



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 734.984 - SP (2005/0044974-2)

RELATOR : MINISTRO JOSÉ DELGADO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO LUIZ FUX
RECORRENTE : ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI
ADVOGADO : FLÁVIO CROCCE CAETANO E OUTRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.

3. É que *"o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público."* (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em *"O Limite da Improbidade Administrativa"*, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). *"A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto"* (Alexandre de Moraes, in *"Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional"*, Atlas, 2002, p. 2.611). *"De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado"* (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999). (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006)

4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incurso em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (**art. 9º**); b) que causem prejuízo ao erário público (**art. 10**); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (**art. 11**), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

5. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, após o voto-vista da Sra. Ministra Denise Arruda, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (voto-vista).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 18 de dezembro de 2007(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIZ FUX
Relator p/ Acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2005/0044974-2

REsp 734984 / SP

Números Origem: 12641997 1946195204 200400868450

PAUTA: 26/06/2007

JULGADO: 26/06/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI

ADVOGADO : FLÁVIO CROCCE CAETANO E OUTRO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: Ação Civil Pública

CERTIDÃO

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

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de junho de 2007

MARIA DO SOCORRO MELO

Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 734.984 - SP (2005/0044974-2)

RECORRENTE : ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI
ADVOGADO : FLÁVIO CROCCE CAETANO E OUTRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): Cuida-se de recurso especial (fls. 584/623) interposto por Aduino Aparecido Scardoelli, com fulcro no art. 105, III, alínea "a", do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela 2ª Câmara de Direito Público do TJSP, assim ementado (fl. 505):

Ação Civil Pública - Licitação - Contrato - Pena - Embora possível a dispensa da licitação não o é a dispensa do contrato formal. Pena que pode ser mitigada pelo Juiz. Preliminares rejeitadas. Recurso de agravo retido improvido. Recurso de apelação do Ministério Público provido em parte. Recurso do co-réu prejudicado.

Embargos de declaração foram opostos e assim decididos (fl. 544):

Embargos de declaração - Omissão e contradição - Inexistentes a omissão e a contradição rejeitam-se os embargos.

Tratam os autos de ação civil pública por improbidade administrativa com pedido anulatório movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Aduino Aparecido Scardoelli, Prefeito Municipal de Matão, na legislatura de 1997/2000. Foi atribuída ao réu a suposta prática das condutas tipificadas nos arts. 10, VIII, e 11, caput, I, da Lei n. 8.429/92, ao ratificar contratação sem o devido procedimento licitatório das emissoras de Rádio Saudades FM Ltda. e Notícias Brasileiras Ltda. visando a divulgação publicitária de atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração do governo municipal. Postulou, liminarmente, a suspensão dos pagamentos às emissoras contratadas, o reconhecimento da nulidade do procedimento de "inexigibilidade de licitação" relativo à autorização de prestação de serviços firmada com as emissoras, assim como questionou o fato de não ter sido realizado contrato formal.

O *Parquet* solicitou na exordial:

a) a condenação do requerido ao ressarcimento integral aos cofres públicos dos danos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

advindos com os pagamentos realizados e os vindouros;

- b) a perda da função pública;
- c) a suspensão dos direitos políticos;
- d) o pagamento de multa civil;
- e) a proibição de o prefeito proceder à contratação com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios.

O juízo de primeiro grau concedeu a liminar pleiteada (fl. 55).

O Município de Matão interpôs agravo de instrumento requerendo a suspensão da liminar, que não foi provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 240/242). Inconformado, apresentou agravo regimental que não logrou êxito (fl. 243), mantendo-se o teor da decisão hostilizada.

Designada audiência de conciliação que resultou infrutífera.

Manifestação do réu requerendo o deslocamento da ação civil pública para o Tribunal Estadual em razão do foro privilegiado, pleito esse não atendido pelo Juízo de primeiro grau (fl. 319). Seguiram-se novas manifestações do réu, além da interposição de agravo retido informando que o TJSP anteriormente rejeitara denúncia fundada nos mesmos fatos descritos na presente ação civil pública.

Sobreveio sentença, às fls. 360/372, que julgou improcedente a ação civil pública sob o fundamento de que "a conduta do Prefeito está dentro dos limites da discricionariedade administrativa agindo razoavelmente como administrador de interesses alheios. Não se pode dizer que houve desperdício do dinheiro público e danos ao erário".

Dessa decisão advieram apelações do Ministério Público e do réu, além do agravo retido anteriormente interposto pelo requerido.

No seu recurso, o MP sustentou ser imprescindível a realização da licitação, bem como alegou a obrigatoriedade de lavrar-se contrato formal, sendo insuficiente o documento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorização de compras e serviços firmado entre a prefeitura e as emissoras de rádio, em face da possibilidade de competição entre as emissoras locais e regionais. Argüiu, ainda, a possibilidade de anulação do ato ímprobo, bastando, para tanto, a simples constatação de existência de prejuízo moral.

No apelo apresentado pela parte adversa, o réu alegou que a ação possuía contornos políticos, e que idêntica denúncia já fora rejeitada pela Corte Estadual, resultando na perda de objeto do atual pleito. Por fim, requereu a condenação do *Parquet* ao pagamento da verba honorária por improcedência do pedido formulado na inicial.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar o agravo retido, não o proveu sob o argumento de que a Constituição daquele Estado fixou a competência originária para a Corte Estadual julgar o prefeito municipal apenas nos casos de crimes comuns, o que não ocorre na espécie. Outrossim, consignou que o fato de o TJSP ter anteriormente rejeitado denúncia contra o requerido não impõe a extinção do processo, pois estribada em fato duplo: "contratação sem licitação" e "ausência de contrato". Assim, "o afastamento de um não elide o prosseguimento da ação em relação a outro, razão pela qual não pode o processo ser extinto como pleiteado".

A Corte *a quo* rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público e a inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa argüidas por se tratar de ação em que se pretende defender o patrimônio público. Ressaltou, por outro lado, a obrigatoriedade de se erigir contrato, em virtude do que estabelece a Lei n. 8.666/93, que, em seu art. 62 impõe a realização de documento formal nos casos de dispensa/inexigibilidade de licitação. Desse modo, por tratar de ato essencial não pode ser suprido mediante mero instrumento de autorização de compras e serviços.

Nesse esteio, entendeu que o réu afrontou a Lei de Licitações por contrariar o estatuído no art. 62, incidindo na regra inserta no art. 11, *caput*, da Lei n. 8429/92, ao dispensar a elaboração de contrato, praticando ato atentatório aos princípios da Administração Pública, violando o dever de legalidade. Além disso, destacou que a prefeitura, nas legislaturas anteriores, cumprira tal exigência legal, erigindo contratos formais para prestação de serviços



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos anos de 1994 a 1996 (fls. 5/6, 11/12 e 18/19).

Quanto ao mérito, o tribunal de origem concluiu que:

Decidido ser possível a contratação sem a realização de licitação, mas não sendo possível dispensar a elaboração de contrato, já não pode se falar em permissão ou concurso para utilização de bens ou rendas públicas, mas sim em ato atentatório aos princípios da Administração Pública, pois violado o dever da legalidade.

Acrescentou, ainda, que a lesão ocorrida adveio da afronta "aos princípios da boa administração pela violação do princípio da legalidade".

Nesses termos, o recurso do *Parquet* foi parcialmente provido, sendo o réu (prefeito) condenado a reparar, solidariamente com os demais co-réus (as emissoras de rádio contratadas), os danos causados pela violação do princípio da legalidade, devendo repor aos cofres públicos o percentual de 20% do valor contratado, devidamente atualizado. Determinou, também, o pagamento de multa civil correspondente a doze vezes o valor da remuneração de prefeito, sem a perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos em razão da pouca gravidade do ato e ausência de demonstração de prejuízo real, devendo ser mitigada a pena. Afastou, ainda, a pena de proibição de contratar com o poder público. Quanto ao recurso do requerido, reputou-o prejudicado pelo provimento parcial do recurso do Ministério Público.

Dessa decisão, advieram embargos declaratórios que foram rejeitados (fls. 543/545), por não existir omissão ou contradição a ser sanada no aresto embargado, tratando-se de "aplicação da lei à hipótese do caso concreto e observadas as circunstâncias especiais nele encontráveis, inclusive com observância dos seus fins sociais e as exigências do bem comum".

No recurso especial de Adauto Aparecido Scardoelli, aponta-se infringência dos seguintes dispositivos legais:

- **Lei n. 8.666/93:**

Art. 62 - O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

- Lei n. 8.429/92

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

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

Art. 12 - Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

- CPC:

Art. 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

Em suas razões recursais, defende que:

a) a autorização de compra e serviços preenche todos os requisitos de um contrato administrativo, tendo sido emitida por órgão público competente, com todas as cláusulas essenciais de um contrato administrativo, com especificações acerca do objeto da obrigação, trazendo a aceitação das partes, o prazo de vigência, o preço e a forma de pagamento;

b) os "ajustes negociais" firmados se submetem à modalidade Convite, o que torna desnecessária a formalização de termo de contrato, sendo suficiente o procedimento de Autorização de Compras e Serviços;

c) a caracterização do ato de improbidade administrativa requer a existência do elemento subjetivo do dolo do agente público;

d) contrariou-se o princípio da razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada, ao cumular multa civil com indenização moral, não se atentando ao dano cometido e ao proveito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patrimonial advindo;

e) não obstante tenha sido reconhecida a inexistência de dano ao erário ou proveito material, assim como a desnecessidade de realizar-se procedimento licitatório, foi aplicada pena severa e desproporcional;

f) deve ser extinta a ação civil pública em face da coisa julgada da sentença penal que reconheceu que o ato foi praticado em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito;

g) existência de decisão *extra petita* no concernente à reparação por danos morais e pagamento de multa civil, pedidos não pleiteados pelo *Parquet* na exordial;

h) a Lei 8.429/92, art. 12, não prevê a possibilidade de reparação de dano moral, o que veda sua aplicação sob pena de ofensa ao princípio da tipicidade cerrada.

Em linhas gerais, alega-se a validade, no caso concreto, do documento de autorização de compras e serviços firmado, por se enquadrar o procedimento licitatório na modalidade Convite, haja vista que o valor acordado com as emissoras de rádio se encontra dentro do limite previsto no art. 23, II, letra "a", da Lei 8.666/93, o que torna desnecessária a **Formalização de Termo de Contrato**. Defende que o tribunal *a quo* não atentou para a existência de permissão expressa do artigo 62 da Lei de Licitações para a Administração utilizar a Autorização de Compras e Serviços. Repisa, por outro lado, os argumentos acerca da inexistência de conduta dolosa capaz de caracterizar ato ímprobo do agente público, denotando interpretação equivocada do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Assim, requer a reforma do acórdão atacado com a finalidade de afastar a aplicação das sanções de multa civil e reparação de dano moral.

Contra-razões (fls. 627/632) defendendo a manutenção do aresto objurgado.

Proferido juízo negativo de admissibilidade (fls. 634/639), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por força do Ag 607.941/SP.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 679/981) opinando preliminarmente pelo não-conhecimento do recurso especial em razão do não-prequestionamento dos dispositivos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontados como malferidos, o que atrai a incidência das Súmulas 282 e 356/STF. Quanto ao mérito, entende que o apelo especial deve ter o seu provimento negado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 734.984 - SP (2005/0044974-2)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRATO REGULANDO A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. VALORES QUE SE ENQUADRAM NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS E NÃO CONVITE. ART. 62 DA LEI 8.666/93. VÍCIO FORMAL. LESÃO AO ERÁRIO. PRESCINDIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO-CONFIGURADA. SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS. VIOLAÇÃO DO ART. 406 DO CPC REPELIDA. MANUTENÇÃO DO POSICIONAMENTO ADOTADO EM SEGUNDO GRAU.

