



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 437.310 - SP (2013/0386983-3)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE GODINHO
ADVOGADO : FRANCISCO MALDONADO JUNIOR E OUTRO(S) - SP017757
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGADA OFENSA AO ART. 458, II E III, DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA RECONHECIDO, PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. ART. 11 DA LEI 8.429/92. PRESCINDIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO E LESÃO AO ERÁRIO. PRECEDENTES DO STJ. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO E ATIPICIDADE DA CONDUTA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO, EM PARTE, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

I. Agravo Regimental interposto contra decisão publicada na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, Marlene Holzhausen e Luiz Henrique Godinho, ora agravante, em razão de indevida dispensa de licitação. O acórdão recorrido concluiu, à luz das provas dos autos, que não houve a demonstração da inviabilidade de competição, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93, da singularidade do objeto contratado e da notória especialização da contratada, razão pela qual condenou a parte ora agravante, ex-diretor da FEMA, como incurso no art. 11, **caput**, da Lei 8.429/92.

III. Interposto Agravo Regimental com razões que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, mormente quanto à alegação de ofensa ao art. 458, II e III, do CPC/73, não prospera o inconformismo, em face da Súmula 182 desta Corte.

IV. Segundo a jurisprudência dominante desta Corte, "o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico" (STJ, AgRg no AREsp 798.434/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2016). Ademais, para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade – como na hipótese –, "revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário" (STJ, AgRg no AREsp 804.289/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/05/2016).

V. As discussões sobre a ausência de dolo específico ou a inexistência do ato de improbidade esbarram na necessidade de análise do conteúdo fático-probatório dos autos, circunstância que impede o exame do Recurso Especial, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido.

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, por unanimidade, conhecer em parte do agravo interno e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 437.310 - SP (2013/0386983-3)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo Regimental, interposto por LUIZ HENRIQUE GODINHO, em 15/05/2015, contra decisão de minha lavra, publicada em 13/05/2015, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Agravo, interposto por LUIZ HENRIQUE GODINHO, em face de decisão que inadmitiu Recurso Especial, manejado contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado:

'AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONTRATAÇÃO DIRETA DE PROFISSIONAL ESPECIALIZADO SEM LICITAÇÃO - FUNDAÇÃO (FEMA) DE DIREITO PRIVADO INSTITUÍDA PELO PODER PÚBLICO - Preliminares afastadas - Submissão à Lei de Licitações e ao controle estatal - Inexigibilidade de licitação - Impossibilidade - Ausência da comprovação da inviabilidade de competição, da singularidade do objeto contratado e da notória especialização - Ato de improbidade configurado - Inobservância dos princípios da Administração Pública (Art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92) pelo ex-diretor da FEMA - A contratada recebeu por serviços efetivamente prestados - Dano ausente- As ações por improbidade administrativa não devem ser propostas direta e imediatamente contra a pessoa jurídica em tese vitimada pela improbidade - Improcedência da ação com relação à FEMA e Marlene Holzhausen - As penas previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa - Aplicação do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade - Não cabe imposição de ônus de sucumbência ao Ministério Público, em ação de improbidade administrativa cujo pedido foi improcedente, salvo comprovada má-fé - Decisão reformada - Recurso dos réus parcialmente provido e o Recurso do Ministério Público improvido' (fl. 789e).

Opostos Embargos de Declaração, foram parcialmente acolhidos (fls. 842/849e).

Nas razões do Apelo Especial, alega-se violação aos arts. 89 da Lei 8.666/93, 458, II e III, do CPC.

Aduz, além da negativa de prestação jurisdicional, que não ficou demonstrada a prática de ato de improbidade administrativa, ante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistência de dolo ou prejuízo ao erário público no ato de contratação direta de profissional.

O recurso foi inadmitido na origem, o que ensejou a interposição do presente Agravo.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do Agravo.

A insurgência não merece prosperar.

Inicialmente, cumpre asseverar que não houve violação ao art. 458, II e III, do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido e do acórdão dos Embargos Declaratórios apreciaram, fundamentadamente e de modo completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

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, DJ 23/4/2008.

