



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.241 - MG (2009/0178477-5)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
EMBARGANTE : MARCOS RAYMUNDO PESSOA DUARTE E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ DE MAGALHÃES BARROSO E OUTRO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO – PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo *lato sensu* ou genérico. Precedente da Primeira Seção.

2. No caso, o aresto embargado condenou os recorrentes à pena de proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos por terem mantido em vigor diversos contratos de funcionários terceirizados que prestavam serviços à instituição bancária estadual sem concurso público.

3. O voto condutor do aresto embargado considerou existente o ato de improbidade mesmo sem estar configurado o dolo genérico do agente. Assim, deve ser afastada a penalidade aplicada aos embargantes, já que não configurado o ato de improbidade.

4. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo no julgamento, preliminarmente, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conhecer dos embargos. No mérito, por unanimidade, dar-lhes provimento nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de maio de 2011(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.241 - MG (2009/0178477-5)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
EMBARGANTE : MARCOS RAYMUNDO PESSOA DUARTE E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ DE MAGALHÃES BARROSO E OUTRO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da Primeira Turma exarado no julgamento do Recurso Especial 772.241/MG, Relator o Min. Luiz Fux, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MANUTENÇÃO DE CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE RESSARCIMENTO. DANO EFETIVO. SANÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS COMPATÍVEIS COM A INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Ação Civil Pública ajuizada por Ministério Público Estadual em face de ex-dirigentes de instituição bancária estadual, por suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes da contratação de funcionários para trabalharem na mencionada instituição bancária estadual, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

2. A Lei nº 8.429/92, da Ação de Improbidade Administrativa, explicitou o cânone inserto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, tendo por escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: **a)** importem em enriquecimento ilícito (**artigo 9º**); **b)** causem prejuízo ao erário público (**artigo 10**); e **c)** atentem contra os princípios da Administração Pública (**artigo 11**), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

3. Acórdão recorrido calcado na assertiva de que: "(...)Indispensável, portanto, para a viabilidade e êxito do processo, que se esteja perquirindo acerca de dano ou ameaça a interesses de âmbito coletivo. O que se discute, nos autos, é se a contratação de servidores, para trabalharem no BEMGE S/A, causou dano ao erário público ou se, de outra forma, acarretou enriquecimento indevido aos seus dirigentes. Com efeito, tal indagação foi bem enfrentada pelo d. Magistrado, no sentido de que a contratação irregular de servidores públicos, sem que se submetessem a concurso público, não configura violação a princípios norteadores da Administração Pública, de sorte a atrair qualquer penalidade atentatória à sua probidade e retidão. Na realidade, o enriquecimento ilícito dos apelados deixou de ocorrer, pelo simples e primordial fato de que os contratados prestaram os serviços regularmente e, em função disto, receberam em contrapartida a devida remuneração, não tendo havido, pois, qualquer prejuízo em desfavor da referida sociedade de economia mista. (...)”

4. O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

5. *In casu*, restou incontroverso nos autos a ausência de dano ao patrimônio público, porquanto os ocupantes dos cargos públicos efetivamente prestaram os serviços pelos quais foram contratados, consoante assentado pelo Tribunal local, tampouco ensejou o enriquecimento ilícito aos seus dirigentes. Esses fatos impedem as sanções econômicas preconizadas pelo inciso III, do art. 12, da Lei 8429/92, pena de ensejar enriquecimento injusto.

6. A aplicação das sanções, nos termos do artigo 21, da Lei de Improbidade, independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, uma vez que há medidas repressivas que não guardam, necessariamente, conteúdo econômico; v.g., como a suspensão de direitos políticos, a declaração de inabilitação para contratar com a Administração, etc, o que autoriza a aplicação da norma sancionadora prevista nas hipóteses de lesão à moralidade administrativa, *verbis*: 'Art.21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.'

7. Subjaz, assim, a afronta à moralidade administrativa, o que recomenda o afastamento dos recorrentes no trato da coisa pública, objetivo que se aufere pela proibição de para contratar com a Administração Pública.

8. Dessarte, considerada a inoccorrência de dano ao erário e de enriquecimento ilícito, uma vez que os serviços foram realizados, a reversão ao estado anterior manifesta-se impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*).

9. Nada obstante, e apenas *obiter dictum*, o fato de a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, ter se dado mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra (terceirização de serviços) e não de contratação originária, consoante afirmado no voto proferido na sessão realizada em **06.11.2007**, não enseja a alteração do entendimento externado naquela assentada, máxime porque 'Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, lembrados no acórdão, não podem servir de justificativa para eximir o agente público e isentá-lo das sanções previstas em lei. Mal aplicados, os princípios podem significar a impunidade e frustrar os fins da lei' (**REsp nº 513.576/MG, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 06/03/2006**).

10. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: **RESP 658.859/RS**, publicado no DJ de 09.05.2005.

11. Recurso especial parcialmente provido para, com fulcro no art. 12, III da Lei 8.429/92, impor aos recorridos a proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 03 (três) anos, tendo em vista que as sanções da Lei 8.429/92 não são cumulativas (**REsp 658389/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 03.08.2007**).

Os embargantes apontam, primeiramente, dissenso quanto ao conhecimento do recurso especial. Trazem a confronto o REsp 242.632/MG, que não conheceu do apelo, em caso assemelhado, em razão da incidência da Súmula 7/STJ, diferentemente do acórdão embargado, que admitiu o recurso especial.

Quanto ao mérito, indicam divergência com o Recurso Especial 514.820/SP, relatado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Min. Eliana Calmon, ao argumento de que, no paradigma, afastou-se a pena de proibição de contratar com a administração pública, já que não existia prejuízo ao erário nem dolo ou má-fé do agente apontado como improbo, enquanto no aresto embargado aplicou-se a referida pena em situação fática semelhante.

Apontam, também, dissídio com os Recursos Especiais 242.632/MG, relatado pelo saudoso Min. Franciulli Netto, 842.428/ES, da relatoria da Min. Eliana Calmon, 626.034/RS, do Min. João Otávio de Noronha, todos da Segunda Turma, sob o mesmo argumento de que a ausência de prejuízo ao erário, dolo, má-fé ou culpa do agente supostamente improbo afasta a caracterização do ato de improbidade e, portanto, impede a aplicação de qualquer sanção, inclusive as de ordem não-patrimonial.

Por fim, indicam como divergentes os EREsp 260.821/SP, nos quais se concluiu que a procedência da ação popular demanda prova da lesividade do ato inquinado, a par da ilegalidade que sempre deve ser comprovada.

Os embargantes defendem estar configurada a divergência, já que o aresto embargado condenou os agentes alegadamente improbos à pena de proibição de contratar com o Poder Público sem a presença de prejuízo ao erário e de dolo, má-fé ou desonestidade do agente, enquanto os paradigmas reconheceram a necessidade desses requisitos para a aplicação da penalidade por ato de improbidade.

Demonstrado, em princípio, o dissídio, **admiti o processamento dos embargos de divergência.**

O Ministério Público Federal ofertou impugnação às fls. 649-663.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.241 - MG (2009/0178477-5)

EMENTA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISCUSSÃO SOBRE O CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. MÉRITO. SIMILITUDE FÁTICA. INEXISTÊNCIA.

