



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.065.588 - SP (2008/0118829-5)

RELATOR : **MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO**
AGRAVANTE : **PAULO GOMES MACHADO**
ADVOGADO : **ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S)**
AGRAVANTE : **CAVO SERVIÇOS E MEIO AMBIENTE S/A**
ADVOGADOS : **JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO E OUTRO(S)**
PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **ALFREDO MÁRIO SAVELLI**
ADVOGADOS : **ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO E OUTRO(S)**
AUGUSTO NEVES DAL POZZO
INTERES. : **CARLOS ALBERTO VENTURELLI**
ADVOGADO : **VICENTE GRECO FILHO E OUTRO(S)**
INTERES. : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **ADRIANA PETRILLI LEME DE CAMPOS E OUTRO(S)**

EMENTA

AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE DOLO APTO A CARACTERIZAR A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O juízo acerca da ilegalidade do ato tido como ímprobo, sem a devida demonstração do elemento subjetivo dos agentes públicos, não é suficiente para a condenação por improbidade administrativa (precedentes idênticos).

2. *"É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade."* (REsp nº 827.445/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Relator p/ acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, *in* DJe 8/3/2010).

3. *"A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos." (REsp nº 997.564/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, **in** DJe 25/3/2010).

4. Agravos regimentais providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 08 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro *Hamilton Carvalhido*, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.065.588 - SP (2008/0118829-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Agravos regimentais interpostos por Paulo Gomes Machado e Cavo Serviços e Meio Ambiente S/A contra decisão monocrática que negou seguimento ao recurso especial interposto contra acórdão da Terceira Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Improbidade Administrativa. Ação. Processo. Sanções. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação objetivando o ressarcimento do dano causado ao Município bem como aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92, rejeitada a alegada inconstitucionalidade do seu art. 17. 2. É plena a Constitucionalidade do art. 65, §2º da Lei nº 8666/93. 3. O aditamento objetivando a antecipação da data do pagamento sem a correspondente contraprestação, causa dano direto e imediato ao patrimônio público e atinge todos os aditamentos subseqüentes. 4. Os nove aditamentos subseqüentes impondo acréscimos superiores ao limite legal, devem ser examinados de forma interdependente. 5. Remessa oficial considerada interposta e improvida. Um agravo retido não conhecido e o outro conhecido e improvido. Apelação voluntária do Município conhecida e improvida. Demais recursos providos em parte." (fl. 4.198).

Insurgem-se os recorrentes contra a aplicação do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de que ausente a comprovação do elemento subjetivo dos agentes na prática da conduta ímproba.

Acrescenta a Cavo Serviços e Meio Ambiente S/A, ainda, que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal, ao não se manifestar acerca do elemento subjetivo da conduta dos réus, violou o artigo 535 do Código de Processo Civil.

Esta é a letra da decisão agravada, no que interessa à espécie:

"(...)

No que se refere à violação do artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, é cediço o entendimento nesta Corte de que, para a condenação pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos no aludido artigo 10, faz-se necessária a comprovação de culpa ou dolo:

'PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA AFRONTA AO ART. 535 E 458 DO CPC. INOCORRÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE DO ART. 10, INCISO X, SEGUNDA PARTE, DA LEI 8.429/92. POSSIBILIDADE DE ELEMENTO SUBJETIVO DA CULPA NAS CONDUTAS DO ART.10. DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO CULPOSO E PREJUÍZO AO ERÁRIO PRESENTES NO ACÓRDÃO A QUO. RECURSO PROVIDO.

1. O aresto recorrido não está eivado de omissão nem de contradição, pois resolveu a matéria de direito valendo-se de elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide, havendo, na verdade, mero inconformismo em relação aos fundamentos da decisão.

2. A alegação de ofensa aos artigos 1º, 5º e 10, inciso X, da Lei 8.429/92 merece acolhida, pois o acórdão recorrido deixou assente a existência de dano ao erário por responsabilidade do prefeito municipal, à época ordenador de despesas, configurando-se ato de improbidade administrativa.

3. A decisão recorrida reconheceu claramente a responsabilidade do ex-prefeito - Nelson Jorge Maia quanto à realização de obras ineficazes para solução do acúmulo e proliferação de substância conhecida por necrochorume que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

traz sérios e graves riscos à saúde e à segurança da população, causando efetivamente lesão ao erário do município de Passos/MG.

4. Doutrina e jurisprudência pátrias afirmam que os tipos previstos no art. 10 e incisos (improbidade por lesão ao erário público) prevêm a realização de ato de improbidade administrativa por ação ou omissão, dolosa ou culposa. Portanto, há previsão expressa da modalidade culposa no referido dispositivo, não obstante as acirradas críticas encetadas por parte da doutrina.

5. Restou demonstrada na fundamentação do acórdão atacado a existência do elemento subjetivo da culpa do ex-prefeito bem como o prejuízo que a negligência causou ao erário, caracterizando-se, por isso mesmo, a tipicidade de conduta prevista no art. 10, inc. X, segunda parte, da Lei 8.429/92.

6. Recurso especial provido para restabelecer a condenação do ex-prefeito do município de Passos/MG - Nelson Jorge Maia ao ressarcimento integral do dano, atualizado monetariamente pelos índices legais acrescido de juros de mora na taxa legal, nos termos do art. 12, inc. II, da Lei 8.429/92.'

(REsp 816.193/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 21/10/2009).

E in casu, o elemento subjetivo foi definitivamente delineado no aresto recorrido, conforme extrai-se do seguinte trecho:

'(...)

Nos nove aditamentos subsequentes ao segundo ficou comprovada a efetiva violação aos princípios da moralidade administrativa pela infringência literal do art. 65, §§ 1º e 2º da Lei nº 8666/93. Houve efetivo comportamento doloso dos agentes públicos apelantes em propiciarem a partir do terceiro até o décimo aditamento, vantagem econômica ilícita à pessoa jurídica CAVO propiciando-lhe a prestação de serviços



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contratuais e não contratuais sem se submeter ao procedimento licitatório. Com isto, a CAVO se beneficiou de valores de preços unitários sem expurgo inflacionário e indevidamente atualizados, conforme demonstrado no item 2.8. Parte-se, pois, a existência de um dano ao erário no valor correspondente àquilo que ultrapassou os limites previstos na lei. Para efeito do art. 59, par. único, da Lei nº 8666/93, caberá aos apelados, no procedimento de liquidação por arbitramento, deduzir daquele valor o que ficar apurado pelos serviços efetivamente prestados, objetos dos aditamentos, com os valores devidamente despojados do expurgo inflacionários e com atualização adequada às diretrizes cogentes do Plano Real.

