

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1588859 - SP
(2019/0284791-6)**

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : WAGNER RICARDO ANTUNES FILHO
ADVOGADOS : EDMILSON NORBERTO BARBATO - SP081730
IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS - SP173163
OTAVIO RIBEIRO LIMA MAZIEIRO - SP375519
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : GUSTAVO ANTONIO CASSIOLATO FAGGION
INTERES. : JOSÉ EDUARDO GIACOMELLI
INTERES. : DEMANDADOS RICARDO MORAGHI
INTERES. : JOÃO MARCOS DEMÉTRIO

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. AQUISIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. ART. 28 DO DECRETO-LEI 4.657/42. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ART. 1.025 DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE, NO CASO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS ATOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DO ATO ÍMPROBO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno ajuizado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem julgou parcialmente procedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual postula a condenação do ora agravante – ex-Prefeito de Leme/SP, e de outros seis réus, pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades na aquisição, sem licitação, de medicamentos.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão

contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008; REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017; REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017.

V. Não tendo o acórdão hostilizado expendido juízo de valor sobre o art. 28 do Decreto-lei 4.657/42, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.

VI. Consoante se depreende dos autos, o acórdão recorrido não expendeu juízo de valor sobre o art. 28 do Decreto-lei 4.657/42, invocado na petição do Recurso Especial, e os Embargos de Declaração opostos pelo ora agravante, em 2º Grau, não objetivaram o prequestionamento da aludida matéria, razão pela qual impossível aplicar-se, no caso, o art. 1.025 do CPC vigente.

VII. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "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" (STJ, REsp 951.389/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2011).

VIII. No caso, o acórdão recorrido concluiu pela configuração do ato ímprobo, ao fundamento de que, "os depoimentos colhidos em sede de inquérito civil, aliados às reportagens juntadas aos autos, não deixam dúvidas quanto à efetiva ocorrência do 'esquema' de distribuição irregular de medicamentos perpetrado pelos agentes públicos (...) consistente em adquirir medicamentos sem licitação junto a estabelecimentos comerciais (farmácias) locais, mediante fracionamento ilegal (art. 24, inciso II, da Lei no 8.666/1992), e com participação direta do Secretário Municipal de Saúde (...) do ex-prefeito (...) e de vereadores (...) Registre-se, neste ponto, que conjuntura acima descrita é referendada por todos os demais documentos de prova encartados nos autos, tendo os réus, inclusive, admitido os fatos relatados como verdadeiros (...) Conforme se pode inferir, em que pesem as afirmações dos réus, certo é que não havia nenhuma espécie de avaliação prévia voltada a aferir a real necessidade do fornecimento do medicamento solicitado pelo munícipe, pela Prefeitura, de modo que os agentes pretendiam atender toda e qualquer

pessoa que os procurassem, sendo indubitosa a finalidade político - eleitoral do 'esquema' adotado (...) que havia, ainda, por parte dos agentes envolvidos, incentivo à burla das normas estatuídas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1992), notadamente a regra do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1992, posto que, conforme comprovado nos autos, as farmácias locais eram orientadas a fornecerem medicamentos aos munícipes, emitindo, no ato, nota fiscal com vistas a serem posteriormente ressarcidas, não podendo, entretanto, o valor de requisição exceder o limite de R\$ 8.000,00 (...) Portanto, sob qualquer prisma que se analise, não há como deixar de reconhecer a ilegalidade deliberada das ações tomadas pelo Secretário de Saúde Municipal, pelo Prefeito Municipal e, também, pelos vereadores citados na exordial, ressaltando-se que a estes lhes era imposto o dever constitucional de fiscalizar as ações dos Administradores Públicos Municipais (...) Assim, ao participarem do esquema ilegal e abusivo acima delineado, não há como deixar de reconhecer que os vereadores falharam na atribuição precípua que lhes é imposta pela norma constitucional, qual seja, de fiscalização dos gastos públicos, com vistas a garantir que sua aplicação se dê estritamente segundo os interesses coletivos. Aferida, pois, in concretum a ilegalidade e a conduta dolosa dos corréus no exercício de suas 'funções públicas' (art. 20, da LIA), de rigor o reconhecimento do reprovável ato de improbidade administrativa por eles perpetrado".

IX. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido – para acolher a pretensão da agravante e afastar sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa – demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/04/2016.

X. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 01 de junho de 2020 (Data do Julgamento)

Ministra Assusete Magalhães
Relatora

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.588.859 - SP (2019/0284791-6)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por WAGNER RICARDO ANTUNES FILHO, em 09/03/2020, contra decisão de minha lavra, publicada em 13/02/2020, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo, interposto por WAGNER RICARDO ANTUNES FILHO, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

'APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AQUISIÇÃO IRREGULAR DE MEDICAMENTOS DESTINADOS À DISTRIBUIÇÃO GRATUITA À POPULAÇÃO - ATO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - Os agentes públicos, no exercício de suas atribuições, devem guardar em seus atos a mais lúdima probidade, a fim de preservar o interesse último dos atos praticados, qual seja, o bem comum - elementos fático-probatórios dos autos que evidenciam a conduta atentatória aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade da Administração - esquema irregular de aquisição e fornecimento gratuito de medicamentos que tinha como único intuito garantir dividendos eleitorais aos agentes públicos réus - vereadores que não exerceram devidamente seu papel de fiscalização da Administração Pública Municipal, tendo, ainda, participação direta nas irregularidades constatadas - inteligência do art. 31, caput, da Constituição Federal - prefeito municipal que, juntamente com o secretário de saúde municipal, determinou a compra e distribuição de medicamentos sem observância dos critérios estabelecidos em lei - inobservância, ademais, dos contratos já firmados pela Administração Pública Municipal - conduta dolosa e que afronta aos princípios da Administração Pública devidamente comprovada - incursão na hipótese normativa do art. 11, caput e inciso I, da LF nº 8.429/92 - sentença de primeiro grau reformada em parte, para o fim de se reconhecer a prática de atos de improbidade administrativa também por parte dos vereadores corréus - individualização das sanções cabíveis (art. 12, inciso III, da LF nº 8.429/92). Recurso do *parquet* parcialmente provido. Recursos dos corréus desprovido' (fl. 1.538e).

Opostos Embargos de Declaração, os quais restaram rejeitados (fls. 1.615/1.634e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **a e c**,

da Constituição Federal, a parte ora agravante alega, além da divergência jurisprudencial, que houve ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, pois, mesmo com a oposição dos Embargos de Declaração, não foram sanadas omissões acerca da análise do cerceamento de defesa, da excepcionalidade na aquisição de medicamentos por dispensa e de inexistência de ilegalidade na conduta do recorrente.

Aponta, no mérito, a violação ao art. 24, II, da Lei 8.666/93, afirmando que 'não há hipótese de fracionamento ilegal de licitação, haja vista que a aquisição de produtos não era previsível em determinado período, por depender de solicitação específica de cada cidadão e de disponibilidade financeira, não se tratava de objeto idêntico, por serem medicamentos distintos, inclusive de alto custo, vendidos em locais diferentes, não se tratava do mesmo contratado, pois era realizada pesquisa de preço em diversas farmácias para aquisição pelo menor valor' (fl. 1.678e).

Alega a contrariedade ao art. 11 da Lei 8.429/92 e ao art. 28 da LINDB, porquanto 'não há que se falar em ilegalidade na conduta do Recorrente, inexistindo também hipótese de dolo ou má-fé' (fl. 1.679e) e, 'haja vista que a nova disposição, incluída em 2018, antes do julgamento da Apelação, com aplicação ao caso concreto, por se tratar de lei sancionatória mais benéfica, apenas permite a condenação do agente público se agiu com dolo' (fl. 1.681e).

Por fim, requer o provimento do recurso.

Inadmitido o Recurso Especial (fls. 1.772/1.775e), foi interposto o presente Agravo (fls. 1.020/1.039e).

Contraminuta a fls. 1.041/1.043e.

A irresignação não merece prosperar.

Na origem, trata-se de Ação Civil Pública, por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em razão de fornecimento de medicamentos com a dispensa indevida de licitação, resultando dano ao erário, bem como a violação aos princípios da administração pública.

Julgada parcialmente procedente a demanda, recorreram as partes, tendo sido reformada, em parte, a sentença, pelo Tribunal local. Daí a interposição do presente Recurso Especial.

Inicialmente, em relação ao art. 1.022 do CPC/2015, deve-se ressaltar que o acórdão recorrido não incorreu em qualquer vício, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte recorrente, conforme se extrai do acórdão recorrido.

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 1.666.265/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/03/2018; STJ, REsp 1.667.456/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2017; REsp 1.696.273/SP, Rel. Ministro

HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017.

Por outro lado, o Tribunal de origem assentou que há, nos autos, provas suficientes, capazes de demonstrar o ato de improbidade administrativa, decorrente do indevido direcionamento e de fraude em licitação, ressaltando a presença do elemento subjetivo dolo. Confira-se, a propósito, os seguintes trechos do acórdão recorrido:

'Na hipótese dos autos, repisando, o MM. Juízo 'a quo' vislumbrou na conduta dos réus Wagner Ricardo Antunes Filho e Gustavo Antonio Cassiolato Faggion, ex-prefeito do Município de Leme e ex- secretário municipal de saúde, respectivamente, a ocorrência de ato de improbidade lesivo da Administração Pública, haja vista cometida no procedimento de compras aos princípios a ilegalidade de medicamentos destinados à distribuição gratuita à população, tendo o magistrado singular, porém, inocentado os réus Evanildo dos Santos Brito, João Marcos Demétrio, José Eduardo Giacomelli, Ricardo Moraghi - ex-vereadores do Município de Leme - e Laudir Rosa de Oliveira - servidora pública municipal.

