



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2024.0000571601

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000357-12.2005.8.26.0355, da Comarca de Miracatu, em que são apelantes HELENA YUKIKO KAYO (HERDEIRO), JOSE CARLOS MUNESSADA KAYO (HERDEIRO), SEBASTIÃO FERREIRA SOBRINHO, ITAMAR TAVARES DE MENDONCA, RICARDO MUNEO KAYO (HERDEIRO), ROBERTO MUNETACA KAYO (INVENTARIANTE) e MIYOJI KAYO (ESPÓLIO), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Em julgamento estendido, por maioria, deram provimento aos recursos, vencido o relator sorteado, que declara, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA, vencedor, SOUZA NERY, vencido, EDSON FERREIRA (Presidente), OSVALDO DE OLIVEIRA E SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 26 de junho de 2024.

J. M. RIBEIRO DE PAULA
RELATOR DESIGNADO
Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000357-12.2005.8.26.0355

Comarca de Miracatu – 2ª Vara – Juiz Eduardo de Lima Galduróz

Apelantes: ITAMAR TAVARES DE MENDONÇA E OUTROS.
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

VOTO Nº 37.404.ZP

Relator Designado

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Município de Miracatu – Cargos de Assessor Jurídico e Diretor de Divisão Jurídica, de provimento efetivo – Nomeação de advogados, em comissão, sem concurso – Fundamento no art. 7º, da Lei Municipal nº 1.159, de 2001 – Lei vigente, com força própria, parcial e incidentalmente declarada inconstitucional, na própria ação de improbidade – Inexistência de dolo, má-fé, enriquecimento ilícito e dano ao erário – Não identificação de ato de improbidade administrativa – Sentença de procedência reformada – Recursos de apelação dos réus, providos, para o fim de julgar improcedente a ação, por maioria de votos.

Relatório

Ação de improbidade administrativa ajuizada pelo órgão do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO contra ITAMAR TAVARES DE MENDONÇA, MIYOJI KAYÓ, ex-prefeitos do MUNICÍPIO DE MIRACATU.

A r. sentença,¹ de relatório adotado, condenou os réus nas penas do art. 11, *caput*, da Lei 8.429, de 1992: a) *perda da função pública*; b) *suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 anos*; c) *pagamento de multa correspondente a 3 vezes o valor da última remuneração percebida*,

¹ Sentença, fls. 982/1.007.

devidamente atualizada; d) proibição de contratar com o poder público e restrições correlatas, pelo prazo de 3 anos.

Recurso dos réus, pela improcedência da ação. ²

Pareceres da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento. ³

Fundamentação

Vencido o ilustre Des. Souza Nery, Relator Sorteado; votos vencedores deste 2º Juiz e dos Des. Edson Ferreira, Souza Meirelles e Osvaldo de Oliveira, que deram provimento aos recursos de apelação dos réus, para o fim de julgar improcedente a ação de improbidade. Abri a dissensão, e assumo, por designação, a redação do acórdão.

Assenta-se a sentença condenatória no fato de os réus, ex-prefeitos de Miracatu, haverem nomeado, em comissão advogados, para os cargos, *assessor jurídico e diretor de divisão jurídica*, que exigiam provimento efetivo.

É certo que a nomeação impugnada se sustentou na Lei Municipal nº 1.159/2001, declarada parcial (art. 7º, Anexo I) e incidentalmente inconstitucional pela sentença recorrida. O Órgão Especial confirmou a inconstitucionalidade (fls. 1.547/61).

No entanto, havia lei municipal autorizando as nomeações, logo, não há imputar aos prefeitos da época a prática de ilegalidade, muito

² Recurso, fls. 1.020/24; 1.026/50; 1.154/72.

³ Parecer, fls. 1.584/93.

menos de atos de improbidade administrativa.

Não houve irregularidade formal nem mesmo de ilegalidade, pois não há prova de dolo específico de lesar o erário, como exige a LIA, a lei se revestia de força própria e presunção de constitucionalidade.

Os servidores nomeados trabalharam efetivamente, como reconhece a própria sentença, que conclui pela ausência de dano ao erário. Nem podia ser diferente, porque a Administração deve pagar seus servidores, selecionados por meio legal ou não.