(...)' (fls. 4230/4231).

Ao que se tem, tendo o acórdão recorrido reconhecido presente o elemento subjetivo dolo na conduta dos agentes, a pretensão recursal, tal como posta, insula-se no universo fático-probatório constante nos autos, o que atrai a incidência do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

(...)" (fls. 4.798/4.799).

Alega o agravante Paulo Gomes Machado que:

"(...)

Mister se faz esclarecer que o Recorrente apenas firmou os aditamentos por ordem de superior hierárquico ou autorizado por parecer técnico de órgãos especializados, quais sejam, o departamento jurídico e o Tribunal de Contas do Município.

Justamente nesse ponto esta Colenda 1ª Turma firmou seu entendimento pela não caracterização de ato ímprobo praticado pelo Recorrente, uma vez que a improbidade se daria na hipótese de praticar conduta contrária aos pareceres técnicos.

Entretanto, o Recorrente foi surpreendido pela decisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravada que frustrou toda a pretensão recursal do Recorrente sob a pecha de incidência da Súmula 07 desta Corte Superior.

Ora, reside a insurgência do recorrente no fato de que nos Recursos análogos, a E. 1ª Turma e este MD Relator sequer cogitaram o impedimento sumular, simplesmente por não se tratar de reexame de provas, mas apenas reconhecimento que os aditamentos lançados pelo parquet como irregulares apenas foram firmados após análise dos departamentos competentes que consideraram-nos lícitos.

Não há nas decisões proferidas, seja em que grau for, qualquer impugnação aos pareceres técnicos, o que basta para não configuração do ato de improbidade.

(...)

Em 2 de fevereiro de 2010, foi proferida decisão nos autos do Recurso Especial 827.445/SP, reiterando que àquele recurso possuía o mesmo objeto deste, a ilegalidade dos aditivos contratuais firmados pela Limpurb, alguns pelo próprio Recorrente.

(...)

O eminente Ministro Luiz Fux, então relator, proferiu seu voto onde consignou pela aplicação da Súmula 07 desta Corte (...)

Contudo, o eminente Ministro Teori Albino Zavascki requereu vista e, em continuação a sessão, apresentou seu voto-vista, que pugnava pela improcedência da ação, uma vez que não caracterizado ato de improbidade, mas tão somente atendimento aos pareceres técnicos:

(...)

O julgamento foi então desempatado após a apresentação do voto-vista deste MD Relator, que acompanhou o voto-divergente para reconhecer a improcedência da ação proposta pelo Ministério Público.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Em março de 2010 foi julgado o Recurso Especial 997.564/SP, da relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, com participação deste MD Relator, Ministro Hamilton Carvalhido e do Ministro Teori Albino Zavascki.

Em momento algum se cogitou a aplicação da Súmula 07 desta Corte Superior.

Aliás, o v. acórdão foi proferido nos termos do Recurso Especial 827.445/SP, ou seja, afastando-se a improbidade diante dos pareceres técnicos que subsidiavam os aditamentos (...)

Entretanto, a decisão que negou seguimento ao presente recurso especial contraria o entendimento do próprio MD Relator assentado nos arestos mencionados.

(...)

Note-se que não se trata de reexame de provas, mas tão somente que haja posicionamento sobre a conduta do agente público amparado por pareceres técnicos convergentes com os atos praticados.

(...)" (fls. 4.826/4.835).

Alega a Cavo Serviços e Meio Ambiente S/A que:

"(...)

Vossa Excelência houve por bem negar seguimento ao presente recurso especial, por meio de uma decisão monocrática. Ocorre, contudo, que esse despacho contraria posição já pacificada na colenda Primeira Turma, no julgamento de dois outros casos similares: os Recursos Especiais nº 827.445-SP (Relator Teori Zavascki) e nº 997.564 - (Relator Benedito Gonçalves). com voto vencedor proferido, nos dois casos, por V. Exa. No primeiro deles, inclusive, registre-se que a própria Agravante CAVO foi absolvida das acusações de improbidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em ambas as oportunidades, a Primeira Turma teve oportunidade de discutir profundamente todas as questões jurídicas relativas aos contratos administrativos de limpeza urbana celebrados em 1995, pelo Município de São Paulo.

(...)

Convém lembrar que falamos, na verdade, de uma mesma série de contratos, com seus respectivos aditamentos. Todas as contratações seguiram o mesmo padrão, eis que o edital dividiu a cidade de São Paulo em lotes. Trata-se rigorosamente, portanto, de matéria em tudo e por tudo similar. O enfoque jurídico não poderia ser tão diferente como entre o despacho ora agravado e o julgamento dos dois outros casos que, na mesma turma, o precederam.

(...)

Tem-se, assim, uma situação contraditória, que causa não só perplexidade, mas profunda insegurança jurídica, pois a mesma parte - a Agravante Cavo - é condenada (pelo despacho agravado) e absolvida (com o voto vencedor de V. Exa. proferido nos casos paradigmáticos sobre matéria idêntica, em especial no REsp nº 827.445).

(...)

As alegações do Recurso Especial opõem-se à tese jurídica subjacente à decisão do Tribunal a quo, de modo que não se pretende o reexame da prova, mas tão-somente a correta qualificação jurídica de uma decisão que não apreciou adequadamente o elemento subjetivo da conduta tida por ímproba, como se ele pudesse ser pressuposto diretamente da prática de mera ilegalidade. Já é mais do que sabido que o tipo subjetivo do ato de improbidade demanda culpa qualificada, isto é, comprovada má-fé.

(...)

Não se pretende o revolvimento da matéria fática pelo Superior Tribunal de Justiça. O que se deseja é que, em face do quadro fático incontroverso, reconhecido pelas instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias, qual seja, a existência de pareceres técnicos e jurídicos, consulta prévia ao Tribunal de Contas do Município e Lei Municipal que autorizaram e embasaram os aditivos contratuais, se reconheça que não pode ter havido culpa da Recorrente, e muito menos dolo, em firmar os tais aditivos.

