

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.376.280 - SP (2011/0000431-6) (f)**

**RELATOR** : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**  
**AGRAVANTE** : ASLEI MARCHETTI E OUTROS  
**ADVOGADO** : CARLOS ALBERTO MARIANO E OUTRO(S)  
**AGRAVADO** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**INTERES.** : MUNICÍPIO DE MARACAÍ  
**ADVOGADO** : CAIO MÁRCIO LOUREIRO  
**INTERES.** : CEZARIO FERREIRA DA SILVA E OUTROS  
**ADVOGADO** : MARCELO JOSÉ CRUZ  
**INTERES.** : ODILON JOSÉ DE SOUZA E OUTROS  
**ADVOGADO** : ARI BARBOSA E OUTRO(S)  
**INTERES.** : CARLA CRISTIANE TADEU DOMINGUES IGLESIAS DE SOUZA E OUTROS  
**ADVOGADO** : CÁSSIA MEDEIROS DE SOUTO  
**INTERES.** : JOSÉ ROBERTO BRASIL MACHADO  
**ADVOGADO** : ROBERTO CARLOS DOS SANTOS

**EMENTA**

**ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE. PRAZO EM DOBRO. LITISCONSORTES COM PROCURADORES DIVERSOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXIGÊNCIA DO DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS A SERVIDOR COMISSIONADO. ART. 11 DA LIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DOLO, AINDA QUE GENÉRICO, DE ATUAÇÃO CONTRA NORMAS LEGAIS. ENTENDIMENTO DO TCU PELA POSSIBILIDADE DO PAGAMENTO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.**

**DECISÃO**

Cuida-se de agravo regimental interposto por Aslei Marchetti e outros, contra decisão do Presidente desta Corte que negou seguimento ao agravo de instrumento nestes termos:

O agravo de instrumento é intempestivo.

A intimação da decisão que negou seguimento ao recurso especial se deu em 29 de setembro de 2010 e o prazo recursal findou em 11 de outubro 2010. A petição, todavia, só foi protocolada no dia 19 subsequente, fora do prazo legal.

O agravo de instrumento deve ser instruído com certidão comprobatória de feriado forense local, se este coincidir com início ou término do prazo recursal.

Ante o exposto, nego seguimento ao agravo de instrumento.

Os agravantes afirmam, em síntese, que a petição foi protocolada em 19 de outubro de 2010 pelo sistema integrado, na Comarca de Assis-SP, dentro do prazo, pois contado em dobro em decorrência de existirem litisconsortes passivos com diferentes patronos, de forma que o termo final do prazo recursal foi o dia 19.10.2010.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou, caso se entenda o contrário, pela submissão do recurso ao órgão colegiado.

É o relatório.

A decisão agravada merece reconsideração, devendo-se afastar a intempestividade do agravo, tendo em vista que consta às fls. 231-232 dos autos, relatório de andamento do feito na

# Superior Tribunal de Justiça

instância ordinária, no qual se constata a existência de litisconsórcio passivo com procuradores diferentes.

Dessa forma, o prazo é contado em dobro e o presente recurso é tempestivo.

Uma vez superada tal pressuposto recursal, passa-se à análise da irresignação.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Aslei Marcheti e outros contra decisão que inadmitiu seu recurso especial ao fundamento de “inexistência de maltrato às normas legais ou divergência jurisprudencial, não sendo atendidas qualquer das hipóteses das alíneas "a", "b" e "c" do permissivo constitucional”.

O recurso especial foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, cuja ementa é a seguinte:

Ação Civil Pública - Ministério Público — competência da justiça comum, mesmo quando a discussão envolver remuneração funcional, desde que abordada pela ótica da improbidade - cargos de confiança - recebimento de horas extras - impossibilidade - confirmação da sentença Nega-se provimento ao agravo retido e ao apelo. (fls. 33-38)

Houve a oposição de embargos declaratórios contra esse acórdão, mas foram rejeitados, (fl. 61), por se entenderem ausentes as hipóteses do art. 535 do CPC.

