

RECURSO ESPECIAL Nº 1.780.769 - MA (2018/0303404-2)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO
RECORRIDO : SERGIO RICARDO DE ALBUQUERQUE BOGEA
ADVOGADOS : GILSON ALVES BARROS - MA007492
THIAGO ANDRE BEZERRA AIRES - MA018014

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, assim ementado:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE. DEFERIMENTO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEIÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. IMPROVIDA APELAÇÃO.

I. Considerando as razões apresentadas, deve ser deferido o pedido de efeito suspensivo de modo a se evitar que o Recorrente suporte prejuízos de difícil reparação. Efeito suspensivo concedido.

II. 'O julgamento antecipado da lide somente implica cerceamento de defesa, quando há necessidade de produção de prova, o que não é a hipótese dos autos, incidindo a regra do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz deve conhecer do pedido, proferindo sentença, 'quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência'. [...] (Ap 0018812017, Rel. Desembargador(a) JAMIL DE MIRANDA GEDEON NETO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, julgado em 01/06/2017, DJe 12/06/2017).

III. A jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça e do STJ é pacífica no sentido de que a contratação de servidor sem concurso público caracteriza-se como ato de improbidade, com enquadramento da conduta nas prescrições do art. 11 da Lei 8.429/1992, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido.

IV. Embora inexista declaração de inconstitucionalidade por esta Corte, malgrado a desconformidade da Lei Municipal com os

parâmetros constitucionais, por vício de proteção insuficiente moralidade pública e indisponibilidade do interesse público. A Lei Municipal deve ser interpretada em conformidade com a Constituição, em especial nas hipóteses legais em que se admite a contratação temporária, tendo como limitador de sua amplitude semântica a temporariedade da necessidade da contratação, ainda que a atividade legalmente autorizada seja de caráter regular ou permanente.

V. Apelo improvido de acordo com parecer do Ministério Público" (fls. 219/220e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 237/268e), os quais restaram acolhidos, com efeitos infringentes, nos termos da seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. VÍCIOS CONSTATADOS. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. LEIS MUNICIPAIS AUTORIZADORAS. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. EFEITOS MODIFICATIVOS. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I. Os embargos de declaração (art. 1.022 do CPC) constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impunha pelo acórdão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, servindo, dessa forma, como instrumento de aperfeiçoamento do julgado.

II. A contratação temporária de servidor público com base em norma municipal, in casu, nas Leis Municipais n.ºs. 036 de 29 de janeiro de 2010, 042 de 14 de março de 2011 e 046 de 31 de janeiro de 2012 (43/55) que não foram reconhecidas como irregulares, não implica em ocorrência de improbidade administrativa.

III. Não restando comprovado o desvio de finalidade do ato praticado pelo Administrador Municipal e considerando a presunção de constitucionalidade de que gozam as leis, somados à ausência de prejuízo ao erário, tornam-se inaplicáveis as sanções inscritas na Lei n.º 8.429/92.

IV. Embargos acolhidos, com efeitos modificativos" (fl. 289e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, a, da Constituição Federal, a parte ora recorrente aponta violação ao art. 11 da Lei 8.429/92,

sustentando a caracterização de ato de improbidade administrativa por parte do recorrido, "enquanto Prefeito do Município de Primeira Cruz/MA, consistente na contratação irregular de servidor" (fl. 321e). Aduz, ainda, que "as invocadas Leis Municipais nºs 036/2010, 042/2011 e 046/2012, não tiveram (...) intenção, e nem efetivamente disciplinaram, contratações por prazo determinado" (fl. 332e).

Por fim, requer "seja conhecido e provido o presente Recurso Especial, reformando-se o (...) Acórdão nº 226.201/2018 (...), com a devida condenação do ora Recorrido, conforme determinado na sentença de fls. 83/93" (fl. 332e).

Contrarrazões a fls. 359/365e.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 367/369e).

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 390/393e, pelo não provimento do recurso.

A irresignação não merece prosperar.

Na origem, o Ministério Público do Estado do Maranhão ajuizou Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa em face de Sérgio Ricardo de Albuquerque Bogéa, ex-Prefeito do Município de Primeira Cruz/MA, imputando-lhes a prática de ato de improbidade administrativa, consistente na contratação de servidora sem a prévia aprovação em concurso público. Pugna o **Parquet** estadual pela condenação do réu como incurso no art. 11 da Lei 8.429/92.

Julgada procedente a demanda, recorreu o réu, restando tendo sido reformada a sentença, pelo Tribunal local.

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). Nesse sentido:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO 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.

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

No caso, o Tribunal de origem reformou, por ocasião do julgamento dos Embargos Declaratórios de fls. 237/268e, a sentença de procedência dos pedidos, concluindo pela inexistência de dolo ou culpa do réu, mormente considerando a existência de "pelo menos 03 (três) Leis Municipais que autorizavam, à época, a contratação de servidores temporários" (fl. 294e).

Sobre o assunto, cabe registrar que esta Corte 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, como no caso.**

A propósito, os seguintes precedentes:

"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 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).

Assim, diante do contexto fático delineado pelas instâncias de origem, não há como reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, como pretende o **Parquet**.

Ademais, ainda que assim não fosse, infirmar os fundamentos do acórdão – para acolher a pretensão do agravante e reconhecer a existência do elemento subjetivo necessário à configuração do ato ímprobo – demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Por fim, aferir as alegações da parte recorrente, no sentido de que "as invocadas Leis Municipais nºs 036/2010, 042/2011 e 046/2012, não tiveram (...) intenção, e nem efetivamente disciplinaram, contratações por prazo determinado" (fl. 332e), ensejaria o exame análise de legislação local. Assim, inviável a análise do ponto, ante o óbice da Súmula 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ACÓRDÃO EMBASADO EM NORMA DE DIREITO LOCAL. LEI MUNICIPAL N. 4.994/95. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 280/STF. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 para o presente Agravo Interno, embora o Agravo em Recurso Especial e o Recurso Especial

estivessem sujeitos ao Código de Processo Civil de 1973.

II - Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, rever acórdão que demanda interpretação de direito local, à luz do óbice contido na Súmula n. 280 do Supremo Tribunal Federal.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 1.170.491/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/03/2018).

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II, do RISTJ, **nego provimento** ao Recurso Especial.

Não obstante o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016 será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do NCPC"), deixo de majorar os honorários advocatícios, tendo em vista que, na origem, não houve prévia fixação de honorários sucumbenciais.

I.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora