

07/06/2011

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 104.078 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**PACTE.(S)** : **ITAMAR FRANCISCO MACHADO BORGES**  
**IMPTE.(S)** : **ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*Habeas Corpus*. 2. Ação Penal. 3. Prefeito. Contratação de servidores sem concurso público. Art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67. 3. Lei municipal autorizadora (Lei municipal 1.631/90, art. 2º, VIII). 4. Conduta atípica. Precedentes. 5. Ausência de justa causa caracterizada. Trancamento da ação penal. 6. Ordem concedida.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 7 de junho de 2011.

**Ministro GILMAR MENDES**

Presidente e Relator

*Documento assinado digitalmente*



07/06/2011

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 104.078 SÃO PAULO**

**RELATOR** : MIN. GILMAR MENDES  
**PACTE.(S)** : ITAMAR FRANCISCO MACHADO BORGES  
**IMPTE.(S)** : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)  
**COATOR(A/S)(ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Alberto Zacharias Toron e Flávia Pierro Tennenbaum, em favor de Itamar Francisco Machado Borges.

Nestes autos, a defesa questiona decisão proferida pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC n. 78.218/SP.

Conforme narra a impetração, o paciente — então prefeito da cidade de Santa Fé do Sul — foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei n. 201/67, pois teria admitido a contratação temporária de servidores por meio de processo seletivo simplificado, contra expressa disposição de lei.

Em 20 de julho de 2006, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) recebeu a denúncia formulada pelo *Parquet* (fl. 103).

Contra essa decisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem (fl. 121-140).

Nestes autos, sustenta que “o fato imputado ao paciente é manifestamente atípico”, tendo em vista que, havendo autorização legislativa específica (Lei municipal n. 1.631/1990) a consentir a contratação temporária, a conduta seria atípica (fl. 7).

Elucida, ainda, que, no início de 2002, foi realizado “concurso público para a contratação de profissionais para diferentes cargos, entre eles, para a formação da guarda municipal”. Ocorre que foi ajuizada ação popular, tendo liminar sobrestado o andamento dos certames (fl. 5).

Adverte, assim, que só foi autorizada a contratação, por meio de processo seletivo simplificado, de profissionais para compor a Guarda

**HC 104.078 / SP**

Municipal, em razão do sobrestamento imposto pela ação popular, dado que o município celebrara convênio com o Ministério da Justiça, pelo qual receberia aportes financeiros (fl. 15).

Nesse sentido, requer a concessão de liminar para sobrestar a ação penal até o final julgamento deste *writ* (fl. 18).

No mérito, pede a concessão da ordem para reconhecer a atipicidade do fato imputado ao paciente, trancando a ação penal por falta de justa causa (fl. 18).

Deferi a liminar em 1º.6.2010 (fl. 156-160).

A Procuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fl. 177-183).

É o relatório.

07/06/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 104.078 SÃO PAULO

## VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): No presente *habeas corpus*, a defesa requer a concessão da ordem para reconhecer a atipicidade do fato imputado ao paciente, trancando, por conseguinte, a ação penal por falta de justa causa (fl. 18).

Na espécie, no início de 2002, foi realizado “*concurso público para a contratação de profissionais para diferentes cargos, entre eles, para a formação da guarda municipal*”. Ocorre que foi ajuizada ação popular pelo Sr. Heitor Neto, tendo a liminar sobrestado o andamento dos certames (fl. 5).

Passados quase 2 (dois) anos da suspensão do certame – e como a Prefeitura de Santa Fé do Sul havia firmado convênio com o Ministério da Justiça para a implantação da Guarda Municipal da cidade, que já havia sido prorrogado uma vez e estava próximo de vencer novamente –, aventou-se a possibilidade, dadas as circunstâncias do caso, de se proceder à contratação direta de profissionais temporários, nos termos da Lei municipal 1.631/90.

Dessarte, após parecer jurídico pela legalidade da realização do processo seletivo simplificado, o paciente, então prefeito, deu início ao certame, que desencadeou na contratação temporária de 29 (vinte e nove) profissionais, pelo prazo de 2 (dois) anos.

O mesmo Sr. Heitor Neto, inconformado com a contratação nos moldes realizados, peticionou ao Ministério Público, requerendo fosse investigada a lisura das contratações.

Findas as diligências, o paciente – então prefeito da cidade de Santa Fé do Sul – restou denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei n. 201/67, ao argumento de ter admitido a contratação temporária de servidores por meio de processo seletivo simplificado, contra expressa disposição de lei federal.

Em 20 de julho de 2006, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) recebeu a denúncia formulada pelo *Parquet* (fl. 103).

**HC 104.078 / SP**

Contra essa decisão, impetrou-se *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem (fl. 121-140).

Dai, o presente *habeas corpus* nesta Corte.

