



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.846 - SP (2015/0119398-8)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE : EDSON EDINHO COELHO ARAUJO
ADVOGADOS : LUIS JUSTINIANO DE ARANTES FERNANDES - SP119324
FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO -
SP112208
EVANE BEIGUELMAN KRAMER - SP109651
LUIS JUSTINIANO HAIEK FERNANDES - DF002193A
FREDERICO JURADO FLEURY - SP158997
RECORRENTE : MW A COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA
RECORRENTE : SOQUIMICA LABORATORIOS LTDA - EPP
RECORRENTE : DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA - EPP
ADVOGADOS : FERNANDO YUKIO FUKASSAWA E OUTRO(S) - SP141626
HÉLCIO DANIEL PIOVANI - SP224748
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
PROCURADOR : CECÍLIA CICOTE E OUTRO(S) - SP237996
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 481 DO CPC/73. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. PERMUTA/DAÇÃO EM PAGAMENTO. ATO AUTORIZADO POR LEI MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU CULPA NO AGIR DOS RECORRENTES. RECURSO ESPECIAL DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA - EPP, DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA. - EPP E EDSON EDINHO COELHO ARAUJO CONHECIDOS E PROVIDOS.

I. Recursos Especiais interpostos, na vigência do CPC/73, contra acórdão que, dando provimento à Apelação do Ministério Público do Estado de São Paulo, julgou parcialmente procedente o pedido, em Ação Civil Pública na qual se postula **(a)** a declaração de nulidade de instrumentos públicos de permuta, autorizados pela Lei municipal 9.303/2004, firmados entre o Município de São José do Rio Preto e as empresas Soquímica Laboratórios Ltda., NWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. e Dorcidio Schiavetto e Filho Ltda.; e **(b)** a condenação do recorrente Edson Edinho Coelho Araujo, então Prefeito Municipal, e das citadas empresas, pela prática de ato de improbidade administrativa, configurado pela ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, ao dever de licitar, e pela lesão ao Erário.

II. De acordo com os autos, a permuta (ou dação em pagamento), tida por ímproba, consistiria no fato de as empresas recorrentes, adquirentes de lotes de propriedade do Município, para instalação de Distrito Industrial, terem quitado, após a autorização prevista na Lei municipal 9.303/2004, débito relativo a valores devidos pela compra de tais lotes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mediante execução de obras de asfaltamento e instalação de guias e sarjetas em rua localizada no acesso ao Distrito Industrial, nele localizada.

III. Não tendo o Tribunal de origem decretado a inconstitucionalidade da Lei municipal 9.303/2004, não há falar em ofensa ao art. 481 do CPC/73.

IV. No tocante à alegada omissão do acórdão recorrido em distinguir improbidade e ilicitude, não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

V. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011).

VI. O Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido de que, sendo o ato impugnado praticado com base em lei local, ainda que de questionável constitucionalidade, estaria afastado o elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade. Nesse sentido: STJ, REsp 1.426.975/ES, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/02/2016; AgRg no REsp 1.358.567/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/06/2015; AgRg no REsp 1.312.945/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/08/2012.

VII. Como decidiu a Segunda Turma do STJ – em caso de ação de improbidade administrativa por contratação irregular de servidores públicos, mediante contratos administrativos temporários constantemente renovados, com fundamento em Lei municipal autorizadora –, "o STJ, em situações semelhantes, entende ser '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'. Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25.11.2011 e AgRg no Ag 1.324.212/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.10.2010" (STJ, REsp 1.231.150/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/04/2012).

VIII. No caso, o reconhecimento do ato de improbidade deu-se ao fundamento de que, como a apontada Lei municipal conteria fortes indícios de inconstitucionalidade, os atos praticados pelos recorrentes teriam violado os princípios que regem a Administração Pública e causado dano ao Erário.

IX. Na espécie, a sentença de improcedência da ação de improbidade concluiu "ter havido, inclusive, autorização legislativa, em mais uma demonstração que, somada às anteriores



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(ser "fato incontroverso nos autos que os valores da obra foram objeto de concorrência anterior (n. 39/03), e não despertam, por si, suspeita de irregularidade"; "a pavimentação asfáltica, a seu lado, ocorreu e foi regularmente recebida pela municipalidade, com a consequência cessão oportuna do domínio dos terrenos às empresas realizadoras do serviço (o que mais caracteriza dação em pagamento do que permuta)"; "além da inexistência de prejuízo, o caráter de publicidade foi prestigiado, já que não se tratou de negociação feita às escuras"; "há dispositivo na lei Orgânica Municipal que autoriza, fundado na competência suplementar, a dispensa de licitação em casos de peculiar interesse, como a instalação de indústria e a criação de emprego"), atesta que a conduta do administrador no caso se revestiu de boa-fé".

X. O acórdão recorrido deu provimento à Apelação do Ministério Público do Estado de São Paulo, para condenar os réus por ato de improbidade administrativa tipificado nos arts. 10, IV, VIII e X, e 11 da Lei 8.429/92, aplicando-lhes, porém, as sanções correspondentes ao art. 12, II, da mesma Lei, por lesão ao Erário.

XI. Entretanto, a leitura do acórdão que julgou a Apelação, bem como do que apreciou os Declaratórios, em 2º Grau, revela que neles não se demonstrou a presença do elemento subjetivo, necessário à configuração do ato de improbidade. Mesmo o acórdão que julgou os Declaratórios, após discorrer, genericamente, sobre o elemento subjetivo exigido pelos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/92, concluiu apenas que, no caso, a conduta seria ilícita, por dispensa de licitação, sem nada fundamentar quanto à atuação dolosa ou culposa do administrador, ou permeada de má-fé, na situação **sub judice**.

XII. Levando-se em consideração que **(a)** havia Lei municipal autorizando a permuta questionada na presente ação; **(b)** além da aventada inconstitucionalidade da referida Lei municipal, não foram apontados elementos concretos, no sentido de que os recorrentes tenham agido de forma dolosa ou culposa; **(c)** não foram indicados vícios, na execução das obras, discrepâncias nos valores despendidos ou falta de equivalência entre o custo da obra e o montante devido pela compra dos terrenos; e **(d)** as obras foram realizadas e regularmente recebidas pela Administração, como admitido na própria inicial, entende-se que não estão presentes os requisitos para a configuração da prática de ato de improbidade administrativa, não bastando, para tanto, a suposta inconstitucionalidade da Lei municipal, sequer formalmente declarada.

XIII. Recurso Especial do MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO conhecido e improvido. Recursos Especiais interpostos por MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA - EPP, DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA. - EPP e EDSON EDINHO COELHO ARAUJO conhecidos e providos.

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, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, negar provimento ao recurso do Município de São José do Rio Preto e dar provimento aos recursos de MWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., Soquímica Laboratórios Ltda - EPP, Dorcidio Schiavetto & Filhos Ltda. - EPP e Edson Edinho Coelho Araujo, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Sustentou oralmente o Dr. LUIS JUSTINIANO HAIEK FERNANDES, pela parte recorrente EDSON EDINHO COELHO ARAUJO.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2016 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0119398-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.635.846 / SP

Números Origem: 00639003420078260576 0063900342007826057650000 20120000673909 20130000607236
3703407 370342007 639003420078260576 63900342007826057650000 990105032052

PAUTA: 06/12/2016

JULGADO: 06/12/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SANDRA VERÔNICA CUREAU

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: EDSON EDINHO COELHO ARAUJO
ADVOGADOS	: LUIS JUSTINIANO DE ARANTES FERNANDES - SP119324 FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO - SP112208 EVANE BEIGUELMAN KRAMER - SP109651 LUIS JUSTINIANO HAIEK FERNANDES - DF002193A FREDERICO JURADO FLEURY - SP158997
RECORRENTE	: M W A COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA
RECORRENTE	: SOQUIMICA LABORATORIOS LTDA - EPP
RECORRENTE	: DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA - EPP
ADVOGADOS	: FERNANDO YUKIO FUKASSAWA E OUTRO(S) - SP141626 HÉLCIO DANIEL PIOVANI - SP224748
RECORRENTE	: MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
PROCURADOR	: CECÍLIA CICOTE E OUTRO(S) - SP237996
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.846 - SP (2015/0119398-8)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Recursos Especiais, interpostos contra acórdão publicado em 27/02/2013, na vigência do CPC/73, por MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA - EPP e DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA. - EPP (fls. 1.346/1.359e), pelo MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO (fls. 1.373/1.380e) e por EDSON EDINHO COELHO ARAUJO (fls. 1.429/1.482e), todos com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Pavimentação asfáltica do Distrito Industrial Dr. Ulysses da Silveira Guimarães, no Município de São José do Rio Preto – Formalização de dação em pagamento entre a Municipalidade e empresas adquirentes de lotes para saldar débito remanescente - **Edição das Leis locais nºs 9.303/2004 e 9.3344/2004, autorizadoras da avença - Impossibilidade - Ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade - Dever de licitar - Exegese do disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, bem como à Lei Federal nº 8.666/1993 - Afronta à isonomia - Improbidade administrativa caracterizada, independentemente da prévia declaração de inconstitucionalidade das leis locais - Lesão ao erário - Subsunção das condutas ao disposto no artigo 10 da Lei Federal nº 8.429/1992 e, supletivamente, ao estatuído no artigo 11 desse diploma - Dispensa das Contribuições de Melhoria, que poderiam ser exigidas se implantado regularmente o asfaltamento dos trechos em questão - Prejuízo aos administrados evidenciado - Necessidade de salvaguardar o interesse público primário - Reconhecimento, pelo Órgão Especial desta Corte, da inconstitucionalidade de lei oriunda da mesma Comarca, a disciplinar a permuta de bens da Administração com obrigação de fazer - Inconstitucionalidade asseverada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da extinção de obrigação tributária por meio de labor - Nulidade do acordo realizado, evidenciando a ocorrência de verdadeira simulação administrativa - Apelação ministerial parcialmente provida.**

CONSOLIDAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS - Apuração dos danos causados ao Erário na fase de 'accertamento', com base na 'ratio decidendi' deste Acórdão - Atualização monetária consoante a Tabela Prática do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Juros de mora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à razão de 1% ao mês, a contar da finalização das obras.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - Condenação fazendária no pagamento de honorários advocatícios ao Ministério Público - Impossibilidade - Atuação institucional do Parquet que não se confunde com o desempenho da advocacia - Exegese do artigo 23, da Lei nº 8.906/1994 - Precedentes jurisprudenciais" (fls. 1.251/1.252e).