1. Tratam os autos de **ação civil pública por improbidade administrativa** movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Adauto Aparecido Scardoelli, Prefeito Municipal de Matão/SP na legislatura de 1997/2000. Foi atribuída ao réu a suposta prática das condutas tipificadas nos arts. 10, VIII, e 11, *caput*, I, da Lei n. 8.429/92, ao ratificar contratação, sem procedimento licitatório, das emissoras de Rádio Saudades FM Ltda. e Notícias Brasileiras Ltda. visando a divulgação publicitária de atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração do governo municipal. Sobreveio **sentença** julgando improcedente o pedido. Recursos de apelação por parte do MP e do réu, além de agravo retido interposto pelo requerido. O **TJSP** não proveu o agravo em razão da sua competência estar adstrita aos casos de crimes comuns, o que não ocorre na espécie. Consignou, ainda, que a denúncia anteriormente rejeitada encontra-se estribada na contratação sem licitação, enquanto que a presente ação civil pública lastreia-se em fato diverso relativamente à ausência de instrumento contratual. O recurso do *Parquet* foi parcialmente provido por se entender que houve afronta ao art. 62 da Lei de Licitações, ao não ter sido formalizado documento contratual para prestação de serviços, instrumento de caráter obrigatório; incidindo o réu, ao assim agir, na regra do art. 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, atentando contra o princípio da legalidade. O réu foi condenado a reparar, solidariamente com as emissoras de rádio, os danos advindos pela violação do princípio da legalidade repondo aos cofres públicos o percentual de 20% do valor contratado, além do pagamento de multa civil no importe de doze vezes o valor da remuneração de prefeito. A apelação do réu foi reputada prejudicada. Embargos de declaração foram rejeitados. No **recurso especial**, o réu aponta violação dos arts. 62 da Lei 8.666/93; 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92 e 460 do CPC. Defende a validade do instrumento de autorização de compras e serviços em virtude dos valores acordados enquadrarem-se na modalidade Convite, admitindo documento simplificado. Afirma, ainda, que não se caracterizou o ato ímprobo e requer a reforma do aresto recorrido a fim de afastar as sanções de multa civil e reparação moral fixadas de forma desmedida em razão da inexistência de prejuízo ao erário. Contra-razões apresentadas. Juízo negativo de admissibilidade, subiram os autos por força do Ag 607.941/SP. Parecer do MP pelo desprovemento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso especial.

2. É adstrito ao administrador público, no exercício da suas atividades, que atente aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência. A violação desses princípios resulta em ato de improbidade administrativa.

3. No caso concreto, o ato atentatório ao dever de legalidade adveio da flagrante violação à Lei de Licitações, art. 62, ao não se erigir instrumento contratual firmando os termos do acordo realizado pelo Município com as emissoras de rádio. Esse dispositivo expressamente estabelece o caráter obrigatório do contrato para os casos de licitação por Concorrência ou Tomada de Preços e para as dispensas/inexigibilidades cujos preços se enquadrem nesses parâmetros (Art. 62. *O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço*).

4. Os valores contratados superam os previstos para enquadramento na modalidade Convite, tratando-se, na verdade, de hipótese de dispensa/inexigibilidade de licitação cujos preços estão compreendidos na espécie Tomada de Preços, o que também afasta a assertiva de que o instrumento simplificado eleito pelas partes atende a preceito legal. Cada autorização de prestação de serviços foi no importe de R\$ 44.175,00 (quarenta e quatro mil, cento e setenta e cinco reais), conforme atestam os documentos de fls. 39/40.

5. Averiguar se a autorização de compras e serviços atende aos requisitos inerentes a todo contrato administrativo demandaria reexame de prova (Súmula 7/STJ), hipótese vedada ao recurso especial.

6. Não foi prequestionada, nem tampouco suscitada nos embargos de declaração, a temática relativa à circunstância de que a autorização de compras e serviços encontra-se abrangida na modalidade de Convite, esbarrando tal assertiva em óbice sumular (n. 211/STJ).

7. A instância de origem não adentrou na questão da culpa ou mesmo do dolo, apenas expressando-se de que a conduta do réu foi desconforme com o normativo legal. Inviável a esta Corte, neste momento, adentrar na *quaestio iuris* a fim de aferir a vontade do agente. Impossível dizer se houve ou não o elemento subjetivo do dolo sem que o Tribunal de origem tenha-se pronunciado a respeito. O tema não foi prequestionado nem argüido em momento oportuno, ou seja, nos aclaratórios. Também não se apontou ofensa ao art. 535 do CPC, impedindo o reexame por parte desta Corte.

8. O art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, ao disciplinar as penas aplicáveis em razão do ato ímprobo, é claro ao evidenciar a desnecessidade do dano ao erário para tipificação da conduta, pois o que se procura proteger, além do aspecto patrimonial, são os valores éticos inerentes à administração pública.

9. A Corte Estadual sopesou as particularidades fáticas inerentes ao caso, tanto que, considerando de pequena monta o gravame, aplicou apenas a sanção de multa civil e determinou o ressarcimento ao erário do percentual de 20% do valor ajustado entre o Município e as emissoras de rádio, o que afasta a tese de desproporcionalidade e falta de razoabilidade.

10. O aresto recorrido, ao determinar reparação de dano moral, encerrou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento de que o ato repudiado como ímprobo não se encontra adstrito ao campo material, mas adentra em conceito mais amplo ao abarcar o princípio da moralidade, não importando ofensa ao art. 12 da Lei 8.429/92.

11. Recurso especial conhecido em parte e na parte conhecida, improvido.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): A controvérsia existente nos autos circunscreve-se à ação civil pública de improbidade administrativa em que se busca a condenação do Prefeito Municipal de Matão, Aduino Aparecido Scardoelli, por suposta irregularidade na contratação de emissoras de rádio (Rádio Saudades FM Ltda. e Notícias Brasileiras Ltda.) mediante simples autorização de compras e serviços, sem proceder a certame licitatório ou confeccionar contrato formal.

A presente ação civil pública foi proposta com fulcro nos arts. 10, VIII, e 11, *caput*, e inciso I, da Lei 8.429/92, apontando o *Parquet* que não era facultado acordar a transmissão de propaganda sem a realização de licitação, assim como não se poderia ter deixado de laborar contrato formal com os termos do acordo de prestação de serviços avençado. Cada autorização de prestação de serviços firmada com as citadas emissoras foi no importe de R\$ 44.175,00 (quarenta e quatro mil, cento e setenta e cinco reais), conforme atestam os documentos de fls. 39/40.

Requeru o Ministério Público o ressarcimento integral aos cofres públicos dos valores já efetuados e aqueles que ainda haveriam de ser pagos em decorrência do acordo avençado; a aplicação das sanções previstas na Lei n. 8.429/92, no que concerne à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratação com o poder público e o recebimento de incentivos fiscais ou creditícios; por último, a condenação ao pagamento de multa civil.

A Corte estadual entendeu que houve o descumprimento de preceito legal, insculpido na Lei n. 8.666/93, art. 62, atribuindo ao réu a conduta tipificada no art. 11, *caput*, inciso I, da Lei n. 8.429/92, por não ter realizado instrumento formal de contrato, ferindo os princípios da legalidade e moralidade administrativas. Assim, muito embora tenha ressaltado o posicionamento no sentido de ser prescindível a realização de licitação, apontou o caráter cogente da formalização de contrato conforme prescrito em lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contra tal entendimento insurge-se o recorrente alegando que:

a) a autorização de compra e serviços preenche todos os requisitos de um contrato administrativo, tendo sido emitida por órgão público competente, com todas as cláusulas essenciais de um contrato administrativo, com especificações acerca do objeto da obrigação, trazendo a aceitação das partes, o prazo de vigência, o preço e a forma de pagamento;

b) os "ajustes negociais" firmados se submetem à modalidade de Convite, tornando desnecessária a formalização de termo de contrato, sendo suficiente o procedimento de Autorização de Compras e Serviços;

c) a caracterização do ato de improbidade administrativa requer a existência do elemento subjetivo do dolo do agente público;

d) contrariou-se o princípio da razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada, ao cumular multa civil com indenização moral, não se atentando ao dano cometido e o proveito patrimonial advindo;

e) não obstante tenha sido reconhecida a inexistência de dano ao erário ou proveito material e a desnecessidade de realizar-se procedimento licitatório, foi aplicada pena severa e desproporcional;

f) deve ser extinta a ação civil pública em face da coisa julgada da sentença penal que reconheceu que o ato foi praticado em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito;

g) existência de decisão *extra petita* no concernente à reparação por danos morais e pagamento de multa civil, pedidos não pleiteados pelo *Parquet* na exordial;

h) a Lei 8.429/92, art. 12, não prevê a possibilidade de reparação de dano moral, o que veda sua aplicação sob pena de ofensa ao princípio da tipicidade cerrada.

O recorrente demonstra seu inconformismo contra a decisão do tribunal de origem que determinou a reparação do dano causado pelo descumprimento de normativo legal encartado no art. 62 da Lei de Licitações, juntamente com as emissoras contratadas, no importe de 20% do valor ajustado, devidamente corrigido, assim como pretende afastar a imposição do pagamento de multa civil fixada em 12 vezes o valor da remuneração do cargo eletivo que ocupa.

Em linhas gerais, o recorrente alega que, não obstante a Corte estadual tenha



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendido pela inexigibilidade de se realizar licitação para formalização dos contratos com as emissoras de rádio, foi-lhe imputada pena desproporcional e desmedida, haja vista a inexistência de conduta dolosa que caracterizasse ato de improbidade administrativa, até porque não houve prejuízo ao erário, não denotando ato ímprobo.

Conforme ressaltado pela instância de origem, o ato atentatório praticado pelo réu foi contra os princípios que regem a Administração Pública, uma vez que infringido o dever da legalidade, pela inobservância do art. 62 da Lei de Licitações, que prevê a necessidade de formalizar documento contratual, incorreu em conduta tipificada na Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 11, *caput* e inciso I.

A questão dos autos trata essencialmente da afronta de dispositivo da Lei de Licitações, em seu art. 62, em razão de o prefeito municipal não ter erigido documento formal (contrato) com todos os requisitos legais visando regular a prestação do serviço a ser realizado por emissoras de rádio. Ao deixar de cumprir tal preceito, responde por conduta tipificada no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa pela infringência aos princípios da legalidade e moralidade.

A conduta prevista no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa prescinde da necessidade de lesão aos cofres públicos para que se enquadre como ímproba, pois o ato censurado é o prejuízo de ordem moral, sendo adstrito ao administrador público, no exercício da suas atividades, atender aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência. Sua violação resulta em ato de improbidade administrativa.

No caso específico, impunha-se ao agente público agir em conformidade com a lei ao firmar o contrato com terceiros. O dano discutido na ação também tem impacto na estrutura moral, por denotar infração aos princípios basilares e deveres administrativos. O art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, ao disciplinar as penas aplicáveis em razão do ato ímprobo é claro ao evidenciar a desnecessidade do dano ao erário para tipificação da conduta, pois o que se procura proteger, além do aspecto patrimonial, são os valores éticos inerentes à administração pública.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na lição de Benedicto de Tolosa Filho, na obra **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**, 1ª ed., Ed. Forense, encontramos as seguintes considerações sobre o princípio da legalidade (fl. 55/56):

A legalidade, como princípio da Administração Pública, infere que o agente do poder público deve, de forma incondicionada, sujeitar-se aos termos e contornos da lei. Portanto, o campo de atuação do agente é delimitado e circunscrito pela norma positiva.

O poder discricionário do administrador público, fica, portanto, restrito à escolha das opções que a lei lhe oferece.

O administrativista Diógenes Gasparini, em sua obra *Direito Administrativo*, ed. Saraiva, 3ª ed., ensina com muita propriedade que "O princípio da legalidade, resumido na proposição *suporta a lei que fizeste*, significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, quando e como e quando autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo situações excepcionais (grave perturbação da ordem, guerra). A esse princípio também se submete o agente público.

Da análise dos autos, observe-se que a Corte estadual foi categórica ao afirmar que a conduta do réu, tipificada no art. 11, *caput* e inciso I, da Lei 8.429/92, adveio de afronta à Lei de Licitações, art. 62, ao não erigir instrumento contratual firmando os termos do acordo realizado pelo Município com as emissoras de rádio, conforme prescrito.

Impende ressaltar que o agente público não se pode apartar dos princípios que regem a administração pública ao exercer o múnus público e a nenhum pretexto desviar-se desses princípios basilares, mesmo quando em situações anormais, o que não é o caso presente.

Assim, há de responder por atos praticados que redundem em danos à Administração Pública, sejam eles comissivos ou omissos, materiais ou morais.

