RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.649 - SE (2013/0142573-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	:	LUIZ DURVAL MACHADO TAVARES
ADVOGADO	:	EDVALDO VIEIRA MESSIAS E OUTRO(S)

EMENTA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. MOVIMENTAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS EM CONTA DIVERSA DA PREVISTA EM CONVÊNIO. OFENSA DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO. REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico. Precedentes.

2. No particular caso dos autos, é impossível extrair do acórdão recorrido qualquer referência – ainda que indireta – à presença desse elemento subjetivo. Na sentença de primeiro grau, por seu turno, o juízo expressamente afastou o dolo de improbidade ao referir que o comportamento do requerido "não denota intenção vil, desonesta ou corrupta".

3. 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.

4. *Ad argumentandum tantum*, a decisão recorrida está em conformidade com precedentes do STJ no sentido de não sujeitar meras irregularidades às sanções da Lei 8.429/92.

5. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de setembro de 2013(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.649 - SE (2013/0142573-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	:	LUIZ DURVAL MACHADO TAVARES
ADVOGADO	:	EDVALDO VIEIRA MESSIAS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Recurso Especial interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República contra acórdão assim ementado (fl. 256):

> APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIO DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO.
>
> 1. A movimentação de recursos para conta diversa da prevista em cláusula de Convênio, sendo comprovada a destinação regular -da 'verba aos fins previstos, configura mera irregularidade, não improbidade administrativa.
>
> 2. Considerando-se a natureza não criminal, mas, inequivocamente punitiva, da ação para apuração de improbidade administrativa, afigura-se indeclinável, na qualidade de nota indissociável ao Estado de Direito, a definição objetiva da conduta, punível (tipicidade).
>
> Dessa maneira, quanto ao art. 11 da Lei 8.429192, resulta insuficiente, para o reconhecimento do ato ímprobo, a genérica menção à violação aos princípios regentes da função administrativa, sendo indispensável, para tanto, o complemento do tipo mediante a) junção dos princípios mencionados no caput do dispositivo com alguma das condutas listadas nos seus sete incisos.
>
> 3. No caso concreto, a conduta, imputada ao apelante não corresponde a nenhum dos incisos previstos no art. 11 da. Lei 8.429/92.
>
> 4. Apelação improvida.

Inconformado, o Ministério Público Federal acena com negativa de vigência ao art. 11 da Lei 8.429/92, sustentando o desacerto da decisão colegiada, que entendeu não caracterizar violação a princípio da administração a movimentação de recursos para conta diversa da prevista em cláusula de convênio, considerando a regular destinação da verba aos fins previstos. Em suas razões, o *Parquet* aduz que o reconhecimento da improbidade se justifica em virtude de "a movimentação dos recursos em conta única facilitar o controle interno e social dos recursos, porquanto as contas públicas e os gastos governamentais não estão

protegidos pelo sigilo bancário (STF, MS 21729, Rei. Min Marco Aurélio, Di 19/10/2001); a fim de possibilitar uma eficaz gestão dos recursos federais, em observância dos princípios da legalidade e probidade vulnerados pela conduta do-ora Recorrido."

Com o parecer das fls. 284/288, vieram os autos conclusos.

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.383.649 - SE (2013/0142573-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Conforme se verifica pelo relato anterior, o Ministério Público reclama a caracterização do tipo de improbidade previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 em relação à conduta do então Secretário da Infraestrutura do Estado de Sergipe, que utilizou conta diversa daquela estabelecida em convênio para movimentar recursos financeiros oriundos da União para a execução das obras de duplicação da Adutora do Rio São Francisco.

Nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte Superior, a configuração do ato de improbidade por ofensa a princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico, *verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE TIPIFICADO PELO ART. 11 DA LEI 8.429/92. PREFEITO MUNICIPAL. IRREGULARIDADES NO REPASSE DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO INSTITUTO MUNICIPAL DE SEGURIDADE SOCIAL - IMSS. CONDUTA QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 CPC NÃO OCORRENTE. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
>
> (...)
>
> **6. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação quanto à necessidade de ser comprovado o dolo genérico para a tipificação da conduta prevista no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.** Tendo a Corte estadual expressamente consignado a presença desse elemento subjetivo, não há como acolher o pleito recursal que busca afastar a responsabilização do demandado pela demonstração de inexistência de materialidade da conduta que lhe é imputada, tendo em vista que o exame das premissas fáticas sobre as quais se pautou a decisão atacada encontra vedação no enunciado da Súmula 7/STJ.
>
> 7. Recurso Especial não provido.
>
> (REsp 1285160/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 12/06/2013).

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. CONFIGURAÇÃO DO DOLO GENÉRICO.

PRESCINDIBILIDADE DE DANO AO ERÁRIO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.

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

2. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência desta Corte.

3. É inadmissível o recurso especial quanto a questão não decidida pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1279658/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. NECESSIDADE DE DOLO GENÉRICO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CARACTERIZADO.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/92, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1368125/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 28/05/2013).