1. No julgamento dos embargos de divergência, é imprópria a discussão sobre o juízo de admissibilidade do recurso especial. Precedentes da Corte Especial.
2. Quanto ao mérito, também não estão presentes as condições necessárias ao juízo positivo de admissibilidade dos embargos, já que em todos os paradigmas indicados a improbidade administrativa foi afastada dada a ausência do elemento subjetivo da conduta, tal como dolo, culpa ou má-fé do agente, circunstância não examinada no aresto embargado.
3. Embargos de divergência não conhecidos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Inicialmente, os embargantes apontam divergência com o Recurso Especial 242.632/MG, que não foi conhecido ante o óbice da Súmula 7/STJ. Defendem que o caso dos autos em tudo se assemelha ao paradigma, razão porque também não deveria ter sido admitido o apelo do ora embargado.

Não há entre os arestos qualquer divergência, dado que, no paradigma, não se admitiu o processamento do recurso especial, enquanto no acórdão embargado examinou-se o próprio mérito da controvérsia.

Está sedimentado nesta Corte que no julgamento dos embargos de divergência é imprópria a discussão sobre o conhecimento do recurso especial. Assim, não há dissídio entre *decisum* que não conhece de uma determinada questão por incidência da Súmula 7/STJ, por exemplo, e outro que, ultrapassando o juízo de conhecimento, adentra o mérito recursal.

Nessa esteira, são os precedentes a seguir reproduzidos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE HIPÓTESE DO ART. 535 DO CPC.

1. **A Primeira Seção considera inviável o confronto entre acórdão que admitiu ter ocorrido prequestionamento implícito da matéria em discussão e outro que dela não conheceu por entender que os dispositivos que se alegam violados não foram objeto de debate e deliberação pela Corte a quo, ressentido-se do prequestionamento, já que importaria em reexame de regra técnica de conhecimento do recurso.**

2. Não logra êxito a pretensão de se reformar, em segundos aclaratórios, o julgamento do recurso especial que concluiu pela falta de prequestionamento dos dispositivos de lei apontados como violados.

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg nos EREsp 844.627/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 12.11.07);

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REGRAS DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANO-BASE DE 1990. CORREÇÃO MONETÁRIA. DEDUÇÃO NO PERÍODO. BTNF. IPC. LEI Nº 8.200/91.

1. A divergência que autoriza o manejo dos embargos previstos no art. 266 do Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça é aquela que se trava entre os dispositivos dos acórdãos em confronto, considerados os votos vitoriosos, não sendo lícito aproveitar, para tanto, o voto vencido (AEResp 142.991/PR, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 18.03.02).

2. É imprópria a discussão, no âmbito de embargos de divergência, do acerto ou desacerto na aplicação de regra técnica relativa ao conhecimento do recurso especial, como é, dentre outras, a que analisa o prequestionamento. Precedentes da Corte Especial e da Primeira Seção.

3. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 201.465/MG, declarou a constitucionalidade dos ditames previstos na Lei nº 8.200/91, reconhecendo que ela não "determinou a aplicação, ao período-base de 1990, da variação do IPC; tão somente reconheceu os efeitos econômicos decorrentes da variação de metodologia de cálculo da correção monetária".

4. Embargos de divergência improvidos. (EResp 743.223/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 03.04.06);

PRACEAMENTO. NÃO OBSERVÂNCIA DO COMANDO INSERTO NO CPC, ART. 690 PELOS LICITANTES. ISONOMIA. OFENSA AO CPC, ART. 125, I. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO QUANTO A EVENTUAL INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 126 E 7 DESTE TRIBUNAL SUPERIOR.

1. Por falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em Acórdãos proferidos por uma mesma Turma, mesmo que a sua composição tenha sido alterada substancialmente. Precedentes.

2. Como o Acórdão Estadual não se assenta em fundamento constitucional autônomo e capaz, por si só, de manter a decisão, não há falar-se em aplicação da Súm. 126 deste Tribunal Superior, já que o conhecimento do Recurso Especial não depende em absoluto da interposição de Recurso Extraordinário.

3. São incabíveis Embargos de Divergência baseados em inobservância de regra técnica de admissibilidade do Recurso Especial. Precedentes. (EResp 240.054/SC, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, DJU de 21.10.02);

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

- Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

- Descabidos são os embargos de divergência que buscam o desfazimento do emprego de regra técnica de julgamento de recurso especial.

- Agravo denegado. (AEResp 267.366/RS, Rel. Min. Fontes de Alencar, Corte Especial, DJU de 02.09.02);

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. REGRAS TÉCNICAS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL (SÚMULA 7-STJ).

- Inadmissibilidade dos embargos de divergência em face da situação fática peculiar de cada um dos Arestos postos em confronto.

Agravo desprovido. (AEResp 286.092/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Corte Especial, DJU de 16.12.02).

Quanto ao mérito, os embargantes indicam divergência com o Recurso Especial 514.820/SP, relatado pela Min. Eliana Calmon, ao argumento de que, no paradigma, afastou-se a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de proibição de contratar com a administração pública, já que não existia prejuízo ao erário nem dolo ou má-fé do agente apontado como improbo, enquanto no aresto embargado aplicou-se a referida pena em situação fática semelhante.

Apontam, também, dissídio com os Recursos Especiais 242.632/MG, relatado pelo saudoso Min. Franciulli Netto, 842.428/ES, da relatoria da Min. Eliana Calmon, 626.034/RS, do Min. João Otávio de Noronha, todos da Segunda Turma, sob o mesmo argumento de que a ausência de prejuízo ao erário, dolo, má-fé ou culpa do agente supostamente improbo afasta a caracterização do ato de improbidade e, portanto, impede a aplicação de qualquer sanção, inclusive as de ordem não-patrimonial.

Nesse ponto, também não estão presentes as condições necessárias ao juízo positivo de admissibilidade dos embargos.

Com efeito, em todos os paradigmas indicados, a improbidade administrativa foi afastada, pois ficou demonstrada a ausência do elemento subjetivo, tal como dolo, culpa ou má-fé do agente.

É o que se observa dos seguintes fragmentos de voto que transcrevo:

RESP 514.820/SP

Acrescente-se a tudo que já foi dito, que a boa-fé do Presidente da Câmara, aliada à ausência de prejuízos para os cofres públicos, pelo trabalho desenvolvido pelos ilegalmente contratados, autorizam à sanatória do ato ilegal. E isto porque, como vem reconhecendo a doutrina, o ato de improbidade é um ato ilegal e praticado com má-fé, esta, essência da imoralidade. (fl. 566)

RESP 242.632/MG

Alega o Ministério Público de Minas Gerais, em suas razões recursais, que deve ser mantida a condenação decretada em primeira instância, "excluído apenas o ressarcimento, eis que não houve comprovação de prejuízo" (fl. 259), para que sejam aplicadas as sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público por cinco anos.

A imposição das aludidas penalidades, contudo, seria medida desarrazoada, uma vez que, como ressaltou a Corte de origem, além de não ter ocorrido efetivo prejuízo ao Município nem enriquecimento ilícito, tampouco houve comprovação de má-fé, dolo ou culpa. Nessa seara, afirmou a Corte Estadual que, "em nenhum momento, se provou sequer indício de desonestidade, de má-fé ou intenção do Prefeito apelante de apropriar-se de bens públicos a seu favor ou de terceiros" (fl. 559).