No recurso especial (fls. 149-201), interposto pelas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, aponta-se ofensa aos arts. 5º-12 da Lei n. 8.429/92, argumentando que é legal o pagamento de horas extras a servidores comissionados, conforme já entendeu o TCU, bem como que não houve dano ao erário diante da efetiva prestação de serviços além da jornada comum.

No dissídio jurisprudencial, indica-se como paradigma a Decisão n. 479/2000 e TC N. 700.090/96-7, ambos do TCU, dentre outros.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão (fl. 239).

No presente agravo, a recorrente alega que seu recurso especial satisfaz os requisitos de admissibilidade, que o tribunal de origem extrapolou sua jurisdição ao adentrar ao mérito recursal e que não existem os óbices afirmados na decisão agravada, repetindo as violações apontadas no recurso especial.

Contraminuta ao agravo (fls. 661-665), na qual o Ministério Público do Estado de São Paulo defende: a) a falta do devido prequestionamento; b) a aplicação da Súmula n. 400/STF, pela qual admite-se mais de uma interpretação a dispositivo de lei federal, desde que razoável, como é o caso dos autos; c) a incidência da Súmula n. 7/STJ por tratar-se de matéria de prova; e d) a falta de demonstração do dissídio jurisprudencial.

É o relatório. Passo a decidir.

O voto condutor do acórdão objeto do recurso especial tem, no que interessa e com grifo nosso, o seguinte teor:

**Trata-se de ação civil pública intentada pelo Ministério Público, em face do ex-prefeito do Município de Maracá e de servidores que ocuparam cargos em comissão, pelo recebimento de horas extras.** Sustenta que o vínculo funcional não permite o pagamento de valores decorrentes de jornada excedente, vedada pelo art. 62, letra "c", da CLT.

(.....)

Quanto à questão de fundo, inexistente dúvida de que **o liame de confiança que marcou o vínculo funcional dos requeridos, impossibilita o recebimento de horas-extras** ou horas excedentes da jornada normal.

(.....)

**As funções de confiança, dispensam, por sua própria natureza, a**

# Superior Tribunal de Justiça

**imperiosidade do cumprimento de jornada fixa**, e por conta disso, inviável o recebimento de horas extraordinárias. Portanto, as horas-extras são incompatíveis com esta forma especial de contratação, sendo factível a invocação do art. 62, **III**, da Legislação Social, que Veda reconhecimento ao direito de horas-extras para os setores de gerencia ou comando.

(.....)

O que **atenta contra a moralidade administrativa é a utilização de cargos de confiança para a percepção de valores extras incompatíveis com o vínculo** e com a confiança que os distinguiu.

Observe-se que no caso o desfalque se revela nítido, pois as verbas extras foram pagas e recebidas indevidamente.

Ante', o exposto, nega-se provimento ao agravo retido e ao apelo, confirmando a decisão de primeiro grau.

A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo) e exige-se o dolo.

Confiram-se os seguintes acórdãos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATRASO NO RECOLHIMENTO. CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS SERVIDORES MUNICIPAIS. CONTRIBUIÇÃO DO FUNDO DE SAÚDE. NECESSIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela imprescindibilidade do elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa.

2. "As duas Turmas da 1ª Seção já se pronunciaram no sentido de que **o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10"** (REsp 479.812/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª Seção, DJe 27/9/10).

3. O aresto impugnado reformou a sentença e entendeu pela não consumação do ato de improbidade do art. 11, II, da Lei 8.429/92 em face da ausência de dolo na conduta (fl. 1.383e). Assim, estando o acórdão recorrido em perfeita consonância com a jurisprudência deste Tribunal, incide, na espécie ora em exame, a Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1122474/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/02/2011)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (**DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10**). PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

# Superior Tribunal de Justiça

(EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 27/09/2010)

O caso em exame, relativo à improbidade administrativa decorrente de pagamento de horas extras a servidores comissionados, amoldar-se-ia, a princípio, aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 (patrimônio público imaterial).

Nesse passo, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa previsto pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo.