No acórdão objeto dos Recursos Especiais, o Tribunal de origem, dando parcial provimento à Apelação do Ministério Público do Estado de São Paulo, julgou parcialmente procedente o pedido, em Ação Civil Pública na qual se postula **(a)** a declaração de nulidade de instrumentos públicos de permuta, autorizados pela Lei municipal 9.303/2004, firmados entre o Município de São José do Rio Preto e as empresas Soquímica Laboratórios Ltda., NWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. e Dorcidio Schiavetto e Filho Ltda.; e **(b)** a condenação do recorrente Edson Edinho Coelho Araujo, então Prefeito Municipal, e das citadas empresas, pela prática de ato de improbidade administrativa, configurado pela ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, em especial o da moralidade, e pela lesão ao Erário.

Opostos Embargos de Declaração, pelos réus, foram eles parcialmente acolhidos, para excluir, do acórdão embargado, a anulação dos instrumentos de permuta firmados entre o Município e as três empresas rés (fls. 1.341/1.342e), mantidas a condenação dos réus por improbidade administrativa, com suporte nos arts. 10, IV, VIII e X, e 11, **caput**, da Lei 8.429/92, e as sanções impostas, com fundamento apenas no art. 12, II, da referida Lei 8.429/92.

O acórdão, publicado em 01/11/2013, restou assim ementado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Interposição fundada no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil - Reconhecimento parcial dos reclamos e consequente substituição do dispositivo do julgado - Acolhimento dos embargos da Municipalidade Riopretense e acolhimento parcial dos embargos dos corréus NWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, Soquímica Laboratórios Ltda e Dorcício Schiavetto & Filho Ltda, com efeito modificativo, para esclarecimentos que constarão no corpo do acórdão - Rejeição das demais questões aventadas pelos embargantes" (fl. 1.337e).

MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA - EPP e DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA. - EPP, em seu Recurso Especial, sustentam que o acórdão recorrido violou os arts. **(a)** 481, parágrafo único, do CPC/73, por entenderem indevido o afastamento da incidência da Lei municipal 9.303/2004, sem prévia declaração de sua inconstitucionalidade, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; **(b)** 128 do CPC/73, por entenderem que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministério Público, na petição inicial, "nem mesmo sugeriu a contribuição de melhoria como critério ou parâmetro de forma de liquidação de dano, agora surpreendentemente inserida no v. acórdão como fundamento de ressarcimento pela condenação pelo tipo de improbidade do art. 10" (fl. 1.353e); **(c)** 10, **caput**, da Lei 8.429/92, por entenderem inexistente o dano ao Erário, pois "os serviços de asfaltamento realizados à custa das empresas, custaram aquilo que exatamente custaria à Municipalidade, com base no preço obtido em uma concorrência de menor preço, ponto esse sem controvérsia. Constituíram parte de pagamento de imóveis dos quais as empresas, por força de concessão de uso por dois anos e preenchimento das condições, já tinham direito adquirido à aquisição" (fl. 1.354e); **(d)** 3º e 10 da Lei 8.429/92, por entenderem que, para configuração do ato de improbidade administrativa, "a conduta das empresas haveria de estar perfeitamente delimitada quanto ao seu aspecto subjetivo, i.e., sua conduta dolosa ou excepcional conduta culposa de forma grave e equiparada ao dolo" (fl. 1.356e); e **(e)** 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92 e 165 e 458, II, do CPC/73, por entenderem que, "se já não fosse totalmente injusta a condenação, o v. acórdão não se houvera com a necessária proporcionalidade na imposição das sanções" (fl. 1.358e).

O MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO sustenta, nas razões de seu Recurso Especial, ofensa ao art. 481, parágrafo único, do CPC, por entender que "a adoção da analogia ou interpretação analógica para decretar uma mencionada 'inconstitucionalidade' incidental, macula de morte a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 481 do CPC, pois conquanto haja a especificação de matéria similar ou análoga nos julgados cujo teor são adotados como 'molde' para a decretação da inconstitucionalidade, esta não foi expressamente declarada para o presente caso, não podendo Lei Municipal aprovada, pelos procedimentos normativos vigentes, ser assim considerada, sem a decretação formal, expressa e material de tal inconstitucionalidade" (fls. 1.378/1.379e).

Por fim, EDSON EDINHO COELHO ARAUJO, nas razões de seu Recurso Especial, sustenta, em síntese, que o acórdão recorrido violou os seguintes dispositivos de lei federal:

a) arts. 10, IV, VIII e X, e 11 da Lei 8.429/92, por entender que o "suposto dano ao erário foi meramente presumido no acórdão, e afora debater tema estranho à causa de pedir, pautou-se em figura tributária (contribuição de melhoria) não objeto de lei no município de São José do Rio Preto" (fls. 1.443/1.444e). Aduz que "a suposta dispensa de receita decorrente da ausência de cobrança de contribuição de melhoria se adequa perfeitamente aos precedentes deste STJ que rechaçam a possibilidade de condenação por ato de improbidade quando há alegação de dano presumido ou hipotético" (fl. 1.445e). Afirma que "o acórdão recorrido não aponta que a conduta do recorrido tenha sido dolosa ou culposa, apenas assenta que o fato de ter dispensado a licitação indevidamente e ter supostamente dispensado receita, seria ilícito e que caracterizaria improbidade administrativa" (fl. 1.447e);

b) arts. 128 e 460 do CPC/73, por ter o acórdão recorrido fundamentado sua condenação em "fato não alegado na inicial, e que nem sequer poderia ter sido imaginado pelo Recorrente ou pelos demais réus" (fl. 1.454e), ou seja, que o dano ao Erário seria a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suposta ausência de pagamento de contribuição de melhoria pelas empresas rés, dispensando-se receita tributária, ainda que de modo velado;

c) art. 19 da Lei 4.717/65, por entender que a sentença de improcedência de Ação Civil Pública deve ser submetida ao reexame necessário. Alega que, no caso, a inobservância do reexame necessário trouxe prejuízos à defesa, pois o acórdão não apreciou o seu pedido alternativo de produção de provas, para demonstrar a inexistência de lesão aos cofres públicos. Alega que a jurisprudência do STJ entende necessária a remessa de ofício, em caso de improcedência da ação civil pública.

Aduz, ainda, ofensa ao art. 535, II, do CPC/73, por não terem sido sanadas as seguintes omissões:

a) quanto ao suposto dano ao Erário, não foi observado o fato de que o art. 6º da Lei municipal 5.076/92, que criou o Distrito Industrial Cidade Industrial Dr. Ulysses da Silveira Guimarães, continha previsão expressa no sentido de que "o valor de venda dos lotes incluía 'os investimentos com a infraestrutura básica do local'" (fl. 1.462e), de modo que não seria possível a cobrança de contribuição de melhoria, no caso;

b) o Município de São José do Rio Preto não possui lei autorizando a cobrança de contribuição de melhoria, pelo que inválido o critério adotado, pelo Tribunal de origem, para apuração do dano ao Erário, nos termos dos arts. 81 e 82 do CTN;

c) não foram indicados "quais fatos descritos na exordial apontavam a não cobrança de contribuição de melhoria, quais fatos apontavam alguma espécie de privilégio tributário em relação a terceiros que teriam pago essa contribuição" (fl. 1.471e);

d) pelo ato impugnado, "todas as empresas do Distrito Industrial foram beneficiadas, mas coube a apenas três delas o ônus de antecipar o pagamento dos imóveis. Todas as demais empresas puderam pagar parceladamente pela compra dos imóveis" (fl. 1.475e); e

e) o Tribunal de origem não distinguiu improbidade de ilicitude, pois os fundamentos do acórdão recorrido "são exclusivamente de índole objetiva (tratando do próprio ato supostamente ilícito) e não subjetiva (apreciando traços individuais da conduta do autor questionado)" (fl. 1.478e).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO apresentou contrarrazões aos três Recursos Especiais (fls. 1.538/1.560e).

O Tribunal de origem negou seguimento aos Recursos Especiais (fls. 1.563/1.568e), tendo as partes agravado das decisões.

Foram apresentadas contraminutas (fls. 1.795/1.803e).

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral da República ANA BORGES COELHO SANTOS opina "pelo não conhecimento dos agravos interpostos por MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. e OUTROS e pelo MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO VALE DO RIO PRETO e pelo provimento do agravo interposto por EDINHO COELHO ARAÚJO para conhecimento parcial e, nessa extensão, não provimento do recurso especial" (fl. 1.858e).

Na decisão de fls. 1.866/1.872e, publicada em 04/10/2016, com fundamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 253, parágrafo único, II, **d**, do RISTJ, conheci dos Agravos, para determinar sua autuação como Recurso Especial.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pela Subprocuradora-Geral da República MARIA CAETANA CINTRA SANTOS, ratificou e reiterou, na íntegra, o parecer anteriormente emitido (fls. 1.887/1.888e).