RESP 842.428/ES

Nessa avaliação, não me parece demasiado dizer que não se deve radicalizar e colocar o servidor público como indigno ou improbo, se o seu proceder foi de leveza extrema. Ademais, na configuração do ato de improbidade, é de importância capital que se abstraia a questão do moralismo, para situar os fatos no seu devido contexto legal. Têm afirmado os doutrinadores, dentre os quais José Afonso da Silva, que para configurar a improbidade, não basta seja o ato imoral, porque este é imune à punição. Só se pune o ato imoral quando ele gera prejuízo para o erário público. Complemento para dizer que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segundo minha convicção, é prejudicial também ato que, sem molestar o erário, molesta a moralidade pública. **Nesse contexto não se pode prescindir do elemento subjetivo para aplicar as normas sancionatórias, mesmo na esfera cível.**

A presença do elemento subjetivo é a marca, como tem reconhecido a doutrina e a jurisprudência, destacando-se como só passíveis de forma culposa as infrações do art. 10, como anuncia o próprio artigo em seu *caput*:

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.

Exige-se, além de comportamento doloso ou culposos, a demonstração de prejuízo ao ente público, sem o qual não pode haver improbidade, nos termos do art. 10.

Neste sentido, preleciona Mauro Roberto Gomes de Mattos, em "O Limite da Improbidade Administrativa", Editora América Jurídica, 3a. Ed., pag. 210/211:

"O prejuízo concreto aos cofres públicos, ensejador de perda do erário, devido a lesão patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres, causados pelos agentes públicos, é um dos requisitos básicos, como visto, ao enquadramento do dispositivo em comento, independentemente se houve ou não recebimento ou obtenção de vantagem patrimonial do agente. O nexo da oficialidade, verificado entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público, pelo agente, deverá estar presente, sob pena de se descaracterizar o referido enquadramento".

Como bem alegado pelo recorrente, **não se preocupou o Tribunal em demonstrar na fundamentação do decisório, o elemento subjetivo ou a má fé dos recorrentes**, nem a demonstração do prejuízo que o ato acoimado de ilegal, causou ao erário, descaracterizando-se, por isso mesmo, a tipicidade de conduta. (fls. 575-577)

RESP 626.034/RS

É certo que os atos contidos no rol dos incisos do art. 11 são os que atentam contra os princípios da administração pública, princípios estes que também constam do art. 37, § 4º, da Constituição Federal. E, tratando-se de princípios, não obstante a previsão na lei positiva, ao se mensurar acerca da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade que devem nortear a conduta administrativa, não se exige o efetivo dano ao erário público, pois são valores que visam resguardar a moralidade administrativa. Também por esse motivo, há doutrinadores, e parte da jurisprudência, sustentando que o elemento volitivo atinente ao dolo não se apresenta como requisito motivador do ato de improbidade, porquanto esse seria presumivelmente doloso.

Todavia, não se pode atribuir a nenhum dos atos tipificados nos arts. 9, 10 e 11, da lei em questão a presunção de dolo, pois é elemento subjetivo necessário à configuração do tipo contido em tais normas.

.....
.....

Como se vê, o tribunal *a quo* entendeu, para avaliação da tipicidade da conduta, que o não-cumprimento de pronto da ordem judicial era suficiente para caracterizar o ato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de improbidade. Restringiu-se, portanto, à conduta, deixando de aferir sobre a vontade do agente em desrespeitar princípio administrativo, ou seja, não houve identificação do dolo.

Na verdade, dolo não houve. Extraio também do acórdão parte do depoimento do recorrente, que, quando da instrução processual, afirma o seguinte:

.....
.....

Essa Turma já teve oportunidade de analisar a questão, decidindo que o tipo do art.11 da Lei n. 8.429/92, para configurar-se como ato de improbidade, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa. Confira-se:

“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 n. 534;575-PR, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 29.3.2004.)

Faço a ressalva de que, ao valer-me das citações acima indicadas, não busquei revolver os fatos informadores da presente ação, mas, demonstrar que o tribunal *a quo*, na aferição da tipicidade da conduta do réu, ora recorrente, deixou de examinar um de seus requisitos essenciais, aqui consubstanciado no elemento volitivo do agente, o que já é suficiente ao provimento do presente recurso, uma vez que a tipicidade dos atos previstos na Lei n. 8.429/92 não se esgota na conduta do agente. Ademais, trata-se de fatos incontroversos.

Portanto, entendo que, no acórdão recorrido, incidiu-se em vulneração do disposto no inciso II do art. 11 da Lei n. 8.429/92, pois, ao se proceder à subsunção dos fatos *in concreto* à referida norma, deixou-se de considerar todos os elementos que ensejariam a tipificação da improbidade administrativa. (fls. 582-585)

No caso, o aresto embargado não examinou a questão relativa ao elemento subjetivo do agente, como se observa da íntegra do voto condutor:

Ab initio, cumpre esclarecer os fatos que nortearam o ato inquinado de ilegalidade, ensejador da propositura da ação civil pública *ab origine*.

O acórdão recorrido ao referir-se à contratação, sem concurso público, realizada pelos requeridos durante suas gestões como Presidente e Vice-Presidente do BEMGE, o faz de forma genérica, consoante se infere do voto condutor às do recurso de apelação (fls. 292/297) e dos embargos de declaração (fls. 338/339).

A conclusão de que o ato inquinado de improbidade decorreu da manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços (contrato de locação de mão-de-obra), somente exsurge da análise da sentença, *verbis*:

"Passo então a analisar se houve ou não por parte dos réus a admissão de empregados no BEMGE sem concurso público, durante suas gestões como Presidente e Vice-Presidente da instituição.

Compulsando os autos bem como o procedimento administrativo nº 073/94, dúvida não há de que os Requeridos, na condição de ex-dirigentes do BEMGE autorizaram a manutenção de vários contratos de fornecimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mão-de-obra. Aliás, os próprios réus, afirmaram que prorrogaram o prazo de vigência de alguns contratos anteriormente celebrados.(...)

A prorrogação do prazo de vigência de alguns contratos celebrados nas gestões anteriores, realizados pelos réus, embora em desacordo com os princípios norteadores da administração pública, não tem a gravidade suficiente a permitir a aplicação das penalidades previstas no artigo 12, III, da Lei 8.429/92(...)" fl. 234.

Deveras, o contexto fático delineado nos autos revela que a propositura da Ação Civil Pública em face de MARCOS RAYMUNDO PESSOA DUARTE e JOSÉ MARCOS MACHADO, Presidente e Vice- Presidente do Banco do Estado de Minas Gerais S/A-BEMGE, decorreu da contratação de funcionários para trabalharem na mencionada instituição bancária estadual, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

O fato de a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, ter se dado mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra (terceirização de serviços) e não de contratação originária, consoante afirmado no voto proferido na sessão realizada em **06.11.2007**, não enseja a alteração do entendimento externado naquela assentada, máxime porque "Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, lembrados no acórdão, não podem servir de justificativa para eximir o agente público e isentá-lo das sanções previstas em lei. Mal aplicados, os princípios podem significar a impunidade e frustrar os fins da lei" (**REsp nº 513.576/MG, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 06/03/2006**).