Sinale-se que o acórdão recorrido consignou haver nos autos elementos suficientes à formação da convicção do magistrado, sendo-lhe facultado julgar o processo no estado em que se encontra, sem que se configure o cerceamento de defesa. Assim, entender de forma contrária, acatando as alegações recursais, demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, incidindo o óbice da Súmula 7 do STJ no ponto.

No mais, alterar o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que há, nos autos, provas suficientes, capazes de demonstrar o ato de improbidade administrativa, em razão da dispensa indevida de processo licitatório, ensejaria, inevitavelmente, o reexame fático-probatório dos autos, procedimento vedado, pela Súmula 7 desta Corte.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

'ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGO 11 DA LIA. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREFEITO MUNICIPAL. AUTOPROMOÇÃO. CONFIGURAÇÃO DO DOLO E DO DANO AO ERÁRIO. SÚMULA 83/STJ. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não foi cumprido o necessário exame do artigo invocado pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da parte recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. Imprescindível a alegação de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, quando da interposição do recurso especial com fundamento na alínea 'a' do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, quando o recorrente entende persistir algum vício no acórdão impugnado, sob pena de incidir no óbice da ausência de prequestionamento.

3. O recurso especial se origina de ação civil pública na qual se apura ato de improbidade administrativa (art. 11 da Lei n. 8.429/1992) com ressarcimento do dano material, contra ato de autopromoção do então prefeito municipal.

4. O Tribunal a quo, mantendo a sentença, entendeu que houve dolo do agente ao praticar condutas de autopromoção, ferindo os princípios da moralidade e impessoalidade previstos na Carta Magna, e concluiu pela configuração de ato de improbidade administrativa, em vista do comportamento doloso do recorrente.

5. O entendimento do STJ é no sentido de que, 'para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, 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.' v.g: AgRg no AgREsp 21.135/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/04/2013.

6. A revisão do conjunto fático-probatório, para o fim de investigar a ausência do elemento subjetivo do réu, não é possível em recurso especial, conforme entendimento da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido' (STJ, AgRg no REsp 1419268/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/04/2014).

'ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALTERAÇÃO UNILATERAL DE OBJETO DE CONVÊNIO FIRMADO COM A UNIÃO FEDERAL. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONCLUI PELA AUSÊNCIA DE CONDUTA DOLOSA OU CULPOSA. REVISÃO DE PREMISSA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que 'a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente; [sendo] indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10' (AIA. 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, Dje de 28/09/2011).
2. No caso, o Tribunal de origem, atento ao conjunto fático-probatório, consignou que não houve conduta dolosa do réu, por ocasião da alteração do projeto da obra objeto do convênio.
3. Isso considerado, não há como, em sede de recurso especial (Súmula n. 7 do STJ), rever-se a conclusão do Tribunal de origem, porquanto seria necessário o exame dos elementos de provas constantes dos autos para se verificar a existência de conduta dolosa por parte do réu. V.g.: REsp 1256232/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 26/09/2013; REsp 1383649/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/09/2013.
4. Agravo regimental não provido' (STJ, AgRg no REsp 1393398/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/11/2013).

Registre-se que 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 de 04/05/2011).

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, II, a, do CPC, nego provimento ao Agravo" (fls. 1.036/1.039e).

Inconformada, sustenta a parte agravante que:

"No entanto, razão não assiste a E. Ministra Relatora, ficando evidente que o apelo especial não visa à reapreciação da prova, mas somente a correta aplicação do direito, razão pela qual não deve ser obstado pela Súmula 7 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se portanto de tentativa de demonstrar, através de julgados idênticos, que o V. Acórdão objeto do apelo especial, atribuiu ao caso em comento, interpretação divergente de outros tribunais, o que foi amplamente debatido e confrontado naquelas razões.

IV - DA INEXISTÊNCIA DE DOLO.

Com relação à questão do dolo genérico apto a configurar a improbidade administrativa, tal como lançado na R. Decisão atacada, tal entendimento mostra-se - a nosso ver - também equivocado, uma vez que para a caracterização da improbidade administrativa, como no caso 'sub judice', aquela elencada no Artigo 11 da LIA (princípios), mister a presença do elemento subjetivo 'dolo', conforme dissídio bem apresentado na peça do apelo especial, não se admitindo em hipótese alguma, a figura do 'dolo genérico'

(...)