Porém, respeitado o entendimento do magistrado singular, no sentido de abonar a conduta de parte dos corréus, não há como deixar de reconhecer que tanto o ex-alcaíde e o ex-secretário municipal de saúde, condenados, como também os ex-vereadores, agiram deliberada e illicitamente ao adotarem o procedimento de aquisição de medicamentos aludido, conforme adiante se demonstrará.

Com efeito, os depoimentos colhidos em sede de inquérito civil, aliados às reportagens juntadas aos autos, não deixam dúvidas quanto à efetiva ocorrência do 'esquema' de distribuição irregular de medicamentos perpetrado pelos agentes públicos.

Acerca do *modus operandi* dos réus, o relatório de fls. 83/121, elaborado pelo *parquet* com base na reportagem feita pela 'Tv Bandeirantes' (fls. 82/121), é enfático ao demonstrar a prática reiterada adotada pela Municipalidade de Leme consistente em adquirir medicamentos sem licitação junto a estabelecimentos comerciais (farmácias) locais, mediante fracionamento ilegal (art. 24, inciso II, da Lei no 8.666/1992), e com participação direta do Secretário Municipal de Saúde (Gustavo Antônio Cassiolato), do ex-prefeito (Wagner Ricardo) e de vereadores (Evanildo dos Santos, João Marcos Demétrio, José Eduardo e Ricardo Moraghi).

(...)

Registre-se, neste ponto, que conjuntura acima descrita é referendada por todos os demais documentos de prova encartados nos autos, tendo os réus, inclusive, admitido os fatos relatados como verdadeiros. Corroborando com as declarações colhidas pela reportagem jornalística, confira-se o depoimento esclarecedor do servidor José Carlos Porto (fls. 146/147), *in verbis*:

(...)

Conforme se pode inferir, em que pesem as afirmações dos réus, certo é que não havia nenhuma espécie de avaliação prévia voltada a aferir a real necessidade do fornecimento do medicamento solicitado pelo munícipe, pela Prefeitura, de modo que os agentes pretendiam atender toda e qualquer pessoa que os procurassem, sendo indubitosa a finalidade político - eleitoral do 'esquema' adotado.

Destarte, pode-se dizer que 'a atuação dos vereadores e, também, do Prefeito Municipal e do Vice - Prefeito Municipal, que cumulava o cargo de Secretário de Saúde, não se fundamentava pelo interesse público, mas, sim, pelo interesse particular e, obviamente, eleitoral de cada um dos envolvidos' (fls. 420/421).

Frise-se que havia, ainda, por parte dos agentes envolvidos, incentivo à burla das normas estatuídas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1992), notadamente a regra do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, posto que, conforme comprovado nos autos, as farmácias locais eram orientadas a fornecerem medicamentos aos munícipes, emitindo, no ato, nota fiscal com vistas a serem posteriormente ressarcidas, não podendo, entretanto, o valor de requisição exceder o limite de R\$ 8.000,00. Nesta linha, confira-se depoimento de Diorles Guadagnini (fls. 197):

(...)

Registre-se, ademais, que, à época dos fatos, a Municipalidade de Leme mantinha com as empresas Drogal Farmacêutica Ltda. e Nunes Farma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. contrato vigente, cujo escopo consistia em garantir o fornecimento de medicamentos com desconto à Secretaria Municipal da Saúde (fls. 07/11 e 12/16), de modo que a conduta dos requeridos também foi de encontro aos referidos acordos celebrados pela Administração Municipal.

(...)

Portanto, sob qualquer prisma que se analise, não há como deixar de reconhecer a ilegalidade deliberada das ações tomadas pelo Secretário de Saúde Municipal, pelo Prefeito Municipal e, também, pelos vereadores citados na exordial, ressaltando-se que a estes lhes era imposto o dever constitucional de fiscalizar as ações dos Administradores Públicos Municipais.

(...)

Assim, ao participarem do esquema ilegal e abusivo acima delineado, não há como deixar de reconhecer que os vereadores falharam na atribuição precípua que lhes é imposta pela norma constitucional, qual seja, de fiscalização dos gastos públicos, com vistas a garantir que sua aplicação se dê estritamente segundo os interesses coletivos.

Aferida, pois, *in concretum* a ilegalidade e a conduta dolosa dos corréus no exercício de suas 'funções públicas' (art. 20, da LIA),

de rigor o reconhecimento do reprovável ato de improbidade administrativa por eles perpetrado' (fls. 1.561/1.569e).

Com efeito, o entendimento do acórdão recorrido não diverge da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a Lei 8.429/99, 'é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10' (REsp 1.261.994/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 13/04/2012). Nesse sentido: AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe 28/09/2011.

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que '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' (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 04/05/2011).

Assim, alterar as conclusões do Tribunal de origem, no sentido de que estaria demonstrada a fraude na licitação e a prática de ato de improbidade administrativa, acatando as alegações recursais, no sentido de que não estaria comprovado o elemento subjetivo, ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte.

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, II, **b**, do RISTJ, **conheço** do Agravo para **negar provimento** ao Recurso Especial" (fls. 1.836/1.840e).

Irresignada, a parte agravante sustenta que:

"2.1. Sobre a não incidência da Súmula nº 07 do C. STJ. Premissas existentes no v. Acórdão. Ausência de revolvimento da matéria fática
De início, entende-se equivocada a r. decisão agravada, haja vista que o Recurso Especial interposto não aborda matéria fática probatória, tendo em vista que toda a discussão é estritamente jurídica.

Notadamente, são discutidas teses eminentemente jurídicas, quais sejam: (i) a nulidade do julgamento dos embargos de declaração, em razão da ausência de fundamentação; e (ii) a impossibilidade de condenação do Agravante por violação ao art. 24, II da Lei de Licitações e incidência no art. 11 da LIA.

Todas estas matérias, salvo melhor juízo, são cognoscíveis sem adentrar ao exame fático-probatório, seja por tratar de questão de direito, seja pelas questões fáticas serem extraídas das premissas fixadas pelos v. Acórdãos. Portanto, colhe-se da sentença, bem como dos v. Acórdãos os excertos que são utilizados para argumentação das teses jurídicas acima expostas.

Assim, não há incidência da Súmula nº 07 do C. STJ, haja vista que não se pretende o reexame fático probatório, senão a qualificação jurídica dos fatos incontroversos trazidos aos autos. Em outras palavras, o foco da questão ora debatida é essencialmente de direito.

(...)

2.2. Sobre a efetiva violação ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil

A fundamentação da r. decisão recorrida aponta que não houve violação ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil, considerando que todas as questões levantadas foram efetivamente analisadas pelo Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo. Simultaneamente, aponta que não é possível a análise sobre a configuração ou não do ato de improbidade administrativa, inclusive no que se refere ao elemento subjetivo, sob pena de incidência da Súmula nº 07 do C. STJ.

Desta forma, cria-se um paradoxo insuperável pela defesa, haja vista que se alega violação ao artigo 1.022 do Código de Processo Civil justamente pela ausência de efetiva análise, pelo Eg. TJ/SP, sobre a configuração do elemento subjetivo na conduta do Prefeito.

Ora, extrai-se do v. Acórdão que o elemento subjetivo foi presumido, o que, salvo melhor juízo, não se pode admitir, considerando que ser requisito indispensável para configuração do ato de improbidade administrativa, a ser constatado, se o caso, de maneira efetiva e concreta.

Isto porque, não se possibilitou a produção de provas possíveis de contrariar a tese acusatória firmada em elementos indiciários e parciais de inquérito civil. Ou seja, condenou-se o Agravante e manteve a sua condenação com suposições de elemento subjetivo, com fulcro em depoimentos colhidos na fase inquisitória, sem possibilitar o efetivo contraditório.

A análise sobre essa questão é de extrema relevância para a defesa do Agravante e, não obstante, não foi efetivada pelo Eg. Tribunal de Justiça, apesar de expressamente questionado por intermédio de Embargos de Declaração.

(...)

2.3. Ausência de análise sobre demais violações e divergência jurisprudencial

Para além das duas irresignações específicas e pontuais sobre a r. decisão recorrida, é importante salientar que não houve a análise sobre todas as violações apontadas e sequer valoração sobre a divergência jurisprudencial alegada, sendo necessária a efetivação da análise sobre essas questões para regular prestação jurisdicional.

Exa., para além do quanto já exposto, houve alegação de existência de (i) divergência jurisprudencial sobre a incidência do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, considerando entendimento fixado pelo C. STJ em casos análogos que demandam a efetiva prestação jurisdicional sobre questões relevantes do processo, quando instada a discussão por intermédio de Embargos de Declaração; (ii) violação ao art. 24, II da Lei nº 8.666/93, haja vista que não houve fracionamento indevido de licitação, mas sim regular dispensa em obediência ao que dispõe a legislação; e (iii) violação ao artigo

28 do Decreto-Lei nº 4.657/42, no intento de se conferir interpretação ao caso concreto de acordo com o novo regramento estabelecido pela LINDB. Ocorre que, salvo melhor juízo, tais questões não foram enfrentadas pela r. decisão recorrida, motivo pelo qual igualmente impõe a sua reforma, a analisar de forma efetiva todas as violações e alegações trazidas em Recurso Especial, tal como explicitado no tópico subsequente.

(...)

3.1. PRELIMINAR: violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil – Divergência Jurisprudencial

Conforme arguido em Embargos de Declaração opostos em face do Acórdão da Apelação, foram levantadas as seguintes omissões e contradições:

(i) omissão na análise sobre cerceamento de defesa, pois o v. acórdão entendeu como suficiente os documentos juntados pela exordial (depoimentos no inquérito civil e reportagens jornalísticas), não sendo possibilitada a produção de provas pelo Recorrente para contraditar estes elementos indiciários;

(ii) omissão na análise da excepcionalidade de aquisição dos medicamentos por dispensa, pois a Administração Pública apenas adquiriu medicamentos fora dos contratos já firmados, quando não estavam englobados nestes instrumentos, sendo casos excepcionais; e

(iii) omissão na análise de inexistência de ilegalidade na conduta do Recorrente, haja vista que não se verificou a efetiva atribuição legal do Recorrente e ausência de ingerência no procedimento adotado internamente na Secretaria de Saúde.

(...)

Vislumbra-se, também, divergência jurisprudencial neste tema – sem demandar análise probatória – haja vista que nos casos em que há omissão no acórdão, sendo de suma importância para matéria em discussão, esta deve ser esclarecida em sede de Embargos de Declaração, conforme quadro comparativo abaixo:

(...)

Desta feita, salvo melhor juízo, houve violação do art. 1.022 do Código de Processo Civil, assim como ficou demonstrada a divergência jurisprudencial sobre o tema, sendo que os Acórdãos proferidos pelo E. Tribunal a quo silenciaram-se sobre questão essencial acima mencionada, impossibilitando a análise da matéria em Recurso Especial.

(...)

3.2. MÉRITO: violação ao art. 24, II da Lei nº 8.666/93.

(...)

A fim de demonstrar a plena regularidade na conduta do Prefeito Municipal, bem como a ausência de hipótese de dispensa ilegal de licitação com fracionamento indevido, destaca-se como ocorria a tramitação para aquisição de medicamentos no Município de Leme.

Em uma primeira hipótese, os munícipes buscam o Posto de Saúde local e, inexistindo fornecimento de algum medicamento específico, procuravam a Assistência Social da Secretaria de Saúde, demonstrando a hipossuficiência

financeira para adquirir o medicamento, o que era analisado e, havendo disponibilidade orçamentária, realizava-se consulta a três farmácias para aquisição do produto com menor valor.

Em uma segunda hipótese, tal como narrado pelo parquet, os cidadãos procuravam diretamente o Prefeito ou, então, Vereadores, com as suas queixas relativas a necessidade de adquirir medicamentos específicos não fornecidos pelo Posto de Saúde.

O Prefeito, em sua atribuição legal, assinalava o nome de “Lau” (Laudir, assistente social) nas receitas, a fim de que o cidadão procurasse o setor e a pessoa específica para verificar o pleito.

Posteriormente, era seguido o trâmite isonômico e natural, realizando o cadastrado do munícipe, análise de hipossuficiência financeira, disponibilidade orçamentária, consulta de enquadramento do remédio nos contratos firmados pelo município e, em caso negativo, consulta às demais farmácias para aquisição do produto com menor valor.

Assim, não há hipótese de fracionamento ilegal de licitação, haja vista que a aquisição de produtos não era previsível em determinado período, por depender de solicitação específica de cada cidadão e de disponibilidade financeira, não se tratava de objeto idêntico, por serem medicamentos distintos, inclusive de alto custo, vendidos em locais diferentes, não se tratava do mesmo contratado, pois era realizada pesquisa de preço em diversas farmácias para aquisição pelo menor valor.

(...)

3.3. MÉRITO: violação ao art. 11 da Lei nº 8.429/92 e art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/42

(...)

No entanto, não há que se falar em ilegalidade na conduta do Agravante, inexistindo também hipótese de dolo ou má-fé, o que seria indispensável para configuração de ato de improbidade do art. 11.

Conforme se verifica, o Prefeito, em sua estrita atribuição legal, que inclui atender a população, encaminhava os pleitos decorrentes deste atendimento aos setores e pessoas responsáveis, a fim de proceder à triagem, bem como regular aquisição de medicamentos, se o caso.

Desta forma, frisa-se que todo o procedimento para aquisição de medicamentos era realizado internamente pela Secretaria de Saúde, haja vista que o Secretário era o ordenador de despesas, inexistindo qualquer ingerência direta do Prefeito nestes atos.

E, ao que pôde ser apurado, a aquisição direta em farmácias, com dispensa de licitação, era realizada apenas quando o medicamento não estava incluído na listagem do Posto de Saúde ou, então, nos contratos pretéritos firmados pelo Município, através de licitação, de forma que não houve desprezo aos contratos realizados através de licitação.

Além de considerar que inexistente irregularidade na conduta do Prefeito, conforme alhures mencionado, importante consignar que não há hipótese de configuração de ato de improbidade, considerando ausente o elemento de dolo ou má-fé.

Exa., é certo que a condenação por improbidade demanda um agir desonesto do agente público; no entanto, no presente caso, não há a inferência de desonestidade do Prefeito, considerando seu simples ato de encaminhar as solicitações dos munícipes aos setores competentes.

E mais, ainda que se entenda pela sua ingerência no procedimento de aquisição de medicamentos, o que se aduz a título de argumentação, este se deu de maneira plenamente regular, não se identificando qualquer interesse ilegítimo na aquisição dos produtos, qualquer espécie de conluio para fraudar a ocorrência de licitação ou, ainda, qualquer favorecimento de interesses escusos nesta prática.

Exa., o v. acórdão contraria expressamente o art. 11 da Lei nº 8.429/92, ao supor uma conduta irregular e dolosa do Agravante, sem a mínima descrição de qual teria sido este agir ilegal, contrariando os próprios excertos fáticos insertos no v. acórdão.

(...)

Outrossim, há também infringência ao art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/42, haja vista que a nova disposição, incluída em 2018, antes do julgamento da Apelação, com aplicação ao caso concreto, por se tratar de lei sancionatória mais benéfica, apenas permite a condenação do agente público se agiu com dolo.

Dispõe o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

(...)

Ora, não existindo conduta dolosa ou imbuída de erro grosseiro, evidente que o Agravante não pode ser responsabilizado em ação de improbidade administrativa.

Desta maneira, há nítida infringência ao art. 11 da Lei nº 8.429/92, bem como ao art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/42, pois não é possível a condenação por esta disposição, sem que seja constatado comprovadamente o dano ao erário, haja vista a comprovação no presente caso de que houve apenas o exercício da atribuição legal do Agravante, na condição de Prefeito, sem qualquer participação ou ingerência em procedimentos internos de Secretaria para compras medicamentos" (fls. 1.852/1.866e).

Ao final, requer que:

"(...) o recurso de Agravo Interno seja regularmente processado, nos termos do artigo 259 do RISTJ, procedendo a intimação do AGRAVADO para oferecimento de resposta, em sendo que, caso não exercido o juízo de retratação, seja submetido à D. Turma Julgadora para apreciação, a fim de que seja conhecido e provido, com intento de dar provimento ao Agravo em Recurso Especial, em razão da demonstração de inexistência de revolvimento fático e probatório da matéria, tratando-se meramente de análise de teses jurídicas, pautadas em elementos extraídos das decisões recorridas, configurando-se patente violação aos dispositivos federais citados, para que o Recurso Especial seja conhecido.

Superior Tribunal de Justiça

Em sendo conhecido o Recurso Especial, requer-se que seja dado provimento, a fim de que:

- a) em matéria preliminar, seja constatada a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil e existência de divergência jurisprudencial neste tópico, haja vista a inexistência de análise dos Embargos de Declaração opostos, determinando a remessa dos autos ao E. TJ SP para proceder a um novo julgamento;
- b) no primeiro pedido de mérito, reconhecer a violação ao art. 24, II da Lei nº 8.429/92, pois que não se identifica a hipótese de fracionamento indevido de licitação para dispensa, considerando que não houve contratação de produto previsível em determinado período, não se tratava de objeto idêntico e sequer se tratava do mesmo contratado; e
- c) no segundo pedido de mérito, reconhecer a violação ao art. 11 da Lei nº 8.429/92 e violação ao art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/42, considerando, para tanto, a conduta regular do Recorrente, em nítido exercício de sua atribuição funcional, sem que se constate um agir doloso, sendo vedada a responsabilização do agente público dessa forma e, consequentemente, seja constatada a inexistência de ato de improbidade administrativa" (fls. 1.866/1.867e).

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO apresentou impugnação ao Agravo interno (fls. 1.877/1.881e).

É o relatório.

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.588.859 - SP (2019/0284791-6)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : WAGNER RICARDO ANTUNES FILHO
ADVOGADOS : EDMILSON NORBERTO BARBATO - SP081730
IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS - SP173163
OTAVIO RIBEIRO LIMA MAZIEIRO - SP375519
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : GUSTAVO ANTONIO CASSIOLATO FAGGION
INTERES. : JOSÉ EDUARDO GIACOMELLI
INTERES. : DEMANDADOS RICARDO MORAGHI
INTERES. : JOÃO MARCOS DEMÉTRIO

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS, NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INCONFORMISMO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. AQUISIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. ART. 28 DO DECRETO-LEI 4.657/42. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ART. 1.025 DO CPC/2015. INAPLICABILIDADE, NO CASO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS ATOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DO ATO ÍMPROBO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra **decisum** publicado na vigência do CPC/2015.

II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem julgou parcialmente procedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual postula a condenação do ora agravante – ex-Prefeito de Leme/SP, e de outros seis réus, pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades na aquisição, sem licitação, de medicamentos.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência do STJ, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008; REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017; REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017.

V. Não tendo o acórdão hostilizado expendido juízo de valor sobre o art. 28 do Decreto-lei 4.657/42, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da

ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.

VI. Consoante se depreende dos autos, o acórdão recorrido não expendeu juízo de valor sobre o art. 28 do Decreto-lei 4.657/42, invocado na petição do Recurso Especial, e os Embargos de Declaração opostos pelo ora agravante, em 2º Grau, não objetivaram o prequestionamento da aludida matéria, razão pela qual impossível aplicar-se, no caso, o art. 1.025 do CPC vigente.

VII. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "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" (STJ, REsp 951.389/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2011).