(...)" (fls. 5.042/5.054).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.065.588 - SP (2008/0118829-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhor Presidente, o Ministério Público do Estado de São Paulo promoveu ação civil pública de improbidade administrativa, objetivando a condenação do ex-Secretário Municipal de São Paulo, Sr. Alfredo Mário Savelli, dos ex-Diretores do Departamento de Limpeza Urbana, Srs. Paulo Gomes Machado e Carlos Alberto Venturelli, e da empresa cessionária Cavo - Companhia Auxiliar de Viação e Obras Públicas ao ressarcimento ao erário de valores indevidamente utilizados na execução dos serviços de limpeza de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos domiciliares, de varrição e de todos aqueles resultantes dos serviços de limpeza nas áreas e vias pertencentes às Administrações Regionais de Vila Mariana, Ipiranga e Vila Prudente - Agrupamento V.

Para tanto, alegou que os aditamentos contratuais estão em desconformidade com o edital e com a Lei nº 8.666/93, uma vez que foram alteradas a forma e as condições de pagamento, bem como incluídos nos aditamentos contratuais serviços que não foram previamente licitados, fraudando-se, assim, a Lei de Licitações (artigo 65, inciso II, alínea "c", da Lei nº 8.666/93).

Afirmou, ainda, que o valor dos aditamentos para serviços previamente licitados não poderia ter sido aumentado sem a observância do limite de 25% constante da lei (artigo 65, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666/93).

Aduziu, também, que a empresa contratada não prestava integralmente os serviços a que estava obrigada por força do contrato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

celebrado.

Requeru, ao final, a procedência da ação para:

"(...)

6) julgar procedente a presente ação, para o fim de:

1º- a) declarar a nulidade do segundo termo de aditamento ao contrato 14/Limpurb/95, e, por conseguinte, anulando-se os subsequentes, pelos fundamentos expostos no item I, e

b) determinar a condenação da empresa Companhia Auxiliar de Viação e Obras - CAVO - a devolver tudo o que recebeu dos cofres municipais, a partir deste segundo aditamento, inclusive; bem como a condenação dos agentes públicos Paulo Gomes Machado, Carlos Alberto Venturelli e Alfredo Mário Savelli a ressarcirem, solidariamente, tudo o que foi pago pelos cofres municipais em favor da empresa contratada, a partir deste segundo aditamento, respectivamente aos aditamentos que subscreveram;

c) em pedido sucessivo, na forma do art. 289 do CPC, a declaração de nulidade do quarto termo de aditamento do contrato 14/Limpurb/95, e, por conseguinte, anulando-se os subsequentes, pelos fundamentos expostos no item II, e

d) determinar a condenação da empresa Companhia Auxiliar de Viação e Obras - CAVO - a devolver tudo o que recebeu dos cofres municipais, a partir deste quarto aditamento, inclusive; bem como a condenação dos agentes públicos Paulo Gomes Machado, Carlos Alberto Venturelli e Alfredo Mário Savelli a ressarcirem, solidariamente, tudo o que foi pago pelos cofres municipais em favor da empresa contratada, a partir deste quarto aditamento, respectivamente aos aditamentos que subscreveram;

2º - a) caso Vossa Excelência não entenda pela nulidade dos termos aditivos, em pedido sucessivo, na forma do art. 289 do CPC, a condenação da empresa Companhia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Auxiliar de Viação e Obras - CAVO - a devolver tudo que recebeu dos cofres municipais acima do limite de 25% sobre o valor do primeiro aditamento, pelos fundamentos expostos no item III,

b) a condenação dos agentes públicos Paulo Gomes Machado, Carlos Alberto Venturelli e Alfredo Mário Savelli, tudo o que foi pago à contratada acima do limite legal de 25% sobre o valor do primeiro aditamento, com relação aos termos de aditamento que subscreveram, na qualidade de diretores do Limpurb, pelos fundamentos expostos no item III;

c) a condenação da Companhia Auxiliar de Viação e Obras - CAVO - a restituir o valor correspondente aos serviços não executados, pelos fundamentos expostos no item IV;

3º - a) tudo com a condenação de Paulo Gomes Machado, Carlos Alberto Venturelli e Alfredo Mário Savelli à perda da função pública e suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano, e

b) a condenação da Companhia Auxiliar de Viação e Obras - CAVO - à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de cinco anos." (fls. 38/40).

O juízo de Primeiro Grau, julgando antecipadamente a lide, firmou entendimento no sentido de que:

"(...)

Em primeiro lugar, cumpre observar que todos os aditamentos contratuais foram injustificados, ou seja, não constou deles uma única linha demonstrando a legitimação do ato. Assim, as partes utilizaram-se de via excepcional em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dez ocasiões, mas não apontaram a razão da exceção. Anote-se que a justificativa deve constar do ato em si, ou, ao menos, referir-se ao conteúdo de norma ou parecer, o que não ocorreu.

Tal fato, por si só, já é suficiente para caracterizar a nulidade dos aditamentos.

(...)

A CAVO venceu a licitação porque apresentou menor preço. Se apresentou menor preço, assumiu a responsabilidade perante a Administração de cumprir o contrato por tal preço, tanto que deixou para trás vários outros concorrentes que apresentaram preços maiores, certamente por não terem condições de contratar por menos.

Assumindo tal responsabilidade não tem cabimento, após menos de dois meses, mudar a regra do jogo, beneficiando-se exclusivamente dessa alteração.

A mora da Municipalidade de São Paulo também não justifica tal alteração. Cabia à CAVO tomar as medidas cabíveis para exigir o cumprimento do contrato, ou, caso esse atraso tornasse impossível o cumprimento, poderia requerer a rescisão, mas nunca usar esse fato para alterar o contrato.

Não existe nexo causal entre o prazo de pagamento previsto no edital e a mora da Municipalidade de São Paulo, ou seja, tais atrasos não justificam alteração contratual.

(...)

Totalmente despropositada a alegação do réu Paulo Gomes Machado de que não agiu com negligência ou imprudência pois somente cumpriu as determinações das instâncias superiores e, mais do que isso, levou em consideração os pareceres dos órgãos responsáveis pelo exame técnico e jurídico do pedido.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As manifestações dos assessores ou qualquer outro parecer são irrelevantes, pois não obrigam a Administração a nada, tampouco o administrador, uma vez que o administrador não está obrigado a colher pareceres. Quem agiu em nome da Administração e a obrigou a alguma coisa responde por seus atos.

Também absurda a alegação da CAVO de que 'a massa de dispêndio do réu é concentrada na primeira quinzena do mês, razão pela qual o pagamento somente no 30º dia útil consistia gravame excessivo para a empresa.