Na obra de Waldo Fazzio Júnior, **Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos - Comentário Artigo por Artigo da Lei n. 8.429/92 e do DL 201/67**, 3ª ed., Editora Atlas, são tecidas considerações sobre as peculiaridades existentes no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa (fls. 181, 187 e 188):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No art. 9º, o binômio ilegalidade+imoralidade produz o enriquecimento ilícito do agente público. No art. 10, o mesmo consórcio gera lesão ao erário. Nesse art.11, tem-se, pura e simplesmente, a soma da ilegalidade com a imoralidade. O atentado a ilegalidade só adquire, por assim dizer, o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios éticos que, a partir do caput do art. 11, iluminam seus incisos, sobretudo a honestidade, a imparcialidade e a lealdade. O legislador não os alojou ali por mero diletantismo.

Improbidade que atenta contra os princípios administrativos é a ilegalidade qualificada pela adjunção da imoralidade, sem proveito patrimonial do agente público e sem lesividade material ao Poder Público.

[...]

Em regra, o prefeito não contrai responsabilidade pessoal pelos atos realizados no exercício de suas atribuições, o que se traduz na presunção de que, salvo demonstração em contrário, seus atos devem ser considerados legais. A contrapartida necessária desse princípio de presunção de legalidade é, pois, a responsabilidade do prefeito sempre que atue à margem ou com violação da lei.

[...]

Resumindo, a finalidade do ato administrativo é componente elementar do próprio princípio da legalidade, dado que a lei deve ser aplicada conforme a razão pela qual foi concebida e editada. Também é o parâmetro mais saliente na mensuração da moralidade administrativa. A existência da lei justifica-se pela causa e pelo objeto. Não é mera descrição de conduta. Impõe, genérica e abstratamente, para alcançar um resultado social. Destarte, o ato que a executa deve, eticamente, perseguir esse mesmo intento. Toda lei é finalística. Importante é interpretar a norma que estabelece esse fim.

No presente caso, a Corte estadual entendeu que a inconformidade existente quanto ao ajuste avençado entre as partes envolvidas encontra-se abarcada na primeira parte do artigo 62 da Lei n. 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (grifo nosso)

O dispositivo legal acima expressamente firma o caráter obrigatório do instrumento de contrato para os casos de licitação por concorrência ou tomada de preços. Infere-se, ainda, que a dispensa ou mesmo a inexigibilidade do certame licitatório não torna desnecessária a elaboração de documento formal, nem autoriza a possibilidade de se firmar instrumento outro que não o prescrito em lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A par dessas considerações, entendo não ser possível proceder ao exame da assertiva contida na letra "a" da exposição recursal de que o documento firmado - Autorização de Compras e Serviços - atende aos requisitos de um contrato administrativo.

É inviável a esta Corte aferir, em sede especial, se a autorização de compras e serviços firmada com as emissoras de rádio segue ou não os requisitos inerentes aos contratos administrativos. Neste momento, torna-se impossível a apreciação do fato de o documento controverso ter sido emitido por órgão público competente ou mesmo de que contenha todas as cláusulas essenciais, tais como: especificações do "objeto da obrigação, trazendo a aceitação das partes, o prazo de vigência, o preço e a forma de pagamento". Incidência, ao caso, do teor do verbete sumular 7/STJ.

O normativo legal (art. 62 da Lei 8.666/93) preceitua de forma evidente que, nos casos de concorrência e tomada de preços, faz-se necessária a confecção de instrumento formal para regular a prestação de serviços nos moldes dos presentes autos.

Em resumo, essa norma estipula a necessidade de formalizar-se documento solene, sendo insuficiente a confecção de documento simplificado de autorização de compras e serviços.

Também não procede a afirmação contida na letra "b" do apelo especial acerca do fato de que a autorização de compras e serviços encontra-se abrangida na modalidade de Convite, atendendo, desse modo, aos requisitos do art. 62 da Lei de Licitações, sendo facultativo, na hipótese de os valores contratados serem inferiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a formalização dos atos contratuais por meio de instrumentos simplificados como o utilizado.

Primeiro, o recorrente adentra em matéria não abordada pela instância de origem, divagando sobre tema não-prequestionado, que sequer foi suscitado quando da oposição dos embargos declaratórios. Tampouco cuidou o insurgente de apontar violação do preceito contido no art. 535 do CPC e, assim, viabilizar a esta Corte a averiguação de eventual omissão ocorrida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na instância de origem. Não o fazendo, selou o acesso ao exame de tais alegações. Aplica-se, ao caso, o teor do verbete sumular 211, desta Casa: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

De igual modo, quanto à afirmativa de que o preço contratado se encontra dentro das limitações de valores previstas no artigo 23 da já citada lei, não houve debate acerca de tal dispositivo.

Abro parênteses para destacar que, no arrazoado apresentado pelo próprio recorrente, foi ressaltado que o valor do contrato firmado com cada emissora, no importe de R\$ 44.175,00, não supera o limite previsto para a modalidade de Convite, o que, segundo concluiu, denotaria sua validade.

Nesse sentido, alegou fundamentalmente que (fls. 594/595):

23. Assim, a questão atacada não é a ausência de licitação e sim a validade da Autorização de Compra e Serviços na modalidade convite, como é o caso.

De fato, o valor da contratação localiza-se na faixa dos contratos submetidos à modalidade de CONVITE, ou seja, de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em conformidade com o artigo 23, II, "a" da Lei n. 8666/93.

Observem, eminentes Ministros: **OS PRESENTES AJUSTES NEGOCIAIS FORAM FIRMADOS DENTRO DOS VALORES PREVISTOS PARA A MODALIDADE CONVITE E, SENDO ASSIM, ERA DESNECESSÁRIO A FORMALIZAÇÃO DE TERMO DE CONTRATO, BASTANDO, A EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DE COMPRAS E SERVIÇOS.**

Reitere-se, por oportuno, cada AJUSTE teve o valor de R\$ 44.175,00, ou seja, dentro da faixa da modalidade de CONVITE.

24. Portanto, data vênia, o V. Acórdão não atentou para a correta questão impugnada, ou seja, para a permissão expressa do artigo 62 da Lei de Licitações para a Administração utilizar a Autorização de Compras e Serviços, perpetrando, assim, odiosa violação a esse preceito legal. (grifos do autor).

Tal assertiva, contudo, igualmente não procede.

No caso em comento, duas foram as empresas contratadas (fls. 39/40) para a prestação sucessiva de serviços consistentes na transmissão da publicidade do Município de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Matão/SP - Rádio Saudades FM Ltda. e Notícias Brasileiras Ltda - por meio de documento nominado como "autorização de compra e serviços".

O Tribunal de origem não reconheceu que a contratação existente foi legítima, ao revés, apenas consignou não existir obrigatoriedade na realização de procedimento licitatório para o caso *in concreto*; entretanto, ressaltou a necessidade de se confeccionar contrato formal de prestação de serviços, conforme instituído em lei (art. 62 da Lei n. 8.666/93), constatando o vício formal existente no documento apresentado.

Na espécie, os acordos celebrados com as emissoras possuem, cada um, o valor de R\$ 44.175,00, perfazendo um total de R\$ 88.350,00, conforme atestam os documentos acostados às fls. 39/40. A partir da análise do conteúdo dos artigos 22, incisos I e II, e 23, inciso II, letra "b", que estatuem os limites de valores para cada modalidade de licitação, regulando especificamente os casos de compras e serviços, conclui-se que os acordados com as emissoras de rádio encontram-se abarcados na primeira parte do artigo 62 da Lei de Licitações, relativamente à Concorrência e Tomada de Preços, o que só corrobora a obrigatoriedade do instrumento de contrato.

Abaixo para conferência os artigos 22, incisos I e II, e 23, inciso II, da Lei de Licitações:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

[...]

(grifo nosso).

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

[...]

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 27.05.1998).

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 27.05.1998) (grifo nosso).

c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (Redação dada pela Lei n. 9.648, de 27.05.1998).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acordo celebrado pelo Município com as emissoras de rádio enquadra-se na modalidade de tomada de preços [compras e serviços com valores de até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)] e, em casos tais, mesmo que haja dispensa ou se considere inexigível a realização de certame licitatório, não é possível desobrigar-se da formalização de documento contratual.

Destarte, é justamente nessa hipótese que se inclui o caso em comento. A prefeitura, na figura de seu administrador, não poderia ter deixado de formalizar instrumento contratual, tendo em vista que o valor acordado se enquadra na modalidade de Tomada de Preços. Por conseguinte, não atende ao requisito legal o documento simplificado firmado nos moldes de autorização de compras e serviços.

Portanto, mais uma vez, sem razão o recorrente ao argumentar que os valores das prestações de serviços encontram-se inseridos na modalidade Convite, não demandando a formalização de contrato.

Mesmo que se admitisse, a título de debate, os argumentos de que os valores contratados enquadram-se na modalidade Convite, observe-se, ao contrário do alegado, que o preço total acordado ultrapassaria o limite previsto em lei, vedando tal possibilidade. Ademais, não se admite o fracionamento das despesas apenas como burla à realização de certame, expediente esse proibido pelo normativo legal. Confirma-se precedente desta Corte ressaltando esse posicionamento:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE (ART. 1º, XI, DO DL 201/67). DISPENSA OU INEXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO (ART. 89, DA LEI 8.666/67). PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

“Não se vislumbra o alegado maltrato ao dispositivo de Lei Federal, visto que o v. acórdão alvejado não deixou de aplicar lei de caráter excepcional ou temporária, matéria tratada no art. 3º, do Código Penal, dito violado pelo recorrente.

O Prefeito Municipal, como ordenador de despesas, não pode deixar de ser responsabilizado criminalmente, nos termos do art. 89, da Lei nº 8.666/93, quando burla a exigência de licitação, através de expedientes fraudulentos, como o fracionamento de despesa ou, ainda, quando fraudula o próprio certame, com propostas contendo data anterior à do convite, condutas estas, ademais, diversas da descrita no art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/67, pelo que não há falar em bis in idem.”



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso não conhecido.
(REsp 504.785/PB, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 28.10.2003).

A argumentação contida na letra "c" se refere à necessidade do elemento subjetivo do dolo do agente público para que se caracterize o ato de improbidade administrativa.

Anoto que tal alegação não pode ser examinada por esbarrar igualmente em óbice sumular. O tema não se encontra prequestionado. A instância de origem apreciou a controvérsia sob o prisma de que o prefeito infringira o princípio da legalidade ao realizar contrato especificando a prestação de serviços a serem efetuados pelas emissoras de rádio, não adentrando na questão da culpa ou mesmo do dolo.

Inviável a esta Corte, neste momento, inserir-se na *quaestio iuris* a fim de aferir a vontade do agente. Como dizer se houve ou não o elemento subjetivo do dolo, já que o Tribunal de origem não se pronunciou a respeito? Apenas com base em presunção apontada pelo recorrente acerca da licitude de sua conduta?

A questão não foi argüida em momento oportuno, isto é, na interposição dos embargos declaratórios, o que, de todo modo, vedaria a reforma de tese nova aventada apenas no corpo do apelo especial. Também não cuidou o recorrente de argüir ofensa ao art. 535 do normativo processual nesta seara, e assim permitir a este Sodalício adentrar em matéria que repete omissa, sobretudo quando a comprovação do alegado ainda demandar reexame de conteúdo fático-probatório.

Todavia, impende fazer algumas considerações acerca da questão controversa em face do relevo que comporta a matéria.

A instância *a quo* salientou, com estranheza, a existência de inconformidade na forma procedimental do Município em questão. Trata-se do fato de a Prefeitura de Matão não ter formalizado, apenas no ano de 1997, documento contratual, como fora feito nos anos anteriores. Toma maior vulto o fato de a instância *a quo*, com base nos documentos existentes nos autos, ter evidenciado que na anterior legislatura houve o cumprimento da exigência legal de firmar contrato de prestação de serviços entre os anos de 1994 e 1996. Evidenciou,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outrossim, que, afora o ano de 1997, houve a fiel observância do determinado pela Lei n. 8.666/93, no concernente à necessidade de elaborar documento formal. Nesse sentido, extraio o seguinte excerto do aresto recorrido (fls. 508/511):

Sustenta o Ministério Público ser necessária a elaboração de contrato formal, não suprimindo a exigência legal a autorização de compras e serviços.