A conduta imputada aos ex-prefeitos, que nomearam servidores com fundamento em lei local vigente, não constituiu conduta dolosa de improbidade administrativa, quer na redação original da Lei 8.429/92, mais ainda na concepção da Lei 14.230/21.

Antes da **Lei nº 14.230/2021**, a LIA dispunha, no art. 11, *caput*, como ato de improbidade, em rol exemplificativo, "**qualquer ação ou omissão** que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e **notadamente** " (grifei).

No entanto, a **Lei nº 14.230/2021** alterou a redação do art. 11, *caput*, para "*a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas*".

Retirou-se da redação anterior as locuções "**qualquer ação**"; substituiu-se **notadamente** por **caracterizada por uma das seguintes condutas**; revogaram-se determinados incisos, alterou-se a redação de uns e

incluiu outros (I a XII), também foram incluídos novos parágrafos (§§ 1º a 5º).

Dessarte, com a nova redação do art. 11 da Lei nº 8.429/92, para a configuração de ato de improbidade descrito nesse dispositivo legal indispensável a comprovação de uma das condutas dolosas previstas em rol taxativo.

A retroatividade da lei mais benéfica constitui princípio geral de direito, tem previsão interna tanto na Constituição da República (Art. 5º, inc. XL), como no Código Tributário Nacional (art. 106) e no Código Penal (art. 2º, par. único), além de conter respaldo no Pacto de San José Da Costa Rica (art. 9), recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional.

Nos termos do **art. 1º, § 4º, da Lei nº 14.230/21**, consta expressamente que devem ser aplicados aos atos de improbidade administrativa os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Nesse sentido, o entendimento do STJ no RMS 37.031/SP, 1ª Turma, j. em 8.2.2018, de que *o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador*.

Nessa decisão, a Ministra Relatora fundamenta que a retroatividade benigna abrange todo o direito sancionatório: *Quando uma lei é alterada, significa que o Direito está se aperfeiçoando, evoluindo, em busca de soluções mais próximas do pensamento e anseios da sociedade. Desse modo,*

se a lei superveniente deixa de considerar como infração um fato anteriormente assim considerado, ou minimiza uma sanção aplicada a uma conduta infracional já prevista, entendendo que tal norma deva retroagir para beneficiar o infrator.

Sem prova de dolo, incide a nova Lei 14.230, de 2021, conforme o Tema 1.199 do STF:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, apreciando o tema 1.199 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para extinguir a presente ação, e, por maioria, o Tribunal acompanhou os fundamentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes (Relator), vencidos, parcialmente e nos termos de seus respectivos votos, os Ministros André Mendonça, Nunes Marques, Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Na sequência, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”. Redigirá o acórdão o Relator. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 18.8.2022.

Por fim, inconstitucionalidade de lei vigente não é circunstância apta ao reconhecimento de ato de improbidade fundado na mesma lei. E não é demais dizer que, se houve prestação de serviços, absolutamente necessário o correspondente pagamento, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ante o exposto, respeitado o convencimento do nobre relator sorteado (vencido), por maioria foi reformada a r. sentença para **dar-se** provimento aos recursos de apelação dos réus, para o fim de julgar improcedente a ação de improbidade administrativa. É como voto.

Dispositivo

RECURSOS DE APELAÇÃO PROVIDOS.

Desembargador RIBEIRO DE PAULA, Relator Designado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível nº 0000357-12.2005.8.26.0355

VOTO Nº 57.805

DECLARAÇÃO DE VOTO

Primeiramente destaco que após o julgamento do Tema nº 1.199 de repercussão geral do STF, foram definidas as seguintes teses jurídicas com efeito vinculante: 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - dolo; 2) A norma benéfica da lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova lei 14.230/21 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; e 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Passo à análise do caso.

O exame dos autos revela tratar-se de ação civil pública em razão dos seguintes fatos:

Itamar, prefeito de Miracatu entre 2001/2004, e Miyoji, prefeito entre 2005/2008, nomearam advogados para ocupar o cargo público em comissão, todos de livre nomeação e exoneração, sem concurso público, conforme previa a Lei Municipal 1.159/2001.

Contudo, tais cargos não eram de direção, chefia ou assessoramento, conforme exigido pela CF, e o MP ingressou com ação civil pública para condenação dos réus por ato de improbidade administrativa.