V - DA INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

Finalmente, quanto ao pagamento da multa imposta no valor da contratação, mesmo considerando ausente qualquer dano ao erário, diante do fato de que os serviços foram efetivamente prestados, tal penalidade encontra-se divorciada do entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios, cujo dissídio foi devidamente comprovado.

Isso porque no caso em concreto, onde se admitiu a inexistência de dano ao erário, com o afastamento do ressarcimento do dano, a imposição da multa tal como lançada (equivalente ao valor contratado), em prática, levaria ao instituto do 'ressarcimento do dano', que no caso inexistiu.

Tanto isso é verdadeiro que consta da EMENTA do v. Acórdão objeto do recurso especial (Nº. 2012-0000048626), o seguinte:

(...)

Assim, os fundamentos invocados para o indeferimento do seguimento ao Recurso Especial, não podem sobreviver, eis que contrariam entendimento sedimentado nos Tribunais do País.

Além disto estão presentes todos os requisitos de admissibilidade do apelo especial, extrínsecos e intrínsecos.

Embora respeitando os doutos conhecimentos da I. Ministra Relatora, prolatora da decisão guerreada, apelamos pela sua reforma, para que seja o Recurso Especial apreciado pelos Ministros desta E. Corte, pelas razões acima expostas" (fls. 1.045/1.050e).

Por fim, requer "o provimento do presente Agravo por esta E. Corte, dando-se seguimento ao Recurso Especial, para apreciação da Turma Julgadora,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reportando-se aos seus fundamentos, e também pelo seu provimento" (fl. 1.050e).
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 437.310 - SP (2013/0386983-3)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): A decisão ora combatida não merece reforma.

De início, como se observa por simples leitura das razões do presente Regimental, deixou a parte agravante de infirmar a decisão agravada, no ponto relativo à alegação de ofensa ao art. 458, II e III, do CPC/73.

Assim, interposto Agravo Regimental com razões deficientes, que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, constitui óbice ao conhecimento do inconformismo, no particular, a Súmula 182 desta Corte.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. FALTA DE CIÊNCIA AO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182 DO STJ.

(...)

2. No presente Regimental, a parte agravante não impugnou os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a reafirmar as razões de seu Recurso Especial.

3. A falta de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do Agravo Regimental. Incide a Súmula 182/STJ: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."

4. Agravo Regimental não conhecido" (STJ, AgRg no REsp 1.425.186/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/03/2014).

No mais, melhor sorte não assiste ao agravante.

Na origem, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA, Marlene Holzhausen e Luiz Henrique Godinho, ora agravante, em razão de indevida dispensa de licitação.

A sentença julgou parcialmente procedente a demanda, para declarar a nulidade do contrato celebrado entre a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA e Marlene Holzhausen, bem como para condenar Luiz Henrique Godinho a ressarcir o dano causado e ao pagamento de multa civil.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A sentença, em face das provas dos autos, concluiu, **in verbis**:

"No caso em exame, por outro lado, nem mesmo foi elaborado procedimento prévio determinado nos artigos 26 e 61 da Lei nº 8.666/93.

Deste modo, salta aos olhos a desobediência ao princípio da legalidade, vez que nem mesmo houve procedimento preparatório para demonstrar que era inviável a licitação, em razão da pessoa a ser contratada ser a única capaz de desenvolver o projeto 'Vire a Vida'.

É incontroverso que o réu LUIZ HENRIQUE GODINHO praticou o ato de improbidade ao atuar no sentido de dispensar o processo licitatório indevidamente (...)" (fls. 702/703e).

O Tribunal **a quo** negou provimento ao Apelo do **Parquet** e deu parcial provimento aos recursos dos réus LUIZ HENRIQUE GODINHO e MARLENE HOLZHAUSEN, nos seguintes termos:

"Discute-se, no presente caso, a legalidade da contratação para a prestação de serviços feita entre Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA e a apelante Marlene Holzhauser, contrato esse que foi firmado sem a realização de licitação.