VIII. No caso, o acórdão recorrido concluiu pela configuração do ato ímprobo, ao fundamento de que, "os depoimentos colhidos em sede de inquérito civil, aliados às reportagens juntadas aos autos, não deixam dúvidas quanto à efetiva ocorrência do 'esquema' de distribuição irregular de medicamentos perpetrado pelos agentes públicos (...) consistente em adquirir medicamentos sem licitação junto a estabelecimentos comerciais (farmácias) locais, mediante fracionamento ilegal (art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1992), e com participação direta do Secretário Municipal de Saúde (...) do ex-prefeito (...) e de vereadores (...) Registre-se, neste ponto, que conjuntura acima descrita é referendada por todos os demais documentos de prova encartados nos autos, tendo os réus, inclusive, admitido os fatos relatados como verdadeiros (...) Conforme se pode inferir, em que pesem as afirmações dos réus, certo é que não havia nenhuma espécie de avaliação prévia voltada a aferir a real necessidade do fornecimento do medicamento solicitado pelo munícipe, pela Prefeitura, de modo que os agentes pretendiam atender toda e qualquer pessoa que os procurassem, sendo indubitosa a finalidade político - eleitoral do 'esquema' adotado (...) que havia, ainda, por parte dos agentes envolvidos, incentivo à burla das normas estatuídas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1992), notadamente a regra do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1992, posto que, conforme comprovado nos autos, as farmácias locais eram orientadas a fornecerem medicamentos aos munícipes, emitindo, no ato, nota fiscal com vistas a serem posteriormente ressarcidas, não podendo, entretanto, o valor de requisição exceder o limite de R\$ 8.000,00 (...) Portanto, sob qualquer prisma que se analise, não há como deixar de reconhecer a ilegalidade deliberada das ações tomadas pelo Secretário de Saúde Municipal, pelo Prefeito Municipal e, também, pelos vereadores citados na exordial, ressaltando-se que a estes lhes era imposto o dever constitucional de fiscalizar as ações dos Administradores Públicos Municipais (...) Assim, ao participarem do esquema ilegal e abusivo acima delineado, não há como deixar de reconhecer que os vereadores falharam na atribuição precípua que lhes é imposta pela norma constitucional,

qual seja, de fiscalização dos gastos públicos, com vistas a garantir que sua aplicação se dê estritamente segundo os interesses coletivos. Aferida, pois, in concretum a ilegalidade e a conduta dolosa dos corréus no exercício de suas 'funções públicas' (art. 20, da LIA), de rigor o reconhecimento do reprovável ato de improbidade administrativa por eles perpetrado".

IX. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido – para acolher a pretensão da agravante e afastar sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa – demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/04/2016.

X. Agravo interno improvido.

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não obstante os combativos argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, que merece ser mantida.

Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação do ora agravante - ex-Prefeito de Leme/SP - e de outros seis réus, pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades na aquisição, sem licitação, de medicamentos.

A sentença julgou parcialmente procedente o pedido, para condenar o agravante "ao pagamento de multa civil no importe de 5 vezes o valor da remuneração que percebia no cargo de Prefeito Municipal de Leme, à época dos fatos" (fl. 1.346e).

Interpostas Apelações, o Tribunal de origem proveu, em parte, o recurso do autor da ação e negou provimento aos demais apelos, em acórdão, publicado em 31/08/2018, assim fundamentado:

"Insurgem, o autor e os corréus, Wagner Ricardo Antunes Filho e Gustavo Antonio Cassiolato Faggion, contra a r. sentença de primeiro grau que julgou parcialmente procedente a demanda, para fins de condenar os corréus recorrentes, ocupantes dos cargos de Prefeito Municipal de Leme e Secretário Municipal de Saúde, respectivamente, ao pagamento de multa civil, no importe de 5 vezes o valor da remuneração por eles percebida à época dos fatos, uma vez comprovada a conduta ímproba dolosa por eles praticada.

E, pelo que se depreende do acervo fático-probatório coligido aos autos, o recurso interposto pelo Ministério Público Estadual merece ser parcialmente provido, porém, os apelos dos corréus não merecem acolhimento.

Ab initio, ressalte-se não ser o caso de se acolher a preliminar de cerceamento de defesa aventada pelos réus.

Isso porque, conforme ressalvado nos autos, **desnecessária se faz a produção de outras provas para o deslinde do caso, porquanto a ocorrência dos fatos narrados pelo Ministério Público Estadual em sua exordial ter sido expressamente admitida pelos acusados, ressaltando-se, ainda, que os documentos de prova juntados aos autos são suficientes, sendo, por isso, desnecessária a produção de prova em audiência, nos termos em que sustentado pelos apelantes.**

Frise-se, outrossim, não terem ocorrido prejuízos ao direito de defesa dos réus, aos quais foi dada a oportunidade de se manifestarem nos autos (fls. 28/31, 34/37, 40/43, 46/47, 60/67, 112/119, 122/164, 175/179, 186/190, 194/203, 204/211), tendo eles, inclusive, apresentado

documentos e desfrutado de amplo acesso e conhecimento das evidências carreadas aos autos, existindo, assim, a oportunidade de influírem na formação do juízo de convicção do magistrado singular.

(...)

In casu, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, valendo-se de suas atribuições (art. 5º, I, da LF no 7.347/85 e art. 17, *caput*, da LF no 8.429/92), ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de LAUDIR ROSA DE OLIVEIRA, EVANILDO DOS SANTOS BRITO, JOÃO MARCOS DEMÉTRIO, JOSÉ EDUARDO GIACOMELLI e RICARDO MORAGHI, GUSTAVO ANTONIO CASSIOLATO FAGGION e WAGNER RICARDO ANTUNES, aduzindo que, **no ano de 2010, os agentes públicos-corrêus teriam elaborado e participado de 'esquema' de compras irregulares de medicamentos, destinados à distribuição gratuita para a população, mediante dispensa indevida de licitação (art. 24, inciso I, da Lei no 8.666/1993), com vistas a garantir única e exclusivamente dividendos políticos e facilitar eventual reeleição futura. Segundo afirmado pelo parquet:**

'(...) No ano de 2010, a Secretaria Municipal da Saúde de Leme efetuou gastos no montante de R\$ 845.744,12 (oitocentos e quarenta e cinco mil, setecentos e quarenta e quatro reais e doze centavos), sem licitação, junto a estabelecimentos comerciais com objeto de farmácia visando a aquisição de medicamentos para distribuição gratuita à população.

Os medicamentos eram retirados nas farmácias locais por populares, mediante encaminhamento realizado pelo Setor de Assistência Social que funciona junto à Secretaria Municipal da Saúde.

A fim de burlar a exigência legal de licitar, as aquisições eram fracionadas, fazendo constar nos empenhos valores sempre inferiores a R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

A ação foi reiterada durante todo o ano de 2010.

Entretanto, **a partir do mês de maio daquele ano, a Prefeitura Municipal de Leme, por meio do processo licitatório Pregão de Registro de preços nº 05/2010 obteve desconto de 10%, 60% e 50%, respectivamente, sobre o preço de fábrica da revista ABCFARMA para os medicamentos éticos, Genéricos e Similares.**

Em decorrência da licitação, a empresa Drogal Farmacêutica Ltda., entabulou o contrato Ata de Registro de Preços 07/2010 com o Município e se comprometeu a conceder os descontos, mediante pedido de compra ou ordem de fornecimento emitida pela Secretaria Municipal de Saúde.

Também, por meio de contrato Ata de Registro de Preços 06/2010, a empresa Nunes Farma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda.

se comprometeu a conceder os descontos, mediante pedido de compra ou ordem de fornecimento emitida pela Secretaria Municipal de Saúde.

Assim, por um período de 12 meses, as empresas Drogal Farmacêutica Ltda. e Nunes Farma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. estavam obrigadas a fornecer medicamentos ao Município, mediante solicitação, que deveriam ser entregues na Secretaria Municipal da Saúde.

Não obstante a celebração do contrato e sem que existisse uma justificativa formal, a Secretaria de Saúde, por meio de Assistente Social do Município, deixou de adquirir medicamentos com descontos junto aos fornecedores vencedores da licitação e continuou a adquirir medicamentos de farmácias locais (...).

A prática contou com a colaboração de Gustavo Antonio Cassiolato Fagion, secretário municipal de saúde, que, além de permitir o fracionamento, não adotou nenhuma ação para garantir que os medicamentos fossem adquiridos junto aos fornecedores da licitação.

Apurou-se, que o fornecimento de medicamentos, diretamente, nas farmácias, tinha por escopo garantir dividendos políticos a vereadores alinhados com o réu Wagner Ricardo Antunes Filho na Câmara Municipal.

Destarte, a política de distribuição gratuita de remédios, no ano de 2010, foi desvirtuada, em parte, para o atendimento de interesses eleitorais.

Os réus Evanildo dos Santos Brito, João Marcos Demétrio, Ricardo Moraghi e José Eduardo Giacomelli, todos no exercício do mandato de vereador no município de Leme, diretamente ou por meio de assessores, atendiam populares que procuravam por remédios.

Os vereadores retinham com eles as receitas médicas e despachavam, diretamente, com o Prefeito Municipal Wagner Ricardo Antunes Filho.

Wagner Ricardo Antunes Filho autorizava a aquisição dos medicamentos anotando na própria receita o apelido 'Lau', apondo sua rubrica logo abaixo.

'Lau' é o apelido da Assistente Social Laudir Rosa de Oliveira, que, à época dos fatos, estava lotada no setor de Assistência Social da Secretaria da Saúde.

A expressão 'Lau' com a rubrica de Wagner significava que a despesa estava autorizada pelo Prefeito Municipal e que o medicamento deveria ser adquirido.

As receitas médicas com a anotação 'Lau' e rubrica do Prefeito eram restituídas aos vereadores que se encarregavam de devolvê-las aos pacientes solicitantes.