Feita essa incursão dos fatos, passo à análise do mérito da impetração.

Ressalto, inicialmente, que é firme o entendimento desta Corte no sentido de que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial é medida de caráter excepcional, sobretudo na via estreita do *habeas corpus*.

Diante disso, se não restar comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e materialidade, é indispensável a continuidade da persecução criminal (HC 95.761/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 18.9.2009; HC 91.603/DF, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 26.9.2008; HC 98.631/BA, rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe 1.7.2009; HC 93.224/SP, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 5.9.2008).

Bem compulsados os autos, entendo que a irresignação merece prosperar.

De início, observo que a Carta Magna estabelece que o ingresso no serviço público dar-se-á mediante aprovação em concurso público, todavia especifica duas exceções a essa regra: a) nomeação para ocupar cargos em comissão (CF, art. 37, II); e b) contratação temporária de pessoal para atender excepcional interesse público (CF, art. 37, IX).

No caso específico da contratação temporária de servidores, o Supremo Tribunal Federal já assentou que, para que esta seja legítima, devem ser preenchidos os seguintes requisitos: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. Nesses termos, cito precedente: ADI 2.229/ES, rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 25.6.2004.

No caso dos autos, consoante relatado, no início de 2002, foi realizado concurso público para a contratação de profissionais para diferentes cargos, entre eles, para a formação da guarda municipal. Ocorre que foi ajuizada ação popular, tendo liminar sobrestado o andamento dos certames (fl. 5). Diante desse quadro, o então prefeito da

HC 104.078 / SP

cidade de Santa Fé do Sul, seguindo parecer jurídico (fl. 58), autorizou o processo seletivo simplificado firmado em expressa disposição legal – Lei municipal 1.631/90, sobretudo visando a adimplir convênio firmado com o Ministério da Justiça (fl. 44-52).

No ponto, importante destacar que a Lei municipal 1.631/90, em seu art. 2º, VIII, nos termos do inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, autoriza expressamente a contratação por tempo determinado de pessoas para formação e manutenção da Guarda Municipal. Confira-se:

“Artigo 2º - As contratações a que refere o art. 1º somente poderão ocorrer nos seguintes casos: (...) VIII – para a formação e manutenção da Guarda Municipal”.

Feitas essas considerações, ressalto que, em casos análogos, esta Suprema Corte tem reconhecido que a existência de leis municipais autorizando a contratação temporária de agentes públicos, para atender a necessidade de excepcional interesse público, afasta a tipicidade da conduta referente ao art. 1º, XIII, do Decreto-lei n. 201/67, que exige a nomeação, admissão ou designação de servidor contra expressa disposição de lei. A propósito, menciono os seguintes precedentes:

“COMPETÊNCIA – HABEAS CORPUS – ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer *habeas-corpus* impetrado contra ato de tribunal tenha esse, ou não, qualificação de superior.

AÇÃO PENAL – PREFEITO – DECRETO-LEI N. 201/67 – TÉRMINO DO MANDATO. O fato de já encontrar-se extinto o mandato não prejudica a propositura da ação penal considerado o Decreto-Lei n. 201/67. Precedente: *habeas corpus* n. 70.671-PI, relatado perante o Pleno pelo Ministro Paulo Brossard, com acórdão publicado no Diário da Justiça da União de 19 de maior de 1995, à página 13.993.

AÇÃO PENAL – JUSTA CAUSA – CONTRATAÇÃO DE

**HC 104.078 / SP**

PRESTADOR DE SERVIÇOS SEM CONCURSO PÚBLICO – INCISO XIII DO ARTIGO 1º DO DECRETO-LEI N. 201/67. Havendo lei municipal autorizadora da contratação, descabe assentar a justa causa para a ação penal. Os tipos do Decreto-Lei n. 201/67 pressupõem o dolo. – (HC n. 73.131/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, unânime, DJ 17.5.1996).

AÇÃO PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE IMPUTADA A PREFEITO MUNICIPAL. RÉU DENUNCIADO POR CRIME PREVISTO NO ART. 1º, INC. XIII, DO DECRETO-LEI N. 201/67: ADMISSÃO DE PESSOAL SEM CONCURSO PÚBLICO. TIPICIDADE DA CONDUTA NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO ENTRE O FATO E A NORMA. AÇÃO PENAL IMPROCEDENTE.

1. As provas demonstraram que o Réu não pode ser responsabilizado penalmente, devendo ser absolvido da conduta descrita na denúncia por ausência de tipicidade.

2. Réu que agiu amparado por leis que legitimaram a contratação temporária dos servidores arrolados na denúncia, o que implica a atipicidade da conduta a ele imputada, não podendo ser enquadrado – pela ausência de adequação entre o fato e a norma - nas cominações legais prescritas no art. 1º, inc. XIII, do Decreto-Lei n. 201/67.

