

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 374.913 - BA (2013/0238554-7)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo regimental interposto por Edson Almeida de Jesus contra decisão de e-STJ, fls. 3.735/3.740 que conheceu do agravo em recurso especial para negar-lhe provimento.

Sustenta que o acórdão regional viola o art. 535 do CPC, uma vez que se manteve omissivo em relação às preliminares suscitadas pelo agravante.

Afirma que os serviços de transporte de alunos e merenda escolar contratados pela Administração foram efetivamente prestados pela empresa contratada, não tendo ocorrido assim qualquer ato ímprobo. Dessa forma, não há incidência da Súmula 83/STJ, pois não ficou demonstrada lesividade ao patrimônio público.

Ademais, o agravante alega que a culpa que lhe foi imputada possui caráter genérico, sendo exigida culpa grave para a configuração do ato de improbidade administrativa.

Por fim, aduz que não incide a Súmula 7/STJ, uma vez que se pretende a análise de matéria eminentemente de direito.

É o relatório.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 374.913 - BA (2013/0238554-7)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Verifica-se que o agravante não trouxe tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado.

No tocante à violação do art. 535 do CPC, não merece prosperar a tese de violação, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada.

O agravante argui que a Corte local não analisou as preliminares suscitadas, todavia, observando a decisão em avilte observa-se que a matéria foi efetivamente decidida pelo Tribunal de origem (e-STJ, fls. 3.537/3.543):

Argui o recorrente, **preliminarmente, incompetência absoluta do juiz de 1º grau** para o processamento e julgamento do feito, devendo a ação ser iniciada no Tribunal!, face à competência constitucional prevista no art. 29, X'.

Ocorre que, diversamente do alegado, a matéria já se encontra pacificada em sentido contrário pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça e deste eg. Tribunal Federal.

A hipótese normativa descrita no art. 29, X, da Carta Magna se refere, tão somente, as ações penais. Contrariamente do sustentado pelo recorrente, as ações por improbidade administrativa possuem caráter civil-político-administrativo, portanto não se subsumindo à descrição da Lei Maior.

(...)

Registro, ademais, que o plenário do Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797 e 2860) e declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do artigo 84 do Código de Processo Penal, que estabelecia foro privilegiado a autoridades processadas por ato de improbidade administrativa.

(...)

Quanto à alegação de **nulidade da sentença, ante a inépcia da inicial** por ter o Ministério Público Federal requerido, de forma genérica, "a condenação do demandado nas sanções previstas no art. 12, inciso II, da Lei 8.429/92, ou subsidiariamente nas sanções previstas no art.12, 111 do mesmo diploma legal, entendo não merecer abrigo.

Não caracteriza pedido genérico quando o autor, nas ações de improbidade administrativa, pleiteia a condenação do requerido às penas

Superior Tribunal de Justiça

descritas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, pois se trata de norma de extensão, que deve ser cominada com os arts. 9º, 10 e 11,³ do mesmo diploma legal, do qual o quantum deve ser fixado dentro dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente, nos seguintes termos:

(...)

Não há falar, de igual modo, em **juízo extra petita**, quando juiz fixa a pena dentro dos limites legais e em observância do parâmetro pleiteado na peça inaugural. O que importa para as ações de improbidade administrativa é a descrição dos fatos, cabendo ao juiz fazer a subsunção às normas legais.

Sendo assim, não há que se falar em omissão do aresto. O fato de o Tribunal *a quo* haver decidido a lide de forma contrária à defendida pelo recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ele propostos, não configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

Ademais, foi caracterizada a lesão ao patrimônio público, bem como dolo na atuação do agente, não se tratando de culpa genérica.

Assim, mantenho, por seus próprios fundamentos, a decisão em avilta, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 3.735/3.740):

Vistos, etc.