De acordo com os documentos acostados aos autos, constata-se que houve a contratação de profissional para a prestação de serviços, contratação essa que não foi precedida de licitação.

Por sua vez, alegaram os réus que a FEMA é entidade de direito privado e, portanto, não se sujeita à Lei de Licitações, bem como a licitação era inexigível devido à contratação de profissional especializado.

(...)

Ora, sobre a sujeição das entidades públicas às disposições da Lei de Improbidade, os artigos 10 e 20 da Lei nº 8.429/92 prescrevem o seguinte:

(...)

E indo além, segundo a eminente professora Maria Sylvia Zanelia di Pietro, 'a posição da fundação governamental privada perante o poder público é a mesma das sociedades de economia mista e empresas públicas; todas elas são entidades públicas com personalidade jurídica de direito privado, pois todas elas são instrumentos de ação de Estado para a consecução de seus fins; todas elas submetem-se ao controle estatal para que a vontade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ente público que as instituiu seja cumprida; nenhuma delas se desliga da vontade do Estado, para ganhar vida inteiramente própria; todas elas gozam de autonomia parcial, nos termos outorgados pela respectiva lei instituidora'. (Direito Administrativo, 1911 Edição, 2006, p. 429).

Destarte, ainda que a FEMA tenha autonomia financeira própria, ela foi instituída com recursos do poder público municipal de Assis (fls. 190/196) e, portanto, a Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA submete-se à Lei nº 8.666/93 no que diz respeito às licitações e contratos.

(...)

Com relação à contratação direta de profissional especializado, o artigo 25, inciso II, da Lei de Licitações prescreve o seguinte:

'Art. 25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13, desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação'.

(...)

Com efeito, para que a licitação seja inexigível, faz-se mister a presença da inviabilidade de competição, a singularidade do objeto contratado e a notória especialização.

A Administração tem de justificar a presença dos pressupostos da ausência de licitação, bem como o fundamento da escolha de um determinado contratante e de uma específica proposta.

Faz-se necessário, pois, dar publicidade aos motivos que ensejaram a prática do ato administrativo que culminou na contratação direta.

(...)

In casu, não há a demonstração concreta e efetiva da inviabilidade de competição, da singularidade do objeto contratado e da notória especialização da contratada.

Ao que tudo indica, a contratação realizada em comento carece de validade, ante a ausência de seu motivo e da inobservância de sua forma.

Portanto, verifica-se que o ex-diretor da FEMA cometeu ato de improbidade administrativa no tocante à inobservância dos princípios da Administração Pública (Art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92).

Com relação às rés Marlene Holzhausen e Fundação Educacional do Município. de Assis - FEMA a ação deve ser julgada improcedente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, não ficou configurado qualquer ato de improbidade ensejado pela ré Marlene Holzhausen, a qual foi paga por serviços efetivamente prestados.

No tangente à FEMA, as ações por improbidade administrativa não devem ser propostas direta e imediatamente contra a pessoa jurídica em tese vitimada pela improbidade, eis que o parágrafo 3º, do artigo 17, da Lei na 8.429/92, estipula que nas ações civis públicas versando atos de improbidade administrativa, ajuizadas pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada pode abster-se de contestar o pedido, bem como pode contestar, como ainda pode posicionar-se ao lado do Ministério Público.

Não obstante a comprovação do ato de improbidade cometido pelo réu Luiz Henrique Godinho, não houve prejuízo material ou moral suscetível de ser indenizável e, portanto, não há que se falar em ressarcimento, eis que a contratada recebeu por serviços efetivamente prestados (fls. 16/26 e 149/156).

Assim, levando-se em conta a extensão do dano causado e considerando que foi contratada apenas uma profissional especializada e que a sua contratação foi em benefício do interesse público, a pena fixada pelo juízo a quo merece ser reformada.

Destarte, tendo em vista o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser mantida apenas a pena de pagamento de multa civil no valor da contratação.

(...)

Com base nesses fundamentos, sucumbente, o réu Luiz Henrique Godinho deverá arcar com o pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, que fixo em R 1.500,00, corrigido a partir da citação.

Ante o exposto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao recurso dos réus e nega-se provimento ao recurso do Ministério Público" (fls. 794/803e).

Após o acolhimento parcial dos Embargos de Declaração, com efeitos modificativos – tão somente para excluir a condenação do agravante ao pagamento de honorários advocatícios –, Luiz Henrique Godinho interpôs Recurso Especial, com fundamento nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, sustentando, em síntese, que "o recorrente foi condenado por suposto dolo genérico que não é suficiente para a condenação do administrador público, visto que a conduta tipificada na Lei 8.429/92 exige dolo específico na conduta do agente, fato não comprovado, mesmo porque inexistente" (fls. 855/856e).

Acrescenta que "o crime tipificado no art. 89 da Lei 8666/93, somente existe ou é possível, quando do ato praticado pelo agente, resultar prejuízos ao erário público,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não comportando assim, a figura do DOLO GENÉRICO" (fl. 856e).

Alega que, "embora (o acórdão recorrido) reconheça que não houve prejuízo ao erário público, bem como houve a prestação dos serviços, sem distorção de preços, condenou o Recorrente à pena de multa, no montante integral do valor pago para a requerida Marlene Holzhausen" (fl. 859e).

Defende que, "segundo o entendimento jurisprudencial reinante em nosso ordenamento jurídico, somente pode haver ato de improbidade administrativa, quando se comprova a existência de dano ou prejuízo ao erário público, fato que nem de longe ocorreu no presente caso" (fl. 870e).

Sem razão.

Ao contrário do que sustenta a parte agravante, "é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico" (STJ, AgRg no AREsp 798.434/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/05/2016).

Ademais, para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade – como na hipótese –, "revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário" (STJ, AgRg no AREsp 804.289/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 24/05/2016).

No mesmo sentido, confirmam-se, ainda:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, para 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

Nesse contexto, as discussões suscitadas pelo agravante sobre a ausência de dolo específico ou a inexistência do ato de improbidade esbarram na necessidade de análise do conteúdo fático-probatório dos autos, circunstância que impede o exame do Recurso Especial, em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR. INÉPCIA DA INICIAL. INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92 A AGENTES POLÍTICOS. REJEITADA. COMPROVAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS. APLICAÇÃO DAS PENAS DO ART. 12, II, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei n. 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos. Nesse sentido, vide: Rcl 2790/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 4/3/2010.

2. A Corte de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, assentou que ficou configurada improbidade administrativa na conduta do agente público. Desse modo, inviável a revisão do referido entendimento, nesta via recursal, por demandar reexame de matéria fática, defeso em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 532.658/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/09/2014).

Ressalte-se que a incidência da Súmula 7/STJ também inviabiliza o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento do Recurso Especial pela alínea **c** do permissivo constitucional.

Por fim, no que tange à aplicação da multa civil, esta Corte entende que "a multa civil é sanção pecuniária autônoma, aplicável com ou sem ocorrência de prejuízo em caso de condenação fundada no art. 11 da Lei 8.429/92" (STJ, REsp 951.389/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 04/05/2011). No mesmo sentido, confira-se, ainda:

"ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. A conduta do recorrente de contratar e manter servidores sem concurso público na Administração amolda-se ao caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado.

3. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

4. Acórdão reformado para excluir a condenação ao ressarcimento de danos e reduzir a multa civil de dez para três vezes o valor da última remuneração recebida no último ano de mandato em face da ausência de prejuízo ao erário.

5. Recurso especial provido em parte" (STJ, REsp 737.279/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 21/05/2008).

Ante o exposto, conheço, em parte, do Agravo Regimental e, nesta parte, nego-lhe provimento.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0386983-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 437.310 / SP**

Números Origem: 24322000 3295115 5835 92066112720038260000 994030207340

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE GODINHO
ADVOGADO : FRANCISCO MALDONADO JUNIOR E OUTRO(S) - SP017757
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUIZ HENRIQUE GODINHO
ADVOGADO : FRANCISCO MALDONADO JUNIOR E OUTRO(S) - SP017757
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, conheceu em parte do agravo interno e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.