormenorizadamente narrados no acórdão combatido, a fim de concluir se se trata ou não de improbidade no caso concreto.

4. Por fim, a existência de dolo é evidente, uma vez que houve contratação de advogado privado (pelo agravante) subsidiada com dinheiro público, ao qual tinha acesso em razão da função que ocupava.

5. O acórdão da origem deixa claro que houve assinatura de contrato de prestação de serviços advocatícios entre a parte agravante (o advogado) e o Prefeito do Município interessado a fim de que fossem promovidos em juízo mandados de segurança de interesse particular do referido agente público. O dolo, portanto, é evidente, plenamente aferível logo a princípio pela própria assinatura do referido contrato de prestação de serviços com cláusula de honorários.

6. De mais a mais, para fins de enquadramento no art. 10 da Lei n. 8.429/92, basta a configuração da culpa, que, no caso, cuja caracterização não encontra qualquer



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dificuldade, em razão do necessário cuidado que todos os agentes públicos devem dispensar no trato do erário.

7. Frise-se, ainda a este título, que a contratação deveria ter sido precedida de licitação, regra basilar de Direito Administrativo, cujo desconhecimento nenhum administrador pode alegar, notadamente em face de seu status constitucional.

8. Daí porque não cabe falar em ausência de prejuízo ao erário pela efetiva prestação dos serviços contratados. Em primeiro lugar, se houvesse licitação, os serviços poderiam ter sido prestados a preço inferior. Além disso, e em segundo lugar, a lesão existe na medida em que foi gasto dinheiro público para financiamento de ações de interesse privado.

9. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 777.337/RS, Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, DJe 18.02.10)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PARA DEFESA PESSOAL DE PREFEITO POR ATO DE IMPROBIDADE. EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. SÚMULA 07.

1. As despesas com a contratação de advogado para a defesa de ato pessoal perpetrado por agente político em face da Administração Pública não denota interesse do Estado e, a fortiori, deve correr às expensas do agente público, sob pena de configurar ato imoral e arbitrário, exegese que não nega vigência aos artigos 22 e 23 da Lei 8.906/94.

2. A 2ª Turma desta Corte, no julgamento de leading case versando hipótese análoga, decidiu: "PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO - CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO ESPECIAL - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO PRIVADO PARA DEFESA DE PREFEITO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE.

1. Merece ser conhecido o recurso especial, se devidamente configurado o dissídio jurisprudencial alegado pelo recorrente.

2. Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas.

3. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas com a contratação de advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se em ato imoral e arbitrário.

4. Agravo regimental parcialmente provido, para conhecer em parte do recurso especial.

5. Recurso especial improvido." (AgRg no REsp 681.571/GO, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.06.2006)

3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, objetivando o ressarcimento ao erário municipal dos prejuízos advindos do pagamento, pela municipalidade, de honorários a advogado contratado para a defesa pessoal de Prefeito Municipal, processado por crime de responsabilidade (art. 1º, inciso VI, do Decreto-Lei nº 201/67).

4. A simples indicação do dispositivo tido por violado (art. 47 do CPC), sem referência com o disposto no acórdão confrontado, obsta o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ: "Inadmissível recurso especial quanto à questão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo."

5. *Ad argumentandum tantum*, ainda que transposto o óbice da Súmula 211/STJ, melhor sorte não socorre o recorrente no que pertine à aventada à necessidade de citação do Município, na qualidade de litisconsorte passivo necessário, notadamente porque o acórdão local afastou o interesse da Municipalidade, sob a alegação de inexistência de qualquer "fagulha de interesse do Município em suportar a defesa de seus representantes em ação que visa a imposição de pena por menoscabo à prática de atos que lhe são inerentes pela condição de Prefeito (prestação de contas), e que visam a preservação da transparência na Administração", o que evidentemente denota incursão em matéria de índole fática, interdita em sede de recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. Entrementes, ainda que ultrapassado o óbice erigido pela Súmula 211/STJ, o recurso não revela plausibilidade no que pertine à condenação imposta ao contratado, ora recorrente, de forma solidária, de devolução dos valores percebidos a títulos de honorários advocatícios, ante a anulação do contrato firmado para a prestação de serviços advocatícios, notadamente porque eventual desproporcionalidade na imposição da sanção, decorrente da efetiva prestação de serviços, reclama incursão em aspectos fáticos, insindicações em sede de recurso especial (Súmula 07/STJ).

7. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar, a questão atinente à efetiva prestação dos serviços advocatícios não foi objeto de análise na instância local, conforme notícia o recorrente na razões recursais, verbis: "(...) Oportuno lembrar que não se discutiu, por ser fato reconhecido, inclusive pelo Parquet de 1º e 2º grau, o trabalho de advogado efetivado com louvor pelo causídico em defesa do também recorrente, Romário Vieira da Rocha, quando o mesmo era, agente público, no exercício do munus público (Prefeito quinquênio 1993 a 1996) da cidade de Corumbá-MS..." (f. 344) 8. Embargos de declaração acolhidos para sanar o erro material e recurso especial não conhecido quanto à alegada ofensa aos arts. 22 e 23 da Lei 8.906/94, nos termos da fundamentação expendida, mantendo incólume o acórdão de fls. 532/543. (EDcl no REsp 703.953/MS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 12.05.08)

Narra-se nos autos que o prefeito de Sumaré/SP utilizou serviços profissionais de advogada que ocupava cargo em comissão na prefeitura do Município para promover defesa de seus interesses particulares em ação popular e em ação civil pública, por meio das quais foi acusado de conduta lesiva ao Erário.

Como se trata da defesa de um ato pessoal do agente político, e até mesmo voltado contra os interesses da própria entidade que representa, é inadmissível que os serviços sejam custeados pelo Estado.

Assim, deve ser reformado o aresto recorrido.