Trata-se de agravo interposto por Édson Almeida de Jesus contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que inadmitiu recurso especial fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, manejado em oposição a acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 3.549/3.550):

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, EX-PREFEITOS. COMPETÊNCIA. JUIZ DE 1º GRAU. ART. 29, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO APLICAÇÃO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. LEI 10.628/2002 DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF (ADI 2.797-DF). APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO ADOTADO NO JULGAMENTO DA RECLAMAÇÃO NO 2.138/DF. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA *ERGA OMNES*. INEXISTÊNCIA DE EFEITO VINCULANTE. NULIDADE DA SENTENÇA. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PEDIDO GENÉRICO. NÃO OCORRÊNCIA. MÉRITO. PARCELAMENTO INDEVIDO DE LICITAÇÃO. FRUSTRAÇÃO DA

LICITUDE DO PROCEDIMENTO. DISPÊNDIO DAS VERBAS PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. ATOS IMPROBOS CARACTERIZADOS. ELEMENTO SUBJETIVO. CULPA GENÉRICA. IMPRESCINDIBILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A competência para o julgamento da presente ação de improbidade é da Justiça Federal de primeira instância, e não deste TRF/1ª Região ou do Tribunal de Justiça Estadual, pois a hipótese dos autos não trata de ação penal, de modo que não se aplica o disposto no art. 29, inc. X, da CF, que determina o julgamento de Prefeito perante o Tribunal de Justiça.

2. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade da Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do CPP, não há falar em foro privilegiado por prerrogativa de função nas Ações de Improbidade Administrativa ajuizadas contra prefeitos. (AgRg nos ED N. 796.424/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe: 17/03/2009).

3. "As decisões pro feridas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nas Reclamações 2.138/DF e 6.034/SP têm efeitos apenas *inter partes*, não beneficiando, assim, o ora Agravante." (Rcl 8221 AgR 1 GO - GOIÁS, AG.REG.NA RECLAMAÇÃO, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA Julgamento: 25/02/2010, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

4. "Os prefeitos Podem ser processados por seus atos pela Lei n. 8.429/92, eis que não se enquadram entre as autoridades submetidas à Lei n. 1.079/50. O precedente do Supremo Tribunal Federal - Rcl 2. 138/RJ - reforça a tese sobre o cabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera do Poderes da União, Estados e Municípios, ressaltando-se apenas as hipóteses em que houver demanda ajuizada contra Ministros de Estado. Assim, os autos devem retornar ao Tribunal *a quo* para que seja processada a ação civil de improbidade administrativa." (REsp 1.148.996/RS, RELATOR MINISTRO CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 11/06/2010).

5. Não caracteriza pedido genérico quando o autor, nas ações de improbidade administrativa, pleiteia a condenação do requerido às penas descritas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, pois se trata de norma de extensão, que deve ser cominado com os arts. 9º, 10 e 11 do mesmo diploma legal, da qual o *quantum* deve ser fixado dentro dos princípios da proporcional idade e razoabilidade, bem como a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

6. Não há falar, de igual modo, em julgamento extra petita, quando juiz fixa a pena dentro dos limites legais e em observância do parâmetro pleiteado na peça inaugural. O que importa para as ações de improbidade administrativa é a descrição dos fatos, cabendo ao juiz fazer a subsunção às normas legais.

7. Caracteriza ato de improbidade que frustra a licitude do caráter licitatório, nos termos do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, o fracionamento indevido da licitação, com o objetivo de se enquadrar

Superior Tribunal de Justiça

no limite de dispensai quando o administrador poderia contratar o objeto de uma só vez, em observância ao art. 24,II, da Lei de Licitações.

8. Constitui ato ímprobo que causa prejuízo ao erário, previsto no ad. 10, XI, da Lei de improbidade Administrativa, o dispêndio de verbas públicas sem a devida comprovação dos respectivos gastos..

9. A similitude das assinaturas das notas fiscais apresentadas, não induz à conclusão inexorável de que os serviços não foram prestados ou que houve alguma fraude a ser punida. Trata-se de mero sinal indicativo, insuficiente para ensejar, por si só, o reconhecimento de ato de improbidade.

10. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou ser necessário, tão somente, comprovar a ocorrência de culpa "*lato sensu*" (dolo - direto ou eventual - ou culpa) para a caracterização de ato de improbidade, afastando-se assim da responsabilidade objetiva. Com isso, garantindo a responsabilização dos faltosos, afastou a penalização de agentes públicos pelos "insucessos da máquina administrativa, mesmo nos casos em que seus dirigentes agissem sob os ditames legais, caracterizando-se responsabilidade objetiva dos administradores." (REsp 1.140.554-4/MG, MINISTRA ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ-e 22/06/2010).

11. Se se exigisse dolo direto do agente público, restariam feridos os preceitos principiológicos da Lei de Improbidade Administrativa, na medida em que ficaria por demais dificultado a prova da conduta mediante necessidade de ser demonstrado o agir com propósito lesivo (ao patrimônio ou aos princípios).

12. Apelação parcialmente provida.

Alega o agravante a existência de violação dos arts. 535, II, do CPC; 10, *caput*, da Lei n. 8.429/92.

Assevera a existência de omissão no acórdão recorrido, apesar da oposição de embargos de declaração.

Afirma que os recursos foram destinados ao custeio do transporte escolar e à contratação de prestadores de serviço de transporte de alunos e professores. Dessa forma, não se configurou ato enquadrável em infração à Lei de Licitações, nem à Lei de Improbidade Administrativa.

Sustenta que, para que haja ato de improbidade previsto no art. 10 da Lei n. 8.429/92, é necessário o efetivo prejuízo ao erário.

Argui que não ficou demonstrado a culpa grave na conduta do agente, mas que a decisão recorrida considerou que houve apenas culpa genérica.

É o relatório.

Registro, desde logo, que não merece prosperar a tese de violação do art. 535 do CPC, porquanto o acórdão recorrido fundamentou, claramente, o posicionamento por ele assumido, de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada.

Sendo assim, não há falar em omissão do aresto. O fato de o Tribunal *quo* haver decidido a lide de forma contrária à defendida pelo recorrente, elegendo fundamentos diversos daqueles por ele propostos, não

configura omissão ou qualquer outra causa passível de exame mediante a oposição de embargos de declaração.

No aspecto:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. CONTRADIÇÃO EXTERNA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Os aclaratórios são cabíveis somente para sanar omissão, obscuridade, contradição ou, ainda, para a correção de eventual erro material, o que não ocorreu.

2. A questão trazida à esta Corte por meio do recurso especial foi dirimida de forma clara e em acórdão fundamentado na orientação do STJ firmada quando a Primeira Seção apreciou, sob o rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, o REsp 1.110.578/SP.

(...)

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgRg no AREsp 140.337/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 1º/7/2013)

De outra parte, a matéria referente ao art. 10 da Lei n. 8.429/92, assim foi decidida pela Corte local (e-STJ, fls. 3.543/3.547):

A condenação se deu em razão do reconhecimento da contratação de prestadores de serviços de transporte de alunos e professores sem critérios objetivos; fracionamento indevido do procedimento licitatório para a contratação de serviços de transporte de merenda escolar; realização de pagamentos mediante utilização de notas fiscais forjadas; ausência de comprovação de dispêndio das verbas recebidas.

Fundou-se, o sentenciante, tanto no relatório de auditoria realizado pelo TCU, quanto pelo procedimento administrativo confeccionado pelo Ministério Público Federal.

Quanto à condenação pela contratação de prestadores de serviços sem critérios objetivos, entendo estar em consonância com as provas dos autos, eis que a condenação se fundou em julgamento realizado pelo Tribunal de Contas da União que concluiu que a documentação acostada àquele procedimento administrativo era suficiente para concluir pela ausência de critérios objetivos nas licitações que permitam a definição de preços dos contratados e a aferição de que estejam de acordo com os praticados no mercado (fls. 111693/1694).