A contratada já tinha ciência desse fato quando apresentou proposta de menor preço, tanto que constou de suas razões que 'tal concentração da massa de dispêndio das empresas contratadas era um problema recorrente no âmbito da Prefeitura Municipal de São Paulo, já tendo sido inclusive analisado por anteriores Administrações Municipais, que adotaram idêntico posicionamento do presente caso, no sentido de reduzir o prazo de pagamento dos contratos.

Ora se a contratada já tinha ciência desse fato, deveria impugnar o edital, ou apresentar preço que tornasse viável o cumprimento do contrato, mas nunca apresentar preço já contando com a alteração do prazo de pagamento.

O contrato foi celebrado em 26 de abril de 1995, e em 20 de junho de 1995, em menos de dois meses, foi alterado o prazo de pagamento.

Essa alteração ocorreu sem autorização do edital e sem que houvesse qualquer explicação plausível para tanto, como já mencionado.

(...)

O aditamento nº 02 viola o princípio da legalidade, pois celebrado sem autorização legal, e, o que é pior, em desacordo com a legislação em vigor.

Viola o princípio da isonomia pois a Administração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedeu vantagem à CAVO que não foi outorgada aos demais concorrentes da licitação. Caso todos os participantes pudessem apresentar proposta de preço, com base no prazo concedido através de aditamento, eventualmente poderia ocorrer alteração na classificação final.

Também viola o princípio da vinculação ao edital, pois estabelece forma de pagamento diversa da estipulada para todos os concorrentes.

A inclusão de serviços que não constaram do edital através de aditamentos também é totalmente ilegal.

Através do terceiro, sexto, sétimo, oitavo, nono, décimo e décimo-primeiro aditamentos, foram incluídos os serviços de varrição de feiras, varrição tipo 'A', varrição tipo 'B' e varrição tipo 'C', sob a denominação 'serviços extra-contratuais', sem a realização do devido procedimento licitatório.

Verifica-se que a Administração celebrou contrato para prestação dos serviços especificados no edital e posteriormente, ampliou o objeto do contrato, mediante aditamento.

(...)

O fato da Administração, durante a vigência do contrato concluir que a melhor alternativa para melhorar o serviço de limpeza no Município seria a complementação dos serviços que já estavam sendo prestados pelas empresas contratadas, não justifica a ampliação do objeto, pois não caracteriza fato superveniente, necessário, imprescindível, tampouco urgente.

Como se vê, os aditamentos nºs 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11 são nulos, e não geram direitos e obrigações entre as partes. Isso porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes, tampouco produz efeitos jurídicos ou geram direitos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo ser restabelecida a situação anterior.

(...)

Todos os réus praticaram a conduta prevista no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, ao menos culposamente.

(...)

Os réus agiram, ao menos com negligência, pois deixaram de observar a lei, alegando ordem superior ou manifestação favorável de terceiros.

Contudo, os réus não estavam vinculados a essas ordens ou pareceres, pois podiam não acatá-los, sob o argumento de serem contrários à lei.

(...)

Assim, verifica-se que os réus Carlos Alberto Venturelli, Paulo Gomes Machado e Alfredo Mário Savelli frustraram a licitude do processo licitatório. O réu Paulo Gomes Machado admitiu alteração de cláusula contratual que estabelecia o prazo de pagamento, em desacordo com o edital, e em prejuízo da Administração. Por outro lado, os réus Carlos Alberto Venturelli, Paulo Gomes Machado e Alfredo Mário Savelli autorizaram a inclusão de serviços não especificados no edital, elevando o valor do contrato, ou seja, através de artifícios obrigaram a Administração a pagar por serviços e de forma que não refletia a proposta mais vantajosa à Administração.

Com relação à ré CAVO - é evidente que ela contribuiu para a viciação do contrato.

(...)

Nos termos do artigo 3º da Lei nº 8.429/92, as disposições nela contidas são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

A empresa contratada se beneficiou dos atos ora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questionados, pois obteve vantagem através das alterações viciadas de contrato celebrado com a Administração.

(...)" (fls. 3.252/3.263 - nossos os grifos).

E, ao final, julgou procedente a ação para condenar Carlos Alberto Venturelli, Paulo Gomes Machado e Alfredo Mário Savelli à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos por oito anos, ao pagamento de multa civil e ao ressarcimento dos danos ao erário, bem como para condenar a empresa Cavo ao ressarcimento do dano ao erário, à proibição de contratar com o Poder Público ou de receber incentivos fiscais ou creditícios, e à multa civil nos seguintes termos, que se extrai do dispositivo, devidamente retificado diante do acolhimento dos embargos de declaração opostos, **verbis**:

"Ante o exposto (...) julgo procedente a presente ação reparatoria por ato de improbidade administrativa (...) e (...) declaro a nulidade dos termos de aditamento nºs 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11 ao contrato 14/LIMPURB/95, e condeno os réus Carlos Alberto Venturelli, Paulo Gomes Machado e Alfredo Mário Savelli à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos por oito anos, e ao pagamento de multa civil equivalente a uma vez o valor do dano (todo o valor despendido pela Administração em decorrência dos aditamentos 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11, cada um referente ao aditamento que subscreveu). E condeno a ré Companhia de Viação e Obras - CAVO ao pagamento de multa civil correspondente a uma vez o valor do dano (...), proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos. Também condeno os réus Paulo Gomes Machado e CAVO a ressarcirem, solidariamente, o prejuízo causado ao erário público decorrente da alteração de data de pagamento, efetivada através do aditamento nº 02. Condeno, ainda, todos os réus, solidariamente, a devolverem tudo o que foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pago à contratada pelos cofres municipais decorrente do terceiro aditamento e seguintes, respectivamente ao aditamento que subscreveram." (fls. 3.298/3.299).

O Tribunal estadual, quando do julgamento dos recursos de apelação, bem como em razão do processamento da remessa necessária, prolatou acórdão assim ementado:

"Improbidade Administrativa. Ação. Processo. Sanções.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação objetivando o ressarcimento do dano causado ao Município bem como aplicação das sanções da Lei nº 8.429/92, rejeitada a alegada inconstitucionalidade do seu art. 17.

2. É plena a Constitucionalidade do art. 65, §2º da Lei nº 8666/93.

3. O aditamento objetivando a antecipação da data do pagamento sem a correspondente contraprestação, causa dano direto e imediato ao patrimônio público e atinge todos os aditamentos subseqüentes.

4. Os nove aditamentos subseqüentes impondo acréscimos superiores ao limite legal, devem ser examinados de forma interdependente.