Ante o exposto, **acompanho a Relatora para dar provimento ao recurso especial.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0236605-7 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.169.192 / SP

Números Origem: 11522001 200901040096 4666385

PAUTA: 05/04/2011

JULGADO: 05/04/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : MARCELO PELEGRINI BARBOSA E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

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

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando a Sra. Ministra-Relatora, dando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Humberto Martins."

Aguardam os Srs. Ministros Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DEFESA DE ATO ADMINISTRATIVO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO PELA PROCURADORIA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. VOTO-VISTA DIVERGENTE DA RELATORIA.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Estadual com a finalidade de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação dos recorridos.

A Ação Civil Pública busca a condenação do então Prefeito da cidade de Sumaré, por ter utilizado dos serviços de advogados comissionados do Município para defendê-lo em Ação Popular e Ação Civil Pública.

A Ministra Eliana Calmon, Relatora do processo, julgou no sentido de dar provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de São Paulo, pois "*é fato incontroverso nos autos que o prefeito de Sumaré/SP utilizou serviços profissionais de advogado que ocupava cargo em comissão na prefeitura do Município, para promover defesa de seus interesses particulares em ação popular e em ação civil pública nas quais o prefeito foi acusado de conduta lesiva ao ente público*", para concluir que "*quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político e até mesmo voltado contra o órgão público, tal qual se dá na espécie, não se pode admitir que a defesa seja custeada pelo Estado.*" E cita a Ministra Relatora o julgado no REsp 681.571/GO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em voto-vista, o Ministro Castro Meira acompanha a Ministra Relatora Eliana Calmon, com a observação de que *"é fato incontroverso nos autos que o prefeito de Sumaré/SP utilizou serviços profissionais de advogada que ocupava cargo em comissão na prefeitura do Município para promover defesa das quais foi acusado de conduta lesiva ao Erário. Como se trata da defesa de um ato pessoal do agente público, e até mesmo voltado contra interesses da própria entidade que representa, é inadmissível que os serviços sejam custeados pelo Estado."*

Pedi vista dos autos, para análise acurada do processo.

De início, observo que não é fato incontroverso no processo que o ato defendido pelos advogados do Município é **ato pessoal**, de interesse da pessoa física, em oposição à figura pública do Prefeito.

A ação defendida pelos advogados do Município tem nítido caráter público, seja a Ação Popular, seja a Ação Civil Pública. Somente por sua natureza já é possível adiantar que não é tão incontroverso a natureza jurídica do ato realizado pelo prefeito e defendido pelos causídicos municipais.

A leitura feita do caso, com a devida vênia, deve ser sob a perspectiva de que os procuradores estavam defendendo o ato administrativo impugnado pelo cidadão, na Ação Popular, e pelo Ministério Público, na Ação Civil Pública, ato desempenhado inegavelmente no exercício de seu mandato público de Prefeito, e não na defesa de seus interesses pessoais.

Percebe-se, pela rápida leitura da petição inicial, que o objeto da Ação Popular proposta pelo cidadão Alberto Aparecido Belan, em face do então Prefeito, é a de que este *"estaria utilizando-se da publicidade governamental ... para realizar a sua promoção pessoal"* (fl. 6). É de se ressaltar que a própria Municipalidade foi incluída no pólo passivo da Ação Popular e, pelo que se depreende dos autos, o Município defendeu o ato administrativo impugnado.

O mesmo fato foi objeto da Ação Civil Pública promovida pelo MP/SP, ou seja, praticamente uma cópia da Ação Popular, em que se contesta a alegada despesa indevida de verbas públicas para propaganda pessoal do Prefeito. (fl. 7).

Apenas para melhor ilustrar, a Ação Popular (e a Ação Civil Pública) contestam a publicidade feita por "faixas" espalhadas pela cidade de Sumaré, com os dizeres *"Boa Sorte! Aos nossos atletas nos jogos Regionais de Mocóca. Prefeitura de Sumaré"* (fl. 45), em outro cartaz diz *"O Prefeito Dirceu Dalben Deseja Boa Sorte aos Atletas Sumarenenses do Derla nos jogos Regionais em Mocóca"*. (fl. 42)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência da Segunda Turma é clara ao afirmar que, *"se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas"*. (AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 6.6.2006, DJ 29.6.2006, p. 176).

A questão é saber se o **ato do então Prefeito** pode ser considerado **"pessoal"** ou se deve ser considerado como a defesa de um ato administrativo questionado em juízo por cidadão (na Ação Popular) e pelo Ministério Público (na Ação Civil Pública).

Verifico que o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, firmou a premissa de que *"a defesa do ato administrativo também é do interesse do ente de direito público. Não estão em campos opostos a Autoridade Administrativa e o Município. Este último tem que necessariamente lutar para que o ato seja tido como legítimo."* (fl. 798)

Em outro dizer, o TJ/SP fixou a premissa fática, com base nas provas dos autos, que o ato do prefeito não foi considerado como ato pessoal, mas sim de *"interesse do ente de direito público"*. Somente por este argumento, já se denota o insucesso do recurso especial do MP/SP pois acarreta, inegavelmente, a revisão do conjunto fático probatório, o que é vedado nesta Corte Superior, em razão da Súmula 7/STJ.

A situação exige interpretação restrita. Não se pode abarcar como "ímprobo" o ato de se utilizar do serviço de advocacia da municipalidade para defender ato que é próprio da administração pública. Caso contrário, no exercício do mandato político, o Chefe do Poder Executivo estará sujeito a contratar diversos advogados para defendê-lo em ações dessa natureza, o que por certo não é uma situação razoável.

Com efeito, foge do razoável imaginar que para toda Ação Popular sofrida pelo Chefe do Poder Executivo ele tenha de contratar um advogado particular para defendê-lo, situação que tornaria, por certo, inviável a candidatura de qualquer cidadão minimamente perspicaz.