E tem razão neste passo. A Lei n. 8666/93 em seu artigo 62, obrigou a realização de contrato nas hipóteses em que há dispensa de licitação, o que ocorreu no caso concreto, obrigação esta que já ocorria na vigência da lei anterior, qual seja do Decreto Lei n. 200/67, pois o contrato é essencial à prática do ato, situação que levou o Eminent Desembargador ALVES BEVILACQUA desta mesma Colenda 2ª Câmara de Direito Público, nos autos da Apelação n. 122.271.5/4, j. em 12.11.02, a pontificar:

'1. Além de não providenciar a autora começo de prova por escrito da existência do fato - situação de risco iminente à segurança dos munícipes ou a incolumidade do patrimônio público que, demandando urgência no atendimento pela Administração dispensaria a licitação da obra de emergência, descuidou de trazer declaração do agente do Poder Público que à época a teria reconhecido e o essencial instrumento de contrato ajustável com a ré, que contivesse "projeto, especificações, recursos hábeis para a despesa, qualificação técnica e idoneidade financeira do contratante", porquanto a exceção à regra da competição não desobriga o interessado de obtê-los, conforme o comentário de HELY ao tempo do regime do Decreto-Lei n. 200/67, que antecedeu a atual Lei da licitações (v. "Licitação e Contrato Administrativo", RT, ed. 1973, págs. 105/6).'

E desconhecimento da necessidade de se ter um contrato não se pode alegar. Primeiro porque a ninguém é dado alegar desconhecimento da lei;segundo porque em anos anteriores elaborou-se contrato de prestação de serviços, conforme se pode ver de fls. 5/6; 11/12 e 18/19, correspondentes aos anos de 1994 a 1996. Apenas em 1997, utilizou-se de outra fórmula para a contratação, diversa daquela que vinha sendo efetuada.

Ora, se antes dispensava-se a licitação pois a divulgação era efetuada mediante a contratação de ambas as rádios e se elaborava contrato, obedecendo-se a lei, não se vislumbra, nem os réus apresentam qualquer justificativa para tão brusca e inexplicável alteração no modo de proceder, violando disposição legal e regulamentar, quando antes tais disposições eram obedecidas. Incide o co-réu na regra do artigo 11, "caput", da Lei n. 8429/92, colhendo provimento o recurso do Ministério Público neste ponto, para ser a ação julgada parcialmente procedente.

Com efeito. Decidido ser possível a contratação sem a realização de licitação, mas não sendo possível dispensar a elaboração de contrato, já não pode se falar em permissão ou concurso para utilização de bens ou rendas públicas, mas sim em ato atentatório aos princípios da Administração Pública, pois violado o dever da legalidade. Anote-se não estar o Juízo sujeito a definição legal da parte, aplicando-se à espécie o aforismo "dá-me o fato e eu lhe darei o direito".

O parágrafo único do artigo 12 da Lei n. 8429/92 determina caber ao Juiz levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito obtido pelo agente na fixação das penas previstas na lei. Esta determinação se presta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abrandar o excessivo rigorismo e a forma draconiana com que se revestiu a Lei de Improbidade, levando a iniquidades. [...]

O dano, como já se mencionou ficou limitado aos princípios da boa administração, pois restou violado o princípio da legalidade, de forma que a reparação deste corresponde a reparação do dano moral o que pode e na hipótese do caso concreto deve ser efetuada na forma de reposição do valor dos contratos. [...]

Em suma: tendo se decidido ser possível a contratação sem a realização de licitação, mas não sendo possível dispensar-se o contrato, procedente em parte a ação civil pública proposta. Ante a pouca gravidade do ato e a ausência de demonstração de prejuízo real, deve ser mitigada a pena, sendo o agente apenado com multa, sem perda da função pública. Cada Parte arcará com os honorários de seu respectivo patrono, arcando os réus com metade das despesas e da taxa judiciária do processo.

Em relação à pena aplicada (letra "d"), de igual modo, não procede a assertiva de que o aresto recorrido tenha contrariado os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ao impor a multa civil cumulada com o dever de ressarcir o erário no percentual de 20% do valor contratado, não se atentando ao dano cometido e proveito patrimonial advindo.

Da mesma forma que não procede a alegação de letra "e" de que "não obstante tenha sido reconhecida a inexistência de dano ao erário ou proveito material, assim como a desnecessidade de realizar-se procedimento licitatório, foi aplicada pena severa e desproporcional".

Impende ressaltar que, muito embora o ato lesivo perpetrado pelo administrador não tenha redundado em lesão ao patrimônio público de forma direta, resultou em clara ofensa aos valores morais e legais, princípios esses que norteiam a atividade administrativa, caracterizando a improbidade do ato, o qual prescinde da ocorrência de efetivo dano econômico a fim de evidenciar o ato lesivo, conforme anteriormente explicitado. Confira-se jurisprudência desta Casa:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. SERVIDORES CONTRATADOS SEM CONCURSO PÚBLICO PELO EX-PREFEITO. LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA QUE PRESCINDE DA EFETIVA LESÃO AO ERÁRIO. PENA DE RESSARCIMENTO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. APLICAÇÃO. DANO EFETIVO. BURLA ÀS REGRAS DA LICITAÇÃO. FRAUDE. CULPA E DOLO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. Acórdão que apreciou cada conduta do ex-prefeito à luz do contexto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório, ora concluindo que os servidores contratados não fizeram prova dos serviços prestados, ora concluindo não ter havido prova do dolo ou culpa, restando por impor reparação fundada em "responsabilidade civil", alterando a causa petendi eleita, qual a "improbidade."

2. O provimento do agravo para melhor exame não vincula o Tribunal quanto à admissibilidade de recurso especial.

3. Mercê do julgamento extra petita por força do atendimento do pedido de ressarcimento de irrisórias quantias (R\$ 911,92 - novecentos e onze reais e noventa e dois centavos), por outra causa petendi, o não conhecimento do recurso sedimenta decisão "justa", sob o ângulo jus-sociológico.

4. Recurso especial não conhecido.

(REsp 739.778/RS, Rel.Min. Luiz Fux, DJ de 28.09.2006).

Na espécie, o ato censurável consistiu justamente no não-cumprimento de ordem legal inserta no normativo pátrio (Lei de Licitações, art. 62) e o simples fato de não ter resultado em dano ao erário não afasta a sua lesividade.

Assim, a conduta tipificada (art. 11 da Lei 8.666/93), cujo rol é exemplificativo, se encontra inserta nos deveres os quais todo administrador investido na função pública deve prezar, quais sejam, moralidade, honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. O infringir de tais preceitos normativos configura-se ato ímprobo. Outrossim, a inexistência de prejuízo ao erário não descaracteriza a improbidade do ato praticado em confronto com a legislação pertinente (art. 21, inciso I, da Lei n. 8.429/92).

Desborda-se que o dever de legalidade é inerente à função do administrador público, não podendo dele se furtar. A conduta do prefeito, muito embora não tenha redundado em prejuízo patrimonial ao erário não atendeu a requisito formal prescrito em lei.

A afirmação de que lhe foi imputada pena desproporcional e desmedida, resultando em ofensa ao art. 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, também não procede. Dispõe o citado dispositivo legal:

Art. 12 - Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal *a quo* analisou efetivamente as peculiaridades existentes no caso, levando em consideração a conduta do administrador, que atentou contra os princípios da legalidade e moralidade, assim como ressaltou a pouca gravidade do ato. Com base em tal particularidade, aplicou apenas a sanção de multa civil e determinou o ressarcimento ao erário do percentual de 20% do valor ajustado entre o Município e as emissoras de rádio, a ser suportado solidariamente com as rádios envolvidas.

Dentre o rol de sanções ao qual o agente público está sujeito, as penalidades impostas ao prefeito foram de menor monta. A Corte de origem não determinou a perda da função pública ou a suspensão dos direitos políticos em razão da "pouca gravidade do ato e ausência de demonstração de prejuízo real", assim como afastou a pena de proibição de contratar com o poder público, ou seja, sopesou as circunstâncias fáticas existentes e o ato lesivo em si.

Confira-se o seguinte trecho do aresto recorrido ao analisar a questão (fls. 509/511):

O parágrafo único do artigo 12, da Lei n. 8429/92 determina caber ao Juiz levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito obtido pelo agente na fixação das penas previstas na lei. Esta determinação se presta a abrandar o excessivo rigorismo e a forma draconiana com que se revestiu a Lei de Improbidade, levando a iniquidades.

Na hipótese do caso concreto, tem-se, como certo, que o co-réu, bem ou mal, foi eleito pelo povo de Matão em eleições livres, sendo ele o representante político daquele povo pelo período de quatro anos. Não parece correto que por não terem seus auxiliares elaborado um contrato, como já haviam feito anteriormente, seja a vontade popular cassada e o seu mandato encurtado por obra do Dr. Promotor de Justiça e Dr. Juiz. Diversamente seria se a infração fosse de outra ordem, importando em enriquecimento ilícito dele ou de terceiro. Mas não é este o caso.

[...]

Não é o caso, portanto, de se cassar o mandato de Prefeito, fazendo com que o co-réu perca a função pública tão só por não se ter elaborado o contrato de prestação de serviços visto se ter estabelecido ser possível dispensar-se a licitação, mesmo porque restou cabalmente demonstrado nos autos que o mesmo procedimento foi adotado em anos anteriores e admitido como legal e correto ao menos para fins de consideração como ato de improbidade no âmbito da ação civil proposta.

O dano, como já se mencionou ficou limitado aos princípios da boa administração, pois restou violado o princípio da legalidade, de forma que a reparação deste corresponde a reparação do dano moral o que pode e na hipótese do caso concreto deve ser efetuada na forma de reposição dos valores dos contratos. Para tanto fixa-se em 20% do valor atualizado dos contratos a serem repostos aos cofres públicos, solidariamente, pelos réus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Em suma: tendo-se decidido ser possível a contratação sem a realização de licitação, mas não sendo possível dispensar-se o contrato, procedente em parte a ação civil pública proposta. Ante a pouca gravidade do ato e ausência de demonstração de prejuízo real, deve ser mitigada a pena, sendo o agente apenado com multa, sem perda da função pública.

Merece, portanto, ser repelida a alegação de afronta ao art. 12 da Lei 8.429/92, porquanto as sanções aplicadas ao réu não foram desproporcionais nem desmedidas. A instância de origem sopesou a situação fática, adequando-a ao critério da razoabilidade, sendo condizente com os patamares estipulados para o tipo de ato considerado ímprobo.

No que se refere à rejeição da denúncia no âmbito penal, observo que a inexistência do ilícito nessa esfera não resulta necessariamente na ausência de ilícito civil.

Tanto o não-prequestionamento do art. 460 do CPC quanto o fato de não ter sido apontada violação do art. 535 do CPC impedem a apreciação de suposta inconformidade pela existência de decisão *extra petita* no concernente à reparação por danos morais e pagamento de multa civil, pedidos não pleiteados pelo *Parquet* na exordial.

Por fim, cai por terra a afirmativa de que a Lei 8.429/92, art. 12, não prevê a possibilidade de reparação de dano moral, o que veda sua aplicação sob pena de ofensa ao princípio da tipicidade cerrada.

O aresto recorrido, na verdade, quis dizer que o dano existente encontra-se inserido no âmbito da moralidade administrativa, e como tal, deve ser reparado, haja vista que o dispositivo encerra entendimento de que o ato repudiado como ímprobo não está adstrito ao campo material, mas se encontra em conceito mais amplo, abarcando os princípios da legalidade e da moralidade.

Ante os argumentos supramencionados, conheço em parte do recurso e na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 734.984 - SP (2005/0044974-2)

RELATOR : **MINISTRO JOSÉ DELGADO**
RECORRENTE : **ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI**
ADVOGADO : **FLÁVIO CROCCE CAETANO E OUTRO**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI: Srs. Ministros, acompanho o voto do Sr. Ministro Luiz Fux, conhecendo parcialmente do recurso e, nessa parte, dando-lhe provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2005/0044974-2

REsp 734984 / SP

Números Origem: 12641997 1946195204 200400868450

PAUTA: 26/06/2007

JULGADO: 02/08/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. MARIA DO SOCORRO MELO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI

ADVOGADO : FLÁVIO CROCCE CAETANO E OUTRO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: Ação Civil Pública

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, pela parte RECORRENTE: ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negando-lhe provimento, e os votos divergentes dos Srs. Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki, dando-lhe provimento, pediu vista a Sra. Ministra Denise Arruda.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 02 de agosto de 2007

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 734.984 - SP (2005/0044974-2)

VOTO-VENCEDOR

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa.