5. Remessa oficial considerada interposta e improvida. Um agravo retido não conhecido e o outro conhecido e improvido. Apelação voluntária do Município conhecida e improvida. Demais recursos providos em parte." (fl. 4.198).

Decidiu o Tribunal Estadual, sobre o aditamento nº 2, que reduziu o prazo de pagamento de 30 dias corridos para 10 dias úteis, que "(...) o custo financeiro atingia a Cavo e o Município. Se a primeira não tinha capital de giro suficiente para manter sua atividade eficiente por trinta dias e necessitava obter meios no mercado de capitais, o segundo sofria da mesma necessidade pois, sabidamente, era



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obrigado a obter no mesmo campo os meios para pagamento de suas despesas diante da eventual inconstância da entrada das receitas.", logo "(...) a redução do prazo para o pagamento teve por objetivo claro e imediato desonerar a CAVO de alegado custo financeiro, dividindo o seu ônus com o Município. Este não obteve qualquer desconto do valor cobrado como previra o edital. Por consequência, a partir do segundo aditamento, o Município foi prejudicado a cada pagamento feito no prazo de dez dias úteis sem o necessário desconto ou com abstenção da aplicação do mesmo no mercado financeiro. Comprovado o dano ao erário, fica preenchido o pressuposto do ressarcimento que pode e deve ser apurado em liquidação por arbitramento mediante o levantamento contábil de todos os valores pagos antecipadamente." (fls. 4.223/4.225).

Entendeu, ainda, que, "(...) embora tal aditamento tivesse tido a responsabilidade inicial de Paulo Gomes Machado, a mesma deve ser estendida a Carlos Alberto Venturelli (sétimo,oitavo e nono aditamentos) e Alfredo Mario Savelli (décimo aditamento) porque se omitiram nos seguidos aditamentos em tomarem providências para que o prazo de pagamento, previsto no contrato inicial, fosse obedecido." (fls. 4.225/4.226).

Consignou, também, que os sucessivos aditamentos, além de não terem sido devidamente justificados, envolveram acréscimos de serviços contratuais e extracontratuais, superando o limite máximo de 25%, previsto no artigo 65 da Lei de Licitações, para efeito de acréscimos e supressões, afirmando que "Essa constância em ajustar aditamentos manifestamente ilegais indica, claramente, que existia um elo psicológico dos agentes públicos no sentido de propiciar tal vantagem indevida para a empresa contratada." (fl. 4.228).

Restou assentada, inclusive, a aparente existência do elemento subjetivo na conduta dos réus:

"(...)

Nos nove aditamentos subsequentes ao segundo ficou comprovada a efetiva violação aos princípios da moralidade administrativa pela infringência literal do art. 65, §§ 1º e 2º da Lei nº 8666/93. Houve efetivo comportamento doloso dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agentes públicos apelantes em propiciarem a partir do terceiro até o décimo aditamento, vantagem econômica ilícita à pessoa jurídica CAVO propiciando-lhe a prestação de serviços contratuais e não contratuais sem se submeter ao procedimento licitatório. Com isto, a CAVO se beneficiou de valores de preços unitários sem expurgo inflacionário e indevidamente atualizados, conforme demonstrado no item 2.8. Parte-se, pois, a existência de um dano ao erário no valor correspondente àquilo que ultrapassou os limites previstos na lei. Para efeito do art. 59, par. único, da Lei nº 8666/93, caberá aos apelados, no procedimento de liquidação por arbitramento, deduzir daquele valor o que ficar apurado pelos serviços efetivamente prestados, objetos dos aditamentos, com os valores devidamente despojados do expurgo inflacionários e com atualização adequada às diretrizes cogentes do Plano Real.

(...)" (fls. 4.230/4.231).

Assim, o Tribunal Estadual imputou aos agentes que subscreveram os aditamentos a prática do ilícito tipificado como ato de improbidade constante dos artigos 3º ,10, **caput** e inciso VIII, e 12, inciso II, da Lei nº 8.492/92, diante dos danos resultantes da falta de licitação e pela existência de serviços novos "aditados", em afronta, também, ao disposto no artigo 65, inciso I, da Lei nº 8.666/93, **verbis**:

Lei nº 8.666/93

"Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) (VETADO).

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

(...)

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

(...)"

Lei nº 8.429/92



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta."

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...)"

"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - (...)

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano 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;

III - (...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."

Ao final, o Tribunal assim consignou na parte dispositiva do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão:

"(...)

Pelo exposto, considera-se interposta a remessa oficial, não se conhece do agravo retido interposto por Alfredo Mário Savelli, conhece-se e nega-se provimento ao agravo retido interposto por Paulo Gomes Machado, conhece-se e nega-se provimento à apelação do Município e remessa oficial dá-se parcial provimento aos apelos dos réus para (a) excluir a responsabilidade pelos danos acrescidos pelo décimo primeiro aditamento; (b) reduzir a cinco anos o prazo da perda dos direitos políticos e (c) adequar o valor da multa conforme especificidade." (fls. 4.236/4.237).

Os embargos de declaração opostos por Paulo Gomes Machado e Cavo foram rejeitados (fls. 4.279/4.281).

Inconformados, os recorrentes interpuseram recursos especiais, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, os quais tiveram seguimento negado por decisão monocrática de minha lavra, cujo fundamento, ora atacado, dispôs que *"(...) tendo o acórdão recorrido reconhecido presente o elemento subjetivo dolo na conduta dos agentes, a pretensão recursal, tal como posta, insula-se no universo fático-probatório constante nos autos, o que atrai a incidência do enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça." (fl. 4.799).*

Cumpre salientar, por oportuno, que o Município de São Paulo contratou, mediante licitação, empresas para a prestação de serviços de limpeza de logradouros urbanos, dentre outros.

Para tanto, o território municipal foi dividido em áreas, e realizada licitação individualizada para cada uma delas.

Constatadas irregularidades comuns na execução dos diversos contratos, o Ministério Público ajuizou ações de improbidade administrativa, que acabaram chegando ao Superior Tribunal de Justiça, por meio dos Recursos Especiais nºs 827.445-SP e 997.564-SP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por ocasião do julgamento desses recursos, esta Colenda Corte entendeu pela absolvição dos réus, calcado na ausência de demonstração do elemento subjetivo na prática de conduta de improbidade administrativa, firme no fato de que os agentes públicos agiram amparados por diversos pareceres de órgãos técnicos e do Tribunal de Contas do município.

Após o resumo do histórico processual, passo à análise do agravo regimental.

Sustentam os embargantes ser devido o provimento dos agravos regimentais e, para tanto, pedem a aplicação do entendimento firmado nos Recurso Especiais nºs 827.445/SP e 997.564/SP.

Quando do julgamento do Recurso Especial nº 827.445/SP, o voto vencedor, da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki, assentou que:

6. À luz dessas premissas, examine-se o caso concreto. Ponto primeiro e essencial, porque prejudicial aos demais, é examinar a participação dos agentes públicos nos fatos imputados, com enfoque no elemento subjetivo da sua conduta. Conforme salientado, sem configuração da conduta típica desses agentes não se caracterizará ato de improbidade, nem deles e, por consequência, nem dos demais réus. Eventual ilegitimidade do ato praticado deverá, portanto, sofrer outra espécie de sanção ou de consequência, que não essas típicas aplicáveis na ação de improbidade.

Pois bem, alega-se que os atos de improbidade decorreram, basicamente, de irregularidades ocorridas nos aditamentos feitos ao contrato 11/LIMPURB/95, quais sejam: (a) alteração do prazo de pagamento - 2º aditivo; (b) inclusão de novos serviços, os quais não foram objeto do procedimento licitatório - 4º aditivo e seguintes; (c) violação ao limite de 25% estabelecido pelo § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93.

No que se refere ao elemento subjetivo da conduta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos agentes públicos, o acórdão recorrido afastou expressamente a existência de dolo, mas considerou presente a culpa. **Todavia, quase nada existe de indicação de fatos concretos e muito menos de individualização dessa alegada conduta culposa.** As referências a respeito são muito mais adjetivadas do que substantivadas. Das genéricas referências, é possível concluir que, no entender do acórdão, a culpa dos agentes públicos demandados consistiu em não terem promovido o controle ou a revisão dos atos administrativos considerados ilegais, não sendo suficiente eximi-los de culpa a existência de pareceres técnicos e jurídicos autorizando os referidos atos, nem a prévia aprovação dada pelo Tribunal de Contas. É o que se pode colher dos seguintes excertos:

(I) Quanto ao item (a) acima:

'(...)

Como pareceres não vinculam e, sabidamente, em certas circunstâncias servem não para orientar, mas para dar foro de legalidade a algo que não a tem, bem como a autorização superior certamente não obrigava o agente à prática de ato que se obrigava ilegal, resta evidente a assunção do risco, elemento subjetivo suficiente para caracterização da culpa civil ex vi do artigo 159 do então vigente Código Civil.

(...)

Por ser defeito que não convalesce, impunha-se aos agentes subscritores dos aditamentos subseqüentes - ao menos aqueles que dispuseram sobre o preço - o dever de revisão do ato ilegal, no exercício do poder de autotutela do Estado. Daí sua responsabilidade, que se manifesta a contar de cada intervenção com relação aos efeitos respectivos naquilo em que repercutiu a indevida antecipação do prazo de pagamento. (...) (fls. 5.037-5.039)

(II) Em relação ao item (b):

'III.b. É a própria embargante quem se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incumbe de afirmar que o acórdão não disse ter agido de boa-fé, mas afirmado, de forma categórica, que não subsistiu dolo da ora embargante na caracterização da ilegalidade e da improbidade cominadas aos aditamentos contratuais celebrados (f. 5.182).

E assim, de fato, aconteceu. Somente olvidou observar que o acórdão consigna que pelos danos resultantes desse ilícito, tipificado como ato de improbidade pelo inciso VIII in fine do artigo 10 da lei nº 8.429 e que se manifesta mesmo no caso de culpa, hão de responder os agentes que subscreveram o quarto aditamento e os que dele foram irradiados (f. 5.044/5).

Uma vez mais invocando De Plácido e Silva, é pertinente dizer que o substantivo culpa é compreendido como a falta cometida contra o dever, por ação ou por omissão, procedida de ignorância ou de negligência.

A culpa pode ser ou não maliciosa, voluntária ou involuntária, implicando sempre na falta ou inobservância de diligência que é devida na execução do ato, a que se está obrigado. Revela, pois, a violação de um dever preexistente, não praticado por má fé ou com a intenção de causar prejuízos aos direitos ou ao patrimônio de outrem, o que seria dolo.

Na culpa, não há a positiva intenção de causar o dano; há simplesmente a falta ou inobservância do dever que é imposto ao agente.

Como da culpa resulta o dever de reparação do dano, nos exatos termos do artigo 159 do Código Civil de 1.916, resta evidente que quem nessas circunstâncias age não se pode dizer que o fez de boa-fé.

Sendo assim, longe de aclarar, o que os embargos buscam, no fundamento sob exame, é contundir para, assim, buscar reformar, ilegalmente, o acórdão impugnado.' (fl. 5.266-5.267 - julgamento dos embargos de declaração opostos pela Qualix Serviços Ambientais Ltda)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(III) No que pertine ao item (c):

'(...)

Por também ser defeito que não convalesce, impunha-se aos agentes subscritores dos aditamentos outorgados posteriormente àquele que os incorporou à avença - e, conseqüentemente, por ele contaminados - o dever de revisão do ato ilegal, no exercício do poder de autotutela do Estado.

No que concerne às prestadoras, boa fé não podem alegar, porquanto bisonha a fraude e, como tal, insuscetível de não ser constatada em pouco profunda análise da lei e suas implicações. Para isso, assessoria jurídica autorizada é o que não lhes faltava, como claro deixa a extraordinária qualidade dos arrazoados produzidos nos autos.' (fl. 5.048)

Como se percebe, eliminados os adjetivos e as definições teóricas, a noção de culpa, substancialmente adotada pelo Tribunal, está ligada muito mais a um juízo sobre a ilegalidade do ato administrativo do que propriamente a uma conduta improba dos demandados. Insista-se que a prática de ato contrário a lei - embora suscetível de anulação e até de reparação pecuniária - não configura, por si só, improbidade administrativa decorrente de conduta culposa. Para isso, seria indispensável que o administrador tivesse, por desídia, imperícia ou imprudência, praticado atos manifestamente ilegítimos ou deixado de promover a anulação ou a revogação de atos dessa natureza. Mas nada disso é especificado ou indicado em relação aos agentes públicos aqui demandados. Pelo contrário, não se nega - antes se reconhece - que os atos questionados foram praticados com respaldo em pareceres técnicos e jurídicos elaborados pelas áreas especializadas da própria Prefeitura Municipal, bem assim, quanto à alegada violação ao limite previsto no art. 65, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93, que houve consulta prévia ao Tribunal de Contas Municipal, o qual respondeu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoravelmente à elaboração dos aditivos contratuais.