In casu, como já ressaltado, a atuação dos procuradores municipais foi legítima, tendo em vista a hialina presença de interesse público secundário na defesa da legalidade do ato administrativo impugnado.

Em situação diversa, mas, valendo-se da mesma linha de raciocínio, esta Corte Superior reconheceu inexistir óbice a que a defesa em processo-crime de responsabilidade se realize por advogado da Administração:

"Recurso Especial. Direito Penal e Processual Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo-crime originário. Prefeito. Contratação de advogado sem licitação.

Utilização de advogado da Administração para defesa própria em processo-crime. Atipicidade reconhecida pelo Tribunal 'a quo'. Teses da acusação. Ausência de singularidade do serviço. Matéria fático-probatória. Súmula nº 7. Uso de serviço público em proveito próprio. Inexistência.

A tese jurídica de ausência de notória especialização do advogado contratado e de singularidade do serviço reclama a reapreciação do substrato fático-probatório, vedada pelo enunciado da Súmula nº 07 do STJ.

O conduta do agente político que consubstancia ilícito penal de responsabilidade é ato administrativo. Sendo assim, em princípio, há interesse público bastante na sua defesa, razão pela qual inexiste óbice que a defesa em processo-crime de responsabilidade se realize por advogado da Administração. Denota-se, pois, a atipicidade da conduta de utilizar-se de advogado contratado pela Administração para realização de defesa própria em processo-crime.

Recurso especial conhecido parcialmente, e nesta extensão, improvido."(Grifei)

(REsp 558.890/MG, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 31.8.2005, DJ 30.4.2007.)

"PENAL. PREFEITO MUNICIPAL. DEFESA EM CRIME FUNCIONAL. USO DE PROCURADORES MUNICIPAIS. ATIPICIDADE PENAL.

- A REALIZAÇÃO DE DEFESA POR PROCURADOR DO MUNICÍPIO EM PROCESSO NO QUAL O PREFEITO E ACUSADO DE CRIME FUNCIONAL NÃO CONSTITUI "PRIMA FACIE" USO INDEVIDO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, NÃO CONFIGURANDO O CRIME PREVISTO NO ART. 1., II, DO DECRETO-LEI NUM. 201, DE 1967, FACE AS PECULIARIDADES DO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE ADVOGADO E A MAGNITUDE DO DIREITO DE DEFESA.

- RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 1.199.42/RS, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 1º.12.1997, DJ 27.4.1998.)

Assim, tenho que o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deve ser mantido, pois o ato imputado ao então Prefeito e aos advogados do Município de Sumaré/SP não é de improbidade administrativa, nos termos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência firmada pela Segunda Turma do STJ, em especial no julgamento do REsp 681.571/GO, da Relatoria da Ministra Eliana Calmon, acima referido.

Ante o exposto, e com a devida vênia, divergindo da Eminente Relatora Ministra Eliana Calmon, nego provimento ao Recurso Especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0236605-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.169.192 / SP**

Números Origem: 11522001 200901040096 4666385

PAUTA: 24/05/2011

JULGADO: 24/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

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

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Martins, divergindo da Sra. Ministra-Relatora, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguarda o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão que reformou a sentença e afastou a condenação dos réus, ora recorridos, pela prática de improbidade administrativa. Eis a ementa (fl. 792, e-STJ):

Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. Defesa de Prefeito em Ação Popular e Ação Civil Pública efetuada por profissional comissionada à Prefeitura. Possibilidade. Incompatibilidade afastada. Ausência de prejuízo ao erário. Apelo provido.

O recorrente suscita divergência jurisprudencial e violação dos arts. 3º, 5º, 9º, 11, 12 e 21 da Lei 8.429/1992. Alega, em síntese, que "a defesa feita por advogada ocupante do cargo comissionado de advogada do Município em benefício do Prefeito da mesma cidade, em ações em que havia interesse conflitante entre o ente público e o ocupante do Poder executivo, configura ato que ofende flagrantemente os princípios constitucionais do direito administrativo, sobretudo o da moralidade" (fl. 862, e-STJ).

A Min. Relatora Eliana Calmon votou pelo provimento do Recurso Especial, asseverando:

Já tive oportunidade de me pronunciar em caso assemelhado ao dos autos, no julgamento do AgRg no REsp 681571/GO, e concluo que há de ser dado o mesmo tratamento no presente caso.

É fato incontroverso nos autos que o prefeito de Sumaré/SP utilizou serviços profissionais de advogada que ocupava cargo em comissão na prefeitura do Município, para promover defesa de seus interesses particulares em ação popular e em ação civil pública nas quais o prefeito foi acusado de conduta lesiva ao ente público.

Em suma, apurou-se que a advogada ré, servidora pública



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comissionada do Município, atuou em defesa dos interesses particulares do Prefeito, que lhe nomeou para o referido cargo.

A ação civil por ato de improbidade é ação política que atinge as autoridades em razão do exercício de cargo público, sendo público alvo de acusações justas ou injustas, sérias ou não, graves ou não. É certo, porém, que derivam elas da atuação de um agente político. Quando tal agente pratica atos como autoridade deve ser defendido, em princípio, pelo corpo de advogados, que desenvolvem a defesa do órgão.

Se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou a advogado(s) contratado(s) às suas custas, se inexistente corpo funcional próprio.

Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político e até mesmo voltado contra o órgão público, tal qual se dá na espécie, não se pode admitir que a defesa seja custeada pelo Estado.

O Min. Castro Meira apresentou inicialmente voto-vista acompanhando a Relatora. Posteriormente retificou seu voto para seguir a divergência.

O Min. Humberto Martins inaugurou divergência e votou pelo desprovimento do apelo, tendo consignado:

A leitura feita do caso, com a devida vênia, deve ser sob a perspectiva de que os procuradores estavam defendendo o ato administrativo impugnado pelo cidadão, na Ação Popular, e pelo Ministério Público, na Ação Civil Pública, ato desempenhado inegavelmente no exercício de seu mandato público de Prefeito, e não na defesa de seus interesses pessoais.

Percebe-se, pela rápida leitura da petição inicial, que o objeto da Ação Popular proposta pelo cidadão Alberto Aparecido Belan, em face do então Prefeito, é a de que este *"estaria utilizando-se da publicidade governamental ... para realizar a sua promoção pessoal"* (fl. 6). É de se ressaltar que a própria Municipalidade foi incluída no pólo passivo da Ação Popular e, pelo que se depreende dos autos, o Município defendeu o ato administrativo impugnado.

O mesmo fato foi objeto da Ação Civil Pública promovida pelo MP/SP, ou seja, praticamente uma cópia da Ação Popular, em que se contesta a alegada despesa indevida de verbas públicas para propaganda pessoal do Prefeito. (fl. 7).

Apenas para melhor ilustrar, a Ação Popular (e a Ação Civil Pública) contestam a publicidade feita por "faixas" espalhadas pela cidade de Sumaré, com os dizeres *"Boa Sorte! Aos nossos atletas nos jogos Regionais de Mocóca. Prefeitura de Sumaré"* (fl. 45), em outro cartaz diz *"O Prefeito Dirceu Dalben Deseja Boa Sorte aos Atletas Sumarenenses do Derla nos jogos Regionais em Mocóca"*. (fl. 42)

A jurisprudência da Segunda Turma é clara ao afirmar que, ***"se há para o Estado interesse em defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado, ou contratado às suas custas"***. (AgRg no REsp 681.571/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, julgado em 6.6.2006, DJ 29.6.2006, p. 176).

A questão é saber se o **ato do então Prefeito** pode ser considerado "**peçoal**" ou se deve ser considerado como a defesa de um ato administrativo questionado em juízo por cidadão (na Ação Popular) e pelo Ministério Público (na Ação Civil Pública).

Verifico que o acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, firmou a premissa de que *"a defesa do ato administrativo também é do interesse do ente de direito público. Não estão em campos opostos a Autoridade Administrativa e o Município. Este último tem que necessariamente lutar para que o ato seja tido como legítimo."* (fl. 798)

Em outro dizer, o TJ/SP fixou a premissa fática, com base nas provas dos autos, que o ato do prefeito não foi considerado como ato pessoal, mas sim de *"interesse do ente de direito público"*. Somente por este argumento, já se denota o insucesso do recurso especial do MP/SP pois acarreta, inegavelmente, a revisão do conjunto fático probatório, o que é vedado nesta Corte Superior, em razão da Súmula 7/STJ.

Com efeito, com todas as vênias à eminente relatora, Ministra Eliana Calmon, e ao eminente Ministro Mauro Campbell Marques, retifico meu voto e acompanho a divergência, por outro fundamento, especialmente após as ponderações apresentadas pelo eminente Ministro Castro Meira.

O Tribunal de origem afastou expressa e peremptoriamente o elemento subjetivo da conduta ao afirmar que "ficou reconhecida a inexistência do dolo" (fl. 827/STJ), o que demanda, para a tomada de conclusão em sentido oposto, revolvimento fático-probatório dos autos. Incide, portanto, o óbice da Súmula 7/STJ.

No que tange à conduta objetiva em si, não tenho dúvida de que houve, sim, improbidade administrativa.

Contudo, a imposição das sanções da LIA exige, além da conduta típica, a presença do elemento subjetivo.

Pelas razões expostas, **peço vênias aos eminentes Ministros Eliana Calmon e Mauro Campbell Marques para não conhecer do Recurso Especial diante do óbice da súmula 7/STJ.**

É como **voto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0236605-7 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.169.192 / SP

Números Origem: 11522001 200901040096 4666385

PAUTA: 18/08/2011

JULGADO: 23/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

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

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, divergindo em parte da Sra. Ministra-Relatora, dando parcial provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES: Sr. Presidente e demais colegas, pedi vistas dos autos para melhor análise do caso concreto.

A leitura atenta do acórdão recorrido revela que, na espécie, Prefeito se valeu dos serviços advocatícios de Procuradores Municipais, comissionados, para defesa de ato em ação popular e ação civil pública. Veja-se:

6. Os fatos narrados nesta ação nos conduzem necessariamente a ponderar se é juridicamente possível o Procurador ou o Advogado que exerce cargo comissionado, como é o caso em

pauta, efetuar a defesa pessoal do Prefeito Municipal em Ação Popular ou Ação Civil Pública, pois haveria em tese incompatibilidade

7.4 O que se conclui é a necessidade de haver indicação segura de que o agente tenha agido de forma deliberada, ciente da ilegalidade do seu agir Sem esta indicação julgo ser impossível a admissão da procedência da ação

8. Existe esta prova nos autos? O agir do apelante pode ser reconhecido como apto suficiente para esta conclusão?

8.1. Creio que não Não se pode concluir, em razão da prova produzida, que houve deliberada intenção do Ex-Prefeito como também dos demais réus Cuida-se, ao meu juízo, de mais um mau exemplo de Administrador que nomeia pessoas para determinados cargos e, em consequência, estes ficam obrigados, ao menos moralmente, devido à nomeação, a prestar serviços àquele que os nomeaou.

8.2 Cargos em comissão geram esta mistura de favorecimento e subserviência No entanto, é forçoso reconhecer que a Constituição Federal possibilita este ingresso no serviço público.