Em relação ao apelo de Itamar:

Apela alegando que a Lei Municipal não teria passado por julgamento pelo Órgão Especial:

A Lei Municipal 1.159/2001 foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial, em 19/10/2022. Em que pese tal julgamento ter ocorrido após a r. sentença, não se vê motivos para declarar a nulidade do julgamento em primeira instância, já que o resultado prático foi o mesmo.

Alega que não há como ser aplicado o efeito *ex nunc* à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso:

Quanto aos efeitos das decisões no controle difuso, ou por via de exceção, tem-se que a regra é que operem de maneira *ex tunc*, ou seja, de modo a alcançar o ato até a data em que a norma viciada entrou em vigor.

Essa regra, entretanto, encontra-se mitigada desde 2003 pelo STF, que admitiu a possibilidade da prolação de decisões com *eficácia ex nunc* ou pro futuro no âmbito do controle difuso, desde que existam fundadas

razões de segurança jurídica que justifiquem que tal efeito seja conferido à decisão.

Dessa forma, se não houver expressa menção da eficácia temporal da decisão, seus efeitos serão retroativos. Serão os efeitos ainda declarados pro futuro quando determinado que os efeitos recairão a partir de certa data, ou ainda *ex nunc*, quando declarado a partir da data em que a decisão foi proferida.

No caso em tela, da leitura do julgamento feito pelo Órgão Especial temos que é inexistente a menção aos efeitos da decisão, de modo que são retroativos, como de regra, atingindo toda a escala de efeitos que se desenhou desde que a norma entrou em vigor.

Alega que é inadmissível o uso de ação civil pública como controle incidental de inconstitucionalidade:

Sem razão o apelo neste ponto, uma vez que existem requisitos cumulativos para admissão desse controle dentro da ação civil pública e nota-se estarem presentes no caso em estudo (que não se identifique na controvérsia constitucional o objeto único da demanda; que a questão da constitucionalidade verse como simples questão prejudicial; que exista nos autos do pedido a relação jurídica concreta e específica e apresente como causa de pedir e não como pedido a matéria constitucional).

Tanto a doutrina quanto o STF entendem não ser possível a realização do controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública quando se constituir como único objeto da demanda, o que não é, claramente, o caso em questão.

Aduz que não há nos autos prova de má-fé e que não houve dano ao erário, de modo que não pode haver ressarcimento algum:

De fato, em razão da nova lei de improbidade administrativa, é necessário que haja prova da má-fé para a condenação, de modo que torna-se ainda mais imperiosa a análise dos documentos trazidos nos autos.

Nota-se que, juntamente com a petição inicial, o MP junta documentos a comprovar que a contratação sem concurso público era ato corriqueiro para os Prefeitos Itamar e Miyoji, e o faziam desde 1983, para vários cargos. Nota-se que antes da portaria da nomeação, tornava-se vigente uma lei municipal dando autorização para a contratação.

Contudo, a partir da CF de 1988 tal ato passou a ser inconstitucional, ferindo a Carta Magna e os princípios da Administração. Mas, as contratações continuaram até meados de 2005, envolvendo médicos, advogados e outros.

Bem, considerando a vasta experiência como Prefeito de ambos os réus, que durante vários mandatos estiveram no Poder Executivo Municipal, é impossível aceitar a escusa de desconhecimento da norma constitucional e de que estavam agindo com a permissão de uma lei municipal emanada da Câmara, cujo teor não era de seu pleno conhecimento.

Assim, entendo que os réus agiram de modo voluntário e consciente, ou seja, com dolo de ferir a norma e os princípios constitucionais, fazendo nomeação de advogados para exercer função típica de Procuradores Municipais, burlando o sistema com a sanção de leis inconstitucionais cujo único objetivo era legalizar a contratação ilegal.

Todo ato atentatório às normas do país gera danos presumidos ao erário, uma vez que era possível a contratação de profissional mais bem qualificado por meio de concurso público. Contudo, no caso em tela,

uma vez que o serviço foi de fato prestado pelo período da contratação, não é possível mensurar tal dano, de modo que a própria sentença não fez condenação ao ressarcimento deste. E assim deve ser mantida.