3. Ação penal improcedente. – (AP 423/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, unânime, DJe 28.3.2008).

PENAL. CRIME DE RESPONSABILIDADE. DECRETO-LEI 201/67. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. EXISTÊNCIA DE LEI AUTORIZADORA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. SÚMULA 283 DO STF. AGRAVO IMPROVIDO.

I – A contratação de servidores temporários para atender necessidade de excepcional interesse público, amparada em lei municipal autorizadora, afasta a tipicidade da conduta descrita no art. 1º, XIII, do Decreto-Lei 201/67. Precedentes.

II – Com a negativa de seguimento ao recurso especial,

HC 104.078 / SP

restaram definitivos os fundamentos infraconstitucionais que sustentam o acórdão recorrido. Incide, pois, a Súmula 283 do STF.

III - Agravo regimental improvido. – (RE 593.058 AGR/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, unânime, 18.9.2009)”.

Assim, levando em conta que o então prefeito da cidade de Santa Fé do Sul autorizou o processo seletivo simplificado apoiado em expressa disposição legal – Lei municipal 1.631/90 –, não há como não concluir pela atipicidade da conduta imputada ao paciente. Em outras palavras, não há sequer que se indagar de eventual conduta delituosa praticada pelo paciente, porquanto, havendo lei autorizando a contratação temporária de servidores públicos, mesmo que em casos excepcionais, a conduta é legítima.

Nem se diga, como se colhe do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que a superveniência da Lei 8.745/93, de cunho mais restritivo (por não prever a hipótese de contratação de guarda municipal), tem o condão de afastar a atipicidade da conduta imputada ao paciente. É que tenho para mim que esta lei, *data venia*, regulamenta a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público na órbita federal, não havendo que se cogitar, portanto, da sua incidência em âmbito estadual ou municipal. Por oportuno, transcrevo o art. 1º da mencionada Lei: *“Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei”*.

A conjugação do disposto nos artigos 30, I, e 37, IX, ambos da Constituição Federal, só corrobora o que venho expor. Se, por um lado, o art. 37, IX, dispõe que *“a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”*, o art. 30, I, por sua vez, assenta que compete aos Municípios *“legislar sobre assuntos de interesse local”*.



HC 104.078 / SP

É certo que a organização da Administração Pública Municipal é assunto de interesse eminentemente local, incluído aí o provimento de cargos públicos, e levando em conta as peculiaridades do caso concreto, já devidamente elencadas ao longo deste voto, especialmente a autorização expressa em lei, o ato do ex-prefeito em permitir a abertura do certame não se enquadra, sob qualquer ângulo que se olhe, no disposto no art. 1º, XIII, do Decreto-lei n. 201/67.

Também, reputo que o fato de a contratação ter sido considerada ilegal, em primeiro e segundo graus, e de ter sido reconhecido que o paciente teria praticado ato de improbidade administrativa, não pode ser utilizado como justificativa hábil a permitir trânsito à ação penal, haja vista que eventuais ilícitos administrativos não têm, na espécie, o condão de repercutir na seara criminal.

No ponto, impende atentar que o Decreto-Lei 201/67, em seu art. 1º, XIII, dispõe como infração penal a conduta de “nomear, demitir ou designar servidor, contra expressa disposição de lei”. Nesse sentido, mesmo que as instâncias ordinárias tenham concluído pela improbidade administrativa, é fato que, no caso, não há que se falar em incidência no campo penal, pois a abertura do processo seletivo simplificado, bem como todas as nomeações encontram-se alicerçadas em expressa disposição legal (Lei municipal 1.631/90), o que afasta a tipicidade.

Por fim, acrescento que, mesmo que se possa discutir a constitucionalidade do preceito previsto no art. 2º, VIII, da Lei municipal 1.631/90, é certo que sua eventual inconstitucionalidade – e aqui estamos no campo das conjecturas – não tem como corolário tornar típica a conduta praticada pelo paciente, na medida em que todas as nomeações questionadas foram amparadas em seus preceitos, portanto consoante “expressa disposição legal”, hábil a afastar a tipicidade.

Nesses termos, diante da atipicidade da conduta, meu voto é no sentido de trancar a ação penal movida contra o paciente, ante a patente ausência de justa causa para o seu prosseguimento.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

**HABEAS CORPUS 104.078**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

PACTE.(S) : ITAMAR FRANCISCO MACHADO BORGES

IMPTE.(S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Deferida a ordem para trancar a ação penal movida contra o paciente, ante a patente ausência de justa causa para o seu prosseguimento, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. **2ª Turma**, 07.06.2011.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Ellen Gracie, Ayres Britto e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Carlos Alberto Cantanhede  
Coordenador