2. A legitimidade do negócio jurídico e a ausência objetiva de formalização contratual, reconhecida pela instância local, conjura a improbidade.

3. É que *"o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público."* (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em *"O Limite da Improbidade Administrativa"*, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). *"A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto"* (Alexandre de Moraes, in *"Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional"*, Atlas, 2002, p. 2.611). *"De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado"* (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999). (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1.ª Turma, DJ 15.5.2006)

4. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (**art.9º**); b) que causem prejuízo ao erário público (**art. 10**); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (**art. 11**), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

5. Recurso especial provido.

O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX: Consoante exposto pelo E. Ministro

José Delgado:

Cuida-se de recurso especial (fls. 584/623) interposto por Aduino Aparecido Scardoelli, com fulcro no art. 105, III, alínea "a", do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pela 2ª Câmara de Direito Público do TJSP, assim ementado (fl. 505):

Ação Civil Pública - Licitação - Contrato - Pena - Embora possível a dispensa da licitação não o é a dispensa do contrato formal. Pena que pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mitigada pelo Juiz. Preliminares rejeitadas. Recurso de agravo retido improvido. Recurso de apelação do Ministério Público provido em parte. Recurso do co-réu prejudicado.

Embargos de declaração foram opostos e assim decididos (fl. 544):

Embargos de declaração - Omissão e contradição - Inexistentes a omissão e a contradição rejeitam-se os embargos.

Tratam os autos de ação civil pública por improbidade administrativa com pedido anulatório movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Aduino Aparecido Scardoelli, Prefeito Municipal de Matão, na legislatura de 1997/2000. Foi atribuída ao réu a suposta prática das condutas tipificadas nos arts. 10, VIII, e 11, caput, I, da Lei n. 8.429/92, ao ratificar contratação sem o devido procedimento licitatório das emissoras de Rádio Saudades FM Ltda. e Notícias Brasileiras Ltda. visando a divulgação publicitária de atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração do governo municipal. Postulou, liminarmente, a suspensão dos pagamentos às emissoras contratadas, o reconhecimento da nulidade do procedimento de "inexigibilidade de licitação" relativo à autorização de prestação de serviços firmada com as emissoras, assim como questionou o fato de não ter sido realizado contrato formal.

O *Parquet* solicitou na exordial:

- a) a condenação do requerido ao ressarcimento integral aos cofres públicos dos danos advindos com os pagamentos realizados e os vintouros;
- b) a perda da função pública;
- c) a suspensão dos direitos políticos;
- d) o pagamento de multa civil;
- e) a proibição de o prefeito proceder à contratação com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios.

O juízo de primeiro grau concedeu a liminar pleiteada (fl. 55).

O Município de Matão interpôs agravo de instrumento requerendo a suspensão da liminar, que não foi provido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 240/242). Inconformado, apresentou agravo regimental que não logrou êxito (fl. 243), mantendo-se o teor da decisão hostilizada.

Designada audiência de conciliação que resultou infrutífera.

Manifestação do réu requerendo o deslocamento da ação civil pública para o Tribunal Estadual em razão do foro privilegiado, pleito esse não atendido pelo Juízo de primeiro grau (fl. 319). Seguiram-se novas manifestações do réu, além da interposição de agravo retido informando que o TJSP anteriormente rejeitara denúncia fundada nos mesmos fatos descritos na presente ação civil pública.

Sobreveio sentença, às fls. 360/372, que julgou improcedente a ação civil pública sob o fundamento de que "a conduta do Prefeito está dentro dos limites da discricionariedade administrativa agindo razoavelmente como administrador de interesses alheios. Não se pode dizer que houve desperdício do dinheiro público e danos ao erário".

Dessa decisão advieram apelações do Ministério Público e do réu, além do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravo retido anteriormente interposto pelo requerido.

No seu recurso, o MP sustentou ser imprescindível a realização da licitação, bem como alegou a obrigatoriedade de lavrar-se contrato formal, sendo insuficiente o documento de autorização de compras e serviços firmado entre a prefeitura e as emissoras de rádio, em face da possibilidade de competição entre as emissoras locais e regionais. Arguiu, ainda, a possibilidade de anulação do ato ímprobo, bastando, para tanto, a simples constatação de existência de prejuízo moral.

No apelo apresentado pela parte adversa, o réu alegou que a ação possuía contornos políticos, e que idêntica denúncia já fora rejeitada pela Corte Estadual, resultando na perda de objeto do atual pleito. Por fim, requereu a condenação do *Parquet* ao pagamento da verba honorária por improcedência do pedido formulado na inicial.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar o agravo retido, não o proveu sob o argumento de que a Constituição daquele Estado fixou a competência originária para a Corte Estadual julgar o prefeito municipal apenas nos casos de crimes comuns, o que não ocorre na espécie. Outrossim, consignou que o fato de o TJSP ter anteriormente rejeitado denúncia contra o requerido não impõe a extinção do processo, pois estribada em fato duplo: "contratação sem licitação" e "ausência de contrato". Assim, "o afastamento de um não elide o prosseguimento da ação em relação a outro, razão pela qual não pode o processo ser extinto como pleiteado".

A Corte *a quo* rejeitou as preliminares de ilegitimidade ativa do Ministério Público e a inconstitucionalidade da lei de improbidade administrativa argüidas por se tratar de ação em que se pretende defender o patrimônio público. Ressaltou, por outro lado, a obrigatoriedade de se erigir contrato, em virtude do que estabelece a Lei n. 8.666/93, que, em seu art. 62 impõe a realização de documento formal nos casos de dispensa/inexigibilidade de licitação. Desse modo, por tratar de ato essencial não pode ser suprido mediante mero instrumento de autorização de compras e serviços.

Nesse esteio, entendeu que o réu afrontou a Lei de Licitações por contrariar o estatuído no art. 62, incidindo na regra inserta no art. 11, *caput*, da Lei n. 8429/92, ao dispensar a elaboração de contrato, praticando ato atentatório aos princípios da Administração Pública, violando o dever de legalidade. Além disso, destacou que a prefeitura, nas legislaturas anteriores, cumprira tal exigência legal, erigindo contratos formais para prestação de serviços nos anos de 1994 a 1996 (fls. 5/6, 11/12 e 18/19).

Quanto ao mérito, o tribunal de origem concluiu que:

Decidido ser possível a contratação sem a realização de licitação, mas não sendo possível dispensar a elaboração de contrato, já não pode se falar em permissão ou concurso para utilização de bens ou rendas públicas, mas sim em ato atentatório aos princípios da Administração Pública, pois violado o dever da legalidade.

Acrescentou, ainda, que a lesão ocorrida adveio da afronta "aos princípios da boa administração pela violação do princípio da legalidade".

Nesses termos, o recurso do *Parquet* foi parcialmente provido, sendo o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

réu (prefeito) condenado a reparar, solidariamente com os demais co-réus (as emissoras de rádio contratadas), os danos causados pela violação do princípio da legalidade, devendo repor aos cofres públicos o percentual de 20% do valor contratado, devidamente atualizado. Determinou, também, o pagamento de multa civil correspondente a doze vezes o valor da remuneração de prefeito, sem a perda da função pública ou suspensão dos direitos políticos em razão da pouca gravidade do ato e ausência de demonstração de prejuízo real, devendo ser mitigada a pena. Afastou, ainda, a pena de proibição de contratar com o poder público. Quanto ao recurso do requerido, reputou-o prejudicado pelo provimento parcial do recurso do Ministério Público.

Dessa decisão, advieram embargos declaratórios que foram rejeitados (fls. 543/545), por não existir omissão ou contradição a ser sanada no aresto embargado, tratando-se de "aplicação da lei à hipótese do caso concreto e observadas as circunstâncias especiais nele encontráveis, inclusive com observância dos seus fins sociais e as exigências do bem comum".

No recurso especial de Aduino Aparecido Scardoelli, aponta-se infringência dos seguintes dispositivos legais:

- **Lei n. 8.666/93:**

1 Art. 62 - O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

- **Lei n. 8.429/92**

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

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

Art. 12 - Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

- **CPC:**

Art. 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. (Incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994).

Em suas razões recursais, defende que:

a) a autorização de compra e serviços preenche todos os requisitos de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrato administrativo, tendo sido emitida por órgão público competente, com todas as cláusulas essenciais de um contrato administrativo, com especificações acerca do objeto da obrigação, trazendo a aceitação das partes, o prazo de vigência, o preço e a forma de pagamento;

b) os "ajustes negociais" firmados se submetem à modalidade Convite, o que torna desnecessária a formalização de termo de contrato, sendo suficiente o procedimento de Autorização de Compras e Serviços;

c) a caracterização do ato de improbidade administrativa requer a existência do elemento subjetivo do dolo do agente público;

d) contrariou-se o princípio da razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada, ao cumular multa civil com indenização moral, não se atentando ao dano cometido e ao proveito patrimonial advindo;

e) não obstante tenha sido reconhecida a inexistência de dano ao erário ou proveito material, assim como a desnecessidade de realizar-se procedimento licitatório, foi aplicada pena severa e desproporcional;

f) deve ser extinta a ação civil pública em face da coisa julgada da sentença penal que reconheceu que o ato foi praticado em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito;

g) existência de decisão *extra petita* no concernente à reparação por danos morais e pagamento de multa civil, pedidos não pleiteados pelo *Parquet* na exordial;

h) a Lei 8.429/92, art. 12, não prevê a possibilidade de reparação de dano moral, o que veda sua aplicação sob pena de ofensa ao princípio da tipicidade cerrada.

Em linhas gerais, alega-se a validade, no caso concreto, do documento de autorização de compras e serviços firmado, por se enquadrar o procedimento licitatório na modalidade Convite, haja vista que o valor acordado com as emissoras de rádio se encontra dentro do limite previsto no art. 23, II, letra "a", da Lei 8.666/93, o que torna desnecessária a **Formalização de Termo de Contrato**. Defende que o tribunal *a quo* não atentou para a existência de permissão expressa do artigo 62 da Lei de Licitações para a Administração utilizar a Autorização de Compras e Serviços. Repisa, por outro lado, os argumentos acerca da inexistência de conduta dolosa capaz de caracterizar ato ímprobo do agente público, denotando interpretação equivocada do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Assim, requer a reforma do acórdão atacado com a finalidade de afastar a aplicação das sanções de multa civil e reparação de dano moral.

Contra-razões (fls. 627/632) defendendo a manutenção do aresto objurgado.

Proferido juízo negativo de admissibilidade (fls. 634/639), subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por força do Ag 607.941/SP.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 679/981) opinando preliminarmente pelo não-conhecimento do recurso especial em razão do não-prequestionamento dos dispositivos apontados como malferidos, o que atrai a incidência das Súmulas 282 e 356/STF. Quanto ao mérito, entende que o apelo especial deve ter o seu provimento negado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em seu voto, o E. Ministro José Delgado destaca:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRATO REGULANDO A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. VALORES QUE SE ENQUADRAM NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS E NÃO CONVITE. ART. 62 DA LEI 8.666/93. VÍCIO FORMAL. LESÃO AO ERÁRIO. PRESCINDIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO-CONFIGURADA. SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS. VIOLAÇÃO DO ART. 406 DO CPC REPELIDA. MANUTENÇÃO DO POSICIONAMENTO ADOTADO EM SEGUNDO GRAU.