Quanto ao fracionamento indevido do procedimento licitatório, a dispensa indevida de licitação restou sobejamente caracterizada, eis que o objeto contratado foi o transporte de merenda escolar por meio de dois caminhões, o qual é realizado mensalmente, e, portanto, deveria o administrador municipal utilizar-se de apenas um procedimento licitatório para a contratação dos períodos contratados mês a mês, separadamente.

(...)

Ao que se refere à ausência de comprovação de dispêndio das verbas recebidas, bem como à comprovação de pagamento com notas fiscais forjadas, entendo **estar caracterizada a lesão ao erário no total de R\$ 596.578,32** (quinhentos e noventa e seis mil, 'quinhentos e setenta e oito reais e trinta e dois centavos), eis que dos R\$ 706.680,78 (setecentos e seis mil, seiscentos e oitenta reais e setenta e oito centavos), apenas foram comprovados os gastos de R\$ 110.102,46 (cento e dez mil, cento e dois reais e quarenta e seis centavos).

'Havendo ainda dentro deste último valor, suspeita quanto à idoneidade dos comprovantes de R\$ 49.726,83 (quarenta e nove mil, setecentos e vinte e seis reais e oitenta e três centavos) (fl. 1778), ante a similaridade das firmas apostas nos documentos.

(...)

O dolo está presente na conduta do apelante, pois tanto no parcelamento indevido do processo licitatório para a contratação de transporte para a merenda escolar, quanto na não comprovação da utilização das verbas públicas, o agente agiu de modo livre e consciente, não trazendo nenhum argumento forte o suficiente para atestar a sua boa-fé ou responsabilidade de terceiros.

A decisão impugnada encontra-se em consonância com a orientação firmada por esta Corte Superior, no sentido de que a ocorrência de improbidade pelo art. 10 da Lei n. 8.429/92 exige o prejuízo ao erário, bem como a comprovação de, ao menos, culpa na atuação do agente. Conforme observar-se do trecho colacionado da decisão recorrida, verifica-se que esses critérios foram observados pela Corte local na deslinde.

A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA MAJOR DO CORPO DE BOMBEIROS DO ESTADO DO PARANÁ. REALIZAÇÃO DE OBRAS NA PISCINA DA INSTITUIÇÃO. FRACIONAMENTO DO SERVIÇO JUSTIFICADO PELA IMPREVISIBILIDADE DA DIMENSÃO DA OBRA A SER REALIZADA, QUE SÓ RESTOU VERIFICADA QUANDO INICIADA A REFORMA DA PARTE EXTERNA DA PISCINA. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A improbidade é uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

2. Dessa atuação malsã do agente, ademais, deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º. da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).

3. Observe-se, ainda, que a conduta do Agente, nos casos dos

arts.

9o. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Precedentes: AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.09.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 03.08.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.09.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 02.02.2010.

(...)

8. Recurso desprovido, assinalando-se que, neste caso, sequer se cogita de ilegalidade, de sorte que é fora de dúvida jurídica que não se trata de improbidade.

(REsp 1.216.633/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/12/2013).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE NO RESSARCIMENTO DE GASTOS POR PARLAMENTAR. ART. 9º DA LEI N. 8.429/92. SUFICIÊNCIA DE DOLO GENÉRICO NA CONDOTA GERADORA DO ENRIQUECIMENTO OU CONTRA AS NORMAS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA DOLO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PENAS APLICADAS EM ATENÇÃO À PROPORCIONALIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 7/STJ TAMBÉM AO RECURSO PELA ALÍNEA "C" DO DISSÍDIO CONSTITUCIONAL.

(...)

3. 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.

(...)

8. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 20.747/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 23/11/2011).

Ademais, percebe-se que o Tribunal de origem concluiu pelo dolo na conduta do agente, bem como pela improbidade a partir dos elementos fático-probatórios constantes dos autos, assim, não é possível rever a

Superior Tribunal de Justiça

pretensão nesse ponto, devido a incidência da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Ante o exposto, com fulcro no art. 544, § 4º, inc. II, alínea "a", do Código de Processo Civil, conheço do agravo em recurso especial para negar-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.