Nesse sentido os seguintes acórdãos com grifo nosso:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LOTEAMENTO ILEGAL DE IMÓVEL PARTICULAR. PAGAMENTO DO VALOR PELA DESAPROPRIAÇÃO. CESSÃO PARA CONSTRUÇÃO DE CASAS POPULARES. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS COMPETENTES E DE INFRA-ESTRUTURA BÁSICA. INOBSERVÂNCIA À LEI 6.766/1979. BENEFICIÁRIOS ESCOLHIDOS A CRITÉRIO DO ADMINISTRADOR. VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 CONFIGURADA. ELEMENTO SUBJETIVO.

1. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública contra ex-prefeito do Município de Tejuapá e cônjuge, à época chefe-de-gabinete, pela prática de improbidade consubstanciada em loteamento irregular do solo - em imóvel pertencente a particular que, diante de tal fato, teve de ser desapropriado pelo ente municipal - e posterior doação dos lotes a munícipes para construção de casas populares.

2. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido e enquadrou a conduta dos réus nos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/1992, condenando-os ao ressarcimento do Erário e impondo-lhes sanções.

3. O Tribunal de Justiça proveu a apelação dos réus e reformou a sentença, ao fundamento de que a ausência de má-fé e de prejuízo ao Erário afasta a configuração de improbidade administrativa, havendo mera irregularidade. No seu entender, não houve doação, mas apenas cessão do imóvel para moradia.

4. É incontroverso o fato de que, em 1995, os recorridos procederam a irregular loteamento de imóvel particular - e por isso o município teve que pagar posteriormente o valor da indenização -, sem autorização dos órgãos públicos competentes, nem realização de infra-estrutura básica e outros requisitos exigidos pela Lei 6.766/1979, e permitiram a construção de casas populares para pessoas por eles selecionadas.

5. Tal conduta não constitui mera irregularidade, mas traduz grave ofensa aos princípios que devem pautar a atuação de quem se dispõe a exercer o múnus público, sobretudo o da legalidade e o da impessoalidade.

6. É inegável que as questões sociais devem ser tratadas com primazia e que a função social da propriedade deve ser observada.

Issô não autoriza, contudo, que o administrador aja a seu talante, à margem das normas legais e de políticas públicas previamente definidas e autorizadas.

7. Ademais, não é certo que o interesse público tenha sido alcançado no caso dos autos, seja porque se autorizou a construção de casas populares para pessoas escolhidas livremente pelos recorridos, seja porque se fez o suposto loteamento sem infra-estrutura básica, estando asseverado de forma contundente na sentença o

estado precário da área em comento, sobretudo pela inexistência de sistema de captação e escoamento de águas pluviais.

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

9. In casu, a **atuação deliberada dos recorridos em desrespeito às normas legais que regulam o loteamento do solo urbano, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo. A situação fática delineada na sentença e no acórdão recorrido não permite concluir pela ocorrência de mera irregularidade.**

10. **Está configurada violação do art. 11 da Lei 8.429/1992**, com a ressalva de que não há como reinstaurar a sentença, porque as penalidades foram aplicadas com base em parâmetros estabelecidos para o art. 10 da referida lei, e também por observar que não se fixara o prazo da proibição temporária de contratar e receber benefícios do Poder Público.

11. Assim, fica a cargo do Tribunal de origem proceder à dosimetria das sanções cominadas no art. 12, III, da Lei 8.429/1992, que não são necessariamente cumulativas, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em conta o disposto no caput e no parágrafo único da mesma lei (gravidade do fato, extensão do dano causado e proveito obtido pelo agente).

12. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 1156209/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 27/04/2011)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. ATO ADMINISTRATIVO DE TRANSFERÊNCIA DE SERVIDORES. DESVIO DE FINALIDADE. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 329/STJ.

1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Município de Rio Espera, em decorrência de suposta **improbidade administrativa que envolve desvio de finalidade** na remoção de servidoras públicas aprovadas por concurso público para atender interesse político.

2. **A suposta conduta amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois vai de encontro aos princípios da moralidade administrativa e da legalidade (patrimônio público imaterial).**

3. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar Ação Civil Pública com o intuito de combater a prática da improbidade administrativa.