Vale rememorar o que trazem os autos. Em relação ao aditamento contratual para fins de modificação do prazo de pagamento, houve, inicialmente, um pedido formal da empresa CBPO (fls. 2.957-2.961), o qual foi analisado: (I) pela assessoria econômica e financeira (integra do parecer às fls. 2.962-2.964), que concluiu no sentido de que 'no que se refere ao aspecto econômico-financeiro nada temos a opor, uma vez que o valor econômico do contrato não estará sendo alterado bem como, no que respeita ao aspecto financeiro, a Administração não estará sofrendo quaisquer ônus com a alteração de prazo pretendida' (fl. 2.964); (II) pela assessoria jurídica (integra do parecer às fls. 2.965-2.969 e 2.973), que entendeu 'demonstradas (...) ficaram as circunstâncias supervenientes à apresentação das propostas, que foram elaboradas com as regras constantes do edital, que autorizam o deferimento do pedido, de alteração da forma de pagamento, através de Termo de aditamento, estabelecida no contrato, por estar em dissonância com o que foi estabelecido no edital' (fl. 2.968); (III) pela secretaria de finanças (fl. 2.972), que ressaltou o seguinte: 'analisada e decidida a matéria, sob todos os seus aspectos, no âmbito da SVP, poderemos, nos termos das Portarias SF 918/93, 40/94 e 45/94, aprovar a redução de prazo aceita, que, todavia, conforme nelas expresso, não poderá ser de 10 dias corridos, em face do estipulado no parágrafo 1º do artigo 12 do Decreto 34.793/94, devendo, pois, ater-se a, no mínimo, 10 dias úteis' (fl. 2.972); (IV) pela secretaria de serviços e obras, que autorizou a alteração do item 10.3 da cláusula décima do contrato com fundamento no artigo 81, II, c, da Lei Municipal 10.544/08 e artigo 65, II, c, da Lei 8.666/93.

Quanto à inclusão de serviços extracontratuais, foram promovidas as seguintes diligências: (I) estudos técnicos pelo Departamento de Limpeza Urbana para fins de incrementação dos serviços de varrição (fls. 2.976-3.009);



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(II) parecer da assessoria econômica-financeira oferecendo os subsídios necessários à elaboração do despacho de autorização da modificação contratual, ressaltando apenas que as empresas deveriam complementar a caução em valor correspondente a 1,5% do valor do acréscimo contratual (fl. 3.014); (III) manifestação da assessoria jurídica no sentido de que (i) 'sob o ponto de vista jurídico, a alteração pleiteada encontra amparo no artigo 81, inciso I, alínea c e parágrafo primeiro, da Lei Municipal 10.544/88 c/c artigo 65, inciso I, alínea b, e parágrafo primeiro, da Lei Federal 8666/93'; (ii) '(...), a aprovação de preços extracontratuais está prevista no artigo 13, inciso IX, do Decreto 26.950/88, alterado pelo Decreto 28.714/90' (fl. 3.015).

Relativamente à alegada violação ao limite de 25% estabelecido pelo § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93 em face de acréscimos de serviços e da prorrogação da duração do contrato: (I) houve parecer da chefia da assessoria jurídica afirmando que (i) a '(...) inexistência de óbice legal para efetivação das alterações do ajuste em estudo, quer nos parecer que, além de lícita, a hipótese cogitada se mostra plenamente consentânea com o interesse público', todavia, 'considerando prender-se a questão à contratação de serviços público essenciais, cuja garantia de execução, insistimos, há que ser assegurada, e em face da relevância da matéria, que, indiscutivelmente, gera discussões, e, especialmente, o acompanhamento do procedimento licitatório e das contratações dela decorrentes, pelo E. Tribunal de Contas do Município de São Paulo, parece-nos de todo oportuna a formulação de consulta àquela E. corte acerca da possibilidade de alteração contratual pretendida' (fl. 3.262); (II) em atenção à referida sugestão, o então Prefeito formulou consulta ao Tribunal de Contas do Município de São Paulo 'quanto à possibilidade jurídica de proceder-se aos aditamentos contratuais, em percentual superior ao previsto na Lei Federal 8.666/93, com supedâneo no disposto no artigo 81, parágrafo 2º da Lei Municipal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10.544/88' (fl. 3.265); (III) o TCM respondeu, em decisão unânime, que 'a Administração Municipal, atendidos todos os pressupostos legais, com base no parágrafo 2º, do artigo 81, da Lei Municipal 10.544/88, pode proceder aos aditamentos contratuais, consoante exposto no ofício 04/PREF-G/97' (fl. 3.273); (IV) após, houve parecer da assessoria econômico-financeira pela aprovação das propostas de alterações (fls. 3.159), bem como manifestação da assessoria jurídica no mesmo sentido (fl. 3.161).

Presentes essas circunstâncias, seria razoável presumir vício de conduta, pelo menos culposa, se o administrador tivesse praticado um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos e pelo Tribunal de Contas. Mas não é nada razoável que se reconheça ou se presuma tal vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de ter sido 'omisso' por deixar de promover a revisão de atos praticados como nelas recomendado. Ora, é nisso que estaria a culpa, segundo o acórdão recorrido: numa atitude omissiva do agente público, consistente em não revisar um ato praticado de acordo com pareceres técnicos e jurídicos e com aprovação do Tribunal de Contas. Sinala-se que não se colocou em dúvida a lisura desses pareceres ou a idoneidade de quem os prolatou, muito menos da autorização dada pelo Tribunal de Contas. Aliás, se esse vício houvesse, seria caso de responsabilizar, também, os pareceristas, como sugere a orientação do Tribunal de Contas da União para situações do gênero (v.g. Acórdão 206/2007, Sessão: 28.02.07,, Ministro Aroldo Cedraz).

Em suma, se o juízo proferido pelos especialistas apresenta tese razoavelmente justificável à luz da legislação, ainda que não a melhor, a prática do ato, ainda que posteriormente seja considerado irregular, certamente não pode ser tida como conduta culposa do administrador e muito menos como ato de improbidade, porque certamente não se trata de conduta movida por imprudência, imperícia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou negligência. Ora, se não há improbidade, não cabe aplicar a correspondente sanção ao agente público e, por consequência, também não aos particulares que participaram do ato. A ilegitimidade desse ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.