1. Tratam os autos de **ação civil pública por improbidade administrativa** movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Adauto Aparecido Scardoelli, Prefeito Municipal de Matão/SP na legislatura de 1997/2000. Foi atribuída ao réu a suposta prática das condutas tipificadas nos arts. 10, VIII, e 11, *caput*, I, da Lei n. 8.429/92, ao ratificar contratação, sem procedimento licitatório, das emissoras de Rádio Saudades FM Ltda. e Notícias Brasileiras Ltda. visando a divulgação publicitária de atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração do governo municipal. Sobreveio **sentença** julgando improcedente o pedido. Recursos de apelação por parte do MP e do réu, além de agravo retido interposto pelo requerido. O **TJSP** não proveu o agravo em razão da sua competência estar adstrita aos casos de crimes comuns, o que não ocorre na espécie. Consignou, ainda, que a denúncia anteriormente rejeitada encontra-se estribada na contratação sem licitação, enquanto que a presente ação civil pública lastreia-se em fato diverso relativamente à ausência de instrumento contratual. O recurso do *Parquet* foi parcialmente provido por se entender que houve afronta ao art. 62 da Lei de Licitações, ao não ter sido formalizado documento contratual para prestação de serviços, instrumento de caráter obrigatório; incidindo o réu, ao assim agir, na regra do art. 11, *caput* e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, atentando contra o princípio da legalidade. O réu foi condenado a reparar, solidariamente com as emissoras de rádio, os danos advindos pela violação do princípio da legalidade repondo aos cofres públicos o percentual de 20% do valor contratado, além do pagamento de multa civil no importe de doze vezes o valor da remuneração de prefeito. A apelação do réu foi reputada prejudicada. Embargos de declaração foram rejeitados. No **recurso especial**, o réu aponta violação dos arts. 62 da Lei 8.666/93; 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92 e 460 do CPC. Defende a validade do instrumento de autorização de compras e serviços em virtude dos valores acordados enquadrarem-se na modalidade Convite, admitindo documento simplificado. Afirma, ainda, que não se caracterizou o ato ímprobo e requer a reforma do aresto recorrido a fim de afastar as sanções de multa civil e reparação moral fixadas de forma desmedida em razão da inexistência de prejuízo ao erário. Contra-razões apresentadas. Juízo negativo de admissibilidade, subiram os autos por força do Ag 607.941/SP. Parecer do MP pelo desprovimento do recurso especial.

2. É adstrito ao administrador público, no exercício de suas atividades, que atente aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência. A violação desses princípios resulta em ato de improbidade administrativa.

3. No caso concreto, o ato atentatório ao dever de legalidade adveio da flagrante violação à Lei de Licitações, art. 62, ao não se erigir instrumento contratual firmando os termos do acordo realizado pelo Município com as emissoras de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rádio. Esse dispositivo expressamente estabelece o caráter obrigatório do contrato para os casos de licitação por Concorrência ou Tomada de Preços e para as dispensas/inexigibilidades cujos preços se enquadrem nesses parâmetros (Art. 62. *O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço*).

4. Os valores contratados superam os previstos para enquadramento na modalidade Convite, tratando-se, na verdade, de hipótese de dispensa/inexigibilidade de licitação cujos preços estão compreendidos na espécie Tomada de Preços, o que também afasta a assertiva de que o instrumento simplificado eleito pelas partes atende a preceito legal. Cada autorização de prestação de serviços foi no importe de R\$ 44.175,00 (quarenta e quatro mil, cento e setenta e cinco reais), conforme atestam os documentos de fls. 39/40.

5. Averiguar se a autorização de compras e serviços atende aos requisitos inerentes a todo contrato administrativo demandaria reexame de prova (Súmula 7/STJ), hipótese vedada ao recurso especial.

6. Não foi prequestionada, nem tampouco suscitada nos embargos de declaração, a temática relativa à circunstância de que a autorização de compras e serviços encontra-se abrangida na modalidade de Convite, esbarrando tal assertiva em óbice sumular (n. 211/STJ).

7. A instância de origem não adentrou na questão da culpa ou mesmo do dolo, apenas expressando-se de que a conduta do réu foi desconforme com o normativo legal. Inviável a esta Corte, neste momento, adentrar na *quaestio iuris* a fim de aferir a vontade do agente. Impossível dizer se houve ou não o elemento subjetivo do dolo sem que o Tribunal de origem tenha-se pronunciado a respeito. O tema não foi prequestionado nem argüido em momento oportuno, ou seja, nos aclaratórios. Também não se apontou ofensa ao art. 535 do CPC, impedindo o reexame por parte desta Corte.

8. O art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, ao disciplinar as penas aplicáveis em razão do ato ímprobo, é claro ao evidenciar a desnecessidade do dano ao erário para tipificação da conduta, pois o que se procura proteger, além do aspecto patrimonial, são os valores éticos inerentes à administração pública.

9. A Corte Estadual sopesou as particularidades fáticas inerentes ao caso, tanto que, considerando de pequena monta o gravame, aplicou apenas a sanção de multa civil e determinou o ressarcimento ao erário do percentual de 20% do valor ajustado entre o Município e as emissoras de rádio, o que afasta a tese de desproporcionalidade e falta de razoabilidade.

10. O aresto recorrido, ao determinar reparação de dano moral, encerrou entendimento de que o ato repudiado como ímprobo não se encontra adstrito ao campo material, mas adentra em conceito mais amplo ao abarcar o princípio da moralidade, não importando ofensa ao art. 12 da Lei 8.429/92.

11. Recurso especial conhecido em parte e na parte conhecida, improvido.

Divirjo do E. Relator porquanto a *ratio essendi* da Lei de Improbidade Administrativa é coibir a prática atos lesivos contra a Administração Pública perpetrados por administradores públicos desonestos, e não aqueles que tenham sido praticados por administradores inábeis, sem a comprovação de má-fé.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta sorte, na sistemática de atribuição de responsabilidade administrativa, o ato de improbidade, na sua caracterização, como de regra, exige elemento subjetivo doloso, à luz da natureza sancionatória da Lei de Improbidade Administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva.

Acerca do tema, a jurisprudência desta Egrégia Corte Superior:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO.

1. O tipo do artigo 11 da Lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa, não havendo espaço para a responsabilidade objetiva.

2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 658.415/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2006, p. 253)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 8.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 9.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, caput, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei.

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.

3. Recurso especial provido.

(REsp 604.151/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 8.6.2006, p. 121)

PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E LEGALIDADE. CONDUTA DOLOSA. TIPICIDADE DO NO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92.

1. O tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 é informado pela conduta e pelo elemento subjetivo consubstanciado no dolo do agente.

2. É insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entre a conduta do agente e o resultado lesivo, quando a lei não contempla hipótese da responsabilidade objetiva.

3. Recurso especial provido.

(REsp 626.034/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 5.6.2006, p. 246)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, I, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. 'O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.' (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em 'O Limite da Improbidade Administrativa', Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8).

2. 'A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto' (Alexandre de Moraes, in 'Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional', Atlas, 2002, p. 2.611).

3. 'De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado' (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).

4. 'A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública' (REsp nº 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, DJU de 24.5.2004, p. 162).

5. O recorrente sancionou lei aprovada pela Câmara Municipal que denominou prédio público com nome de pessoas vivas.

6. Inexistência de qualquer acusação de que o recorrente tenha enriquecido ilicitamente em decorrência do ato administrativo que lhe é apontado como praticado.

7. Ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público.

8. Não configuração do tipo definido no art. 11, I, da Lei nº 8.429 de 1992.

9. Pena de suspensão de direitos políticos por quatro anos, sem nenhuma fundamentação.

10. Ilegalidade que, se existir, não configura ato de improbidade administrativa.

11. Recurso especial provido.

(REsp 758.639/PB, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15.5.2006, p. 171)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO DE IMPROBIDADE: TIPIFICAÇÃO (ART. 11 DA LEI 8.429/92).

1. O tipo do artigo 11 da Lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa.

2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo.

3. Recurso especial provido.

(REsp 534575/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09.12.2003, DJ 29.03.2004 p. 205)

Com essas considerações, **DOU PROVIMENTO** ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 734.984 - SP (2005/0044974-2)

VOTO-VISTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LIA. ELEMENTO SUBJETIVO. NÃO-COMPROVAÇÃO. VOTO-VISTA. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL, ACOMPANHANDO O VOTO DIVERGENTE DO MINISTRO LUIZ FUX.

A EXMA. SRA. MINISTRA DENISE ARRUDA:

Trata-se de recurso especial interposto por ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI, com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, em face de acórdão do c. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 505):

"Ação Civil Pública - Licitação - Contrato - Pena - Embora possível a dispensa da licitação não o é do contrato formal. Pena que pode ser mitigada pelo Juiz. Preliminares rejeitadas. Recurso de agravo retido improvido. Recurso de apelação do Ministério Público provido em parte. Recurso do co-réu prejudicado."

Nesta Corte Superior, o processo foi distribuído ao Ministro Relator José Delgado, o qual negou provimento ao recurso especial, com a seguinte ementa:

"ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONTRATO REGULANDO A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. VALORES QUE SE ENQUADRAM NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS E NÃO CONVITE. ART. 62 DA LEI 8.666/93. VÍCIO FORMAL. LESÃO AO ERÁRIO. PRESCINDIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. INFRINGÊNCIA DO ART. 12 DA LEI 8.429/92 NÃO-CONFIGURADA. SANÇÕES ADEQUADAMENTE APLICADAS. VIOLAÇÃO DO ART. 406 DO CPC REPELIDA. MANUTENÇÃO DO POSICIONAMENTO ADOTADO EM SEGUNDO GRAU.

1. Tratam os autos de ação civil pública por improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Adauto Aparecido Scardoelli, Prefeito Municipal de Matão/SP na legislatura de 1997/2000. Foi atribuída ao réu a suposta prática das condutas tipificadas nos arts. 10, VIII, e 11, caput, I, da Lei n. 8.429/92, ao ratificar contratação, sem procedimento licitatório, das emissoras de Rádio Saudades FM Ltda. e Notícias Brasileiras Ltda. visando a divulgação publicitária de atos, programas, obras, serviços e campanhas da administração do governo municipal. Sobreveio sentença julgando improcedente o pedido. Recursos de apelação por parte do MP e do réu, além de agravo retido interposto pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requerido. O TJSP não proveu o agravo em razão da sua competência estar adstrita aos casos de crimes comuns, o que não ocorre na espécie. Consignou, ainda, que a denúncia anteriormente rejeitada encontra-se estribada na contratação sem licitação, enquanto que a presente ação civil pública lastreia-se em fato diverso relativamente à ausência de instrumento contratual. O recurso do Parquet foi parcialmente provido por se entender que houve afronta ao art. 62 da Lei de Licitações, ao não ter sido formalizado documento contratual para prestação de serviços, instrumento de caráter obrigatório; incidindo o réu, ao assim agir, na regra do art. 11, caput e inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, atentando contra o princípio da legalidade. O réu foi condenado a reparar, solidariamente com as emissoras de rádio, os danos advindos pela violação do princípio da legalidade repondo aos cofres públicos o percentual de 20% do valor contratado, além do pagamento de multa civil no importe de doze vezes o valor da remuneração de prefeito. A apelação do réu foi reputada prejudicada. Embargos de declaração foram rejeitados. No recurso especial, o réu aponta violação dos arts. 62 da Lei 8.666/93; 11 e 12, parágrafo único, da Lei 8.429/92 e 460 do CPC. Defende a validade do instrumento de autorização de compras e serviços em virtude dos valores acordados enquadrarem-se na modalidade Convite, admitindo documento simplificado. Afirma, ainda, que não se caracterizou o ato ímprobo e requer a reforma do aresto recorrido a fim de afastar as sanções de multa civil e reparação moral fixadas de forma desmedida em razão da inexistência de prejuízo ao erário. Contra-razões apresentadas. Juízo negativo de admissibilidade, subiram os autos por força do Ag 607.941/SP. Parecer do MP pelo desprovidimento do recurso especial.

2. É adstrito ao administrador público, no exercício da suas atividades, que atente aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, publicidade e eficiência. A violação desses princípios resulta em ato de improbidade administrativa.

3. No caso concreto, o ato atentatório ao dever de legalidade adveio da flagrante violação à Lei de Licitações, art. 62, ao não se erigir instrumento contratual firmando os termos do acordo realizado pelo Município com as emissoras de rádio. Esse dispositivo expressamente estabelece o caráter obrigatório do contrato para os casos de licitação por Concorrência ou Tomada de Preços e para as dispensas/inexigibilidades cujos preços se enquadrem nesses parâmetros (Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço).

4. Os valores contratados superam os previstos para enquadramento na modalidade Convite, tratando-se, na verdade, de hipótese de dispensa/inexigibilidade de licitação cujos preços estão compreendidos na espécie Tomada de Preços, o que também afasta a assertiva de que o instrumento simplificado eleito pelas partes atende a preceito legal. Cada autorização de prestação de serviços foi no importe de R\$ 44.175,00 (quarenta e quatro mil, cento e setenta e cinco reais), conforme atestam os documentos de fls. 39/40.