Os pacientes, em seguida, eram orientados a procurar pela Laudir no setor de Assistência.

Laudir de posse da receita médica com a rubrica do Prefeito formulava uma requisição para aquisição do medicamento e encaminhava o paciente provido da receita e da requisição ao estabelecimento comercial que iria fornecer o remédio.

No estabelecimento comercial, o medicamento era fornecido à pessoa que estava na posse da receita e da requisição.

O responsável da farmácia retinha com ele a requisição.

Quando as requisições em poder das farmácias chegavam próximo à cifra de R\$8.000,00 (oito mil reais), o responsável legal da farmácia encaminhava-as ao Setor de Compras da Prefeitura Municipal para que fosse elaborada a nota de empenho, conforme declarado na Promotoria de Justiça pelos representantes legais dos estabelecimentos (...).

Em vista deste cenário, por considerar que a conduta deliberada dos corréus teria ocasionado danos ao erário e afrontado diretamente os princípios que regem a Administração Pública (impessoalidade, legalidade, isonomia, moralidade), **requereu o parquet a procedência da presente ação civil por ato de improbidade administrativa, reconhecendo-se as condutas ímprobadas imputadas, nos termos do art. 11, caput e inciso I, da LF nº 8.429/92, com a consequente aplicação das penas previstas no art. 12, inciso III, da mesma legislação especial (fls. 02/12).**

(...)

Ressalve-se, assim, que nem todo ato de imoralidade enseja a improbidade (disposta no art. 37, §4º, da CF/88). Para que esta se verifique, necessária se faz a figura do dolo (arts. 9º, 10-A e 11) ou, ao menos, de culpa inescusável (art. 10) enquanto elemento subjetivo inerente à conduta do agente em detrimento do Erário ou dos princípios norteadores da Administração Pública.

Sem imoralidade qualificada pelo enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, prática de ato atentatório aos princípios da Administração Pública, não há que se falar em improbidade administrativa de repercussão na esfera civil e criminal, mas tão somente em ilícito administrativo, sujeito exclusivamente às regras deste microssistema.

(...)

Na hipótese dos autos, repisando, o MM. Juízo 'a quo' vislumbrou na conduta dos réus Wagner Ricardo Antunes Filho e Gustavo Antonio Cassiolato Faggion, ex-prefeito do Município de Leme e ex- secretário municipal de saúde, respectivamente, a ocorrência de ato de improbidade lesivo da Administração Pública, haja vista cometida no procedimento de compras aos princípios a ilegalidade de medicamentos destinados à distribuição gratuita à população, tendo **o magistrado singular, porém, inocentado os réus Evanildo dos Santos Brito, João Marcos**

Demétrio, José Eduardo Giacomelli, Ricardo Moraghi - ex-vereadores do Município de Leme - e Laudir Rosa de Oliveira - servidora pública municipal.

Porém, respeitado o entendimento do magistrado singular, no sentido de abonar a conduta de parte dos corréus, não há como deixar de reconhecer que tanto o ex-alcaide e o ex-secretário municipal de saúde, condenados, como também os ex-vereadores, agiram deliberada e ilicitamente ao adotarem o procedimento de aquisição de medicamentos aludido, conforme adiante se demonstrará.

Com efeito, os depoimentos colhidos em sede de inquérito civil, aliados às reportagens juntadas aos autos, não deixam dúvidas quanto à efetiva ocorrência do 'esquema' de distribuição irregular de medicamentos perpetrado pelos agentes públicos.

Acerca do *modus operandi* dos réus, o relatório de fls. 83/121, elaborado pelo *parquet* com base na reportagem feita pela 'Tv Bandeirantes' (fls. 82/121), é enfático ao demonstrar a prática reiterada adotada pela Municipalidade de Leme consistente em adquirir medicamentos sem licitação junto a estabelecimentos comerciais (farmácias) locais, mediante fracionamento ilegal (art. 24, inciso II, da Lei no 8.666/1992), e com participação direta do Secretário Municipal de Saúde (Gustavo Antônio Cassiolato), do ex-prefeito (Wagner Ricardo) e de vereadores (Evanildo dos Santos, João Marcos Demétrio, José Eduardo e Ricardo Moraghi). Nesse sentido, confira-se o quanto relatado às fls. 88/90:

Diálogo:

C — Farmácia é aqui?

PI — Isso. É aqui. Eu tô na fila pra...senão trazer o cartão do SUS, aí sempre passam na minha frente! Eu vou ficando até eu trazer o cartão do SUS.

(...)

P1 — Três atendendo vai rápido!

C — Vai. E tem remédio pelo menos?

P1 — Então, eu perguntei, nunca tem esse remédio aqui, mas hoje diz que tem!

Nunca tem! É bombinha de uso contínuo, né.

C — Sei.

P1 — Eu acho que tem!

C — E quando não tem?

P1 — Aí o senhor tem que levar pra um vereador **e o Prefeito assina**. O senhor tem que ir aqui embaixo, na Secretaria de Saúde, pegar uma senha cedo e depois de tarde lá pra ela marcar e depois ir lá na farmácia pra pegar.

C — Quem é que assina?

P1 — **O Prefeito assina a receita** e aí vai lá cá Lau, a Laudir, aí ela

encaminha na farmácia pra pegar o remédio. É na farmácia...esqueci o nome da farmácia, na vinte e nove, aqui em cima...eu não me lembro o nome da farmácia...e aí pega o remédio.

C — E qual vereador você procura?

P1 — Eu sempre vou lá no patrão do meu filho, o João do Churrascão, né!

C - Qual?

P1 — O João do Churrascão.

C — Ah, o João do Churrascão!

P1 — O João Demétrio, ele sempre fica...fica cá receita, leva, assina, meu filho trabalha no fundo da casa de carne.

(...)

P1 — Agora não aceita mais encaminhamento com papelzinho simples desse, nossa é uma burocracia desgraçada.

C — Mas o Prefeito é...assina porque o senhor o conhece lá! É pra todo mundo que ele assina?

P1 — Prá todo mundo! Oh! Orra!

(...)

C — como e que eu faço o procedimento que o senhor falou? Eu pego a receita e levo pra quem?

P1 — O João Demétrio, o João do Churrascão. O Pedro de Souza é muito bom pra isso também! Nossa o Pedro de Souza!

C — Mas onde eu tenho que procurar eles?

P1 — Óia, eles ficam sempre na Câmara de Vereadores, naquela parte azul, na lateral...na lateral da vinte e nove, eles sempre ficam ali.

C — Aí eu deixo a receita com ele lá? Como é que funciona?

PI — **Aí ele pega a receita, aí ele leva pro Prefeito, o Prefeito assina**, aí o senhor pega aquela receita e aí vem aqui na Laudir, aí a Laudir indica a farmácia pro senhor pegar já certinho, aí é o senhor entregar a receita na farmácia e pegar o remédio!

C — É só desse jeito? Senão não consegue, né?

P1 — É.. Quando não tem aqui, aí não consegue.

P2 — Mas, pra ser mais rápido você vai lá na Câmara e conversa com...

C - Como é que é?

P2 — Na Câmara com o Didio!

P1 - O Didio também!

P2 — Chega no Didio, vai direto no Didio, eu quero conversar com o Didio.

P1 — É muito bom, né!

P2 — Cê chegou no Didio, cê fala pra ele, oh! Eu tenho uma receita aqui assim, assim...ele leva na hora pro Wagão assinar!

P1 —.Legal aquele moço lá.

C — Assim o Prefeito libera remédio?

P1 — Isso, aí a Prefeitura...

C — Qual o nome dele?

P2 - Didio.

C — Ah! O Didio é o presidente da Câmara, não é?

P2 — Isso, cê chega nele, oh! Tem como? Mas na hora, ói lá se ele não assinar pro cêl É remédio de alto custo. conhecido?

C — Mass isso ele não faz só pra

P2 - Não!

C — Faz pra bastante gente?

P2 — Pra população inteira!

Legenda: C — Câmara; P1 — Popular 1; P2 - Popular 2'.

Registre-se, neste ponto, que conjuntura acima descrita é referendada por todos os demais documentos de prova encartados nos autos, **tendo os réus, inclusive, admitido os fatos relatados como verdadeiros.** Corroborando com as declarações colhidas pela reportagem jornalística, confira-se o depoimento esclarecedor do servidor José Carlos Porto (fls. 146/147), *in verbis*:

'Depoimento de José Carlos Porto:

O declarante informe que exerceu o cargo comissionado na Câmara Municipal por aproximadamente 04 (quatro) anos. Que não se recorda, exatamente, qual a designação do cargo que exercia, mas esclarece que na prática era o porteiro da Câmara Municipal. Com relação à entrega de receitas médicas por populares aos vereadores, esclarece que era freqüente, dificilmente ocorria de passar um dia sem que algum munícipe procurasse a Câmara com a intenção de entregar receita médica para algum vereador. Muita gente ia na Câmara com essa finalidade. Que as pessoas já chegavam lá na Câmara procurando por um vereador, específico. Que o declarante, na qualidade de porteiro, acompanhava o munícipe até o gabinete do vereador. Que no ano de 2010 a Câmara era formada por 10 vereadores. Que acompanhava munícipes aos gabinetes de todos os vereadores. Que, **posteriormente, os munícipes retornavam à Câmara Municipal para buscar a receita que vinha com a assinatura do Wagão, Prefeito Municipal de Leme. De posse dessa receita o munícipe se deslocava até a Secretaria da Saúde, onde era informado em qual farmácia deveria retirar o medicamento.** Que no ano de 2010 as pessoas procuravam pela Laudir, que trabalhava na Secretaria da Saúde, onde hoje se situa a Secretaria de Esportes. Que era muita gente que procurava a Câmara de Vereadores para obter remédio. Tinha dia que não fazia outra coisa senão atender pessoas com solicitação de remédios. Que na data de reportagem, exibida pela TV Bandeirantes, realmente estava pegando receitas médicas na portaria que seriam repassadas para o vereador 'Didio'. Que Didio, à época era Presidente da Câmara, e o mesmo havia orientado ao declarante para pegar receitas e levá-las

para ela ao final do dia. Que após as filmagens realizadas pela TV Bandeirantes o procedimento de coleta de receitas médicas pelos vereadores continuou, mas em quantidade menor. Que a prática de levar receitas na Câmara dos Vereadores era generalizada. Que acontecia de pessoas com poder aquisitivo procurar as dependências da Câmara para entregar receita médica para algum dos vereadores. Que quando deixou o cargo comissionado da Câmara a prática de levar a receitas médicas para vereador já não acontecia mais. A recepcionista que aparece nas filmagens também era encarregada de pegar as receitas (...). Que pelas conversas que tratava com os munícipes era mais prático conseguir assinatura do Prefeito para autorizar a retirada de um medicamento por intermédio de algum vereador. Que as pessoas deixavam a receita na Câmara em um dia e iá retiravam logo no dia seguinte, com a assinatura do Wagão. Nunca ouviu qualquer reclamação de munícipe de que o prefeito não teria assinado a receita médica deixada na Câmara. Nunca viu nenhum munícipe retirar medicamento na própria Câmara Municipal. Tem conhecimento que muitos munícipes procuravam os vereadores em suas respectivas residências ou no local de trabalho deles para deixar receitas médicas. Que acontecia de algum assessor de vereador levar a receita assinada na própria residência do munícipe, isso acontecia quando a assinatura do Prefeito não era posta no dia seguinte à entrega da receita. Que **a idéia era sempre que o próprio vereador ou alguém a seu mando entregasse a receita assinada pelo prefeito ao munícipe beneficiado, pois isso geraria 'votos' em futura eleição. Que no mínimo, por dia, passavam cerca de 30 a 40 pessoas na Câmara apenas com a finalidade de entregar receita médica para vereador'.**

Conforme se pode inferir, em que pesem as afirmações dos réus, certo é que não havia nenhuma espécie de avaliação prévia voltada a aferir a real necessidade do fornecimento do medicamento solicitado pelo munícipe, pela Prefeitura, de modo que os agentes pretendiam atender toda e qualquer pessoa que os procurassem, sendo indubitosa a finalidade político - eleitoral do 'esquema' adotado.

Destarte, pode-se dizer que 'a atuação dos vereadores e, também, do Prefeito Municipal e do Vice- Prefeito Municipal, que cumulava o cargo de Secretário de Saúde, não se fundamentava pelo interesse público, mas, sim, pelo interesse particular e, obviamente, eleitoral de cada um dos envolvidos' (fls. 420/421).

Frise-se que havia, ainda, por parte dos agentes envolvidos, incentivo à burla das normas estatuídas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1992), notadamente a regra do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1992, posto que, conforme comprovado nos autos, as farmácias locais eram

orientadas a fornecerem medicamentos aos munícipes, emitindo, no ato, nota fiscal com vistas a serem posteriormente ressarcidas, não podendo, entretanto, o valor de requisição exceder o limite de R\$ 8.000,00. Nesta linha, confira-se depoimento de Diorles Guadagnini (fls. 197):

(...)

Registre-se, ademais, que, à época dos fatos, a Municipalidade de Leme mantinha com as empresas Drogal Farmacêutica Ltda. e Nunes Farma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda. contrato vigente, cujo escopo consistia em garantir o fornecimento de medicamentos com desconto à Secretaria Municipal da Saúde (fls. 07/11 e 12/16), de modo que a conduta dos requeridos também foi de encontro aos referidos acordos celebrados pela Administração Municipal. Na linha do quanto aduzido pelo Juízo 'a quo' (fls. 270/271):

'(...) Inescusável, todavia, a completa inobservância de contratos administrativos firmados com as pessoas jurídicas Drogal Farmacêutica Ltda. e Nunes Farma Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda., obrigadas contratualmente a fornecer justamente medicamentos com desconto — avenças essas resultantes de certames licitatórios (fls. 04/16 — numeração do IC).

Wagner Ricardo Antunes Filho e Gustavo Antonio Cassiolato Faggion, à época dos fatos, respectivamente, Prefeito Municipal de Leme e Secretário Municipal de Saúde, não conseguem justificar validamente o descumprimento dos mencionados contratos administrativos, cujos prazos de vigência eram de 12 meses.

O Prefeito de Leme tinha o dever de obstar a aquisição de medicamentos perante as farmácias locais, ao receber as receitas dos vereadores, emitindo ordem aos seus subordinados para que assim não agissem; do Secretário de Saúde se esperava que não autorizasse a ordenação das despesas. Curiosamente, em contestação, os réus Wagner e Gustavo não dizem palavra sobre os Pregões Presenciais e respectivos ajustes administrativos. Optam por tergiversar a esse respeito, adentrando em linha de argumentação impertinente.

Afigura-se impossível, nesse contexto, denunciado por prova documental, afastar a intencionalidade do comportamento do Prefeito e Secretário Municipal de Saúde, pois contribuíram decisivamente para a consumação da prática de aquisição de medicamentos tal qual descreve a inicial, mesmo cientes da existência de licitações ultimadas e contratos administrativos regularmente firmados com o escopo de adquirir medicamentos

à população.

Como se vê, não cuida a hipótese versada nos autos de simples erros de interpretação ou da prática descuidada de ato fundamentado em posições controvertidas na doutrina ou jurisprudência, a desnudar cenário de. Mera inabilidade do agente público; não, **está-se diante do desprezo de realidade pautada por elementos objetivos: a inobservância dos efeitos de contratos administrativos pela própria Administração Pública (...)**

Portanto, sob qualquer prisma que se analise, não há como deixar de reconhecer a ilegalidade deliberada das ações tomadas pelo Secretário de Saúde Municipal, pelo Prefeito Municipal e, também, pelos vereadores citados na exordial, ressaltando-se que a estes lhes era imposto o dever constitucional de fiscalizar as ações dos Administradores Públicos Municipais.

(...)

Assim, ao participarem do esquema ilegal e abusivo acima delineado, não há como deixar de reconhecer que os vereadores falharam na atribuição precípua que lhes é imposta pela norma constitucional, qual seja, de fiscalização dos gastos públicos, com vistas a garantir que sua aplicação se dê estritamente segundo os interesses coletivos.

Aferida, pois, in concretum a ilegalidade e a conduta dolosa dos corréus no exercício de suas 'funções públicas' (art. 20, da LIA), de rigor o reconhecimento do reprovável ato de improbidade administrativa por eles perpetrado.

Passa-se, por conseguinte, individualização das sanções cabíveis, observando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e com respaldo no art. 12, inciso III, da LF no 8.429/92, *ipsis litteris*:

(...)

Ponderados o grau de lesividade da OcN conduta dos corréus em detrimento do interesse público (infração ao art. 11, inciso I, da LIA), as circunstâncias do caso concreto (art. 12, parágrafo único, da LIA), bem como a ausência de comprovação pelo autor de eventual enriquecimento ilícito ou mesmo de prejuízo ao erário, mostra-se suficiente e adequado, para fins sancionatórios, a condenação dos agentes ímprobos a:

- WAGNER RICARDO ANTUNES FILHO - (i) pagamento de multa civil de cinco vezes o valor da remuneração hodiernamente percebida pelo agente quando no exercício do cargo de Prefeito Municipal" (fls. 1.542/1.570e).

O agravante opôs Embargos de Declaração, alegando a existência de omissões, pois (a) "não houve a análise sobre a possibilidade de o Embargante produzir

prova para infirmar os elementos produzidos unilateralmente pelo Ministério Público, em depoimentos realizados dentro do gabinete do próprio Promotor de Justiça" (fl. 1.587e); (b) "os medicamentos eram adquiridos por dispensa de licitação quando não englobados nos contratos já travados com o Município de Leme" (fl. 1.588e); e (c) "o v. acórdão aduz ser evidente a participação do Embargante em procedimento ilegal, sem, no entanto, verificar a efetiva atribuição legal do Embargante e ausência de ingerência no procedimento adotado internamente na Secretaria de Saúde" (fl. 1.589e).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados, pelo Tribunal de origem, em acórdão assim fundamentado:

"Entretanto, todas as questões de fato e de direito apresentadas e reconhecidas como relevantes foram apreciadas e decididas, de modo que descabe, por meio de embargos de declaração, pretender que se 'redecida', mas apenas que se 'reexprima' o que em tese ficou omissso, contraditório ou obscuro.

(...)

Consequentemente, tão somente por exceção à regra pode haver mais do que uma integração didática no acórdão, e quanto a esse aspecto, em particular pelo que consta do alentado lastro de fls. 445/479, não se identifica qualquer vício apto a macular o julgado.

Note-se, aliás, que as matérias (pre)questionadas pelo embargante foram devida e expressamente enfrentadas no acórdão vergastado, conforme se infere do seguinte trecho extraído do julgado, in verbis:

(...)

Com efeito, conforme se pode depreender, restaram expressamente demonstradas as razões pelas quais houve a comprovação da ocorrência de ato ímprobo por parte do ora embargante.

Desta forma, em que pesem as razões do recorrente, não há que se falar em eventual vício no v. acórdão.

Registre-se, outrossim, pretender o recorrente, por via oblíqua, reabrir a discussão a respeito de matéria já definida no âmbito deste órgão colegiado, no intuito de obter para si um provimento jurisdicional favorável, o que não é admissível por meio dos presentes aclaratórios" (fls. 1.619/1.633e).

Nesse contexto, à luz do que decidido pelo acórdão recorrido, cumpre asseverar que, ao contrário do que ora se sustenta, não houve violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

Com efeito, conforme transcrições supra, o acórdão de 2º Grau conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da

controvérsia, não havendo falar em descumprimento aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022 do CPC/2015.