7. Com essas considerações, dou parcial provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público para afastar a incidência da multa aplicada na forma do parágrafo único do art. 538 do CPC, acompanhando o relator; e dou provimento aos recursos apresentados pelos demais recorrentes, para julgar improcedente o pedido inicial, ficando prejudicado o exame das demais questões suscitados nos recursos, divergindo do relator.

É o voto." (nossos os grifos).

Do mesmo modo, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 997.564/SP, a Primeira Turma assentou entendimento no sentido de que:

"DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERMOS DE ADITAMENTO AO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SUPOSTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DAS CONDUTAS ÍMPROBAS.

1. Ação civil pública intentada por Ministério Público Estadual com o intuito de obter reparação de prejuízos causados ao erário por supostos atos de improbidade administrativa, que teriam decorrido da assinatura de termos de aditamentos relacionados ao contrato administrativo 10/LIMPURB/95, em possível desacordo com as disposições da Lei 8.666/93.

2. Aponta-se as seguintes ilegalidades: (i) alteração de valores contratuais estimativos, em desacordo com o limite de 25% previsto no artigo 65, § 1º; (ii) modificação dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prazos de pagamento previstos no edital (segundo termo de aditamento); (iii) inclusão de serviços da mesma natureza dos já contratados, mas não constantes do contrato originário; (iv) pagamento por serviços supostamente não prestados.

3. *Acórdão recorrido que, com base exclusivamente na constatação da ilegalidade dos termos de aditamento, imputou aos réus a conduta culposa prevista no artigo 10 da Lei 8.429/92, bem como determinou a aplicação das penas previstas no artigo 12 da mesma lei.*

4. *Para que se configure a conduta de improbidade administrativa é necessária a perquirição do elemento volitivo do agente público e de terceiros (dolo ou culpa), não sendo suficiente, para tanto, a irregularidade ou a ilegalidade do ato. Isso porque 'não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.' (REsp n. 827.445-SP, relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, DJE 8/3/2010).*

5. *No caso concreto, o acórdão recorrido, ao concluir que os desvios dos ditames da Lei 8.666/93, por si só, seriam suficientes para a subsunção automática das condutas dos demandados aos tipos previstos na Lei de Improbidade, não se desincumbiu de aferir a culpa ou dolo dos agentes públicos e terceiros, que são elementos subjetivos necessários à configuração da conduta de improbidade.*

6. *Ademais, observa-se que, na hipótese, a aplicação da Lei de Improbidade encontra-se dissociada dos necessários elementos de concreção, na medida em que sobejam dos autos pareceres do Tribunal de Contas Municipal, bem como diversos pronunciamentos técnicos provenientes de vários órgãos especializados da administração, todos convergentes quanto à possibilidade de assinatura dos termos de aditamento e baseados em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação razoável de dispositivos legais.

7. Imputar a conduta ímproba a agentes públicos e terceiros que atuam respaldados por recomendações de ordem técnica provenientes de órgãos especializados, sobre as quais não houve alegação, tampouco comprovação, de inidoneidade ou de que teriam sido realizadas com intuito direcionado à lesão da administração pública, não parece se coadunar com os ditames da razoabilidade, de sorte que seria mais lógico, razoável e proporcional considerar como atos de improbidade aqueles que fossem eventualmente praticados em contrariedade às recomendações advindas da própria administração pública.

8. A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos.

9. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, providos, para julgar-se improcedentes os pedidos iniciais, nos termos da fundamentação do voto, considerando-se prejudicados os demais temas discutidos nos autos." (nossos os grifos).

Ao que se tem, os julgados supracitados tratam de situação idêntica à espécie ora tratada, qual seja, o cometimento de irregularidades na execução contratual para a prestação de serviços de limpeza para o município de São Paulo, sendo, contudo, relativos a áreas diversas do município.

E, nessas duas hipóteses, esta Primeira Turma reconheceu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

improcedência da ação de improbidade, por não ter sido constatada a existência do elemento subjetivo necessário à condenação por ato de improbidade administrativa, forte, sobretudo, em não ser razoável presumir-se a sua existência em condutas praticadas com o amparo de pareceres de órgãos especializados e do Tribunal de Contas do Município, de modo a recomendar, em obséquio da coerência que devem guardar as decisões judiciais, que a espécie remanescente, mais idêntica do que análoga às demais, seja decidida do mesmo modo, até porque, tal como ocorrido nas espécies acima retratadas, o Tribunal *a quo* não particularizou os atos ímprobos praticados pelos réus, nem fez propriamente um juízo acerca do seu elemento subjetivo, mais descrevendo a sua ilegalidade, assim entendidos como de improbidade.

Pelo exposto, dou provimento aos agravos regimentais para julgar improcedente a ação de improbidade proposta.

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2008/0118829-5

AgRg no
REsp 1.065.588 / SP

Números Origem: 10711999 181097 1810975 18109751 1810975100 1810975301 1810975502 1810975703

EM MESA

JULGADO: 08/02/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: PAULO GOMES MACHADO
ADVOGADO	: ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S)
RECORRENTE	: CAVO SERVIÇOS E MEIO AMBIENTE S/A
ADVOGADOS	: JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO E OUTRO(S) PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	: ALFREDO MÁRIO SAVELLI
ADVOGADOS	: ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO E OUTRO(S) AUGUSTO NEVES DAL POZZO
INTERES.	: CARLOS ALBERTO VENTURELLI
ADVOGADO	: VICENTE GRECO FILHO E OUTRO(S)
INTERES.	: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	: ADRIANA PETRILLI LEME DE CAMPOS E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: PAULO GOMES MACHADO
ADVOGADO	: ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S)
AGRAVANTE	: CAVO SERVIÇOS E MEIO AMBIENTE S/A
ADVOGADOS	: JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO E OUTRO(S) PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES.	: ALFREDO MÁRIO SAVELLI
ADVOGADOS	: ANTONIO ARALDO FERRAZ DAL POZZO E OUTRO(S) AUGUSTO NEVES DAL POZZO
INTERES.	: CARLOS ALBERTO VENTURELLI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADVOGADO : VICENTE GRECO FILHO E OUTRO(S)
INTERES. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : ADRIANA PETRILLI LEME DE CAMPOS E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

A Turma, por unanimidade, deu provimento aos agravos regimentais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília, 08 de fevereiro de 2011

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária