

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 538308 - SP (2014/0126670-7)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : MARIA HELOÍSA AFFONSO PINHEIRO
AGRAVANTE : LEONARDO CEZAR FERREIRA
ADVOGADOS : MARCOS DOMINGOS SOMMA E OUTRO(S) -
SP068512
IVO SILVA - SP135767
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : FUNDAÇÃO ASSISENSE DE CULTURA FAC

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS COLETIVOS. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo objetivando a condenação dos ora agravantes por ato de improbidade administrativa, consistente na contratação de servidor sem concurso público para o quadro de pessoal da Fundação Assisense de Cultura – FAC.

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a sentença de procedência parcial do pedido, para anular a contratação impugnada na petição inicial e, outrossim, condenar os corréus, ora agravantes, ao pagamento de indenização a título de dano moral difuso em favor do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

3. As teses de prescrição da pretensão punitiva e de ilegitimidade ativa do *Parquet* estadual, arguidas no recurso especial, foram originalmente apreciadas na decisão monocrática de fls. 1.086/1.091, a qual foi parcialmente reformada pela Primeira Turma, tão somente para afastar o óbice da Súmula 7/STJ e, dessa forma, permitir o exame do mérito da controvérsia. Nesse diapasão, uma vez que a parte ora agravante não se insurgiu contra o sobredito *decisum* da Primeira Turma, é de rigor reconhecer que as referidas prejudicial e preliminar de mérito se encontram preclusas.

4. *"A jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública"* (AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/8/2017). Nesse

mesmo sentido: **AgRg no REsp 1.541.563/RJ**, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 16/9/2015).

5. No que concerne aos elementos caracterizadores do dano moral coletivo, este Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que *"a possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação tem levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa"* (**REsp 1.397.870/MG**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2014).

6. *"Os danos morais coletivos se configuram na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, na qual é desnecessária a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo"* (**AgInt no AREsp 1.343.283/RJ**, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 19/2/2020).

7. A exigência de concurso público tem por escopo não apenas assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da Administração, nos termos do art. 37, *caput*, da CF/1988, mas, ainda, permitir o recrutamento dos melhores dentre os candidatos às vagas, tanto assim que o descumprimento dessa diretriz está sujeito à nulidade, nos termos dos arts. 3º e 4º, I, da Lei da Ação Popular.

8. Nesse diapasão, evidencia-se que o ato ímprobo em tela efetivamente importou em abalo à confiança depositada pela comunidade local na Administração Pública do Município de Assis/SP. Com efeito, havendo contratação de servidores sem concurso, há presunção legal de ilegitimidade dessa conduta e também de lesividade que ultrapassa a simples esfera da Administração Pública para atingir, concomitantemente, valores da coletividade, que, com razão, espera e exige dos administradores a correta gestão da coisa pública e, sobretudo, o estrito cumprimento das leis e da Constituição.

9. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

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

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 31 de agosto de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Sérgio Kukina
Relator

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 538.308 - SP
(2014/0126670-7)**

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MARIA HELOÍSA AFFONSO PINHEIRO
AGRAVANTE : LEONARDO CEZAR FERREIRA
ADVOGADOS : MARCOS DOMINGOS SOMMA E OUTRO(S) - SP068512
IVO SILVA - SP135767
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : FUNDAÇÃO ASSISENSE DE CULTURA FAC

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Trata-se de agravo interno interposto por MARIA HELOÍSA AFFONSO PINHEIRO e OUTRO contra decisão de minha lavra, assim fundamentada (fls. 1.160/1.166):

Trata-se de agravo interposto por MARIA HELOÍSA AFFONSO PINHEIRO e OUTRO, desafiando decisão que inadmitiu na origem seu recurso especial, manifestado com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 588):

Ação Civil Pública - Contratação de servidor para o cargo de motorista, sem concurso publico - Violação aos princípios basilares da Administração Pública - Sentença parcialmente procedente - Circunstâncias em que o servidor, quando contratado de forma irregular recebe pelos serviços prestados, não há o que se falar em desfalque ao erário publico - Preliminares de prescrição e ilegitimidade ativa do Ministério Público afastadas - Sentença mantida Recursos improvidos.

Referido acórdão foi integrado em sede de embargos declaratórios, nos termos da ementa que se segue (fl. 630):

Embargos de Declaração - Alegação de existência de omissão - Ocorrência - Circunstância em o V. Acórdão não se manifestou sobre os danos morais difusos, nem sobre os Honorários Advocatícios - Embargos acolhidos para sanar as omissões apontadas, com a isenção do embargante ao pagamento da verba de sucumbência.

Nas razões do recurso especial, sustenta a parte agravante, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 219, § 5º, do CPC/1973, 193 do Código Civil, 21 da Lei 4.717/1965, 23, I, da Lei 8.429/1992,

1º-C da Lei 9.494/997 e 1º do Decreto 20.910/1932, uma vez que: (i) o objeto da subjacente ação civil pública é a declaração de nulidade de contratação de servidor público sem concurso público, com a condenação ao ressarcimento dos danos causados ao erário e ao pagamento de danos morais difusos, razão pela qual é inaplicável a regra de imprescritibilidade da ação de reparação de danos, na forma do art. 37, § 5º, da Constituição Federal; ainda que se adote entendimento contrário, seria forçoso reconhecer que a prerrogativa para propor a ação seria do titular do direito violado, e não do Ministério Público; (ii) a matéria acerca da prescrição pode ser conhecida em qualquer grau de jurisdição; (iii) o prazo prescricional aplicável à espécie é de 5 (cinco) anos; (iv) "no caso, não houve nada que indicasse má-fé o favorecimento e, tampouco, foi carreado ao autos qualquer elemento de que os Recorrentes teriam dado causa a dano ao erário" (fl. 807); (v) também "se verifica que não existiu ato ilícito e não houve a prática de qualquer comportamento que se caracterize, em tese, como crime" (fl. 838).

Aponta, ainda, contrariedade ao art. 159 do Código Civil de 1916, atuais arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, e 1º da Lei 7.347/1985, asseverando a impossibilidade de condenação em danos morais coletivos, nos seguintes termos (fl. 848):

Nada obstante as razões acima, o reconhecimento pela r. sentença monocrática de que "a lesão deve incidir sobre aspectos econômicos", e que "o fato de ter sido a funcionária contratada sem concurso, não induz que tenha causado dano material ao erário público, pois resta claro nos autos que o servidor apenas e tão somente recebeu por serviços prestados", por si só, justificam a falta de requisitos legais para a condenação em danos morais. Como se vê dos autos, a condenação em danos morais difusos vem alicerçada no pedido do Ministério Público, decorrente de ato alegadamente improbo do administrador, com aplicação do chamado "dano moral coletivo", sofrido pela comunidade e ou pela categoria titular do interesse coletivo ou difuso. Por outro lado, deve ser salientado que a ofensa aos princípios constitucionais e administrativos que deveriam ter norteados a atividade dos Recorrentes, por si só, não geram direito à indenização, devendo-se atentar, ainda, à excepcionalidade fática que deve ser observada para a fixação de indenização por dano moral coletivo, somente cabível a indenização se efetivamente comprovado o dano à comunidade ou à categoria, não se tratando de dano moral *in re ipsa*. No caso em exame se verifica que não houve reconhecimento de dano, ao erário, mas que a contratação do funcionário teria sido feita irregularmente, face a ausência de concurso público, sem olvidar de qualquer reconhecimento de má-fé, dolo ou enriquecimento por parte dos Recorrentes.

[...]

Nos autos não há que se falar em indenização por dano moral, uma vez que necessária a comprovação de que a comunidade Assisense ou até mesmo a categoria de servidores da referida FAC tivessem se sentido lesados e abalados moralmente, em decorrência da contratação do servidor na forma como foi alegada.

E ainda (fl. 856):

De tudo o que foi debatido nos presentes autos, se conclui que: embora a contratação tenha violado a Constituição Federal, conforme decisão, os Recorrentes não agiram dolosamente; que o contratado prestou os serviços, não havendo reconhecimento de dano ao erário e, diante das circunstâncias do caso concreto, não prevalece a presunção de lesividade do ato.

Anote-se, por fim, que se a própria alegação feita pelo Ministério Público de dano ao erário foi afastada, mais fortes razões levam à rejeição da alegação de dano moral difuso

Nas razões do agravo, aduz que os pressupostos de admissibilidade do recurso especial se encontram presentes, repisando, no mais, seus argumentos.

Contraminuta às fls. 1.023/1.030.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República Moacir Guimarães Morais Filho, opinou pelo não conhecimento ou pelo não provimento do recurso especial (fls. 1.081/1.083).

Em 27/2/2018 proferi decisão conhecendo do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, assim fundamentada (fls. 1.086/1.091):

[...]

Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/1973; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 - 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).

Dito isto, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade do agravo, passo ao exame do próprio recurso especial.

De início, verifica-se que os recorrentes apresentaram argumentos genéricos, vagos a respeito da tese de ilegitimidade

ativa do Ministério Público, bem como de afronta aos arts. 219, § 5º, do CPC/1973, e 23 da Lei 8.429/1992, situação que não permite a exata compreensão da controvérsia e impede o conhecimento do recurso especial. Aplica-se à hipótese a Súmula 284/STF.

Acrescente-se que, ao assim agir, deixou a parte recorrente deixou de infirmar especificamente o fundamento do acórdão recorrido, segundo o qual a legitimidade do Parquet encontra respaldo nos arts. 1º, 2º e 5º da Lei 7.347/1985. Assim, também incide na espécie o óbice da Súmula 283/STF.

Por sua vez, observa-se que o Tribunal de origem não se pronunciou sobre a matéria versada nos arts. 193 do Código Civil, 21 da Lei 4.717/1965, 23, I, da Lei 8.429/1992 e 1º-C da Lei 9.494/1997, tampouco a matéria a eles concernente foi suscitada nos embargos declaratórios. Portanto, ante a falta do necessário prequestionamento, incide o óbice da Súmula 282/STF.

De fato, observa-se que a tese de prescrição foi afastada com base no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, ou seja, com fundamento exclusivamente constitucional, cujo reexame é inviável em sede de recurso especial, sob pena de invasão da competência reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República.

Quanto ao mérito, "a jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública" (AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/08/2017), razão pela qual, nesse ponto, incide a Súmula 83/STJ.

Por fim, rever as conclusões firmadas pelo Tribunal de origem acerca da configuração de danos morais coletivos demandaria o reexame de matéria fática, o que esbarra na vedação contida na Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento.

Contra essa decisão foi interposto agravo interno, o qual restou parcialmente provido pela Primeira Turma, vencido este Relator, nos termos da certidão de julgamento que se segue (fl. 1.158):

[...]

A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, decidiu afastar a aplicação da Súmula 7/STJ, devolvendo os autos ao Relator para apreciação do mérito, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa. Dispensada a lavratura de acórdão.

[...]

Os autos voltaram-me conclusos, então, para apreciação exclusivamente do mérito da controvérsia.

É O RELATÓRIO. PASSO À FUNDAMENTAÇÃO.

Como relatado, nas razões do apelo nobre, a parte ora agravante aponta contrariedade ao art. 159 do Código Civil de 1916, atuais arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, e 1º da Lei 7.347/1985, asseverando a impossibilidade de condenação em danos morais coletivos, pois: (a) haveria ausência de dano material ao erário; (b) seria “necessária a comprovação de que a comunidade Assisense ou até mesmo a categoria de servidores da referida FAC tivessem se sentido lesados e abalados moralmente, em decorrência da contratação do servidor na forma como foi alegada” (fl. 848).

Pois bem.

Como cediço, “a jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública”(AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/8/2017).

Nesse mesmo sentido:

[...]

Por sua vez, no que concerne aos elementos caracterizadores do dano moral coletivo, este Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que “a possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa” (REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2014).

Há que se considerar, ainda, que “os danos morais coletivos se configuram na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, na qual é desnecessária a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo” (AgInt no AREsp 1.343.283/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 19/2/2020).

Nesse mesmo sentido:

[...]