É de sabença que a Lei nº 8.429/92, da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone inserto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, teve por escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: **1)** importem em enriquecimento ilícito (**artigo 9º**); **2)** causem prejuízo ao erário público (**artigo 10**); e **3)** que atentem contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma é mister o atingimento de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

Revisitando os fatos que nortearam o ato de improbidade imputados aos ex-dirigentes do Banco do Estado de Minas Gerais S/A-BEMGE, ora recorridos, merecem transcrição os seguintes excertos do acórdão recorrido:

"(...) Ouvi com atenção a palavra da douta Procuradora de Justiça e, nesta oportunidade, desejo apresentar-lhe, antes de mais nada, as minhas homenagens, bem como ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais, ao qual, um dia, tive honra de servir, como também serviram os colegas Des. Jarbas Ladeira e Célio César Paduani, nesta empreitada que faz, procurando, na Administração Pública, a prevalência do princípio da moralidade.

Isso tudo, independentemente do resultado do julgamento. Tenho voto escrito que passo à leitura.

Diante da r. sentença de f. 230/237, que julgou improcedente a ação civil pública interposta pelo Ministério Público de Minas Gerais, em face de Marcos Raymundo Pessoa Duarte e José Marcos Machado, na condição de ex-dirigentes do Banco do Estado de Minas Gerais-BEMGE S/A, vem o 'Parquet', por seu ilustre representante, aviar o vigente recurso de apelação, eis que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforma com seu teor.

Para tanto, aduz, em seu arrazoadado de f. 249/257, que o entendimento da instância singular, no sentido de que inexistiu prejuízo suficiente de sorte a impor as penalidades previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, não deve prevalecer, na medida em que, ao alvedrio do texto constitucional, causaram os apelados inequívoco prejuízo ao erário público, quando contrataram servidores sem a realização de concurso público, razão por que rogou seu provimento.

Em contrapartida, na manifestação de f. 260/270, bateram os apelados pela manutenção da decisão.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, no Parecer de f. 277/284 recomenda o provimento do recurso.

Conheço do recurso interposto, porque próprio e tempestivo.

Pretende o apelante dar trânsito ao seu inconformismo, diante do não acolhimento, pela instância "a quo", da ação civil pública movida contra os apelados, Presidente e Vice- Presidente do Banco do Estado de Minas Gerais S/A, sob o pressuposto de inexistir dano capaz de autorizar a cominação da penalidade disposta no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.

A noticiada ação tem origem na contratação, pelo BEMGE S/A, de servidores sem a necessária realização de concurso público, conforme determina o art. 37, da Constituição da República, o que contrariaria o princípio da moralidade pública e da impessoalidade.

Bem analisados os elementos fáticos, tenho que razão não assiste ao apelante.

A ação civil pública tem como primordial fundamento a responsabilidade do administrador público em função de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, ou se, também, beneficiar-se do erário público, com clara transgressão aos princípios constitucionais, como se infere da legislação que disciplina a improbidade administrativa.

Indispensável, portanto, para a viabilidade e êxito do processo, que se esteja perquirindo acerca de dano ou ameaça a interesses de âmbito coletivo.

O que se discute, nos autos, é se a contratação de servidores, para trabalharem no BEMGE S/A, causou dano ao erário público ou se, de outra forma, acarretou enriquecimento indevido aos seus dirigentes.

Com efeito, tal indagação foi bem enfrentada pelo d. Magistrado, no sentido de que a contratação irregular de servidores públicos, sem que se submetessem a concurso público, não configura violação a princípios norteadores da Administração Pública, de sorte a atrair qualquer penalidade atentatória à sua probidade e retidão.

Na realidade, o enriquecimento ilícito dos apelados deixou de ocorrer, pelo simples e primordial fato de que os contratados prestaram os serviços regularmente e, em função disto, receberam em contrapartida a devida remuneração, não tendo havido, pois, qualquer prejuízo em desfavor da referida sociedade de economia mista.

De outro ponto, deve-se ressaltar, corroborando com a inexistência da transgressão a princípios constitucionais, que não houve, com tal contratação, qualquer defesa ou proteção a apadrinhados e parentes dos dirigentes do BEMGE S/A, de maneira a se concluir, sem dúvida, que a pessoalidade e moralidade do ato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administrativo em comento foram atendidos, em toda sua completude, como bem observado pela instância singular.

Por oportuno, vêm a calhar as razões de decidir do eminente Ministro GARCIA VIEIRA, no julgamento do REsp nº 213.994, de Minas Gerais, ao assentar, tal como aqui, que:

"Se não houve nenhum enriquecimento ilícito do Prefeito e se a admissão das pessoas relacionadas na inicial não importou em nenhum prejuízo ao erário municipal e se o réu se mostrou apenas inábil na administração do Município, não poderão ser suspensos os seus direitos políticos por cinco anos e nem ser o mesmo proibido de contratar com o Poder Público e de receber incentivos por três anos" (DJU 27/09/99).

Diante de tais considerações, não havendo os pressupostos capazes de autorizar o acolhimento da ação civil pública, há de se prestigiar a bem lançada sentença.

Do exposto, nego provimento ao recurso.

Sem custas.

O SR. DES. SÉRGIO LELLIS SANTIAGO:

Peço licença ao eminente Relator para subscrever os fundamentos lançados no seu voto, para ensejar a sua conclusão e permito-me trazer uma observação que reforça, inclusive, o raciocínio do douto Relator. É que tais funcionários, admitidos sem concurso pela direção do Banco do Estado de Minas Gerais, continuam trabalhando no Banco depois de passar pelo Banco Itaú. Evidentemente, isto é um atestado de que realmente trabalham, trabalho eficiente, não trazendo suas contratações sequer prejuízo para o próprio Banco.

Acompanho o eminente Relator.

O SR. DES. CÉLIO CÉSAR PADUANI:

Sr. Presidente.

Noticiam os autos eventual irregularidade praticada pelos apelados, na condição de ex-dirigentes do Banco do Estado de Minas Gerais - BEMGE S/A - consistente na admissão de funcionários sem a devida realização de prévio concurso.

Se tal fenômeno vem a ocorrer, lado outro, forçoso reconhecer que a contratação irregular dos precitados funcionários não trouxe nenhum prejuízo à sociedade de economia mista.

Consigne-se, ademais disso, que não restou demonstrado nos autos o pré-falado enriquecimento ilícito dos recorridos, razão pela qual, a meu sentir, não tinha como prosperar a ação civil aforada pelo "parquet". Em que pese o zelo da nobre representante do Ministério Público, a cujo quadro tive a honra de integrar por vários anos, não se pode, para a efetiva prestação jurisdicional, impor sanções a quem descumpriu, em tese, a legislação vigente.

Tenho como irrepreensível a bem lançada sentença de primeiro grau, bem assim tenho como inatacável a erudita declaração de voto do eminente Relator.

Mercê de tais considerações, outra alternativa não me resta senão desacolher o recurso interposto.

É como voto."