No particular caso dos autos, entretanto, não é possível extrair do acórdão recorrido (fls. 252/256) qualquer referência – ainda que indireta – à presença desse elemento subjetivo. Na sentença de primeiro grau, por seu turno, o juízo expressamente afastou o dolo de improbidade ao referir que o comportamento do requerido "não denota intenção vil, desonesta ou corrupta" (fl. 195).

Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada a partir do revolvimento do conjunto fático-probatório, o que vedado pela Súmula 7/STJ.

Ad argumentandum tantum, do repertório jurisprudencial desta Corte se recolhe precedente que em bastante se assemelha à hipótese dos autos, e outra não foi a

solução dada, senão a de afastar a aplicação do art. 11 da Lei 8.429/92, de modo que a decisão recorrida estaria de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se o precedente:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. MERA IRREGULARIDADE. FRAUDE À LICITAÇÃO. REVISÃO DAS JUSTIFICATIVAS DA DISPENSA DO CERTAME. ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTO DA DEMANDA. ART. 11 DA LIA. DISPENSA DE DANO. PREJUÍZOS DECORRENTES DA FRAUDE.
>
> 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública contra prefeitos, um médico e uma pessoa jurídica, por improbidade administrativa decorrente de acumulação de cargos e da contratação de empresa em fraude à licitação. A sentença de procedência parcial foi reformada pelo Tribunal a quo, conduzindo à condenação de todos os réus. Os apelos de apenas dois deles foram admitidos.
>
> 2. Em relação a Eduvaldo Silvino de Brito Marques, contra quem foi imputado acúmulo de cargos, a pretensão merece acolhida. Ao asseverar ter ocorrido o vício na conduta do recorrente, o acórdão da apelação limitou-se a sustentar que a acumulação contraria dispositivos da Constituição Federal e Estadual. **Contudo, se consignada a efetiva prestação de serviço público e a boa-fé do contratado, deve-se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas evidenciam mera irregularidade, sem elemento subjetivo convincente. Precedentes do STJ**.
>
> 3. Quanto ao Recurso Especial de José Bernardo Ortiz, ex-prefeito que deu continuidade a contrato celebrado em regime de dispensa de licitação, o acórdão qualifica a atuação dolosa nos seguintes termos: "Agindo com total consciência de que autorizava a prorrogação de contrato fraudulento e flagrantemente contrário às disposições constitucionais e à legislação específica que regula a matéria, o administrador certamente não obrou com boa-fé, honestidade e eficiência, o que lhe era indispensável, sob pena de macular, como de fato fez, todos os princípios constitucionais que dizem respeito à Administração Pública". Superar tais conclusões para legitimar o ato de dispensa ou revisar o elemento subjetivo esbarra na Súmula 7/STJ.
>
> 4. A Ação Civil Pública para apurar a fraude à licitação foi proposta também com amparo no art. 11 da LIA, e tal dispositivo dispensa o dano (lesão ao Erário) como pressuposto da caracterização do ato ímprobo. Não fosse isso, mesmo se considerado o art. 10, VIII, da LIA, evidencia-se o dano in re ipsa, consoante o teor de julgados que bem se amoldam à espécie (REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 9.3.2012; REsp 1.190.189, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; STF, RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994).
>
> 5. Por fim, no que respeita ao conhecimento do Recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional, a divergência jurisprudencial deve ser

comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente - o que não ocorreu, especialmente se examinados os paradigmas citados. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base no art. 105, III, alínea "c", da Constituição Federal.

6. Recurso Especial de Eduvaldo Silvino de Brito Marques provido para julgar improcedente o pedido contra ele deduzido. Recurso Especial de José Bernardo Ortiz parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(REsp 1171721/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/05/2013).

A não responsabilização de condutas meramente irregulares também encontra respaldo na jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO. ORDEM JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO DOLO.

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

2. No presente caso, a Corte de origem, ao analisar o suposto ato de improbidade consubstanciado no descumprimento de ordem judicial pelo agente, consignou que "no caso em tela, não se extrai da conduta do réu repercussão ao erário municipal, revelando tal conduta mais um despreparo gerencial do que ato de improbidade administrativa, afastando-se, portanto, a aplicação das normas dos artigos 11 e 12 da Lei nº. 8.429/92". Ora, tais considerações feitas pelo Tribunal de Justiça afastam a prática do ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, uma vez que não foi constatado o elemento subjetivo dolo na conduta do agente, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1352541/MG, Rel. Ministro MAURO

CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/02/2013).

No panorama traçado, tenho que a espécie dos autos não oferece condições para acolher a pretensão ministerial.

Diante do exposto, **nego provimento ao Recurso Especial**.

É o **voto**.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0142573-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **REsp 1.383.649 / SE**

Números Origem: 00036588120114058500 135000001284201061 36588120114058500 535432

PAUTA: 05/09/2013 JULGADO: 05/09/2013

Relator
Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	:	LUIZ DURVAL MACHADO TAVARES
ADVOGADO	:	EDVALDO VIEIRA MESSIAS E OUTRO(S)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.