Nesse contexto, **"a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015"** (STJ, REsp 1.669.441/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

Por outro lado, não se presta a via declaratória para obrigar o Tribunal a reapreciar provas, sob o ponto de vista da parte recorrente (STJ, AgRg no Ag 117.463/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJU de 27/10/97).

A propósito, ainda:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. SERVIDOR PÚBLICO. DOENÇA OCUPACIONAL. PENSÃO MENSAL AFASTADA. ACÓRDÃO RECORRIDO FUNDADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. DANO MATERIAL. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Não há violação dos arts. 489, § 1º, VI, e 1.022, parágrafo único, II, do CPC de 2015, pois há fundamentação suficiente para amparar o acórdão recorrido.

2. Firmado o acórdão recorrido em fundamentos constitucional e infraconstitucional, cada um suficiente, por si só, para manter inalterada a decisão, é ônus da parte recorrente a interposição tanto do Recurso Especial quanto do Recurso Extraordinário, ocasionando a preclusão de uma das questões e o conseqüente não conhecimento do recurso. Aplicação da Súmula 126 do STJ.

3. O Tribunal de origem, com base nas provas existentes, entendeu não haver comprovação do dano material. A inversão do julgado nos moldes pretendidos pela recorrente demanda revolvimento das provas, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido" (STJ, REsp 1.707.574/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017).

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003.

ACÓRDÃO DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MULTA DO ARTIGO 1.021, §4º, DO CPC/2015. EXCLUSÃO. INADMISSIBILIDADE OU IMPROCEDÊNCIA DO AGRAVO INTERNO INTERPOSTO NA ORIGEM. NÃO VERIFICAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. EXCLUSÃO. PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do recorrente, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015.

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido" (STJ, REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. REAJUSTE DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 20/1998 E 41/2003. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDE COM FUNDAMENTO EXCLUSIVAMENTE CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. EMBARGOS PROTETATÓRIOS. VIOLAÇÃO AO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/2015. MULTA AFASTADA.

1. Inicialmente, quanto à alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, cumpre asseverar que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em Embargos de Declaração apenas pelo fato de a Corte ter decidido de forma contrária à pretensão do recorrente.

2. Quanto à questão de fundo, isto é, a revisão do benefício previdenciário observando os valores dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o recurso não merece que dela se conheça. Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido negou provimento à apelação com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A irresignação merece acolhida em relação à alegada ofensa ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 nos termos da Súmula 98 do STJ, *in verbis*: 'Embargos de declaração manifestados com notório propósito de

prequestionamento não têm caráter protelatório'. No caso dos autos, os Embargos de Declaração ofertados na origem tiverem tal propósito, de maneira que deve ser excluída a multa fixada com base no supracitado dispositivo legal.

4. Recurso Especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2017).

Portanto, ao contrário do que pretende fazer crer a parte embargante, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação.

Ademais, o Recurso Especial não comporta conhecimento, no tocante ao apontado dissídio jurisprudencial, pois ausente similitude fática entre os julgados confrontados. Com efeito, nos arestos paradigmas, a ofensa ao art. 535 do CPC/73 foi reconhecida, diante das circunstâncias fáticas daqueles casos, nos quais fora constatada a ausência de manifestação sobre questão relevante arguida pela parte, o que, como visto, não ocorreu, no presente caso.

No que se refere à apontada ofensa ao art. 28 do Decreto-lei 4.657/42, constato que o acórdão recorrido não expendeu juízo de valor sobre o referido dispositivo legal.

De fato, por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão, percebe-se que, além da ausência de manifestação expressa, a tese recursal, vinculada aos citados dispositivos legais, tidos como violados, não foi apreciada, no voto condutor, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada pelo Tribunal de origem, nem opôs a parte ora agravante os devidos Embargos de Declaração, para suprir eventual omissão do julgado, no particular.

Diante desse contexto, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.

Para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal, em suas razões recursais. É necessário que a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto. A propósito:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL DO SERVIDOR. HERDEIROS DE EX-PENSIONISTAS. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA TESE RECURSAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. CORRETA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL.

1. A tese jurídica debatida no recurso especial deve ter sido objeto de

discussão no acórdão atacado. Inexistindo esta circunstância, desmerece ser conhecida por ausência de prequestionamento. Súmula 282 do STF (AgRg no REsp 1374369/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 26/6/2013).

(...)

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 447.352/PE, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 27/02/2014).

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. (...) ART. 192 DO CC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DO CREDOR. AFERIÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

(...)

4. **A tese da prescrição com base no art. 192 do Código Civil não comporta conhecimento, por falta de prequestionamento, visto que o acórdão abordou a questão prescricional com base nos arts. 174 do CTN e 40 da Lei n. 6.830/80, o que atrai a incidência das Súmulas 282/STF e 356/STF ao ponto.**

(...)

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.461.155/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/03/2015).

Com efeito, "a exigência do prequestionamento, impende salientar, não é mero rigorismo formal, que pode ser afastado pelo julgador a que pretexto for. Ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos ao julgamento das questões submetidas ao E. Superior Tribunal de Justiça, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal, em seu art. 105. (...) A competência para a apreciação originária de pleitos no C. STJ está exhaustivamente arrolada no mencionado dispositivo constitucional, não podendo sofrer ampliação" (STJ, REsp 1.033.844/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/05/2009).

De outro lado, publicado o acórdão ora recorrido na vigência do CPC/2015, cumpre ressaltar que, nos termos do art. 1.025 do CPC/2015, "consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade".

Infere-se, assim, da lei de regência, que, para a adoção do denominado prequestionamento ficto – segundo o qual a oposição dos Embargos de Declaração seria suficiente ao suprimento do requisito do prequestionamento – faz-se necessário, além da invocação da questão, por ocasião dos Embargos de Declaração, opostos a acórdão do Tribunal de origem, que a Corte Superior considere a existência de erro, omissão, contradição ou obscuridade no referido **decisum**, em razão da alegação de contrariedade

ao art. 1.022 do CPC/2015, nas razões do Recurso Especial.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente do STJ:

"CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. - LIQUIDAÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PROPORCIONAIS ÀS COTAS INVENTARIADAS - HERDEIROS SÓCIOS EM CONDOMÍNIO - CABIMENTO - PRESCRIÇÃO DO DIREITO - NÃO OCORRÊNCIA.

01. Inviável o recurso especial na parte em que a insurgência recursal não estiver calcada em violação a dispositivo de lei, ou em dissídio jurisprudencial.

02. Avaliar o alcance da quitação dada pelos recorridos e o que se apurou a título de patrimônio líquido da empresa, são matérias insuscetíveis de apreciação na via estreita do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

03. Inviável a análise de violação de dispositivos de lei não prequestionados na origem, apesar da interposição de embargos de declaração.

04. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei.

05. O pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado.

06. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017).

No entanto, conforme transcrições supra, os Embargos de Declaração opostos, em 2º Grau, não objetivaram o prequestionamento da aludida matéria, razão pela qual não restaram observados os requisitos, previstos no art. 1.025 do CPC/2015.

Em relação às demais alegações do agravante, o acórdão recorrido decidiu a causa em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento no sentido de que "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" (STJ, REsp 951.389/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2011). Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROMOÇÃO

PESSOAL. PROPAGANDA SUPOSTAMENTE INSTITUCIONAL. VINCULAÇÃO À IMAGEM DO PREFEITO. LESÃO AO ERÁRIO CARACTERIZADA. SÚMULA 7/STJ. DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO. SÚMULA 83/STJ.

1. Na hipótese vertente, o Tribunal de origem afirmou expressamente que, não obstante a veiculação de propaganda institucional, na qual se buscava aparentemente informar e orientar a população municipal, o que se verifica é que houve exagerada menção à figura do Prefeito, com a clara intenção de vincular a sua pessoa a obras e serviços prestados no Município. Assim, considerando erário municipal foi utilizado com a finalidade de patrocinar a confecção de publicidade cujo escopo era, em verdade, realizar indevida promoção pessoal do réu, não há como se afastar a existência de lesão aos cofres públicos.
2. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.
3. **No tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta do agente para a prática de ato de improbidade, este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que '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' (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 4/5/2011).**
4. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula 83/STJ).
5. Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 1.209.815/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/06/2018).

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO. MÁ-FÉ. AUSÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Afasta-se a alegada violação do artigo 535 do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.
2. **No que diz respeito à ocorrência de ato de improbidade administrativa, esta Corte firmou entendimento segundo o qual o ato**

previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. A propósito: REsp 1.660.398/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/06/2017; REsp 1.408.999/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 23/10/2013.

3. A revisão da conclusão que chegou o Tribunal de origem sobre a ausência de comprovação da existência da má-fé - elemento caracterizador de ocorrência da improbidade - demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide ao caso a Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no REsp 1.589.438/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/06/2018).

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. DOLO GENÉRICO. REEXAME DO ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 7 DO STJ. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESNECESSIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' (Enunciado Administrativo n. 2).

2. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser imprescindível à configuração do ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 a existência de dolo, ainda que genérico.

3. Hipótese em que, assentado pelo Tribunal de origem que a conduta de contratar servidor sem concurso público foi praticada dolosamente, mostra-se inviável o reexame do elemento subjetivo no âmbito do recurso especial, ante o óbice estampado na Súmula 7 do STJ. Precedentes.

4. É pacífico o entendimento desta Corte de que os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública dispensam a demonstração de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 712.341/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/06/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL QUE EXERCE INGERÊNCIA SOBRE O

SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUAS E ESGOTO PARA QUE SEJA CONCEDIDA ISENÇÃO ILEGAL DO PAGAMENTO DE TARIFAS EM SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92. DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO.

1. A hipótese dos autos diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, sob o argumento de que o então prefeito de São João Batista da Glória, teria exercido influência junto ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto - SAAE, pra que o diretor do referido órgão isentasse os contribuintes da cobrança pelo fornecimento de água, satisfazendo interesses próprios e de terceiros.

2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.

3. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92 dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

4. Da leitura do acórdão, verifica-se que, na espécie, o juízo de origem esclareceu que 'ao advogar isenções de tarifas para determinadas pessoas ou grupo de pessoas, o requerido arrostou os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da pessoalidade e da eficiência, inscritos em nossa constituição, proporcionando uma evasão de divisas que deveriam ser empregadas nas necessidades sociais de toda a comunidade', daí porque não há que se falar na inexistência do elemento subjetivo doloso.

5. Resta evidenciado, portanto, o elemento subjetivo dolo genérico na conduta do agente, independentemente da ocorrência de dano ao erário, razão pela qual fica caracterizado o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei 8429/92.

6. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.355.136/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2015).

No caso, conforme transcrições feitas, a instância ordinária, com base no acervo fático dos autos, foi expressa ao reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, ao fundamento de que, "os depoimentos colhidos em sede de inquérito civil, aliados às reportagens juntadas aos autos, não deixam dúvidas quanto à efetiva ocorrência do 'esquema' de distribuição irregular de medicamentos perpetrado pelos agentes públicos (...) consistente em adquirir medicamentos sem licitação junto a

estabelecimentos comerciais (farmácias) locais, mediante fracionamento ilegal (art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1992), e com participação direta do Secretário Municipal de Saúde (Gustavo Antônio Cassiolato), do ex-prefeito (Wagner Ricardo) e de vereadores (Evanildo dos Santos, João Marcos Demétrio, José Eduardo e Ricardo Moraghi) (...) Registre-se, neste ponto, que conjuntura acima descrita é referendada por todos os demais documentos de prova encartados nos autos, tendo os réus, inclusive, admitido os fatos relatados como verdadeiros (...) Conforme se pode inferir, em que pesem as afirmações dos réus, certo é que não havia nenhuma espécie de avaliação prévia voltada a aferir a real necessidade do fornecimento do medicamento solicitado pelo munícipe, pela Prefeitura, de modo que os agentes pretendiam atender toda e qualquer pessoa que os procurassem, sendo indubitosa a finalidade político - eleitoral do 'esquema' adotado (...) que havia, ainda, por parte dos agentes envolvidos, incentivo à burla das normas estatuídas na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/1992), notadamente a regra do art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1992, posto que, conforme comprovado nos autos, as farmácias locais eram orientadas a fornecerem medicamentos aos munícipes, emitindo, no ato, nota fiscal com vistas a serem posteriormente ressarcidas, não podendo, entretanto, o valor de requisição exceder o limite de R\$ 8.000,00 (...) **Portanto, sob qualquer prisma que se analise, não há como deixar de reconhecer a ilegalidade deliberada das ações tomadas pelo Secretário de Saúde Municipal, pelo Prefeito Municipal e, também, pelos vereadores citados na exordial, ressaltando-se que a estes lhes era imposto o dever constitucional de fiscalizar as ações dos Administradores Públicos Municipais (...)** Aferida, pois, **in concretum** a ilegalidade e a conduta dolosa dos corréus no exercício de suas 'funções públicas' (art. 20, da LIA), de rigor o reconhecimento do reprovável ato de improbidade administrativa por eles perpetrado".

Desta forma, nos termos em que a causa fora decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, no tocante à configuração do ato de improbidade administrativa e à existência do elemento subjetivo demandaria reexame de matéria fática, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONVÊNIO ENTRE UNIÃO E MUNICÍPIO. VALOR REPASSADO E SEM PRESTAÇÃO DE CONTAS. VERBAS PÚBLICAS DESVIADAS. CONDUTA DO ART. 10 DA LIA. ELEMENTO SUBJETIVO. CULPA OU DOLO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa contra ex-Prefeita e Secretário de Obras e Serviços Públicos de Olinda (PE), por falta de prestação de contas referentes a parte das verbas recebidas do convênio celebrado com a União para a 'construção de quebra-mar semissubmerso e execução de obras de pavimentação e de drenagem urbana'.

2. O Tribunal a quo condenou a ora agravante pela prática de improbidade

administrativa prevista nos arts. 10, XI, e 11, I, da LIA, aplicando as seguintes sanções: a) ressarcimento integral do dano no valor de R\$ 717.617,41 (setecentos e dezessete mil, seiscentos e dezessete reais e quarenta e um centavos); b) perda da função pública; c) suspensão dos direitos políticos por seis anos, decisão tomada por maioria de votos, vencido nessa parte o Relator, que fixava o dito prazo em oito anos; d) pagamento de multa civil no patamar de R\$6.000,00 (seis mil reais), esta por já ter sido fixada pelo Tribunal de Contas; e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

3. Não se verifica a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

4. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento segundo o qual o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade, exigindo-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11, ou pelo menos culpa, nas hipóteses do art. 10, todos da Lei 8.429/92.

5. Sobre o elemento subjetivo, o acórdão recorrido apontou que 'os recursos obtidos com a assinatura de Convênio não foram aplicados para o fim a que se comprometeu a municipalidade'; que a então Prefeita, ora agravante, 'firmou o Convênio. 142/98, celebrado entre o Município de Olinda e a União, no valor de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais)'; que 'conforme restou apurado em perícia, o valor não chegou a ser aplicado em sua totalidade para o fim a que se destinava, tendo sido desviado R\$ 717.617,41 (setecentos e dezessete mil, seiscentos e dezessete reais e quarenta e um centavos), no que tange a parte que tocava à União, sem se saber a destinação real'; que 'esses dados se fundam também em conclusão do Tribunal de Contas da União, em face da irregularidade de contas do referido convênio (TC nº 007.216/2002), tendo sido a ora Recorrente condenada a ressarcir aos cofres públicos os valores com finalidade não comprovada'; que 'não se pode indicar qualquer controvérsia que essa quantia em dinheiro destinada às obras previstas no Convênio não foi aplicada no seu real objetivo'; que a 'União sofreu um desfalque de seu patrimônio em dinheiro e terá de ser ressarcida'; que 'ainda resta uma dúvida atroz sobre a real aplicação do dinheiro em pagamento de servidores do Município'; que a 'a ré é a verdadeira subscritora do convênio, não podendo se furtar das responsabilidades inerentes ao ato'; que 'no caso de se admitir a responsabilidade dos subordinados, ainda persiste o elemento culpa por parte da ré'; que 'quanto à alegação de ausência de dolo nas condutas imputadas à denunciada, verifica-se, nas alegações da defesa na esfera administrativa (f. 168/141 do apenso 4) que a decisão de transferir o valor depositado na conta do convênio referente à contrapartida do Município foi tomada para atender, em suplementação, a folha de

pagamento de pessoal, ou seja, tal argumento era de total conhecimento da Chefe do Executivo, tanto que apresentou em suas alegações defensivas, justificando o comportamento adotado, o que revela dolo na aplicação indevida de tais valores'.

6. Nesse aspecto, o acórdão descreve de forma suficiente o elemento subjetivo. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

7. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016).

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS. ANÁLISE DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ATO DE IMPROBIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. 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 elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo.

2. Rever as conclusões do Tribunal de origem sobre a existência de dolo na conduta do agente, bem como os elementos que ensejaram os atos de improbidade implica o reexame dos elementos fático-probatórios, o que não é possível pela via eleita (Súmula 7/STJ).

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO. RECONHECIMENTO DO ELEMENTO SUBJETIVO. IMPRESCINDIBILIDADE DE REEXAME DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICO-PROBATÓRIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. A tipologia dos atos de improbidade se subdivide em: (a) atos que implicam enriquecimento ilícito (art. 9º da LIA); (b) atos que ensejam dano ao erário (art. 10 da LIA); e (c) atos que vulneram princípios da administração (art. 11 da LIA), com seus respectivos elementos subjetivos (necessários à imputação da conduta ao tipo) divididos da seguinte maneira:

exige-se dolo para que se configurem as hipóteses típicas dos arts. 9º e 11, ou pelo menos culpa, nas situações do art. 10.

2. **Se o Tribunal a quo, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu pela existência do dolo na conduta praticada pelos recorrentes, na moldura delineada na legislação de regência, o acolhimento da pretensão recursal para modificar tal entendimento implicaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.**

3. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/04/2016).

Ante o exposto, **nego provimento** ao Agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 1.588.859 / SP

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2019/0284791-6

Número de Origem:

00054817220148260318 54817220148260318 00008351920148260318 8351920148260318 0005481722014

Sessão Virtual de 26/05/2020 a 01/06/2020

Relator do AgInt

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : WAGNER RICARDO ANTUNES FILHO

ADVOGADOS : EDMILSON NORBERTO BARBATO - SP081730

IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS - SP173163

OTAVIO RIBEIRO LIMA MAZIEIRO - SP375519

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES. : GUSTAVO ANTONIO CASSIOLATO FAGGION

INTERES. : JOSÉ EDUARDO GIACOMELLI

INTERES. : DEMANDADOS RICARDO MORAGHI

INTERES. : JOÃO MARCOS DEMÉTRIO

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - ATOS ADMINISTRATIVOS - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : WAGNER RICARDO ANTUNES FILHO

ADVOGADOS : EDMILSON NORBERTO BARBATO - SP081730

IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS - SP173163

OTAVIO RIBEIRO LIMA MAZIEIRO - SP375519

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES. : GUSTAVO ANTONIO CASSIOLATO FAGGION

INTERES. : JOSÉ EDUARDO GIACOMELLI

INTERES. : DEMANDADOS RICARDO MORAGHI

INTERES. : JOÃO MARCOS DEMÉTRIO

TERMO

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 01 de junho de 2020