4. Condutas ímprobas podem ser deduzidas em juízo por meio de Ação Civil Pública, não havendo incompatibilidade, mas perfeita harmonia, entre a Lei 7.347/1985 e a Lei 8.429/1992, respeitados os requisitos específicos desta última (como as exigências do art. 17, § 6º). Precedentes do STJ.

5. Recurso Especial provido. (REsp 1219706/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 25/04/2011)

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. **A ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei nº**

**8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.** Demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, independentemente da presença de dolo, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. Ao contratar e manter servidora sem concurso público na Administração, a conduta do recorrente amolda-se ao disposto no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido. O acórdão recorrido ressalta que a admissão da servidora "não teve por objetivo atender a situação excepcional e temporária, pois a contratou para desempenhar cargo permanente na administração municipal, tanto que, além de não haver qualquer ato a indicar a ocorrência de alguma situação excepcional que exigisse a necessidade de contratação temporária, a função que passou a desempenhar e o tempo que prestou serviços ao Município demonstram claramente a ofensa à legislação federal".

3. Desse modo, é razoável a sua condenação na pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e o pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município - punições previstas no patamar mínimo do artigo 12, III, da LIA.

5. Recurso especial não provido. (REsp 1005801/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 12/05/2011)

Sobre o tema versado nos autos, pagamento de horas extras a cargos comissionados, há acórdão do TCU no sentido da legalidade de tal pagamento.

Confira-se:

Administrativo. Representação formulada por Unidade Básica do TCU. Possibilidade de pagamento de horas extras a servidor comissionado. **Uniformização do entendimento do TCU acerca do assunto**, ante decisões divergentes. Inexistência de conflito de jurisprudência. Mudança jurisprudencial. Autorização à Presidência para adoção das providências cabíveis. -Natureza jurídica das vantagens pecuniárias pagas aos servidores. Análise da matéria. **-Hora Extra. Obrigatoriedade do pagamento a servidores comissionados**. Possibilidade de punição pela execução indevida de serviço extraordinário. Considerações. (TCU, Decisão 479/2000 - Plenário, julgado em 7 de junho de 2000, Processo: 000.549/2000-9)

Deste modo, infere-se que não se caracterizou o dolo genérico de se conduzir deliberadamente contra as normas legais, pois, no mínimo, trata-se de matéria ainda controvertida, o que descaracteriza o ato de improbidade por não haver normas claras a serem contrariadas.

Assim, não presente o dolo, ainda que genérico, na conduta dos réus, forçosa a reforma do acórdão recorrido para julgar improcedente a ação civil pública.

Nesse sentido, preciso acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. CONDOTA DOLOSA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.

1. O recurso especial fundado na divergência jurisprudencial exige a observância do

# Superior Tribunal de Justiça

contido nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ, sob pena de não conhecimento do recurso.

2. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

3. Na hipótese dos autos, o Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra o ora recorrente (ex-prefeito de Município do Estado do Paraná), em face da não inclusão na proposta de orçamento financeiro seguinte de valor necessário ao pagamento de crédito trabalhista decorrente de decisão da Justiça do Trabalho. Por ocasião da sentença (fls. 77/85), o pedido foi julgado procedente a fim de condenar o réu ao pagamento de multa civil e à suspensão dos direitos políticos, a qual foi mantida em sede de apelação.

4. A Corte a quo concluiu que a conduta do recorrente tipificou ato de improbidade administrativa por violação dos princípios da Administração Pública, em razão do descumprimento de ordem judicial.

Também reconheceu a possibilidade de a modalidade culposa configurar a referida conduta ímproba, não obstante a ausência de dano ao erário, independentemente da existência ou não de conduta dolosa, a qual seria "uma discussão irrelevante".

5. Efetivamente, a configuração do ato de improbidade administrativa por lesão aos princípios da Administração Pública não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92. Entretanto, **é indispensável a presença de conduta dolosa do agente público ao praticar o suposto ato** de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, elemento que não foi reconhecido pela Corte a quo no caso concreto.

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

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1036229/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/02/2010)

Ante o exposto, **conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial.**

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2012.

Ministro Benedito Gonçalves  
Relator