9.1. Todavia, há incompatibilidade? Causa prejuízo? Agiram com deliberada intenção de causar prejuízo?

911. Estes temas são controversos Ao meu juízo, não se pode de pronto afirmar a existência de incompatibilidade Com efeito, a defesa do ato administrativo também é do interesse do ente de direito público Não estão em campos opostos a Autoridade Administrativa e o Município. Este último tem que necessariamente lutar para que o ato seja tido como legítimo.

Contudo, o acórdão concluiu que os fatos narrados não evidenciavam o dolo, a má-fé dos envolvidos - como fica claro da leitura do excerto acima.

Na esteira do que venho asseverando, quando o acórdão da origem descreve os fatos e a conduta dos agentes, indigitadamente ímprobos, e, em razão deles, aplica certas sanções, verificar se há ou não a caracterização de elemento subjetivo poderá ou não atrair a aplicação do verbete referido, a depender da argumentação do especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Se o especial controverte os fatos e, com base nesta premissa, pugna pela (des)caracterização do dolo e/ou da culpa, aí parece evidente a necessidade de revisitar o contexto fático-probatório, o que é vedado aos magistrados do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, se a parte discute a própria noção de dolo/culpa, levando em consideração tudo quanto posto no provimento recorrido, inclusive analisando as condutas imputadas aos diversos réus, o debate é estritamente jurídico.

Portanto, não se excepcionalizou a incidência da Súmula n. 7/STJ, apenas delimitou-se sua função neste tema, sem que a ela fosse negada vigência.

Trago à tona, ainda, o que asseverei no REsp 777.337/RS: existe uma tênue linha que separa o uso lícito e o ilícito de advogados públicos na defesa de atos do Executivo. E essa linha demarcatória é aferida precipuamente com base em dois fatores: (i) existência de eventual conflito de interesses e (ii) qualidade do ato impugnado e defendido.

Por um lado, haverá conflito de interesses sempre que o ato atacado em juízo, apesar de ser da lavra do Chefe de Executivo, for capaz de lesar interesses do próprio ente público respectivo. Por outro lado, no que se refere à sua natureza, o ato impugnado pode ser eminentemente pessoal ou, ainda, pode ser administrativo (*lato sensu*).

Essas são premissas que devem ser analisadas de forma autônoma pois é possível, por exemplo, que a presença de conflito de interesses, seja o ato pessoal, seja o ato administrativo, leve, sozinha, à configuração de uso ilícito da máquina pública. Da mesma forma, é viável que a defesa de um ato administrativo que não leve ao conflito de interesse também possa configurar a "privatização" da máquina pública. Contudo, não se pode negar que, na presença de conflito de interesse e de ato pessoal, parece bastante difícil não concluir pelo mal uso da máquina pública.

Pois bem. Na espécie, o acórdão recorrido deixa claro que houve uso de advogados públicos *comissionados* para a defesa de ato *pessoal* do Prefeito. A ação popular e a ação civil pública em que exercida a defesa do Prefeito pelos advogados comissionados do Município visavam atacar ato que pode ter lesado o patrimônio público: propaganda paga com verbas públicas, mas com nítido caráter de promoção pessoal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O mero fato de que a procedência das duas ações intentadas pode ensejar o ressarcimento de verbas públicas a favor do Município já é bastante para ensejar o conflito de interesses.

Concordo com o Ministro Humberto Martins, que inaugurou a divergência, quando assevera que "[a] leitura feita do caso, com a devida vênia, deve ser sob a perspectiva de que os procuradores estavam defendendo o ato administrativo impugnado pelo cidadão, na Ação Popular, e pelo Ministério Público, na Ação Civil Pública, ato desempenhado inegavelmente no exercício de seu mandato público de Prefeito, e não na defesa de seus interesses pessoais".

O problema, aqui e no entanto, parece ser outro: mesmo admitindo que a defesa realizada tenha sido a defesa de um ato administrativo, era claro o conflito de interesses, pois os *comissionados, que estavam defendendo o Prefeito, foram recrutados (e pagos pelo ente federativo) para defender os interesses do Município, maior beneficiário com a devolução, a seus cofres, das quantias supostamente mal empregadas.*

Inclusive, o conflito é tão evidente e sensível que, em ambas as ações, o Município, na forma dos arts. 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/65 e 17, § 3º, da Lei n. 8.429/92, poderia se manifestar para aderir às pretensões do autor, mas, na hipótese em comento, essa manifestação viria claramente viciada, porque, como parece de clareza solar, a representação judicial do Município era exercida por aqueles que defendiam o réu original nas ações popular e por improbidade administrativa. Essa soa uma das poucas situações em que a própria lei reconhece a possibilidade de conflito de interesse.

A apresentação do ente federativo ficou comprometida, justamente porque os procuradores, que deveriam defender o Município, porque são por ele empregados e pagos, já estavam comprometidos com a defesa do réu.

Nesse ponto, assim, rendo-me às ponderações da Min. Eliana Calmon, do Min. Castro Meira e do Min. Herman Benjamin, pela caracterização da ilicitude, rogando vênias ao Min. Humberto Martins.

Contudo, existe dissonância entre os provimentos que consideraram ser caso de reforma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do acórdão (ou seja, dos provimentos que votaram por acolher a pretensão recursal): a Min. Eliana Calmon e o Min. Castro Meira dão provimento ao especial para restaurar *in totum* os termos da sentença; o Min. Herman Benjamin, por reputar demais grave a sanção de suspensão de direitos políticos, faz aplicar a sentença, excluindo este apenamento.

Difícil acolher a sugestão do Min. Herman Benjamin porque o especial que ora analisamos foi interposto pelo Ministério Público, *que não submeteu a esta Corte Superior pedido de exclusão de sanções colocadas em primeiro grau (o pedido foi de reforma do acórdão para fazer prevalecer a sentença)*. Nas contrarrazões, de modo idêntico, também não se formula pedido de, acaso provido o recurso, seja subtraída tal sanção.