5. Averiguar se a autorização de compras e serviços atende aos requisitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inerentes a todo contrato administrativo demandaria reexame de prova (Súmula 7/STJ), hipótese vedada ao recurso especial.

6. *Não foi prequestionada, nem tampouco suscitada nos embargos de declaração, a temática relativa à circunstância de que a autorização de compras e serviços encontra-se abrangida na modalidade de Convite, esbarrando tal assertiva em óbice sumular (n. 211/STJ).*

7. *A instância de origem não adentrou na questão da culpa ou mesmo do dolo, apenas expressando-se de que a conduta do réu foi desconforme com o normativo legal. Inviável a esta Corte, neste momento, adentrar na quaestio iuris a fim de aferir a vontade do agente. Impossível dizer se houve ou não o elemento subjetivo do dolo sem que o Tribunal de origem tenha-se pronunciado a respeito. O tema não foi prequestionado nem argüido em momento oportuno, ou seja, nos aclaratórios. Também não se apontou ofensa ao art. 535 do CPC, impedindo o reexame por parte desta Corte.*

8. *O art. 12, inciso III, da Lei n. 8.429/92, ao disciplinar as penas aplicáveis em razão do ato ímprobo, é claro ao evidenciar a desnecessidade do dano ao erário para tipificação da conduta, pois o que se procura proteger, além do aspecto patrimonial, são os valores éticos inerentes à administração pública.*

9. *A Corte Estadual sopesou as particularidades fáticas inerentes ao caso, tanto que, considerando de pequena monta o gravame, aplicou apenas a sanção de multa civil e determinou o ressarcimento ao erário do percentual de 20% do valor ajustado entre o Município e as emissoras de rádio, o que afasta a tese de desproporcionalidade e falta de razoabilidade.*

10. *O aresto recorrido, ao determinar reparação de dano moral, encerrou entendimento de que o ato repudiado como ímprobo não se encontra adstrito ao campo material, mas adentra em conceito mais amplo ao abarcar o princípio da moralidade, não importando ofensa ao art. 12 da Lei 8.429/92.*

11. *Recurso especial conhecido em parte e na parte conhecida, improvido."*

Por sua vez, o Ministro Luiz Fux inaugurou a divergência, concluindo pelo provimento do recurso especial. Tal entendimento foi acompanhado pelo Ministro Teori Albino Zavascki.

Em face da divergência, pedi vista dos autos.

É o relatório.

Na hipótese examinada, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação de improbidade administrativa contra Adauto Aparecido Scardoelli (prefeito de Matão/SP), com fundamento nos arts. 10, VIII, e 11, da Lei 8.429/92, em razão da contratação de duas rádios da cidade de Matão/SP para divulgação de atos, programas, obras e serviços do referido município, sem a realização de procedimento licitatório e formalização dos respectivos contratos. O Juízo de primeiro grau de jurisdição julgou improcedente os pedidos formulados na ação de improbidade administrativa (fls. 360/372).

Por sua vez, o Tribunal de origem, ao analisar a controvérsia, consignou (fls. 507/510):

"Como se disse, duas são as afirmativas que levaram ao ajuizamento da ação. A necessidade de licitação e ausência de contrato.

A primeira, com a rejeição da denúncia, deve ser descartada. Já restou decidido inexistir crime por não haver possibilidade de realização de licitação, visto inexistir possibilidade de concorrência real.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em verdade, a pergunta que deveria se colocar era de outra ordem. Será que havia mesmo necessidade de se contratarem as duas rádios da cidade de Matão para a veiculação dos atos, obras e programas do Governo Municipal? A Prefeitura contava com Assessor de Imprensa, que deveria concatenar o contato do Prefeito com a Imprensa falada e escrita, de forma que a população poderia ser informada dos atos e programas de governo através de notícias, sem que houvesse necessidade de dispêndio, além de outras questões que poderiam ser examinadas dentro do âmbito da razoabilidade.

Mas estes temas não foram veiculados na ação civil, tampouco no inquérito, que se limitou ao tema da necessidade de licitação e da formalização dos contratos. Desta forma, apenas sobre os temas versados na ação é que pode o Judiciário manifestar-se.

O primeiro deles já está decidido. Tendo o Administrador optado por contratar as duas únicas rádios locais, que atuavam em faixas diferentes de transmissão, sem que se examinasse o binômio necessidade-utilidade da contratação repita-se, não havia como realizar-se a licitação, por absoluta impossibilidade, conduta essa que não constitui crime.

Embora não se desconheça que a jurisdição criminal seja diversa da jurisdição civil e que a mesma conduta possa não caracterizar o crime, mas seja suficiente para dar azo a sanção civil ou administrativa, inviável a aplicação desta na hipótese presente.

O administrador decidiu, sem que se questionasse tal decisão nestes autos, contratar as duas únicas rádios e o fez. Inexistentes outras, não há que se falar em licitação, pois inexitem concorrentes, visto que as únicas duas existentes já estavam contratadas. Melhor não realizar licitação alguma do que fazer um certame cujo resultado já se conhece de antemão.

A alternativa de se permitir a participação de outras emissoras localizadas na região não pode ser acolhida. A natureza do programa, denominado 'Bom Dia Prefeito' e 'Você Pergunta e o Prefeito Responde' (vide fis. 4 e 8) não poderiam mesmo serem transmitidos por emissora localizada em outra cidade, pois se tratava de transmissão destinada, em tese, a transmitir 'notícias' do Poder Executivo Municipal de Matão e que, em tese, só interessaria aos munícipes daquele Município, tendo a R. Sentença andado bem neste ponto.

Neste ponto não prospera o recurso do Ministério Público. No segundo ponto, no entanto colhe provimento o recurso.

Sustenta o Ministério Público ser necessária a elaboração de contrato formal, não suprimindo a exigência legal a autorização de compras e serviços.

E tem razão neste passo. A Lei n° 8666/93 em seu artigo 62, obrigou a realização de contrato nas hipóteses em que há dispensa de licitação, o que ocorreu no caso concreto, obrigação esta que já ocorria na vigência da lei anterior, qual seja do Decreto Lei n° 200/67, pois o contrato é essencial à prática do ato (...)

E desconhecimento da necessidade de se ter um contrato não se pode alegar. Primeiro porque a ninguém é dado alegar desconhecimento da lei; segundo porque em anos anteriores elaborou-se contrato de prestação de serviços, conforme se pode ver de fls. 5/6: 11/12 e 18/19, correspondentes aos anos de 1994 a 1996. Apenas em 1997, utilizou-se de outra fórmula para a contratação, diversa daquela que vinha sendo efetuada.

Ora, se antes dispensava-se a licitação pois a divulgação era efetuada mediante a contratação de ambas as rádios e se elaborava contrato, obedecendo-se a lei, não se vislumbra, nem os réus apresentam qualquer justificativa para tão brusca e inexplicável alteração no modo de proceder, violando disposição legal e regulamentar, quando antes tais disposições eram obedecidas. Incide o co-réu na regra do artigo 11, 'caput', da Lei n° 8429/92, colhendo provimento o recurso do Ministério Público neste ponto, para ser a ação julgada parcialmente procedente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito. Decidido ser possível a contratação sem a realização de licitação, mas não sendo possível dispensar a elaboração de contrato, já não pode se falar em permissão ou concurso para utilização de bens ou rendas públicas, mas sim em ato atentatório aos princípios da Administração Pública, pois violado o dever da legalidade. Anote-se não estar o Juízo sujeito a definição legal da parte, aplicando-se à espécie o aforismo 'dá-me o fato e ou lhe darei o direito'.

O parágrafo único do artigo 12, da Lei n° 8429/92 determina caber ao Juiz levar em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito obtido pelo agente na fixação das penas previstas na lei. Esta determinação se presta a abrandar o excessivo rigorismo e a forma draconiana com que se revestiu a Lei de Improbidade, levando a iniquidades.

Na hipótese do caso concreto, tem-se, como certo, que o co-réu, bem ou mal, foi eleito pelo povo de Matão em eleições livres, sendo ele o representante político daquele povo pelo período de quatro anos. Não parece correto que por não terem seus auxiliares elaborado um contrato já haviam feito anteriormente, seja a vontade popular cassada e o seu mandato encurtado por obra do Dr. Promotor de Justiça e do Dr. Juiz. Diversamente seria se a infração fosse de outra ordem, importando em enriquecimento ilícito dele ou de terceiro. Mas não é este o caso.

Pode-se acusar o co-réu de desconhecer as leis, ou de não possuir o preparo necessário para o exercício das funções para as quais foi eleito, ou até mesmo de escolher mal aqueles que o cercam e o assessoram. Mas estes não são motivos para desconhecer a vontade soberana do Povo. Assim fosse e estariam abertas as portas para bastar qualquer deslize, por menor que fosse, do governante, ser ele apeado do poder que lhe foi conferido pelo Povo, único legitimado a fazê-lo, através de ação civil pública e sob o pretexto de proteção do patrimônio público. Estaríamos diante da iniquidade de defender o Povo do próprio Povo.

Ressalva-se, para a cassação do mandato popular pelo Judiciário, evidentemente, as hipóteses em que há demonstração de enriquecimento sem causa, desvio comprovado de verbas, dolo, e outras circunstâncias que tornam inviável e até recomendável o afastamento do cidadão eleito pelo voto do cargo público, mas estas circunstâncias devem sempre ser analisadas à luz de cada caso concreto, sendo inviável a generalização. E, claro, não se afasta, as hipóteses de afastamento por processo político.

No que pertine ao caso concreto, a falta apurada nestes autos resume-se a não elaboração de contrato de prestação de serviços, sem que se vislumbre enriquecimento ilícito, pois ao que consta os serviços foram realmente prestados, visto inexistir prova de não prestação dos serviços contratados, embora os valores não tenham sido pagos. Não se provou, por outro lado, dano real ao patrimônio público, embora a lesão tenha ocorrido pela violação aos princípios da boa Administração pela violação do princípio da legalidade.

Não é o caso, portanto, de se cassar o mandato de Prefeito, fazendo com que o co-réu perca a função pública tão só por não se ter elaborado o contrato de prestação de serviços visto se ter estabelecido ser possível dispensar-se a licitação, mesmo porque restou cabalmente demonstrado nos autos que o mesmo procedimento foi adotado em anos anteriores e admitido como legal e correto ao menos para fins de consideração como ato de improbidade no âmbito da ação civil proposta."

A ação de improbidade administrativa ajuizada contra o ora recorrente foi embasada nos arts. 10, VIII, e 11, I, da Lei 8.429/92, os quais estabelecem:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

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

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

A simples leitura do acórdão recorrido permite afirmar que a suposta prática de ato de improbidade administrativa por lesão ao erário, por dispensar processo licitatório indevidamente (art. 10, VIII, da LIA), foi afastada pela Corte *a quo*, em face da rejeição da denúncia, na esfera penal, relacionada ao mesmo fato, a qual entendeu desnecessária a realização de licitação por impossibilidade de concorrência entre as empresas contratadas, pois uma opera na faixa FM e a outra na AM, sendo as únicas rádios da cidade.

Assim, é lícito afirmar que o ora recorrente foi condenado por ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, I, da Lei 8.429/92, por não ter realizado contrato com as referidas empresas, nos moldes do art. 62 da Lei 8.666/93, que dispõe:

"O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço."

Por sua vez, o Ministro Relator José Delgado afastou o argumento do recorrente de que teria firmado "autorização de compras e serviços" com as empresas contratadas, em face dos valores dos instrumentos, o que exigiria, necessariamente, a formalização do instrumento contratual. Também afirmou que *"a instância de origem não adentrou na questão da culpa ou mesmo do dolo, apenas expressando-se de que a conduta do réu foi desconforme com o normativo legal"*.

Data maxima venia do entendimento exposto, ousou discordar da solução proposta pelo Relator para a presente demanda.

Efetivamente, no caso dos autos, é controversa a exigibilidade da formalização do instrumento contratual, ou se poderia admitir a substituição por outro instrumento hábil, nos termos previstos na norma legal prevista na Lei de Licitações.

Entretanto, entendo que ainda que fosse exigível a realização de contrato entre a Prefeitura e as empresas contratadas, é incontroverso que não existiu dispensa ilícita da realização do procedimento licitatório, bem como que houve a apresentação de autorização de compras e serviços (fls. 615/618).