Anteriormente à distribuição dos Agravos em Recurso Especial, o recorrente EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO ajuizou a MC 22.685/SP, na qual proferi decisão, concedendo a liminar pleiteada, para atribuir efeito suspensivo ao recurso, interposto pelo requerente, suspendendo, em consequência a condenação a ele imposta, em 2º Grau, até a apreciação do mérito da Medida Cautelar.

Após a expedição de três ofícios, na MC 22.685/SP, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, requisitando o envio dos presentes autos ao STJ (fl. 1.839e), os Agravos aqui foram reautuados como Recurso Especial, em face da decisão de fls. 1.866/1.872e.

Após o parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em 08/11/2016, os autos vieram-me à conclusão, em 09/11/2016.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.846 - SP (2015/0119398-8)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou, em 2007, Ação Civil Pública contra MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO, EDSON EDINHO COELHO ARAUJO, então Prefeito Municipal, MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA - EPP e DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA. - EPP, com base nas seguintes alegações:

"A Lei Municipal nº 5076/92 criou o Distrito Industrial Dr. Ulysses da Silveira Guimarães, na cidade de São José do Rio Preto. Com a implantação do Distrito e a instalação de empresas, verificou-se que a Rua Ulysses Jamil Cury, de acesso ao empreendimento, não se encontrava asfaltada.

Algumas empresas que haviam adquiridos lotes no Distrito Industrial propuseram ao Município a execução das obras de pavimentação asfáltica, guias e sarjetas naquela rua como pagamento aos lotes que haviam adquirido do Município e que ainda não estavam quitados.

Assim foi que o Prefeito Municipal EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO encaminhou à Câmara Municipal de São José do Rio Preto Projeto de Lei nº 176/04 (fls. 273/274), cujo objeto era a autorização legislativa para que o Município, através do Poder Executivo, permutasse imóveis de sua propriedade com serviços de obras de engenharia a serem custeados pelas permutantes SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA, MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA e DORCÍDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA para a execução das obras de asfaltamento, guias e sarjetas.

Não obstante o parecer apresentado pela assessoria jurídica da Câmara Municipal (fls. 276/282), alertando para a inconstitucionalidade e ilegalidade do projeto, por não prever a necessária licitação, o projeto foi aprovado e tornou-se a Lei Municipal nº 9.303, de 15 de julho de 2004 (fls.06/07).

Estipulou referida Lei que o Município ficava autorizado a permutar três imóveis de sua propriedade, no Distrito Industrial Dr. Ulysses da Silveira Guimarães, nesta cidade, com obras e serviços de engenharia, para pavimentação asfáltica, guias e sarjetas na Rua Ulysses Jamil Cury, no trecho entre a Avenida José Abbas Casseb e a Avenida Arthur Nonato, obras estas cujo valor estimado era de R\$ 169.000.00 (cento e sessenta e nove mil reais), a ser dividido entre as três empresas permutantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como o imóvel adquirido pela requerida MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA tinha maior valor, com relação a ela a permuta seria feita com uma torna em dinheiro no valor de R\$ 29.931,20 (vinte e nove mil, novecentos e trinta e um reais e vinte centavos);

Tal lei sofreu retificação material pela Lei nº 9.334/04 (fls. 08).

Após aprovação legislativa, as obras foram executadas (fls. 173). O Município e as empresas requeridas formalizaram então as permutas, por meio das escrituras públicas copiadas a fls. 175/177, 178/179 e 180/181, todas outorgadas em dezembro de 2004.

Quando da permuta, as requeridas empresas obtiveram desconto no valor dos lotes adquiridos, com fundamento no artigo 6º, § 1º, da Lei Municipal nº 5076/92 (fls. 75/79 e 265/266).

Contudo, como abaixo será demonstrado, referida aprovação legislativa e o ajuste do instrumento que autorizou a permuta de imóveis de propriedade do Município com serviços de engenharia com empresas determinadas afrontam os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade e exigência da licitação;

Cumprе registrar que em caso análogo, envolvendo permuta realizada entre o Município e a empresa Grupofort Construções e Incorporações, a Procuradoria Geral de Justiça propôs perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a Ação Direta de Inconstitucionalidade em relação à Lei número 9.227, de 20 de abril de 2.004, do Município de São José do Rio Preto, sendo que por Acórdão datado de 17 de agosto de 2.005, a ação foi julgada procedente (fls. 409/426).

II - DO DIREITO

Com a aprovação legislativa e a outorga das escrituras públicas e permuta entre os requeridos, torna patente a violação do contido no artigo 37, 'caput', e seu inciso XXI (ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes...) da Constituição Federal.

A Lei de Licitações estabelece no seu artigo segundo que 'as obras, serviços da Administração Pública, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei', enquanto que o artigo terceiro da mesma Lei dispõe que 'A licitação destina-se a garantir a observância da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração...



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Município não poderia contratar livremente, como ocorre com o particular, já que na hipótese vertente, mesmo que não estipulado expressamente na Lei Municipal aprovada, os seus contratos ou mesmo instrumentos de permuta, como o assinado na presente hipótese, deveriam ter sido precedidos de licitação, pois a Constituição acolheu a presunção de que a prévia licitação produz a melhor contratação, assegurando igual oportunidade aos administrados e atuando como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos (Cf. MARÇAL JUSTEN FILHO. Comentários à Lei de Licitações e Contratos, Dialética, sexta edição, p. 215).

(...)

Qualquer violação às regras da licitação torna o ato administrativo nulo, além da imposição das sanções decorrentes da Improbidade Administrativa praticadas pelos requeridos.

(...)

Como se vê, a contratação direta na hipótese aqui tratada mostrou-se absolutamente ilegal e não pode prevalecer, devendo ser desconstituídos os atos praticados.

III - DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Já foi assentado que a Constituição Federal impõe no artigo 37, **caput**, que, além de estar vinculado ao princípio da legalidade, o administrador deverá também obedecer aos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade, tudo em nível horizontal, posto que os princípios têm a mesma força vinculante.

Após nortear a conduta administrativa no caput do artigo 37, em seu § 4º a Constituição Federal estabelece que:

'Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível', cujo comando restou disciplinado pela lei n. 8.429/92.

Indubitavelmente, os atos ilegais praticados pelos requeridos importam na improbidade administrativa, nos termos do artigo 10 inciso VIII e 11, 'caput', da Lei n. 8.429/92:

(...)

Dispensar indevidamente o procedimento licitatório é preceito bem amplo, podendo ocorrer mediante qualquer burla às rigorosas regras que o comandam, mesmo que seja através de uma interposta Lei Municipal autorizando a permuta, sem qualquer referência à realização da licitação, perfeitamente exigível na hipótese.

A falta de indicação legal de licitação não elide a responsabilidade do administrador, já que não lhe era desconhecida a sua exigibilidade nos termos da Legislação em vigor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalte-se que no caso dos autos o Prefeito Municipal foi alertado sobre a ilegalidade do ato, por meio do parecer jurídico apresentado pela assessoria do Legislativo Municipal, onde expressamente foi indicado a necessidade do processo licitatório para o ato que se intentava.

Ao dispensar indevidamente a licitação e outorgar as escrituras de permuta, caracterizada ficou a contratação direta e ilegal das empresas, conforme as razões acima elencadas, violando-se os princípios constitucionais.

Desprezou-se, simplesmente, a concorrência. E tendo em vista que a Lei n. 8.429/92, ao definir cada uma das espécies de atos de improbidade administrativa, é meramente exemplificativa, a desobediência a qualquer dos preceitos da Lei Federal n. 8.666/93 importa em ato de improbidade administrativa, que poderá ser amoldado ao caput do artigo 10 e 11, ou aos seus incisos.

A perda patrimonial decorrente dos atos ilegais é patente, como já defendido acima, haja vista que poderia, se houvesse licitação, qualquer outra empresa realizar as obras e serviços de engenharia com preço até menor do que foi estipulado no Instrumento de Permuta, em troca dos terrenos que lhes destinaria o Município.

(...)

Ao dispensar indevidamente a licitação, violando as regras da concorrência pública, e mais, agindo com total negligência, como já destacado acima, o Prefeito Municipal EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO atentou contra os princípios da legalidade e moralidade administrativas e da imparcialidade.

Como agente público, tinha o dever de exercer suas funções segundo as diretrizes estabelecidas ao Administrador pela Constituição Federal e pelo próprio princípio republicano, que exige a responsabilidade no exercício do poder.

Quanto à responsabilidade da empresa e seus representantes legais incluídas no polo passivo, nas consequências da improbidade administrativa, o artigo 3º da Lei n. 8.429/92 dispõe que:

(...)

As empresas requeridas foram beneficiadas direta do instrumento de contrato de permuta ilegal.

A responsabilidade das empresas contratadas, nos termos da Lei da Improbidade Administrativa, decorre da participação direta nos atos ilegais, e deles ter se beneficiado, já que não disputaram com outras a possibilidade de realizar a obra, com a possibilidade concreta dos valores serem reduzidos, até, do que por elas foi ofertado" (fls. 3/14e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, requereu:

"1.- A declaração de nulidade dos Instrumento Públicos de Permuta lavrados entre os requeridos (copiados a fls. 175/177, 178/179 e 180/181), reconhecendo que a sua lavratura desrespeitou a Lei de Licitações e os Princípios Constitucionais da Administração Pública e dos Princípios que regem as Licitações Públicas;

2.- A condenação dos requeridos EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO, SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA, MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, e DORCÍDIO SHIAVETTO & FILHO LTDA pela prática de atos de improbidade administrativa, nos termos do artigo 10, inciso VIII, segunda parte e artigo 11, 'caput', combinado com o artigo terceiro, todos da Lei n. 8.429/92, nas seguintes consequências:

a. Ressarcimento integral do dano, caracterizado pela eventual entrega dos terrenos permutados com base em Instrumento Público ilegal ou outro que houver ao erário público decorrente dos atos praticados, os quais deverão ser reajustados monetariamente e acrescidos de juros legais, sem prejuízo de outros valores que eventualmente sejam demonstrados no curso do feito.

b. perda da função pública em relação ao Prefeito Municipal EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO, bem como a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo a ser fixado entre os limites de cinco a oito anos, cuja fixação deve ser amparada pela regra do parágrafo único do artigo 12 da lei específica.

c. Pagamento da multa civil em valor a ser fixado em até duas vezes o valor do dano, atentando-se, igualmente, à regra do parágrafo único do artigo de lei em apreço.

d. Em relação às requeridas SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA. MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. e DORCÍDIO SHIAVETTO & FILHO LTDA. a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

Em havendo condenação nos termos do artigo 12, inciso III. combinado com o artigo terceiro, ambos da Lei n. 8.429/92, nas seguintes consequências:

a. Ressarcimento integral do dano de forma solidária entre todos os requeridos;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b. perda da função pública em relação ao Prefeito Municipal EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO, bem como a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo a ser fixado entre os limites de três a cinco anos, cuja fixação deve ser amparada pela regra do parágrafo único do artigo 12 da lei específica, e ainda o pagamento de multa civil em até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público;

c. em relação às requeridas SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, e DORCÍDIO SHIAVETTO & FILHO LTDA, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de três anos.

Isto alternativamente, caso o Juízo entenda não caracterizada a modalidade da improbidade administrativa mais grave, como acima requerido, ou seja, nos termos do artigo 10 da Lei n. 8.429/92, remanesce a hipótese do artigo 11, caput, da mesma lei, devendo os requeridos serem condenados nos termos do artigo 12, inciso III" (fls. 15/17e).

Recebida a inicial e processado o feito, sobreveio sentença, julgando improcedente o pedido, com base nos seguintes fundamentos:

"O pedido é improcedente.

Com efeito, e por primeiro, destaque-se que da leitura da petição inicial extrai-se, ainda que de modo implícito, a ausência de lesão ao erário.

Em momento algum, ao menos de forma especificada, como seria o caso de se exigir (já que há pleito de devolução de dinheiro) consta qual o prejuízo aos cofres públicos havido.

E nem poderia haver, já que é fato incontroverso nos autos que os valores da obra foram objeto de concorrência anterior (n. 39/03 - fls. 117/121), e não despertam, por si, suspeita de irregularidade.

A pavimentação asfáltica, a seu lado ocorreu e foi regularmente recebida pela municipalidade, com a consequência cessão oportuna do domínio dos terrenos às empresas realizadoras do serviço (o que mais caracteriza dação em pagamento do que permuta).

Além da inexistência de prejuízo, o caráter de publicidade foi prestigiado, já que não se tratou de negociação feita às escuras. Neste passo, é oportuno destacar ter havido, inclusive, autorização legislativa, em mais uma demonstração que, somada às anteriores, atesta que a conduta do administrador no caso se revestiu de boa-fé.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda na esteira, **não se pode afastar que havia interesse público no asfaltamento da rua.**

Verifica-se, pois, que, no máximo, houve violação formal, **não caracterizadora, nem por dano ao patrimônio público, nem por afronta a princípios constitucionais, de improbidade administrativa.**

Ademais, há dispositivo na lei Orgânica Municipal que autoriza, **fundado na competência suplementar, a dispensa de licitação em casos de peculiar interesse, como a instalação de indústria e a criação de emprego (fls. 850).**

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação civil pública" (fls. 1.145/1.146e).

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs Apelação, reiterando, em síntese, as alegações expostas na inicial, com o acréscimo de que, nos termos do art. 21, I, da Lei 8.429/92, "não será necessária a efetiva ocorrência do dano ao patrimônio público para que as sanções previstas nesta lei sejam aplicadas" (fl. 1.156e).

No acórdão recorrido, o Tribunal de origem deu provimento ao apelo, com base na seguinte fundamentação:

"2 - De início, considerando o preceito da reserva de plenário firmado na Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal, e diante da solução que se dará ao apelo Ministerial, **tenho por necessárias as ponderações que seguem, acerca da não-remessa destes autos ao Colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo.** Operando casos análogos, esta Corte Paulista já declarou a inconstitucionalidade oriunda do Município de São Carlos que permitia a extinção de créditos fazendários tributários com a realização de obras e serviços, destacando-se que **é descabido que os devedores passem a contratar com o poder público local sem licitação**, pois os contratos, via de regra, devem ser precedidos da observância dessa formalidade para assegurar a igualdade de condições entre os interessados em contratar e a satisfação do interesse da coletividade. Admitir o contrário será admitir ofensa ao art. 117 da Constituição do Estado (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0199503-22.2011.8.26.0000, Órgão Especial, relator Desembargador Campos Mello, j. 18/01/2012).

Também foi declarada inconstitucional a Lei nº 9.277/2004, de São José do Rio Preto, que permitia a "permuta" de dois imóveis de domínio público com obras e serviços de engenharia a cargo da Construtora Grupofort, para construção de uma Unidade de Saúde da Família (Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei nº 117.066.0/9-00), por ofensa aos artigos 111, 117 e 144 da Constituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Estado de São Paulo (fls 87/90 e 438/454).

Por isso, e por cautela, antecipo-me quanto a eventual alegação de violação da cláusula de reserva de plenário (artigo 97 da Constituição Federal), diante do que estabelece o artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil: Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

(...)

O mérito:

3- Reconsidero neste tópico o entendimento que, em julgamento anterior (Apelação Cível nº 9165323-94.2006.8.26.0000 5ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Xavier de Aquino, j. 1º/08/2011), na condição de 3º Juiz, absolveu caso semelhante.

Importa agora aprofundar a natureza do instituto jurídico de que se valeram os apelados, o que propiciará a adequada solução da questão.

A Lei nº 9.303, de 15 de julho de 2004 alterada pela Lei nº 9.334/2004 (fls 30) autorizou o Município a permutar imóvel de sua propriedade com serviços de engenharia consistente em obra de pavimentação a ser custeado pelas permutantes Soquímica Laboratórios Ltda, MWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda e Dorcídio Schiavetto & Filho Ltda (fls 6).

Da ementa legal extrai-se a realização de permuta. Permutar é trocar, no caso, bem imóvel (**res**) com obrigação de fazer (um **facere**). Contudo, os delineamentos do negócio jurídico, vistos com mais vagar, são outros. No caso, permite a Municipalidade que particulares deixem de implementar o preço dos lotes, por meio de labor.

Noutras palavras, o que ocorre não é mera troca, mas sim dação em pagamento, já que um débito preexistente é adimplido por outra coisa, que não o preço (pretium). Na troca não há uma dívida anterior, ao contrário da dação (datio in solutum), em que se verifica a entrega de uma coisa por outra (aliud pro alio). Postura absolutamente inviável, e que ofende frontalmente os princípios que regem a Administração Pública, a despeito da aparente legalidade que inspira as negociatas perpetradas.

Obviamente, não se cuida de permuta.

(...)

Esta última hipótese o caso dos autos, em que transacionaram as partes pela extinção da obrigação por meio de uma obrigação de fazer.

4 - No mínimo, pode-se dizer que o princípio da legalidade acaba imolado, a começar pelo dever de licitar.

Estabelece o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Com isso, percebe-se que a realização de procedimento licitatório é a regra, sua dispensa ou inexigibilidade, a exceção.

É fato, também, que a Lei nº 8.666/1993 estabeleceu normas gerais atinentes à matéria (artigo 1º), o que não confere aos Estados e Municípios a liberdade de criação de regras que afrontem a **mens legis** estatuída neste diploma: as hipóteses em que a licitação é dispensada, dispensável ou inexigível.

Desta forma, não basta utilizar os parâmetros aferidos noutro processo licitatório (Concorrência Pública nº 39/2003) para suprir a necessidade do certame para a área do Distrito Industrial, nem sobre a alegada presumida, mas nunca comprovada falta de recursos financeiros e atendimento do interesse público (fls 92/93).

Ora, cumpriria à Administração local ampliar, por ocasião da primeira licitação, o objeto contratado, para alcançar todas as áreas necessitadas de pavimentação. Não o fazendo, torna-se inviável aproveitar a procedimentalização peculiar de um acordo, em outra localidade, com outro escopo, envolvendo outras pessoas (físicas e jurídicas).

Ademais, poderia interessar a outros tantos devedores da Municipalidade e não estritamente aqueles localizados no Distrito Industrial a solvência das dívidas mediante o cumprimento de obrigação de fazer.

Por fim, considero inaplicável ao caso o disposto no artigo 17, inciso I, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos:

Art. 17 - A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - Quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

a) Dação em pagamento.

Ora, para o fim de dispensar-se a licitação, é preciso comprovar a existência de interesse público devidamente justificado. A lei requer a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presença do interesse público primário, e não interesse público secundário.

Aqui, ao revés, nota-se a prevalência de interesses particulares, o que é inconcebível e não justifica o negócio ao qual se deu veste formal.

O interesse genuinamente público, à semelhança dos preceitos éticos, é aquele que transcende o “eu” e o “outro” para encampar uma universalidade que não equivale à mera somatória de tendências e valores pessoais.

Além do mais, a dação em pagamento realiza-se na via particular-Administração, e não o contrário, como previsto na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ou seja, são os particulares que pretendem prestar o devido de modo diverso do inicialmente pactuado, modificando o objeto da obrigação.

(...)

Não é só isso.

Perdem os administrados, como também a Administração Pública. Acaso esta fizesse a obra pelo modo exigido em lei, com prévia licitação, poderia exigir de todos aqueles que dela se beneficiaram a Contribuição de Melhoria (betterment tax), considerando os limites global (custo final da obra) e individual (valorização experimentada por cada qual, o que pode variar), após a consecução do asfaltamento (não mero recapeamento, destaque-se).

(...)

Quanto a este aspecto, antes que venham açodadamente os recorridos suscitar a ocorrência de pronunciamento **ultra** ou **extra petita**, destaco a máxima **narra mihi factum, dabo tibi ius**, ou ainda a parêmia **iura novit curia**. Destarte, o arcabouço fático narrado permite asseverar, com segurança, que as condutas descritas violam bem mais do que a necessidade de prévia licitação.

Se assim não procedeu, acabou dispensando receita, ainda que de modo velado, o que não se coaduna também com os pilares da arrecadação tributária, ensejando uma discriminação favorável a certos contribuintes potenciais em prejuízo de toda coletividade. Pode-se considerar, portanto, que o pagamento da área adquirida acabou sendo realizada por preço inferior ao cobrado de outros compradores, o que apenas reforça a violação à Lei de Improbidade Administrativa, com enquadramento específico ao quanto estatuído no artigo 10.

(...)

Com isso ressalvo meu entendimento anterior, esposado nos autos da Apelação Cível nº 9165323-94.2006.8.26.0000, de relatoria do eminente Desembargador Xavier de Aquino, no que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tange a possibilidade de aferir o ato de improbidade independentemente da declaração de inconstitucionalidade da Lei autorizativa da dação em pagamento.

Mesmo com fundados indícios de inconstitucionalidade da Lei Riopretense nº 9.303/2004, sustento que os atos de improbidade podem ser analisados independentemente da retirada das normas por ela veiculadas do mundo jurídico.

Cumpre **anular**, portanto, o “acordo” realizado, e disciplinar as consequências danosas advindas das obras realizadas pelas empresas requeridas.

É possível concluir pela real ocorrência de simulação administrativa, aplicando-se aqui a disciplina trazida na parte geral do Código Civil Brasileiro que, ressalvada a peculiaridade do regime jurídico-administrativo, com todos os poderes e sujeições não presentes entre particulares, pode contornar os atos administrativos.

(...) a figura da improbidade administrativa por transgressão a princípio constitucional que rege a Administração Pública está contida nas normas principais que definem tipos mais graves de improbidade (arts. 9º e 10º). E, por isso sua aplicação subordina-se à aplicação daquelas.
(...)

Inegável que os recorridos se enquadram em mais de uma das condutas vedadas e inseridas no artigo 10, o que deve influir na natureza e intensidade das penalidades.

Doutra banda, não há como retornar ao **statu quo ante**, pois o asfaltamento já foi realizado, mas há que se considerar que a execução da obra foi frontalmente vergastada pela ofensa ao disposto no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

a) Por conseguinte, aplico ao correquerido Edson Edinho Coelho Araújo a penalidade de suspensão dos direitos políticos por cinco anos, e multa civil no valor equivalente a duas vezes o dano econômico causado ao erário, conforme dicção legal [e não da remuneração do agente, como pleiteado pelo Ministério Público]; dano cuja apuração discriminarei na alínea “c”, infra.

b) Com aos corrêus Soquímica Laboratórios Ltda, MWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda e Dorcídio Shiavetto & Filho Ltda, condeno-os nas penalidades de proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, além do ressarcimento (solidário) do dano econômico ao erário municipal.

c) O dano causado ao erário há de ser liquidado levando-se em conta o valor da Contribuição de Melhoria que deixou de ser recolhida pelos detentores de cada um dos lotes mencionados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nestes autos, monetariamente corrigida a partir da data e conforme a legislação vigente na época em que a Municipalidade deveria tê-la lançado (cobrança retroativa, pois). Os juros de mora, à razão de 1% ao mês haja vista a ilicitude dos negócio os ora desfeitos, fluirão a contar da data da celebração de cada um dos acordos ora impugnados.

6- Finalmente, apesar da inversão sucumbencial, entendo indevido o pagamento de honorários advocatícios no caso em tela, prevalecendo o entendimento de que o réu não poderá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios, pois, por força do art. 23 da Lei Federal nº 8.906/94 (EOAB), os honorários advocatícios sucumbenciais pertencem ao advogado; membro do Ministério Público não é advogado (Fredie Didier Junior, Hermes Zaneti Junior - Curso de Direito Processual Civil, volume 4, 6ª edição, página 337, JusPodivm, 2011).

Ante o exposto, por meu voto, dou provimento parcial à apelação ministerial para o fim de:

1º) **Anular os “contratos” simulados entre a Municipalidade de São José do rio Preto e as empresas Soquímica Laboratórios Ltda, MWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda e Dorcídio Shiavetto & Filho Ltda;**

2º) **Condenar as empresas Soquímica Laboratórios Ltda, MWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda e Dorcídio Shiavetto & Filho Ltda, nestas penalidades:**

a) Proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

b) Ressarcimento solidário ao erário, conforme discriminado no item 5, alínea “c”, supra;

3º) **Aplicar ao réu Edson Edinho Coelho Araújo a penalidade de suspensão dos direitos políticos por cinco anos, e multa civil no valor equivalente a duas vezes o dano causado ao erário, cujo valor deverá ser apurado na forma discriminada no item 5, alínea “c”, supra;**

4º) Custas e despesas ex lege" (fls. 1.253/1.267e).

Todos os recorrentes opuseram Embargos de Declaração, que foram apreciados, em acórdão assim fundamentado:

"No caso em testilha, ressalto alguns tópicos dos reclamos trazidos pelas partes embargantes. **Antecipo-me, todos rejeitados, à exceção do reconhecimento da nulidade do negócio realizado, com o retorno à situação anteriormente vigente.** Explico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2- Depreende-se do dispositivo do acórdão impugnado, dentre outras sanções, a ordem de anulação do contrato simulado entre as partes. Todavia, neste capítulo da decisão, razão assiste à Municipalidade Riopretense e, em parte, aos corréus NWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, Soquímica Laboratórios Ltda e Dorcídio Shiavetto & Filho Ltda.

Considerando a consecução da obra, inviável se torna o seu desfazimento, seja pela ilogicidade desse eventual comando, seja pelo risco de prejuízos ainda mais realçados ao erário público. Por absurdo, não há como retornar ao statu quo ante no que tange ao asfaltamento e devolução do terreno, ou seja, o desfazimento do negócio encetado. Curvo-me aos efeitos do tempo, que impedem a completa eliminação de situações consolidadas, cabendo ao julgador, nestes casos, mensurar os prejuízos entre manter e desfazer os atos ilegais praticados.

Esta conclusão não afasta, todavia, o reconhecimento da prática de atos de improbidade. Uma coisa é reconhecer a impossibilidade de eliminação dos danos (consequências), restaurando-se de modo completo à situação fática anterior; outra, completamente distinta, é censurar as causas de tais malfeitos. Este é o cerne da punição que se reprime com espreque na Lei de Improbidade Administrativa.

3- Passo à análise dos demais tópicos, em síntese, trazidos pelas partes, que ficam todos desacolhidos.

3.1- A modalidade das condutas.

O Eg. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o enquadramento de condutas no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 requer a verificação do elemento subjetivo doloso do agente, em sua modalidade genérica (dolo lato sensu).

Por outro lado, o artigo 10 do referido diploma impõe sanções àqueles que incidirem nas condutas de forma dolosa ou culposa na concorrência de atos que causem lesão ao erário.

Assim, não é apenas censurável a sua conduta, situada em esfera alheia ao direito. Ao contrário, a subsunção é plena e direta. É ilícita. Noutras palavras, a improbidade é uma imoralidade qualificada, positivada no ordenamento.

A descrição das condutas está clara o suficiente, para fins de cominação das penalidades, e demonstradas por documentos.

3.2- No que concerne à descrição da área, cuida-se de questão irrelevante, vez que precisamente indicada na petição ministerial, bem como nos acordos firmados.

3.3- A forma de liquidação do dano que tanta controvérsia causou e que considera em projeção a contribuição de melhoria que seria exigível naquela localidade, não tem o escopo de substituir-se ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administrador, co'a procedimentalização estabelecida no Código Tributário Nacional. Em verdade, **cuida-se apenas de um critério utilizado para mensurar o dano, na medida do possível, o mais próximo daquele efetivamente causado ao erário. Não se trata, portanto, de instituir a contribuição de melhoria, mas apenas de estabelecer um critério válido para, na liquidação, apurar o montante da condenação.**

3.4- Sanções proporcionais, em justa medida entre os resultados e os atos, não comportando qualquer alteração. Em sua inteireza, observo a aplicação equitativa das consequências jurídicas. Atos graves reclamam respostas parelhas.

(...)

5- No caso dos autos, forçoso o acolhimento dos embargos da Municipalidade Riopretense e o acolhimento parcial dos embargos dos corréus NWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda, Soquímica Laboratórios Ltda e Dorcídio Shiavetto & Filho Ltda, com excepcional caráter infringente, o que faço para o fim de substituir o dispositivo do V. Acórdão de fls 1163/1180 pela redação abaixo, ficando as demais questões aventadas pelas partes rejeitadas:

Ante o exposto, considerando a impossibilidade de retorno ao statu quo ante com o desfazimento das obras já consolidadas e, por outro lado, a efetiva afronta aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, por meu voto, dou provimento parcial à apelação ministerial para o fim de:

1º) Condenar as empresas Soquímica Laboratórios Ltda, MWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda e Dorcídio Shiavetto & Filho Ltda, nestas penalidades:

a) Proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

b) Ressarcimento solidário ao erário, conforme discriminado no item 5, alínea "c", supra;

2º) Aplicar ao réu Edson Edinho Coelho Araújo a penalidade de suspensão dos direitos políticos por cinco anos, e multa civil no valor equivalente a duas vezes o dano causado ao erário, cujo valor deverá ser apurado na forma discriminada no item 5, alínea "c", supra.

3º) Custas e despesas **ex lege**" (fls. 1.338/1.342e).