O ponto da aplicação das sanções, portanto, não foi submetido a esta instância especial, razão pela qual não pode ser enfrentado.

Com essas considerações, renovando as vênias ao Min. Humberto Martins e ao Min. Herman Benjamin, que dela divergiram (o primeiro, totalmente, e o segundo, apenas parcialmente), ACOMPANHO a relatora, Min. Eliana Calmon, e o Min. Castro Meira, e voto por DAR PROVIMENTO ao recurso especial, restaurando *in totum* os termos da sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO**
PROCURADOR : **GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)**
INTERES. : **JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI**
INTERES. : **IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA**
INTERES. : **EDUARDO FOFFANO NETO**

RETIFICAÇÃO DE VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Sr. Presidente, peço vênica para fazer uma retificação de voto.

Realmente, quando pedi vista destes autos, acompanhei o entendimento do voto da Sra. Ministra Relatora, citando diversos precedentes de ambas as Turmas. Mas fui analisar essa matéria, sobretudo ontem pela manhã, e verifiquei que há uma série de equívocos, *data venia*.

Primeiro, tivemos uma ação popular em que se discutiu a matéria, que é tratada no início do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, a respeito das faixas etc. Isso não é objeto deste processo.

Esses autos se referem à pena e não aos procuradores. Vi que o próprio acórdão fala no plural: os procuradores, mas, na verdade, não é isso. Neste processo, os demais procuradores foram afastados – usou-se até o termo absolvidos –, mas, na verdade, a ação foi julgada improcedente em relação a eles. Aqui ficou apenas dona Grazielle Diniz e o próprio Antônio Dalben, que era o prefeito.

O Tribunal disse a esse respeito o seguinte:

"Os fatos narrados nesta ação nos conduzem necessariamente a ponderar se é juridicamente possível o procurador, o advogado que exerce cargo comissionado - como é o caso em pauta -, efetuar defesa pessoal do prefeito municipal em ação popular ou ação civil pública, pois haveria, em tese, incompatibilidade. A lei de improbidade descreve diversas figuras que configuram a existência de fato que importa no reconhecimento de que o gestor da coisa pública agiu de maneira equivocada, devendo, portanto, ser responsabilizado. Foi reconhecido na sentença que Antônio Dalben incidiu no art. (...), inciso IX e inciso IV."

E aqui ele faz comentários sobre o que a doutrina diz a esse respeito:

"Desse enunciado, o que se conclui é haver necessidade, para a configuração dessa figura, de que o agente público tenha agido com deslealdade, com resoluta intenção de causar prejuízo ao erário e, com isso, obter ganho ilegal. Desenvolve, por isso, a polêmica em torno do elemento subjetivo, ou seja, a necessidade ou não de o agente agir dolosamente para a caracterização da figura."

E aqui ele cita: *Bazalin Filho ressalta a necessidade do dolo. Aufere dolosamente vantagem patrimonial ilícita, porém, Paiva Martins acredita que o dolo é, in re ipsa, emergente na própria conduta.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como nós já entendemos aqui, mas esse entendimento foi modificado na Seção.

"O que se conclui é a necessidade de haver indicação segura de que o agente tenha agido de forma deliberada, ciente da ilegalidade do seu agir. Sem essa indicação, julgo ser impossível admissão da procedência da ação. Existe essa prova nos autos? O agir do apelante pode ser reconhecido como apto suficiente para essa conclusão?"

E responde o desembargador:

"Creio que não. Não se pode concluir, em razão da prova produzida, que houve deliberada intenção do ex-prefeito, como também dos demais réus. Cuida-se, ao meu juízo, de mais um mau exemplo de administrador que nomeia pessoas para determinados cargos, em consequência, esses ficam obrigados, ao menos moralmente, devido à nomeação, a prestar serviço àqueles que os nomeou. Cargos em comissão geram essa mistura de favorecimento e subserviência. No entanto, é forçoso reconhecer que a Constituição Federal possibilita esse ingresso no serviço público.

Estabelecida essa premissa, acredito que outro deve ser o enfoque dado ao caso presente. Desde logo, rejeito as versões apresentadas, erro de juntada de petição etc., uma vez que há sério indicativo de que a advogada prestou serviço ao corréu na sua defesa em ação - da Graziele. Todavia, a incompatibilidade causa prejuízo? Agiram com deliberada intenção de causar prejuízo? Esses temas são controversos. Ao meu juízo, não se pode, de pronto, afirmar a existência de incompatibilidade. Com efeito, a defesa do ato administrativo também é do interesse do ente de Direito Público. Não estão em campos opostos a autoridade administrativa e o município. Esse último tem que, necessariamente, lutar para que o ato seja tido como legítimo. E nesse ponto sou forçado a lembrar do julgamento do Superior Tribunal de Justiça."

Ele invoca um precedente aqui, o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 681.571/GO, em que a Ministra Eliana Calmon diz assim:

"Se há para o Estado interesse de defender seus agentes políticos, quando agem como tal, cabe a defesa ao corpo de advogados do Estado ou contratado a suas custas. Entretanto, quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político, voltado contra o órgão público, não se pode admitir que, por conta do órgão público, corram as despesas por contratação do advogado. Seria mais que uma demasia, constituindo-se ato imoral e arbitrário."

Desse julgamento que se extrai, entendeu assim o tribunal, é que, havendo procuradores, é perfeitamente plausível admitir a legitimidade do ato - é aqui que digo que houve um equívoco, que não são os procuradores, os outros já tinham sido excluídos. Efetivamente tenho afirmado

Deve ser reservado, porque os procuradores não tinham mais interesse.