Sebastião Ferreira Sobrinho e Miyoji Kayo apelam alegando a inaplicabilidade da lei de improbidade a agentes políticos, porém a lei de improbidade administrativa é aplicada aos agentes políticos, uma vez que o agente político, é uma modalidade de agente público em qualquer das classificações dos administrativistas brasileiros, de modo que estão sujeitos à responsabilização pelo cometimento de atos que importem em improbidade administrativa.

Miyoji Kayo prossegue, alegando

(a) que os fatos narrados na inicial são inconsistentes e totalmente desprovidos de fundamento jurídico.

Sem razão o seu apelo, neste ponto. Os fatos narrados estão providos de fundamentos jurídicos, fáticos e trazem consigo provas.

(b) alega que enquanto prefeito nomeou três advogados, em cargo em comissão, sem concurso público, porque havia lei Municipal que assim o permitia fazer e ressalta total ausência de dolo.

Este ponto foi rebatido acima. De fato, não se desconhece a existência de lei municipal que dava permissão para as contratações. Contudo tal lei foi declarada inconstitucional tornando todos os atos baseados nela inválidos e ilegais.

Ademais, como dito acima, o dolo se considera comprovado ao ficar demonstrado, pelos atos em série, que os apelantes agiam de modo voluntário e consciente criando e sancionando leis ilegais, reiteradamente, para a nomeação livre de concurso de vários cargos ao longo

de vários anos à frente da Prefeitura.

Em linhas gerais, temos que em que pese a declaração da inconstitucionalidade da lei ter ocorrido posteriormente às nomeações, e as teses defendidas pelos réus de que havia lei permitindo a contratação, temos que o agente político, com maior rigor do que um cidadão comum, deve saber as permissões e proibições existentes na Constituição Federal, atinentes à sua conduta como servidor, e assim saber identificar as inconstitucionalidades e ilegalidades das leis, deixando de aplicá-las.

Ademais, os agentes políticos contam com amplo assessoramento, e no caso em tela, estamos falando de agentes que estavam no Poder Executivo desde, pelo menos, 1983 — há mais de quarenta anos, portanto — e vinham de forma reiterada criando leis para embasar as portarias de nomeações de cargos sem concurso, mesmo após o advento da CF de 1988, que passou a proibir tal ato.

Verifica-se que, corriqueiramente, as leis eram sancionadas em ocasiões imediatamente antes das nomeações. A Lei Municipal em questão, aqui especialmente tratada, foi sancionada e promulgada pelo próprio réu Itamar, em 2001, durante a sua estada como Prefeito, de modo que agora não pode valer-se de sua própria torpeza.⁴

Quanto ao dolo, ele é claro, pois as nomeações foram voluntárias e visaram favorecer os interesses públicos e políticos das partes, com prejuízo a outros profissionais que foram impedidos de prestar concurso para esse cargo, e assim estabelecer disputa justa pelo posto. E com prejuízo do sistema e da população, que não puderam ter a oportunidade de um melhor profissional (mais qualificado) ocupar o cargo em defesa do Município.

Sendo dolo a vontade livre e consciente de alcançar

⁴ Fls. 167-171.

resultado ilícito, podemos concluir que a própria vontade de ferir a norma constitucional de conhecimento de todos, tipifica o dolo passível de condenação em ação de improbidade, tal qual foi determinado pela r. sentença recorrida.⁵

Em que pese não ser possível mensurar em moeda real o valor do prejuízo ao erário, uma vez que houve efetivo cumprimento do labor mediante contraprestação pecuniária, o prejuízo é presumido com os pontos tratados acima mediante a contratação de pessoa sem aprovação técnica prévia.

Desta forma, entendo que a sentença deve ser mantida, tal como proferida, uma vez que estabeleceu com acerto as penas, tipificando-as e justificando-as de forma razoável e coerente para cada réu.

Em razão da permissão do artigo 252 do Regime Interno, acolho os fundamentos e justificativos, ficando mantida a sentença.

José Orestes de **SOUZA NERY**
Desembargador
(Assinatura eletrônica)

⁵ Art. 1º, § 2º da Lei 8.429/1992.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	7	Acórdãos Eletrônicos	JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA	26472B49
8	14	Declarações de Votos	JOSE ORESTES DE SOUZA NERY	264B2852

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 0000357-12.2005.8.26.0355 e o código de confirmação da tabela acima.