1. ALEGADA OFENSA AO ART. 481 DO CPC/73

O MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO e as empresas recorrentes alegam, em seus Recursos Especiais, ofensa ao art. 481 do CPC/73, sob a assertiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o acórdão recorrido teria afastado a incidência da Lei municipal 9.303/2004, sem prévia declaração de sua inconstitucionalidade, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No entanto, tal alegação não merece prosperar, pois o aresto recorrido foi expresso ao decidir que, "mesmo com fundados indícios de inconstitucionalidade da Lei Riopretense nº 9.303/2004, sustento que os atos de improbidade podem ser analisados independentemente da retirada das normas por ela veiculadas do mundo jurídico".

Assim, concluiu o acórdão recorrido que, a despeito da existência de previsão em Lei municipal e independentemente da declaração de sua inconstitucionalidade, pelo Órgão Especial daquela Corte, os atos praticados pelos recorrentes poderiam ser enquadrados como ímprobos, por ter ocorrido indevida dispensa de licitação e implicado em dano ao Erário.

Nesse contexto, não há falar em ofensa ao art. 481 do CPC/73. Nesse sentido, a jurisprudência deste STJ:

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MUNICÍPIO DE BARRA MANSA. ADICIONAIS. BASE DE CÁLCULO. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO VIOLAÇÃO.

1. Não tendo sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivo de lei pelo órgão julgador, não há falar em violação aos artigos 480 e 481 do CPC e ao enunciado 10 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 509.254/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/05/2014).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 480 DO CPC. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Não há que se falar em violação ao artigo 480 do CPC, uma vez que não houve declaração de inconstitucionalidade dos artigos 69 e 70 da Lei Complementar Estadual n. 28/2000, tampouco afastamento destes, mas tão somente a interpretação do direito infraconstitucional aplicável ao caso, com base na jurisprudência desta Corte (AgRg no REsp 1376675/PE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.8.2013).

2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 384.864/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/10/2013).

2. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC/73



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O recorrente EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO, nas razões de seu Recurso Especial, sustenta ofensa ao art. 535, II, do CPC/73, por ter o acórdão recorrido sido omissivo, dentre outros tópicos, quanto à distinção entre improbidade e ilicitude.

Ocorre que, quanto ao ponto, o Tribunal de origem, ao julgar os Embargos de Declaração, opostos pelo recorrente, assim decidiu a questão:

"O Eg. Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o enquadramento de condutas no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992 requer a verificação do elemento subjetivo doloso do agente, em sua modalidade genérica (dolo **lato sensu**).

Por outro lado, o artigo 10 do referido diploma impõe sanções àqueles que incidirem nas condutas de forma dolosa ou culposa na concorrência de atos que causem lesão ao erário.

Assim, não é apenas censurável a sua conduta, situada em esfera alheia ao direito. Ao contrário, a subsunção é plena e direta. É ilícita. Noutras palavras, a improbidade é uma imoralidade qualificada, positivada no ordenamento.

A descrição das condutas está clara e suficiente, para fins de cominação das penalidades, e demonstradas por documentos" (fls. 1.339/1.340e).

Assim, quanto ao ponto, as razões que levaram o Tribunal de origem a prover o apelo, interposto pelo recorrido, encontram-se devidamente expostas, no acórdão recorrido, pelo que não há falar, no ponto, em ofensa ao art. 535 do CPC/73.

Desta forma, o recorrente, ao opor Embargos de Declaração, buscava, no ponto, na verdade, a rediscussão da matéria já decidida.

3. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE EXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO

O recorrente EDSON EDINHO COELHO ARAÚJO e as empresas recorrentes sustentam, nas razões de seu Recurso Especial, ofensa aos arts. 3º, 10, IV, VIII e X, e 11 da Lei 8.429/92, por não ter sido demonstrada, no acórdão recorrido, a existência do elemento subjetivo, necessário à configuração de ato de improbidade administrativa.

Quanto ao ponto, cumpre destacar que, em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Nesse sentido:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ERÁRIO. SANÇÕES PREVISTAS NO ARTS. 10 E 12 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA, *IN CASU*, DO ELEMENTO SUBJETIVO DE IMPROBIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. DECISÃO IMPUGNADA CONFORME A ORIENTAÇÃO DO STJ.

1. Na origem, a empresa vencedora de certame licitatório formulou requerimento administrativo de devolução da multa que lhe fora aplicada pelo atraso na entrega dos produtos licitados. Diante do deferimento desse pleito, o Ministério Público postula a condenação do gerente financeiro da Conab pelas sanções do art. 10 da LIA.

2. **"A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10"** (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, dje 28.9.2011).

3. Ademais, a aplicação das sanções da LIA deve ser fundamentada, "levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). (REsp 765.212/AC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 23.6.2010).

4. *In casu*, todavia, o acórdão impugnado registra que o demandado não agiu de forma açodada ou desassistida, pois a devolução da multa se deu com base em "diversos despachos favoráveis ao pleito da Princesa Cereais" e em reuniões com o titular e o Superintendente da Gepro, quando constataram que a própria Conab possuía débitos perante a Princesa Cereais.

5. Ainda que a devolução dos valores não estivesse prevista no edital, a compensação idealizada pelo demandado encontra amparo legal no art. 40, XIV, alínea "d", da Lei 8.666/93, que estabelece ser obrigatória a indicação editalícia das condições de pagamento, prevendo "compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamento".

6. Estando evidenciada, na espécie, a ausência de má-fé ou de desonestidade do demandado, não é o caso de tipificar sua conduta como ato de improbidade administrativa.

7. Também não há como acolher a sustentada divergência jurisprudencial, uma vez que não realizado cotejo analítico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Recurso Especial não provido" (STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ENGENHEIRO, COM PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, EM RAZÃO DE ENTENDER-SE SINGULAR O SERVIÇO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONCLUI PELA NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, MAS CONSIGNA A DESNECESSIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO DOLO E DO PREJUÍZO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO IMPROBO.

1. Recurso especial no qual se discute se a contratação de engenheiro, sem procedimento licitatório, por se entender singular o serviço, configura ato ímprobo descrito no artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992.

2. No caso, o Tribunal de origem, entendendo ser desnecessária a demonstração do dolo e presumindo o prejuízo ao erário, considerou ilegítima a contratação de engenheiro, com procedimento de inexigibilidade, porque os serviços não seriam singulares, daí porque condenou os réus, pela prática de ato ímprobo enquadrado nos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, na pena de ressarcimento.

3. O STJ tem externado, pacificamente, que improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (AIA n. 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). Nessa linha, não se sustenta a condenação dos recorrentes, seja pelo art. 10, seja pelo art. 11, da Lei n. 8.429/1992.

4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014).

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ATO ÍMPROBO. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES.

1. Pleiteia o Ministério Público a condenação do agravado por improbidade administrativa, decorrente da celebração de "termos e aditivos sem o necessário procedimento licitatório e sem o devido procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação por mais de dez anos".

2. As considerações feitas pelo Tribunal de origem afastam a prática do ato de improbidade por violação de princípios da administração pública, uma vez que não foi constatado o elemento subjetivo do dolo na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta do agente, mesmo na modalidade genérica, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.

3. O Tribunal a quo decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que "a caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico" (EResp 772.241/MG, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 6/9/2011). Outros precedentes: AgRg nos ERESp 1.260.963/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3/10/2012; e AgRg nos EAREsp 62.000/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/9/2012. Incidência da Súmula 83/STJ.

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014).

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO, SEM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA A AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA.

1. Agravo regimental contra decisão que, com apoio no entendimento jurisprudencial do STJ, negou seguimento a recurso especial interposto contra acórdão que externou: "o Administrador Público não pode ser condenado por ato de improbidade, quando se constata que deixou de realizar licitação em razão de parecer da Procuradoria Municipal, que recomendou a inexigibilidade do ato licitatório. Ante a inexistência de prova robusta de que os réus da ação de improbidade deixaram de realizar o procedimento de inexigibilidade de licitação, não há como falar em imposição da pena prevista na lei federal 8.429/92".

2. O entendimento jurisprudencial do STJ é pacífico no sentido de que improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente; [é] indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (AIA . 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011).

3. E a situação fática consignada pelo acórdão recorrido não induz à conclusão de que tenha havido ato de improbidade, porquanto, conforme os elementos de prova nos autos, não se observou conduta dolosa ou culposa na prática do ato investigado.

4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.224.462/MG,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/10/2013).

Igualmente, não se desconhece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em regra, a análise quanto à presença ou não do elemento subjetivo, necessário à configuração do ato de improbidade administrativa, demanda o reexame de matéria fática, vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. A propósito: STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/04/2016.

O presente caso, porém, possui peculiaridades que, ao meu ver, afastam a incidência do referido óbice sumular, bastando, para exame do assunto, a leitura do acórdão recorrido, com possibilidade de valoração jurídica dos fatos incontroversos, tal como ali postos.

Isso porque os recorrentes defendem, em síntese, que, ainda que se possa questionar a constitucionalidade das Leis municipais 9.303/2004 e 9.334/2004, não haveria improbidade administrativa, pois a existência de autorização legislativa para a permuta questionada demonstraria que os atos impugnados não teriam sido praticados com dolo ou culpa.

Já o Tribunal de origem, conforme transcrições acima, entendeu que, a despeito da autorização em Lei municipal, como tais normas conteriam fundados indícios de inconstitucionalidade, os atos impugnados teriam violado os princípios que regem a Administração Pública, em especial o da legalidade, por terem dispensado indevidamente a licitação, cabível para a execução de obras contratadas, causando, ainda, dano ao Erário.

Assim, não há controvérsia, nos autos, quanto à existência dos atos impugnados: Lei municipal autorizou que as empresas recorrentes, adquirentes de lotes de propriedade do Município, para a implantação de Distrito Industrial, quitassem os valores residuais devidos pela compra de tais lotes, mediante execução de obras de asfaltamento e instalação de guias e sarjetas em rua de acesso ao aludido Distrito Industrial, nele localizada.

Também não há controvérsia quanto à execução e entrega das obras, pelas empresas recorrentes, ou questionamento quanto aos valores despendidos e à sua correspondência em relação ao montante devido pela compra dos terrenos. Como consignado no acórdão recorrido, a Administração adotou, em 2004, para o valor das obras, os parâmetros aferidos em processo licitatório anterior (Concorrência Pública 39/2003), para a pavimentação de outras ruas do Município (fl. 1.258e).

O que está em discussão é se a existência de lei local autorizadora das permutas, ainda que de questionável constitucionalidade, seria suficiente para descaracterizar a prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na indevida dispensa de licitação para a execução de obras.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao tratarem a respeito do tema, relacionado ao ato praticado com base em lei inconstitucional, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (*Improbidade Administrativa*, 8.ed. São Paulo : Saraiva, 2014, pp. 546/548), assim discorrem:

"Partindo-se da premissa de que o Chefe do Executivo está autorizado a descumprir os comandos normativos inconstitucionais, põe-se o problema de saber se a observância desses comandos, com a correlata prática de um ato dissonante da Constituição, pode configurar a improbidade administrativa.

Identificada a dissonância entre dois comandos normativos, **in casu**, a Constituição e a lei, sendo um deles o fundamentos daquele que deva ser observado. Assim, optando por observar um comando nulo, como sói ser a lei inconstitucional, o agente agirá ao arrepio da ordem jurídica, o que, **ipso facto**, justificaria a incidência da Lei n.º 8.429/1992. A simplicidade dessa construção, no entanto, rivaliza com a sua fragilidade, pois parte da premissa de que a inconstitucionalidade é normalmente visível aos olhos do **homo medius**, que livremente anui a esse vício e relega a plano secundário a ordem constitucional. Tratando-se de raciocínio artificial e que destoa da realidade, não é razoável transportá-lo para o plano do direito sancionador, máxime quando constatamos que o agente público sofrerá severas punições a partir de uma presunção que pode não encontrar correspondência no elemento subjetivo de sua ação.

A obtenção de uma solução justa e racional, harmônica com a ordem constitucional e o sistema punitivo da Lei n.º 8.429/1992, exige que a questão seja analisada a partir do elemento subjetivo que norteou a ação do agente. Com isto, substitui-se um referencial objetivo, insensível à realidade e ao animus do agente, por outro que revele a anuência ao ilícito e o total desprezo pela ordem jurídica.

A individualização do dolo ou da culpa do agente, nesse último caso com a só possibilidade de enquadramento da conduta na tipologia do art. 10 da Lei n.º 8.429/92, exigirá seja aferido o nível de intensidade do vício de inconstitucionalidade. Em outras palavras, era ele perceptível aos olhos de um administrador minimamente diligente? Ou dependia de um juízo crítico que somente técnicos mais qualificados estariam habilitados a realizar? A resposta a esses questionamentos deve ser obtida em conformidade com as circunstâncias do caso concreto, permitindo seja verificada eventual participação do agente na edição do ato legislativo e a existência de uma possível harmonia de entendimento, no âmbito do Poder Judiciário, em relação à sua inconstitucionalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É importante ressaltar, no entanto, que a sedimentação da jurisprudência no sentido da inconstitucionalidade da lei, por si só, nem sempre será decisiva para a reprovação da conduta do agente. Afinal, a interpretação constitucional é naturalmente prospectiva, não sendo incomum, com o evoluir da sociedade, receba distintas interpretações. É necessário um **plus**, permitindo demonstrar que o atuar do agente público não resultou de novas perspectivas de análise, **mas, sim, de um nítido propósito de afrontar a ordem constitucional.**

Constatando-se que o agente agiu com dolo ou culpa, será possível avançar no **iter** de individualização do ato de improbidade, em especial com a utilização do critério de proporcionalidade, apontando para a possibilidade, ou não, de incidência da Lei n.º 8.429/1992 ao caso.

A partir das diretrizes anteriormente fixadas, pode-se afirmar, à guisa de ilustração, que a contratação de (1) servidores públicos, fora das situações autorizadas pela Constituição da República, sem a prévia realização de concurso público, e (2) de obras e serviços, não antecedida de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, ainda que amparadas por lei autorizadora – normalmente emanada de ente federado que não era competente para tanto –, será indiciária da prática de atos de improbidade. Essa constatação será especialmente realçada quando leis de idêntico teor, emanadas do mesmo ente federado, já tenham sido declaradas inconstitucionais em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

(...)

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela não configuração de improbidade na permuta, autorizada em lei municipal, de imóveis urbanos por outro localizado em zona rural, o que teria atentado contra os princípios administrativos e causado dano ao erário, isso em razão da ausência de dolo. O mesmo ocorreu em relação à realização de contratações temporárias ao abrigo de lei de 'questionável validade'; à utilização, pelo Prefeito, consoante autorização legal, de servidores da Guarda Municipal para promover sua própria proteção e segurança; e à nomeação de agentes comissionados, consoante autorização legal, para exercer as funções de agente municipal de trânsito, de modo a viabilizar convênio celebrado com o Estado. Já em relação à edição de lei inconstitucional, aumentando os subsídios dos vereadores, admitiu a responsabilidade pessoal destes últimos, isso em razão do atuar doloso, afastando, inclusive, a própria imunidade parlamentar. Nesse caso, ressaltou que as leis de efeitos concretos são meros atos administrativos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Posteriormente, no entanto, reconheceu a improbidade em situação em que se mostraram evidentes o ardil e a consciência da inconstitucionalidade".

Conforme destacado acima, o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes no sentido de que, sendo o ato impugnado praticado com base em lei local, ainda que de questionável constitucionalidade, estaria afastado o elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade. A propósito, cito os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ÓRGÃO DE IMPRENSA COMO VEÍCULO DE PUBLICIDADE OFICIAL, SEM LICITAÇÃO. PREVISÃO NA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTE, NOS AUTOS DA AÇÃO DE IMPROBIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. EXTENSÃO AOS LITISCONSORTES. EFICÁCIA EXPANSIVO-SUBJETIVA DO RECURSO.

1. A condenação por ato de improbidade administrativa (Lei 8.492/92 - art. 11), confirmada no Tribunal de origem, se deu à conta de ter o recorrente contratado jornal regional como veículo de publicidade das leis e atos administrativos da Câmara de Vereadores do Município de Conceição da Barra/ES, sem licitação, com base em previsão da Lei Orgânica do Município, segundo a qual "fica adotado como imprensa Oficial do Município o Jornal Vale do Itaúnas, de propriedade da Editora Vale de Itaúnas Ltda-SC, que..." (art. 124, § 3º).

2. **Não se caracteriza o dolo genérico quando a conduta do agente público, mesmo que de questionável validade em razão da vigência dos preceitos legais e constitucionais relativos à matéria, se deu com base em lei municipal em vigor quando da prática do ato, com presunção de constitucionalidade, ainda que (como no caso) declarada inconstitucional nos próprios autos do processo de improbidade administrativa.** (Cf. inter alios, AgRg no REsp 1358567/MG, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 09/06/2015; EAREsp 184.923/SP, 1ª Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 05/03/2015; REsp 1231150/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 12/04/2012; e AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25/11/2011.)

3. **É também da jurisprudência consolidada da Corte que, tratando-se de imputação de ato de improbidade pelo tipo do art. 11 da Lei 8.429/92, exige-se a demonstração de que a ação se deu com dolo, quando não específico, pelo menos genérico,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese não ocorrente nos autos, pela existência de norma local autorizando a atuação do administrador.

4. Recurso especial provido. Extensão dos efeitos da decisão aos litisconsortes passivos que, condenados pelo mesmo bloco fático, não recorrerem, em face da eficácia expansivo-subjetiva do recurso (art. 509 - CPC). Precedentes: REsp 324.730/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 26/05/2003; e REsp 1.366.676/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 24/02/2014" (STJ, REsp 1.426.975/ES, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/02/2016).

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AMPARO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). ART. 11 DA LEI 8.429/92.

1. Não caracteriza ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 a contratação de servidores sem concurso público baseada em legislação municipal, por justamente nesses casos ser difícil de identificar a presença do elemento subjetivo necessário (dolo genérico) para a caracterização do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública. Precedentes: REsp 1.248.529/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 166.766/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/10/2012, REsp 1231150/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 12/04/2012.

2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.358.567/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/06/2015).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS IRREGULARES. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. NECESSIDADE. NÃO-CONFIGURAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que para a configuração de improbidade por atentado aos princípios administrativos (art. 11 da Lei 8.429/1992) é necessário apenas o dolo genérico, sendo dispensável o dolo específico.

2. No presente caso, pela leitura do acórdão recorrido, extrai-se que o Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, com suporte em análise circunstancial do acervo fático-probatório, afastou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dolo consignando não evidenciadas as condutas ímprobas do apelado, que agiu com respaldo em legislação vigente. Ora, a verificação acerca da existência do dolo demandaria, no caso específico, a análise de lei local e dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em recurso especial, ante as orientações contidas nas Súmulas 280/STF, por analogia, e Súmula 7/STJ.

3. Ademais, as contratações impugnadas, embora sim de questionável validade em razão da vigência dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e excepcionalidade da contratação temporária, foram firmadas com base em lei municipal que estava em vigor quando da contratação, gozando tal lei de presunção de constitucionalidade, o que descaracteriza o elemento subjetivo doloso. Precedentes: REsp 1231150/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 12/04/2012; AgRg no Ag 1324212/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 13/10/2010.

4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.312.945/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/08/2012).

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. CONTRATAÇÃO DIRETA DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DEIXA DE SINDICAR SOBRE ATUAÇÃO DOLOSA DO RECORRENTE. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO ATO REPUTADO ÍMPROBO AO TIPO PREVISTO INDIGITADO DISPOSITIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA ARRIMADA NA LEI MUNICIPAL N. 1.130/97. NECESSIDADE EXCEPCIONAL DO INTERESSE PÚBLICO.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos deduzidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar o decisor.

2. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011; REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; e EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.

2. *In casu*, a Corte de origem condenou o recorrente pela prática de ato de improbidade administrativa por violação do art. 11 da Lei n. 8.429/92. Todavia, não sindicou sobre a eventual conduta dolosa do recorrente. Tanto assim, que consignou ser despicienda a existência de dolo ou de culpa na conduta do agente (fl. 200). Logo, está evidenciado que não houve a subsunção da conduta reputada ímproba ao tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

3. **Ademais, a contratação direta de servidores temporários por excepcional interesse público não enseja a condenação por ato de improbidade, a *fortiori* estando arrimada na Lei Municipal n. 1.130/97, que justamente expunha essa necessidade excepcional e cuja constitucionalidade era de se presumir.** Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1.191.095/SP, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/11/2011; e AgRg no Ag 1.324.212/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/10/2010.

4. Recursos especial provido" (STJ, REsp 1.261.994/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/04/2012).

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública contra ex-prefeito de Município por contratação irregular de 28 servidores públicos por meio de contratos administrativos temporários constantemente renovados.

2. A sentença de improcedência foi mantida pelo Tribunal *a quo*.

3. O dolo, ainda que genérico, é elemento essencial dos tipos previstos nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92.

4. **O STJ, em situações semelhantes, entende ser "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".** Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25.11.2011 e AgRg no Ag 1.324.212/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.10.2010.

5. Recurso Especial não provido" (STJ, REsp 1.231.150/MG, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/04/2012).

No caso, como visto das transcrições acima, o reconhecimento do ato de improbidade deu-se ao fundamento de que, como a apontada Lei municipal conteria fortes indícios de inconstitucionalidade, os atos praticados pelos recorrentes teriam violado os princípios que regem a Administração Pública e causado dano ao Erário.

Ocorre que, nos termos da doutrina e precedentes mencionados, não basta, para fins de caracterização de ato de improbidade administrativa, eventual inconstitucionalidade da lei que tenha autorizado a prática do ato impugnado. Ou seja, como proclama a doutrina citada, "a obtenção de uma solução justa e racional, harmônica com a ordem constitucional e o sistema punitivo da Lei n.º 8.429/1992, exige que a questão seja analisada a partir do elemento subjetivo que norteou a ação do agente. Com isto, substitui-se um referencial objetivo, insensível à realidade e ao *animus* do agente, por outro que revele a anuência ao ilícito e o total desprezo pela ordem jurídica".

Na hipótese em exame, chama a atenção o fato de constar, no acórdão recorrido (fls. 1.255/1.256e), que, em outra demanda similar, também envolvendo o recorrente EDSON EDINHO COELHO ARAUJO, o Tribunal de origem, em 01/08/2011, entendeu não haver improbidade administrativa, justamente pelo fato de o ato impugnado ter sido praticado com base em lei municipal.

Naquele caso, apreciou-se demanda envolvendo outra permuta entre imóveis do Município com obras e serviços de engenharia, a cargo da empresa Grupofort Construções e Incorporações, para a construção de uma unidade de saúde, também **autorizada por lei municipal, contemporânea à questionada na presente ação**, cuja Ação Direta de Inconstitucionalidade é mencionada pelo recorrido, em sua inicial (fl. 5e).

Assim, ainda que não haja caráter vinculante entre tais ações, tal fato deve ser levado em consideração na análise da presença do elemento subjetivo no agir dos recorrentes, mormente quando não acrescentado, no caso, qualquer outro elemento fático à causa.

Com efeito, a sentença de improcedência da ação de improbidade concluiu **"ter havido, inclusive, autorização legislativa, em mais uma demonstração que, somada às anteriores** (ser "fato incontroverso nos autos que os valores da obra foram objeto de concorrência anterior (n. 39/03 - fl. 117/121), e não despertam, por si, suspeita de irregularidade" (fl. 1.145e); "a pavimentação asfáltica, a seu lado, ocorreu e foi regularmente recebida pela municipalidade, com a consequência cessão oportuna do domínio dos terrenos às empresas realizadoras do serviço (o que mais caracteriza dação em pagamento do que permuta) (fl. 1.145e)"; "além da inexistência de prejuízo, o caráter de publicidade foi prestigiado, já que não se tratou de negociação feita às escuras" (fl. 1.145e); "há dispositivo na lei Orgânica Municipal que autoriza, fundado na competência suplementar, a dispensa de licitação em casos de peculiar interesse, como a instalação de indústria e a criação de emprego" (fl. 1.146e)), **atesta que a conduta do administrador no caso se revestiu de boa-fé"** (fl. 1.146e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão recorrido deu provimento à Apelação do Ministério Público do Estado de São Paulo, para condenar os réus por ato de improbidade administrativa tipificado nos arts. 10, IV, VIII e X, e 11 da Lei 8.429/92, aplicando-lhes, porém, as sanções correspondentes ao art. 12, II, da mesma Lei, por lesão ao Erário.

Entretanto, leitura atenta do acórdão que julgou a Apelação, bem como do que apreciou os Declaratórios, em 2º Grau, revela que neles não se demonstrou a presença do elemento subjetivo, necessário à configuração do ato de improbidade.

Mesmo o acórdão que julgou os Declaratórios, após discorrer, genericamente, sobre o elemento subjetivo exigido pelos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/92, concluiu apenas que, no caso, a conduta seria ilícita, por dispensa de licitação (fls. 1.339/1.340e), sem nada fundamentar quanto à atuação dolosa ou culposa do administrador, ou permeada de má-fé, na situação **sub judice**.

Como decidiu a Segunda Turma do STJ – em caso de ação de improbidade administrativa por contratação irregular de servidores públicos, mediante contratos administrativos temporários constantemente renovados, com fundamento em Lei municipal autorizadora –, "o STJ, em situações semelhantes, entende ser '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'. Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 25.11.2011 e AgRg no Ag 1.324.212/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.10.2010" (STJ, REsp 1.231.150/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 12/04/2012).

Nesse contexto, levando em consideração que **(a)** havia Lei municipal autorizando a permuta questionada, na presente ação; **(b)** além da aventada inconstitucionalidade da referida Lei municipal – que não restou declarada –, não foram apontados, no acórdão recorrido, elementos concretos, no sentido de que os recorrentes tenham agido de forma dolosa ou culposa; **(c)** não foram indicados vícios, na execução das obras, discrepâncias nos valores despendidos ou falta de equivalência entre o custo da obra e o montante devido pela compra dos terrenos; e **(d)** as obras foram realizadas e regularmente recebidas pela Administração, como admitido na própria inicial, entendo que não estão presentes os requisitos para a configuração da prática de ato de improbidade administrativa, não bastando, para tanto, a suposta inconstitucionalidade da Lei municipal, sequer formalmente declarada.

Vale destacar que o entendimento ora adotado não implica reconhecer como válida a prática de atos como os apontados na inicial ou autorizar que tal conduta seja reiterada, pelo Município de São José do Rio Preto, mas apenas decidir que, à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há, no acórdão recorrido, elementos necessários à condenação por improbidade administrativa, à minguada demonstração do elemento subjetivo, indispensável à configuração de ato ímprobo.

Tendo em vista o entendimento adotado acima, fica prejudicado o exame das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais alegações, expostas pelos recorrentes.

Ante o exposto, **conheço** do Recurso Especial do Município de São José do Rio Preto e **nego-lhe provimento**. **Conheço** dos Recursos Especiais interpostos por MWA COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., SOQUÍMICA LABORATÓRIOS LTDA - EPP, DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA. - EPP e EDSON EDINHO COELHO ARAUJO e **dou-lhes provimento**, para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido, restabelecendo a sentença de fls. 1.144/1.146e.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2015/0119398-8

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.635.846 / SP

Números Origem: 00639003420078260576 0063900342007826057650000 20120000673909 20130000607236
3703407 370342007 639003420078260576 63900342007826057650000 990105032052

PAUTA: 06/12/2016

JULGADO: 13/12/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. SANDRA VERÔNICA CUREAU

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDSON EDINHO COELHO ARAUJO
ADVOGADOS : LUIS JUSTINIANO DE ARANTES FERNANDES - SP119324
FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO - SP112208
EVANE BEIGUELMAN KRAMER - SP109651
LUIS JUSTINIANO HAIEK FERNANDES - DF002193A
FREDERICO JURADO FLEURY - SP158997
RECORRENTE : M W A COMERCIO DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA
RECORRENTE : SOQUIMICA LABORATORIOS LTDA - EPP
RECORRENTE : DORCIDIO SCHIAVETTO & FILHO LTDA - EPP
ADVOGADOS : FERNANDO YUKIO FUKASSAWA E OUTRO(S) - SP141626
HÉLCIO DANIEL PIOVANI - SP224748
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
PROCURADOR : CECÍLIA CICOTE E OUTRO(S) - SP237996
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). LUIS JUSTINIANO HAIEK FERNANDES, pela parte RECORRENTE: EDSON EDINHO COELHO ARAUJO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso do Município de São José do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rio Preto; deu provimento aos recursos de MWA Comércio de Produtos Alimentícios Ltda., Soquímica Laboratórios Ltda - EPP, Dorcidio Schiavetto & Filhos Ltda. - EPP e Edson Edinho Coelho Araujo, nos termos do voto da Sra. Ministra-Relatora."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.