Deveras, na presente demanda, restou amplamente provado que a conduta dos agentes públicos não resultou em lesão ao erário público, nem configurou enriquecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilícito dos mesmos, conforme os trechos da decisão objurgada acima reproduzidos. É certo que este ato ímprobo nos conduz a concluir pela inaplicação dos arts. 9º e 10, da Lei 8.429/92. Na hipótese dos autos, o ato de improbidade se amolda à conduta prevista no art. 11, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, O ato de improbidade *sub examine* se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, para trabalharem no Banco do Estado de Minas Gerais S/A-BEMGE, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

In casu, restou incontroverso nos autos a ausência de dano ao patrimônio público, porquanto os ocupantes dos cargos públicos efetivamente prestaram os serviços pelos quais foram contratados, consoante assentado pelo Tribunal local, tampouco ensejou o enriquecimento ilícito aos seus dirigentes. Esses fatos impedem as sanções econômicas preconizadas pelo inciso III, do art. 12, da Lei 8429/92, pena de ensejar enriquecimento injusto.

Contudo, a aplicação das sanções, nos termos do artigo 21, da Lei de Improbidade, independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, uma vez que há medidas repressivas que não guardam, necessariamente, conteúdo econômico; *v.g.*, como a suspensão de direitos políticos, a declaração de inabilitação para contratar com a Administração, etc, o que autoriza a aplicação da norma sancionadora prevista nas hipóteses de lesão à moralidade administrativa, *verbis*:

"Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público; II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas."

Subjaz, assim, a afronta à moralidade administrativa, o que recomenda o afastamento dos recorrentes no trato da coisa pública, objetivo que se aufere pela manutenção da supressão dos direitos políticos e pela inabilidade para contratar com a Administração Pública.

Dessarte, considerada a inoccorrência de dano ao erário e de enriquecimento ilícito, uma vez que os serviços foram realizados, a reversão ao estado anterior manifesta-se impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Ex positis, **DOU PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso Especial para, com fulcro no art. 12, III da Lei 8.429/92, impor aos recorridos a proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 03 (três) anos, tendo em vista que as sanções da Lei 8.429/92 não são cumulativas (REsp 658389/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 03.08.2007).

É como voto. (fls. 495-500)

Portanto, a par da ausência de similitude fática, não há entre os arestos confrontados conclusões jurídicas contrapostas, já que o decisório embargado não examinou a questão relativa ao elemento subjetivo do agente, que se mostra presente em todos os paradigmas citados.

Por fim, os embargantes indicam como divergentes os EREsp 260.821/SP, nos quais se concluiu que a procedência da ação popular demanda prova da lesividade do ato inquinado, a par da ilegalidade que sempre deve ser comprovada.

Nesse caso, a ausência de similitude fática é gritante, pois o paradigma trata de ação popular, e não de ação civil de improbidade administrativa, como no caso. Como se não bastasse, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paradigma, deu-se provimento ao recurso do réu da ação popular porque não havia sido provada nem a lesividade material (ao patrimônio público) nem a lesividade moral (moralidade administrativa), diferentemente do presente caso, no qual a lesão a moralidade administrativa é inequívoca, reconhecida desde as instâncias ordinárias.

Ante o exposto, **não conheço dos embargos de divergência.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0178477-5

**EREsp 772.241 /
MG**

Números Origem: 10000002467215003 200501293123 2467215 24990255440

PAUTA: 09/02/2011

JULGADO: 09/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MARCOS RAYMUNDO PESSOA DUARTE E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ DE MAGALHÃES BARROSO E OUTRO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. **JOSÉ DE MAGALHÃES BARROSO**, pelos embargantes

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator nao conhecendo dos embargos, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha."

Aguardam os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 09 de fevereiro de 2011

Carolina Vêras
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.241 - MG (2009/0178477-5)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Embargos de divergência opostos por Marcos Raymundo Pessoa Duarte ao acórdão de fls. 488-510, da Primeira Turma, da relatoria do em. Ministro Luiz Fux, julgado em 15.4.2008 e publicado em 24.6.2009, com a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. MANUTENÇÃO DE CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE MÃO-DE-OBRA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE MORALIDADE E IMPESSOALIDADE. LESÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. PENA DE RESSARCIMENTO. DANO EFETIVO. SANÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS COMPATÍVEIS COM A INFRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. Ação Civil Pública ajuizada por Ministério Público Estadual em face de ex-dirigentes de instituição bancária estadual, por suposta prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes da contratação de funcionários para trabalharem na mencionada instituição bancária estadual, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

2. A Lei nº 8.429/92, da Ação de Improbidade Administrativa, explicitou o cânone inserto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, tendo por escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: **a)** importem em enriquecimento ilícito (**artigo 9º**); **b)** causem prejuízo ao erário público (**artigo 10**); e **c)** atentem contra os princípios da Administração Pública (**artigo 11**), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

3. Acórdão recorrido calcado na assertiva de que: *'(...)Indispensável, portanto, para a viabilidade e êxito do processo, que se esteja perquirindo acerca de dano ou ameaça a interesses de âmbito coletivo. O que se discute, nos autos, é se a contratação de servidores, para trabalharem no BEMGE S/A, causou dano ao erário público ou se, de outra forma, acarretou enriquecimento indevido aos seus dirigentes. Com efeito, tal indagação foi bem enfrentada pelo d. Magistrado, no sentido de que a contratação irregular de servidores públicos, sem que se submetessem a concurso público, não configura violação a princípios norteadores da Administração Pública, de sorte a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atrair qualquer penalidade atentatória à sua probidade e retidão. Na realidade, o enriquecimento ilícito dos apelados deixou de ocorrer, pelo simples e primordial fato de que os contratados prestaram os serviços regularmente e, em função disto, receberam em contrapartida a devida remuneração, não tendo havido, pois, qualquer prejuízo em desfavor da referida sociedade de economia mista. (...)'

4. O ato de improbidade sub examine se amolda à conduta prevista no art. 11, da Lei 8429/92, revelando autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, para trabalharem em instituição bancária estadual, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal.

5. *In casu*, restou incontroverso nos autos a ausência de dano ao patrimônio público, porquanto os ocupantes dos cargos públicos efetivamente prestaram os serviços pelos quais foram contratados, consoante assentado pelo Tribunal local, tampouco ensejou o enriquecimento ilícito aos seus dirigentes. Esses fatos impedem as sanções econômicas preconizadas pelo inciso III, do art. 12, da Lei 8429/92, pena de ensejar enriquecimento injusto.

6. A aplicação das sanções, nos termos do artigo 21, da Lei de Improbidade, independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, uma vez que há medidas repressivas que não guardam, necessariamente, conteúdo econômico; v.g., como a suspensão de direitos políticos, a declaração de inabilitação para contratar com a Administração, etc, o que autoriza a aplicação da norma sancionadora prevista nas hipóteses de lesão à moralidade administrativa, *verbis*: 'Art.21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público;II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.'

7. Subjaz, assim, a afronta à moralidade administrativa, o que recomenda o afastamento dos recorrentes no trato da coisa pública, objetivo que se aufere pela proibição de para contratar com a Administração Pública.

8. Dessarte, considerada a inoccorrência de dano ao erário e de enriquecimento ilícito, uma vez que os serviços foram realizados, a reversão ao estado anterior manifesta-se impossível (*ad impossibilia nemo tenetur*).

9. Nada obstante, e apenas *obiter dictum*, o fato de a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, ter se dado mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra (terceirização de serviços) e não de contratação originária, consoante afirmado no voto proferido na sessão realizada em **06.11.2007**, não enseja a alteração do entendimento externado naquela assentada, máxime porque 'Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, lembrados no acórdão, não podem servir de justificativa para eximir o agente público e isentá-lo das sanções previstas em lei. Mal aplicados, os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípios podem significar a impunidade e frustrar os fins da lei' (**REsp nº 513.576/MG, Rel. p/ acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 06/03/2006**).

10. Inexiste ofensa ao art. 535, I e II, CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo *decisum* revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. Precedente desta Corte: **RESP 658.859/RS**, publicado no DJ de 09.05.2005.

11. Recurso especial parcialmente provido para, com fulcro no art. 12, III da Lei 8.429/92, impor aos recorridos a proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 03 (três) anos, tendo em vista que as sanções da Lei 8.429/92 não são cumulativas (REsp 658389/MG, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 03.08.2007)."

O embargante afirma haver divergência jurisprudencial sob vários enfoques.

O primeiro tema suscitado diz respeito ao conhecimento do recurso especial e à incidência, ou não, da vedação contida no enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. O embargante argumenta que "a jurisprudência predominante do Eg. Superior Tribunal de Justiça assentou-se na direção de não se aplicar as sanções impostas pela Lei n. 8.429/92 quando não identificados, no ato do agente público, dolo, má-fé, desonestidade e enriquecimento ilícito" (fl. 524) e que o Tribunal de origem declarou não ter havido "nenhum desses desvios de conduta" (fl. 524). Diante dessas duas premissas, conclui que o recurso especial não poderia ter sido conhecido, sendo vedado no especial o reexame dos fatos e das provas. Para demonstrar a divergência, nessa parte, indicou o REsp n. 242.632/MG, publicado em 30.6.2003, da Segunda Turma, da relatoria do em. Ministro Franciulli Netto, que, com base no texto do acórdão então recorrido, afastou a possibilidade de aplicação das penalidades por ausência de prejuízo ao Município, de enriquecimento ilícito, de má-fé, dolo ou culpa e afirmou que "adotar entendimento diverso demandaria o reexame de aspectos fáticos-probatórios, o que é inviável nesta instância extraordinária, a teor do que dispõe a Súmula n. 07 desta Corte".

Sobre a questão de fundo, "aplicabilidade, ou não, das sanções da Lei nº 8.429/92 ao agente do Poder Público que, sem agir de má-fé, dolo, desonestidade, e sem causar prejuízo ao erário público ou enriquecimento ilícito, se limitou a autorizar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prorrogação de contratos laborais celebrados, originalmente, pela administração anterior sem a realização de concurso público" – fl. 525, trouxe à colação o REsp n. 514.820/SP, publicado em 5.9.2005, da Segunda Turma, da relatoria da em. Ministra Eliana Calmon, segundo o qual a ilegal contratação por ex-Presidente de Câmara Legislativa de servidores públicos sem concurso não pode ser imputada "ao sucessor pelo só fato de manter os servidores irregularmente contratados". Sustenta o embargante, comparando o acórdão embargado com o paradigma, que "em um caso, como no outro, não houve ato contratando, originalmente, sem concurso, funcionários, e, sim, mero ato autorizando a prorrogação dos contratos celebrados pela administração anterior do órgão público, por necessidade e interesse dele. Houve, em ambos, a prestação do serviço e, portanto, ausentes o enriquecimento ilícito e o prejuízo ao erário público. Em ambos o Tribunal de origem afirmou a boa-fé do agente público e a ausência de dolo ou desonestidade, isto é, de ato de improbidade administrativa" (fls. 527-528).

Ainda sobre a questão de fundo, traz como paradigmas o REsp n. 242.632/MG (já mencionado), o REsp n. 842.428/ES, publicado em 21.5.2007, Segunda Turma, da relatoria da em. Ministra Eliana Calmon, o REsp n. 626.034/RS, publicado em 5.6.2006, Segunda Turma, da relatoria do em. Ministro João Otávio de Noronha, e o EREsp n. 260.821/SP, publicado em 13.2.2006, Primeira Seção, relator originário o em. Ministro Luiz Fux e relator para acórdão o em. Ministro João Otávio de Noronha. Os julgados citados adotaram a tese de que necessário elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade.

Ao longo da fundamentação dos embargos de divergência, são citados os seguintes precedentes: REsp n. 621.415/MG, REsp n. 480.387/SP, REsp n. 999.800/SC, REsp n. 940.629/DF e REsp n. 875.163/RS.

O em. Ministro Castro Meira, relator do feito, admitiu os embargos de divergência (fls. 644-646) e o Ministério Público Federal apresentou impugnação (fls. 649-663) e memorial (fl. 664-698).

Na sessão de 9.2.2011, o em. relator votou no sentido de não conhecer dos embargos, ressaltando, em síntese, que seria imprópria nessa via a discussão sobre o juízo de admissibilidade do recurso especial; que nos paradigmas indicados a improbidade administrativa foi afastada dada a ausência do elemento subjetivo da conduta, tal como dolo, culpa ou má-fé do agente, circunstância não examinada no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aresto embargado, estando ausente a similitude fática e o dissídio entre os arestos confrontados, e que, especificamente sobre o EREsp n. 260.821/SP, haveria flagrante dessemelhança fática, pois o referido paradigma trata de ação popular e não de ação civil de improbidade administrativa.

Pedi vista para melhor exame da questão e reflexão sobre o tema.

Após detida análise do feito, trago meu voto ousando, com a devida vênia, divergir parcialmente do entendimento externado pelo eminente Ministro Castro Meira.

Concordo com o relator em relação ao questionamento do embargante acerca da admissibilidade do recurso especial e da alegada incidência do verbete n. 7 da Súmula do STJ.

Também, no tocante à responsabilidade do "SUCESSOR NA ADMINISTRAÇÃO", entendo não haver divergência. O em. Ministro Luiz Fux, no voto que proferiu no acórdão ora embargado, reproduziu parte da sentença de primeiro grau onde ficou esclarecido que "dúvida não há de que os Requeridos, na condição de ex-dirigentes do BEMGE **autorizaram** a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra. Aliás, os próprios réus, afirmaram que **prorrogaram os prazo de vigência de alguns contratos anteriormente celebrados**" (cf. fl. 495 – grifo meu). O paradigma oriundo do REsp n. 514.820/SP, entretanto, faz presumir que o sucessor na administração, no respectivo caso, apenas permaneceu inerte em relação a contratações efetuadas irregularmente pelo antigo gestor. Para afastar qualquer dúvida, veja o que foi dito pela em. Ministra Eliana Calmon no mencionado paradigma:

"Considerou o acórdão, com absoluta correção, que as ilegais contratações foram feitas pelo então Presidente João Antonio Franchi.

Como registram os autos, e reconheceu a sentença, o atual Presidente Osvaldo Antonio Azevedo não contratou nenhum dos servidores apontados como ilegais, mantendo-os nos cargos apenas para dar continuidade à Administração, não sendo justo seja punido por mera solidariedade ao seu antecessor."

Como visto, diversamente do paradigma, no caso em debate os réus agiram de forma ativa, conforme a sentença, até mesmo prorrogando contratos ilegais anteriores, circunstância extremamente relevante para a decisão em processos semelhantes. Ausente a necessária semelhança fática, não se pode falar em divergência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, sobre o tema do elemento subjetivo (dolo ou má-fé) tenho por configurado o dissídio jurisprudencial.

O em. Ministro Luiz Fux, relator do acórdão embargado, votou no sentido de que, no caso concreto, estaria tipificado o ato de improbidade contido no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 por contrariedade "aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, tendo em vista a contratação de funcionários, sem a realização de concurso público, mediante a manutenção de vários contratos de fornecimento de mão-de-obra, via terceirização de serviços, para trabalharem no Banco do Estado de Minas Gerais S/A-BEMGE, com inobservância do art. 37, II, da Constituição Federal" (fl. 499).

A em. Ministra Denise Arruda acompanhou o relator (fl. 505).

Ocorre que o em. Ministro Teori Albino Zavascki, na mesma assentada, divergiu expressamente do relator justamente por não estar caracterizado o dolo, assim:

"Sr. Ministro Luiz Fux, estamos modificando a decisão do Tribunal para impor a penalidade e, para fazê-lo, no meu modo de ver, é fundamental não apenas demonstrar o cabimento em tese da penalidade, mas a prova de que se trata de um ato de improbidade.

Não vejo, no caso, demonstração de que essa conduta, que é irregular, tenha sido praticada com dolo, que é um elemento essencial, no meu entender, para configuração de uma ação de improbidade.

Peço vênia para negar provimento ao recurso especial, por esse fundamento" (fl. 501).

Em sentido semelhante, o em. Ministro José Delgado disse também exigir o elemento subjetivo do agente, assim:

"Sabemos que a Lei de Improbidade Administrativa é uma lei de natureza civil e administrativa, que impõe penalidades, hoje chamadas penalidades cíveis/administrativas, mas que recebe, também, aquelas mesmas características das leis penais: a necessidade de a prova ser uma prova real do ato doloso e, no meu entender, até em determinadas circunstâncias, culposos" (fl. 502).

Estando empatado o julgamento, o feito foi reincluído em pauta a colheita do voto-desempate do em. Ministro Francisco Falcão (fl. 505) que, mesmo diante do entendimento apresentado pelos Ministros Teori Albino Zavascki e José Delgado sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de dolo ou má-fé, acompanhou o relator de modo objetivo, assim:

"A questão *sub examine* decorre de ação civil pública de improbidade administrativa, em face da contratação por entidade bancária estadual de funcionários sem concurso público.

A referida contratação atenta contra aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, conforme previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92, *verbis*:

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;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Neste panorama, de rigor a aplicação de sanção, nos termos do art. 21 da Lei de improbidade, entretanto inviável a condenação pela devolução do numerário, uma vez que os ocupantes dos cargos efetivamente prestaram os serviços pelos quais foram contratados, não havendo enriquecimento ilícito dos dirigentes.

Tais as razões expendidas, dou parcial provimento ao recurso.

É o voto" (fl. 506).

Com efeito, embora os votos do relator e do em. Ministro Francisco Falcão não tenham rejeitado de forma expressa a exigência do elemento subjetivo, entendo que, considerando o posicionamento claro dos Ministros divergentes, houve descarte do mencionado requisito para a tipificação do ato de improbidade por violação a princípios administrativos.

Com isso, está caracterizada a divergência em relação aos Recursos Especiais ns. 242.632/MG, 514.820/SP, REsp n. 842.428/ES e 626.034/RS, os quais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exigem, em relação ao art. 11 da Lei n. 8.429/1992, de uma forma ou de outra, a presença do dolo ou má-fé do agente.

Diante disso, conheço dos embargos de divergência e, no mérito, dou-lhes provimento, aplicando a jurisprudência atual desta Corte, no sentido de que o dolo constitui elemento subjetivo indispensável à caracterização do ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei n. 8.429/1992. Desta Primeira Seção, indico:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO – PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo *lato sensu* ou genérico. Precedente da Primeira Seção.

2. Não se sustenta a tese – já ultrapassada – no sentido de que as contratações sem concurso público não se caracterizam como atos de improbidade, previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, ainda que não causem dano ao erário.

3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/92 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.

3. Embargos de divergência providos" (REsp n. 654.721/MT, publicado em 1º.9.2010, da relatoria da em. Ministra Eliana Calmon).

"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" (REsp n. 479.812/SP, publicado em 27.9.2010, da relatoria do em. Ministro Teori Albino Zavascki).

No mesmo sentido, da Primeira Turma: REsp n. 1.193.160/RS, publicado em 24.2.2011, da relatoria do em. Ministro Benedito Gonçalves; REsp n. 939.118/SP, publicado em 1º. 3.2011, da relatoria do em. Ministro Luiz Fux, e AgRg no REsp n. 1.065.566/SP, publicado em 21.2.2011, da relatoria do em. Ministro Hamilton Carvalhido. Da Segunda Turma: REsp n. 1.179.144/SP, publicado em 2.12.2010, da relatoria do em. Ministro Mauro Campbell Marques; AgRg no AgRg no REsp n. 1.193.940/MG, publicado em 17.11.2010, da relatoria do em. Ministro Humberto Martins, e REsp n. 1.193.883/GO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

publicado em 4.2.2011, da relatoria da em. Ministra Eliana Calmon.

No caso concreto, como bem acentuou o em. Ministro Teori Albino Zavascki no seu voto-vencido (fl. 501), não está comprovado o dolo.

Veja-se que a sentença, mantida integralmente pelo Tribunal de origem, assim se pronunciou sobre o tema:

"In casu, verifica-se que os réus determinaram a realização de concurso público, onde 4.537 (quatro mil quinhentos e trinta e sete) candidatos foram admitidos até outubro de 1994. Não restou demonstrado nos autos que os Requeridos agiram com a intenção de favorecer protegidos, com dolo ou má fé" (fl. 236).

E o acórdão da apelação deixou claro que não houve, com a contratação, "qualquer defesa ou proteção a apadrinhados e parentes dos dirigentes do BEMGE S/A, de maneira se concluir, sem dúvida, que a impessoalidade e moralidade do ato administrativo em comento foram atendidos, em toda sua completude, como bem observado pela instância singular" (fl. 295).

Conforme delineamento fático soberanamente traçado pelas instâncias ordinárias, não se tem o elemento subjetivo essencial à caracterização do ato de improbidade.

Ante o exposto, conheço e dou provimento aos embargos de divergência para, reformando o acórdão ora embargado, restabelecer o aresto do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0178477-5

**EResp 772.241 /
MG**

Números Origem: 10000002467215003 200501293123 2467215 24990255440

PAUTA: 13/04/2011

JULGADO: 13/04/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MARCOS RAYMUNDO PESSOA DUARTE E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ DE MAGALHÃES BARROSO E OUTRO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, conhecendo dos embargos e lhes dando provimento, a Seção, preliminarmente, por maioria, conheceu dos embargos de divergência. Votou vencido o Sr. Ministro Relator que pediu vista regimental dos autos para apreciação do mérito."

Aguardam os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 772.241 - MG (2009/0178477-5) (f)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
EMBARGANTE : **MARCOS RAYMUNDO PESSOA DUARTE E OUTRO**
ADVOGADO : **JOSÉ DE MAGALHÃES BARROSO E OUTRO**
EMBARGADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS**

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO – PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo *lato sensu* ou genérico. Precedente da Primeira Seção.

2. No caso, o aresto embargado condenou os recorrentes à pena de proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três anos por terem mantido em vigor diversos contratos de funcionários terceirizados que prestavam serviços à instituição bancária estadual sem concurso público.

3. O voto condutor do aresto embargado considerou existente o ato de improbidade mesmo sem estar configurado o dolo genérico do agente. Assim, deve ser afastada a penalidade aplicada aos embargantes, já que não configurado o ato de improbidade.

4. Embargos de divergência providos.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Na sessão de 13 de abril de 2011, fiquei vencido quanto à preliminar de conhecimento dos embargos, razão por que pedi vista dos autos para me manifestar quanto à pretensão.

Conforme consta do relatório já apresentado, os embargantes apontam dissenso com o Recurso Especial 514.820/SP, relatado pela Min. Eliana Calmon, ao argumento de que, no paradigma, afastou-se a pena de proibição de contratar com a administração pública, já que não existia prejuízo ao erário nem dolo ou má-fé do agente apontado como ímprobo, enquanto no aresto embargado aplicou-se a referida pena em situação fática semelhante.

Indicam, também, dissídio com os Recursos Especiais 242.632/MG, relatado pelo saudoso Min. Franciulli Netto, 842.428/ES, da relatoria da Min. Eliana Calmon, 626.034/RS, do Min. João Otávio de Noronha, todos da Segunda Turma, sob o mesmo argumento de que a ausência de prejuízo ao erário, dolo, má-fé ou culpa do agente supostamente ímprobo afasta a caracterização do ato de improbidade e, portanto, impede a aplicação de qualquer sanção, inclusive as de ordem não-patrimonial.

Por fim, pretendem demonstrar a divergência com os EREsp 260.821/SP, nos quais se concluiu que a procedência da ação popular demanda prova da lesividade do ato inquinado, a par da ilegalidade que sempre deve ser comprovada.

Os embargantes defendem estar configurada a divergência, já que o aresto embargado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenou os agentes alegadamente ímprobos à pena de proibição de contratar com o Poder Público sem a presença de prejuízo ao erário e de dolo, má-fé ou desonestidade do agente, enquanto os paradigmas reconheceram a necessidade desses requisitos para a aplicação da penalidade por ato de improbidade.

Em suma, a questão a ser decidida é a seguinte: para caracterizar-se o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão a princípios da Administração Pública) é necessário que na conduta do agente esteja presente o dolo genérico, consubstanciado na vontade de realizar o fato descrito na norma?

A matéria foi recentemente enfrentada pela Primeira Seção. A partir do julgamento do Recurso Especial 951.389/SC, da relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin, concluiu-se que a caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992 está a depender da existência de dolo genérico na conduta do agente, consoante está posto na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.

1. O Juízo de 1º grau julgou procedente o pedido deduzido em Ação Civil Pública por entender que os réus, ao realizarem contratação de serviço de transporte sem licitação, praticaram atos de improbidade tratados no art. 10 da Lei 8.429/1992. No julgamento da Apelação, o Tribunal de origem afastou o dano ao Erário por ter havido a prestação do serviço e alterou a capitulação legal da conduta para o art. 11 da Lei 8.429/1992.

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

3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário.

4. *In casu*, a conduta dolosa é patente, *in re ipsa*. A leitura do acórdão recorrido evidencia que os recorrentes participaram deliberadamente de contratação de serviço de transporte prestado ao ente municipal à margem do devido procedimento licitatório. O Tribunal *a quo* entendeu comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os prestadores de serviço contratados, tendo consignado que, em razão dos mesmos fatos, eles foram *criminalmente condenados* pela prática do ato doloso de fraude à licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, com decisão já transitada em julgado.

5. O acórdão bem aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade, porquanto a conduta ofende os princípios da *moralidade administrativa*, da *legalidade* e da *impressoalidade*, todos informadores da regra da obrigatoriedade da licitação para o fornecimento de bens e serviços à Administração.

6. Na hipótese dos autos, a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos ultrapassou o limite máximo previsto no art. 12, III, cabendo sua redução. As penas cominadas (suspensão dos direitos políticos e multa) atendem aos parâmetros legais e não se mostram desprovidas de *razoabilidade* e *proporcionalidade*, estando devidamente fundamentadas.

7. A multa civil é sanção pecuniária autônoma, aplicável com ou sem ocorrência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de prejuízo em caso de condenação fundada no art. 11 da Lei 8.429/92. Precedentes do STJ.

8. Consoante o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa, a multa civil é transmissível aos herdeiros, "até o limite do valor da herança", somente quando houver violação aos arts. 9º e 10º da referida lei (dano ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito), sendo inadmissível quando a condenação se restringir ao art. 11.

9. Como os réus foram condenados somente com base no art. 11 da Lei da Improbidade Administrativa, é ilegal a transmissão da multa para os sucessores do *de cujus*, mesmo nos limites da herança, por violação ao art. 8º do mesmo estatuto.

10. Recurso Especial parcialmente provido para **reduzir a sanção de proibição de contratar e receber subsídios públicos e afastar a transmissão *mortis causa* da multa civil**. (REsp 951.389/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, DJE de 04.05.2011)

A esse julgado, seguiram-se outros da 1ª Seção no mesmo sentido:

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. (EResp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Seção, DJe 27.09.2010)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO – PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO – PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedente da Primeira Seção.

2. Não se sustenta a tese – já ultrapassada – no sentido de que as contratações sem concurso público não se caracterizam como atos de improbidade, previstos no art. 11 da Lei 8.429/1992, ainda que não causem dano ao erário.

3. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/92 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.

3. Embargos de divergência providos. (EResp 654.721/MT, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 01/09/2010)

Nesse precedente, a Primeira Seção concluiu que a contratação irregular sem a realização de concurso público pode se caracterizar como ato de improbidade administrativa, mas, para tanto, é imprescindível a demonstração de dolo, ao menos genérico, do agente.

No caso, o aresto embargado condenou os recorrentes à pena de proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de três por terem mantido e prorrogado diversos contratos de funcionários terceirizados que prestavam serviços à instituição bancária estadual sem concurso público.

O voto condutor considerou existente o ato de improbidade mesmo sem estar configurado o dolo genérico do agente. Isso fica claro quando se lê o voto vista vencido proferido pelo Min. Teori



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Zavascki, *verbis*:

Sr. Ministro Luiz Fux, estamos modificando a decisão do Tribunal para impor a penalidade e, para fazê-lo, no meu modo de ver, é fundamental não apenas demonstrar o cabimento em tese da penalidade, mas a prova de que se trata de um ato de improbidade.

Não vejo, no caso, demonstração de que essa conduta, que é irregular, tenha sido praticada com dolo, que é um elemento essencial, no meu entender, para configuração de uma ação de improbidade.

Peço vênia para negar provimento ao recurso especial, por esse fundamento.

Assim, não estando evidente o dolo na conduta do agente, deve-se afastar a alegação de improbidade administrativa e a pena prevista na Lei 8.429/92, na linha aqui apresentada no voto proferido pelo Min. Cesar Rocha.

Ante o exposto, **dou provimento aos embargos de divergência.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0178477-5

**EResp 772.241 /
MG**

Números Origem: 10000002467215003 200501293123 2467215 24990255440

PAUTA: 25/05/2011

JULGADO: 25/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : MARCOS RAYMUNDO PESSOA DUARTE E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ DE MAGALHÃES BARROSO E OUTRO
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, preliminarmente, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conheceu dos embargos. No mérito, por unanimidade, deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.