"Ao que tudo indica, no caso em julgamento, não houve necessidade de contratação de outro profissional, podendo, dessa forma, haver defesa daqueles contratados pelo município.

Outro ponto que não resta provado é o prejuízo, a simples defesa em ação não conduz a admissão do prejuízo. Creio que, para sua admissão, era indispensável haver prova segura dessa circunstância, e não houve essa indicação.

Por último, ocorreu ato desonesto. Foi assim exposto que, para condenação com fundamento no art. 9º, deve existir prova do elemento interior, mesmo que se rejeite a exigência do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dolo. Creio ser indispensável haver um mínimo que direcione nesse sentido."

E aqui ele traz precedente desta Corte, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no Recurso Especial n. 604.151/RS.

"Deduz, portando, que reclama comprovação desses elementos. Como assim expus, não vislumbro, no caso em tela, o decidido desígnio de causar prejuízo ao erário público. Trata-se de ato moralmente condenável, que se assenta na necessidade daquele que é beneficiado pelo emprego em prestar serviço ao seu benfeitor. Porém, esse agir não configura improbidade. Portanto, respeitados, evidentemente, sentimentos contrários, acredito ser possível prover os apelos."

Isso é o que está posto no acórdão.

Como já sabemos, prevalece aqui na nossa jurisprudência o entendimento de que, no que diz respeito aos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável a presença do comportamento doloso. No caso, o prefeito Dalben foi incurso no art. 9º, inciso IV. No caso da Dra. Gisele, a advogada, foi incurso no art. 11, inciso I - presume-se, porque sequer se indica exatamente.

Diante desse quadro em que o acórdão deixa explícito em dizer que analisou a prova, que não encontrou elementos que pudessem caracterizar essas pessoas como tendo praticado ato de improbidade, é que estou alterando o meu posicionamento inicial, pedindo vênias sobretudo ao Ministro Mauro Campbell Marques, que nele se baseou.

É que aqui, no meu modo de entender, houve, sem nenhuma dúvida, um ato ilegal, mas o que estamos tratando não é sobre a ilegalidade desse ato. Acho que ninguém pode defender aqui que o advogado da prefeitura faça a defesa do prefeito num caso em que envolve a prefeitura. Veja que aqui o município/prefeito estavam do mesmo lado da relação jurídica, no mesmo polo, não há, portanto, neste caso, a contraposição de interesse. Mas, de qualquer modo, no meu entender - aqui afasto do entendimento do acórdão -, não se deve permitir isso, considero ilegal, embora sem ferir diretamente uma lei, ilegal diante de todo o sistema jurídico. É antijurídico pelo menos.

Entendo também, diante dos nossos precedentes, sobretudo dos pronunciamentos da nossa Primeira Seção, que tem distinguido essas três modalidades para dispensar a presença do dolo *stricto sensu* apenas nas condutas do art. 10, no caso que há ofensa ao patrimônio, ao erário, ao patrimônio público de um modo geral. Nessas condutas, seria indispensável a existência da presença dolosa.

É por isso que, depois de meditar e de reler este processo, mudo o meu voto, pedindo vênias aos eminentes Colegas para **acompanhar o voto divergente do Ministro Humberto Martins e negar provimento ao recurso.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.192 - SP (2009/0236605-7)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO.

1. A responsabilização do agente público pela prática de ato ímprobo em decorrência da violação dos princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, exige a presença do elemento subjetivo caracterizado pelo dolo genérico.

2. No caso dos autos, Independentemente do prisma objetivo, ou seja, se os atos praticados violaram ou não os princípios da administração pública, sob o ponto de vista do elemento subjetivo da conduta não há que se falar em dolo, ainda que genérico, por parte dos recorridos.

Recurso especial improvido.

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS:

Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público Estadual com a finalidade de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação dos recorridos.

A Ação Civil Pública busca a condenação do então Prefeito da cidade de Sumaré-SP, por ter utilizado dos serviços de advogados comissionados do Município para defendê-lo em Ação Popular e Ação Civil Pública.

A Ministra Eliana Calmon, Relatora do processo, julgou no sentido de dar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de São Paulo, pois "*é fato incontroverso nos autos que o prefeito de Sumaré/SP utilizou serviços profissionais de advogado que ocupava cargo em comissão na prefeitura do Município, para promover defesa de seus interesses particulares em ação popular e em ação civil pública nas quais o prefeito foi acusado de conduta lesiva ao ente público*", e para concluir que "*quando se tratar da defesa de um ato pessoal do agente político e até mesmo voltado contra o órgão público, tal qual se dá na espécie, não se pode admitir que a defesa seja custeada pelo Estado*." E cita a Ministra Relatora o julgado no REsp 681.571/GO.

Em voto-vista, o Ministro Castro Meira acompanhou a Ministra Relatora Eliana Calmon, com a observação de que "*é fato incontroverso nos autos que o prefeito de Sumaré/SP utilizou serviços profissionais de advogada que ocupava cargo em comissão na prefeitura do Município para promover defesa das quais foi acusado de conduta lesiva ao Erário. Como se trata da defesa de um ato pessoal do agente público, e até mesmo voltado contra interesses da própria entidade que representa, é inadmissível que os serviços sejam custeados pelo Estado*".

Após pedir vista dos autos, inaugurei a divergência, por entender que "*não se pode abarcar como 'ímparo' o ato de se utilizar do serviço de advocacia da municipalidade para defender ato que é próprio da administração pública. Caso contrário, no exercício do mandato político, o Chefe do Poder Executivo estará sujeito a contratar diversos advogados para defendê-lo em ações dessa natureza, o que por certo não é uma situação razoável*".

Reconheci, então, que a atuação dos procuradores municipais foi legítima, tendo em vista a hialina presença de interesse público secundário na defesa da legalidade do ato administrativo impugnado, motivo pelo qual deveria ser negado provimento ao recurso especial.

Os Ministros Mauro Campbell Marques e Castro Meira acompanharam a Ministra Relatora.

Em seguida, o Ministro Castro Meira retificou seu voto, em que acompanhava a Relatora, por entender que, conforme os fatos exaustivamente delineados pelo Tribunal de origem, não houve dolo genérico dos recorridos, o que é indispensável para o enquadramento da conduta no tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

Após o voto do Min. Castro Meira, o Min. Herman Benjamin também retificou seu voto, por entender que os fatos consignados na instância ordinária não denotam a presença do elemento subjetivo apto a ensejar a responsabilização por improbidade administrativa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nestes termos, a Segunda Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial. Vencidos a Ministra Eliana Calmon, Relatora original, e Min. Mauro Campbell Marques.

Por ter iniciado a divergência, vieram a mim os autos para a lavratura do acórdão.

É, no essencial, o relatório.

A responsabilização do agente público pela prática de ato ímprobo em decorrência da violação dos princípios da administração pública, nos termos do art. 11 da Lei n. 8.429/92, exige a presença do elemento subjetivo, caracterizado pelo dolo genérico.

Neste sentido, a jurisprudência pacífica da Segunda Turma:

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. LEI MUNICIPAL AUTORIZATIVA. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO.

1. Ao contrário do que consignou o acórdão recorrido, o dolo, ainda que genérico, é elemento essencial dos tipos previstos nos arts. 9º e 11 da Lei n. 8.429/92.

2. No caso dos autos, fica difícil identificar a presença do dolo genérico do agravado, se sua conduta estava amparada em lei municipal que, ainda que de constitucionalidade duvidosa, autorizava a contratação temporária dos servidores públicos. Precedente: (AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.9.2010, DJe 13.10.2010.) Agravo regimental improvido."

(AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 25/11/2011)

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPRESCINDIBILIDADE DO DOLO GENÉRICO.

O retardamento ou omissão na prática de ato de ofício não pode ser considerado de maneira objetiva para fins de enquadramento do agente público no campo de incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. É preciso que a conduta seja orientada pelo dolo de violar os princípios da administração pública, o que não ficou demonstrado no caso concreto.

Agravos regimentais improvidos."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(AgRg no REsp 1191261/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 25/11/2011)

No caso dos autos, os fatos consignados pelo Tribunal de origem são claros quanto à inexistência do dolo genérico na conduta dos recorridos.

Vejamos:

"O que se conclui é a necessidade de haver indicação segura de que o agente tenha agido de forma deliberada, ciente da ilegalidade do seu agir. Sem esta indicação julgo ser impossível a admissão da procedência da ação.

Existe esta prova nos autos? O agir do apelante pode ser reconhecido como apto suficiente para esta conclusão?

Creio que não. Não se pode concluir, em razão da prova produzida, que houve deliberada intenção do Ex-Prefeito como também dos demais réus. Cuida-se, ao meu juízo, de mais um mau exemplo de Administrador que nomeia pessoas para determinados cargos e, em consequência, estes ficam obrigados, ao menos moralmente, devido à nomeação, a prestar serviços àquele que os nomeou.

Cargos em comissão geram esta mistura de favorecimento e subserviência. No entanto, é forçoso reconhecer que a Constituição Federal possibilita este ingresso no serviço público.

(...)

Todavia, há incompatibilidade? Causa prejuízo? Agiram com deliberada intenção de causar prejuízo?

Estes temas são controversos. Ao meu juízo, não se pode de pronto afirmar a existência de incompatibilidade. Com efeito, a defesa do ato administrativo também é do interesse do ente de direito público. Não estão em campos opostos a Autoridade Administrativa e o Município. Este último tem que necessariamente para que o ato seja tido como legítimo.

(...)

Havendo Procuradores, é perfeitamente plausível admitir a legitimidade do ato. Efetivamente, tenho afirmado em outros julgamentos que a contratação de Advogados para a defesa de Prefeito deve ser reservada para os casos em que fique devidamente comprovada a sua necessidade.

Ao que tudo indica, no caso em julgamento, não houve necessidade da contratação de outro profissional, podendo, desta forma, haver a defesa por aqueles contratados para a defesa do Município." (e-STJ, fls. 797/799)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme se observa, independentemente do prisma objetivo, ou seja, se os atos praticados violaram ou não os princípios da administração pública, sob o ponto de vista do elemento subjetivo da conduta, não se há falar em dolo, ainda que genérico, por parte dos recorridos.

Não se encontram, em tais fatos, elementos que afirmem que os recorridos agiram com a intenção de violar os princípios da administração pública. Dessa forma, não há como fazer incidir os arts. 9º e 11º da Lei n. 8.429/92.

Ante o exposto, peço vênica Relatora Ministra Eliana Calmon e ao Min. Mauro Campbell Marques, para negar provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator p/Acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0236605-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.169.192 / SP**

Números Origem: 11522001 200901040096 4666385

PAUTA: 27/03/2012

JULGADO: 27/03/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ANTÔNIO DIRCEU DALBEN E OUTRO
PROCURADOR : GUSTAVO HENRIQUE CAPUTO BASTOS E OUTRO(S)
INTERES. : JOSÉ HUMBERTO ZANOTTI
INTERES. : IVAN LOUREIRO DE ABREU E SILVA
INTERES. : EDUARDO FOFFANO NETO

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

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando a Sra. Ministra-Relatora, dando provimento ao recurso e as retificações de votos dos Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Humberto Martins, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Humberto Martins, que lavrará o acórdão. Vencidos os Srs. Ministros Eliana Calmon e Mauro Campbell Marques."

Votaram com o Sr. Ministro Humberto Martins os Srs. Ministros Castro Meira e Herman Benjamin.