Tais considerações, ainda que se trate de ilegalidade ou mera irregularidade, afastam a configuração de ato de improbidade administrativa, pois não foi demonstrado o indispensável elemento subjetivo, ou seja, a prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92. É importante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10, da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11, da LIA).

A doutrina, a propósito do aspecto subjetivo que envolve o ilícito administrativo a que faz referência o art. 11, mostra-se uniforme, a entender que a mera ilegalidade, sem reflexo na quebra dos princípios constitucionais, não caracteriza ato de improbidade. Exige para a concretização da improbidade o dolo, a má-fé, bem assim a desonestidade ou imoralidade no trato da coisa pública.

Vejamos o que nos ensina Marçal Justen Filho (**Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: ed. Saraiva, 2005, pp. 691/692):

“No art. 11, há uma definição ampla, que exige interpretação restritiva, sob pena de transformação de qualquer infração em ato de improbidade. Ali se determina que a improbidade pode consumir-se por ação ou omissão violadora dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

(...)

*O ponto fundamental reside em que o art. 11 disciplina hipóteses de improbidade, não de desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade. Ou seja, é indispensável a configuração de improbidade **mais** desonestidade, parcialidade, ilegalidade, deslealdade. Assim, se o sujeito simplesmente adota uma interpretação que ofende a lei, não é possível submetê-lo ao sancionamento por improbidade. Pode haver ilegalidade, mas a tipificação da conduta em vista do art. 11 pressupõe, ademais disso, a consumação de um prejuízo econômico para os cofres públicos, apto a ser qualificado como improbidade.*

Dito de outro modo, a ofensa à honestidade, à imparcialidade, à legalidade ou à lealdade somente adquirem relevância para efeito do art. 11 quando se evidenciarem como um meio de realização de objetivos ímprobos. E a improbidade tem relacionamento, sempre, com os valores e questões materiais.

(...)

Não se admite infração de improbidade, subsumível ao art. 11, sem um elemento de dolo. A atuação culposa é insuficiente – o que, insista-se não equivale a afirmar a regularidade dela. É perfeitamente possível, senão obrigatório, punir condutas irregulares ilícitas praticadas por agentes estatais. Mas isso não autoriza impor sanção de improbidade para toda e qualquer conduta administrativa irregular. A tanto se opõe o princípio da proporcionalidade.”

Por sua vez, a lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro (**Direito Administrativo**, São Paulo: ed. Atlas, 2002, pp. 687/689), ao analisar o referido artigo:

“Esta última hipótese, por sua abrangência, pode alcançar uma infinidade de atos de improbidade. Os princípios da administração pública são inúmeros, conforme analisado no item 3.3 deste livro e como se verifica pela longa enumeração contida na Lei nº 9.784, de 29-1-99, que regula o processo administrativo na esfera federal.

A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei, como se verá no item subsequente.

(...)

O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

(...)

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.”

Cláudio Ari Mello, Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, em artigo intitulado "Improbidade Administrativa – Considerações sobre a Lei 8.429/92" (**Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ed. RT, nº 11, abr-jun/1995, pp. 49/62), revela sua preocupação quanto ao alcance do art. 11 da LIA, afirmando:

*“Compreende-se a referência aos **standards** honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, representativos da visão de moralidade administrativa que permeia a doutrina do Direito Administrativo. O que não é facilmente absorvido é a redução da improbidade à mera violação do princípio da legalidade, como resulta de uma leitura literal do texto legal. De fato, uma interpretação literal do art. 11 resultaria em que todo ato de agente público contrário a legislação vigente enquadrar-se-ia na categoria de ato de improbidade administrativa, ainda que na gênese da conduta não houvesse um matiz de imoralidade. É claro que uma tal exegese não pode vingar, e o dispositivo merece interpretação sistemática e teleológica.(...) A violação à legalidade só constituirá improbidade administrativa quando o ato ilegal tiver motivação que atente contra as pautas de moralidade administrativa (honestidade, lealdade, boa-fé, etc.) mesmo porque uma leitura literal do artigo simplesmente tornaria inviável a administração pública.” (pp. 54/55)*

E, quanto ao elemento subjetivo, diz:

*“Uma interpretação sistemática e teleológica da lei induz-nos a inferir que o legislador pretendeu que apenas os atos de improbidade que causem prejuízo ao erário possam ser punidos quando praticados de forma culposa. Os demais, só sofrerão a incidência da lei quando cometidos com dolo, direto ou eventual. Em outras palavras, os atos que importarem em enriquecimento ilícito e que atentarem contra os princípios da administração serão punidos apenas na modalidade dolosa; os atos que causarem prejuízo serão punidos tanto na modalidade dolosa como na culposa. Tal conclusão prende-se a que o legislador foi expresso em apenas um dos tipos de improbidade administrativa, silenciando quanto aos demais, o que representa, a nosso juízo, um 'silêncio eloqüente' e não uma lacuna, como poderia **prima facie** parecer.” (p. 55)*

Fábio Medina Osório, em sua festejada obra "Improbidade Administrativa" (2ªed., Síntese, 1998), discorrendo sobre a ilegalidade e a improbidade administrativa, menciona (pp. 129/130) “(...) que a mera ilegalidade, pura e simples, não revela a improbidade administrativa, na exata medida em que esta é uma categoria do ilícito mais grave, acentadamente reprovável, seja por dolo ou culpa do agente, merecedor de especiais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanções. A ilegalidade, por si só, não acarreta incidência da lei de improbidade, porque tal hipótese traduziria o caos na administração pública”, acrescentando que “(...) apenas os atos que, além de ilegais, se mostrarem fruto da desonestidade ou inequívoca e intolerável incompetência do agente público” caracterizariam a improbidade. Observa ainda que “... a forma culposa de lesão aos princípios que regem a atuação dos agentes públicos, por si só, sem o correspondente prejuízo patrimonial efetivo, não basta para justificar a incidência das sanções de improbidade administrativa, ante o princípio da reserva legal”.

Também Mário Pazzaglini Filho, discorrendo sobre o art. 11 da LIA, refere que “(...) os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa” (**Lei de Improbidade Administrativa Comentada**, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, pp. 111/113). Disserta que “(...) mero descumprimento de princípio constitucional pelo agente público sem conotação de desonestidade, de má-fé, de falta de probidade, não constitui ato de improbidade administrativa” (p. 112), para concluir que os atos de improbidade administrativa que importam violação de princípio constitucional administrativo exigem, para sua configuração, os seguintes requisitos: “ - ação ou omissão violadora de princípio constitucional regulador da Administração Pública, - comportamento funcional ilícito denotativo de desonestidade, má-fé ou falta de probidade do agente público, - ação ou omissão funcional dolosa, e - que não decorram da transgressão de princípio constitucional, enriquecimento ilícito do agente público ímprobo ou lesão ao Erário.”

Mauro Roberto Gomes de Mattos (**O Limite da Improbidade Administrativa**, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004, 1ª ed., p. 323), ao comentar o art. 11 da LIA alerta: “*Há que se ter temperamentos ao interpretar a presente norma, pois seu caráter é muito aberto, devendo, por essa razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se configura como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições. Por suposto que a honestidade é um dever de estado permanente do homem público, não podendo ser violado este princípio em hipótese alguma. A honestidade, conjugada com a eficiência e a lealdade às instituições públicas, é o mínimo que se espera dos agentes públicos. (...) Todavia, não são todos os atos administrativos ou omissões que colidem com a imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições que darão azo ao enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa. Apesar de serem objeto de inserção no **caput** do art. 11, dado o caráter bem aberto da norma, como dito alhures, não podem ser enquadrados como ímprobos os atos omissivos ou comissivos que firam a legalidade ou a imparcialidade, caracterizando-se em meras ilegalidades. A má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedor de princípios éticos e critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados veniais, suscetíveis de correção administrativa.” (pp. 321/322). E conclui logo adiante: “*Portanto, equívocos leves que não comprometam a moralidade (honestidade) ou que não invadam indevidamente o erário público, não se enquadram no raio de atuação do art. 11, pois senão teríamos a séria insegurança de que qualquer ato que ferisse o princípio da legalidade, por exemplo, seria ímprobo. Esta não é a finalidade da Lei de Improbidade Administrativa, que por possuir no art. 11 caráter bem amplo deverá ser interpretado com as devidas moderações.*”*

Assim, reconhecer o ato de improbidade administrativa sem a efetiva presença e comprovação do elemento subjetivo é admitir a responsabilidade objetiva do agente público, o que não é previsto na Lei 8.429/92.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A intenção da Lei de Improbidade Administrativa é coibir atos manifestamente praticados com intenção lesiva à Administração Pública, e não apenas atos que, embora ilegais, tenham sido praticados por administradores inábeis sem a comprovação de má-fé.

Portanto, considerando a sistemática de atribuição de responsabilidade administrativa, é indispensável a presença do elemento subjetivo do agente público para a configuração de ato de improbidade administrativa. Não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

Sobre o tema, a orientação majoritária desta Corte Superior, que afasta a possibilidade de responsabilidade objetiva para a configuração de atos de improbidade administrativa:

“ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – CONTRATAÇÃO SEM LICITAÇÃO – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO.

1. O tipo do artigo 11 da Lei 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa, não havendo espaço para a responsabilidade objetiva.

2. Atipicidade de conduta por ausência de dolo.

3. Recurso especial improvido.”

(REsp 658.415/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2006, p. 253)

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. LEI 8.429/92, ART. 11. DESNECESSIDADE DE OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. EXIGÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA.

1. A classificação dos atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) evidencia não ser o dano aos cofres públicos elemento essencial das condutas ímprobas descritas nos incisos dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92. Reforçam a assertiva as normas constantes dos arts. 7º, caput, 12, I e III, e 21, I, da citada Lei.

2. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência do STJ associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade, de má-fé do agente público. Somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a configuração de improbidade por ato culposos (Lei 8.429/92, art. 10). O enquadramento nas previsões dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade, portanto, não pode prescindir do reconhecimento de conduta dolosa.

3. Recurso especial provido.”

(REsp 604.151/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 8.6.2006, p. 121)

“PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E LEGALIDADE. CONDUTA DOLOSA. TIPICIDADE DO NO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92.

1. O tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 é informado pela conduta e pelo elemento subjetivo consubstanciado no dolo do agente.

2. É insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo, quando a lei não contempla hipótese da responsabilidade objetiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Recurso especial provido.*”

(REsp 626.034/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 5.6.2006, p. 246)

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, I, DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. *'O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.'* (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em 'O Limite da Improbidade Administrativa', Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8).

2. *'A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto'* (Alexandre de Moraes, in 'Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional', Atlas, 2002, p. 2.611).

3. *'De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado'* (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999).

4. *'A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9); b) em que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade pública'* (REsp nº 480.387/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T, DJU de 24.5.2004, p. 162).

5. *O recorrente sancionou lei aprovada pela Câmara Municipal que denominou prédio público com nome de pessoas vivas.*

6. *Inexistência de qualquer acusação de que o recorrente tenha enriquecido ilicitamente em decorrência do ato administrativo que lhe é apontado como praticado.*

7. *Ausência de comprovação de lesão ao patrimônio público.*

8. *Não configuração do tipo definido no art. 11, I, da Lei nº 8.429 de 1992.*

9. *Pena de suspensão de direitos políticos por quatro anos, sem nenhuma fundamentação.*

10. *Ilegalidade que, se existir, não configura ato de improbidade administrativa.*

11. *Recurso especial provido.*”

(REsp 758.639/PB, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15.5.2006, p. 171)

Portanto, em conclusão, com respeitosa vênua ao entendimento externado pelo Ministro Relator, acompanho os votos anteriormente expendidos pelos Ministros Luiz Fux e Teori Albino Zavascki, para dar provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2005/0044974-2

REsp 734984 / SP

Números Origem: 12641997 1946195204 200400868450

PAUTA: 18/12/2007

JULGADO: 18/12/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ADAUTO APARECIDO SCARDOELLI
ADVOGADO : FLÁVIO CROCCE CAETANO E OUTRO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: Ação Civil Pública

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Denise Arruda, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Luiz Fux, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Luiz Fux os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda (voto-vista).

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 18 de dezembro de 2007

MARIA DO SOCORRO MELO
Secretária