Tem-se, assim, que a caracterização do dano moral coletivo prescinde da existência de efetivo dano material ao erário, mormente diante do caso concreto, em que o ato ímprobo consistiu na contratação de servidor sem a necessária prévia aprovação em concurso público, em

desrespeito ao previsto no art. 37, caput e II, da Constituição Federal. De fato, consoante lição doutrinária de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (in “Curso de Direito Administrativo”. 32ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 287-288):

[...]

Nesse diapasão, evidencia-se que o ato ímprobo em tela efetivamente importou em abalo à confiança depositada pela comunidade local na Administração Pública do Município de Assis/SP, na medida em que, na condição de Diretores da FUNDAÇÃO ASSISENSE DE CULTURA – FAC, pessoa jurídica de direito público, esperava-se dos agravantes o estrito cumprimento das leis e da Constituição Federal, o que não ocorreu.

Destarte, correta a condenação dos agravantes ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

ANTE O EXPOSTO, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento.

Insiste a parte agravante na tese segundo a qual a pretensão condenatória do *Parquet* estadual teria sido alcançada pela prescrição.

Nesse sentido, argumenta o seguinte (fls. 1.176/1.180):

No que tange a prescrição da presente ação civil pública in casu, com a devida vênia do entendimento firmado pelo e. Ministro Relator em sua decisão proferida em 28.fevereiro.2.018, a mesma poderá ser analisada por essa Colenda Corte Especial.

De se frisar que, não havendo reconhecimento de ressarcimento de dano ao erário, consoante se infere da r. sentença secundado pelo V. Acórdão de origem, em que pese o entendimento firmado pelo e Ministro Relator, com a devida vênia, não há falar em afastamento da prescrição, com base no art. 37, § 5º da CF, conforme referendado: “...que a tese de prescrição foi afastada com base no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, ou seja, com fundamento exclusivamente constitucional, cujo reexame é inviável em sede de recurso especial, sob pena de invasão da competência reservada ao STF, nos termos do art. 102, III, da Constituição da República”.

Isso porque, o entendimento da jurisprudência é no sentido de ser cabível o controle difuso de constitucionalidade quando, como no presente caso, a alegação de inconstitucionalidade integra a causa de pedir, e não pedido estrito.

O § 5º do art. 37 da CF, recita que “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

Portanto, o próprio constituinte disse ser prescritível a ação de reparação de danos causados ao erário, cabendo ao legislador

infraconstitucional dispor a respeito tão-somente quanto aos prazos. Assim sendo, a analogia para determinação do prazo prescricional, na hipótese, deve ainda ser estabelecida com o direito administrativo, que sempre teve por regra, ainda quando não expressamente positivada, o prazo de prescrição máximo de 05 (cinco) anos. Sim, verifica-se que o direito administrativo adotou como regra, desde sempre, o prazo máximo de prescrição de 05 (cinco) anos, tanto em favor da Administração, como contra ela.

Assim sendo, trata-se no presente caso, de previsão de fungibilidade entre recurso especial e extraordinário, existindo mera “ofensa reflexa” à Constituição, com a possibilidade do Superior Tribunal de Justiça, analisar incidentalmente a matéria constitucional, diante da amplitude dos termos da legislação infraconstitucional que alberga a matéria debatida.

O artigo 21 da Lei 4.347/1965 (Ação Civil Pública) não disciplina o prazo prescricional da ação. Por sua vez a lei 4.717/1965 (Ação Popular) em seu artigo 21, já veio disciplinar que a prescrição prescreve em cinco anos. Por fim, o artigo 23, I, da Lei 8.429/1992 (Improbidade Administrativa) recita que a prescrição também é de cinco anos, assim como o artigo 1º-C da Lei 9.404/1997. Por sua vez, o artigo 37, § 5º da CF, disciplina que seria imprescritível a ação de improbidade administrativa.

Não bastasse, nos termos do art. 23, da Lei 8.249/92, será de cinco anos a contar do término do exercício da função pública do agente, matéria inclusive que poderá ser reconhecida em qualquer instância e oportunidade, inclusive ex officio.

Como anotado pela própria decisão monocrática proferida em 28.fevereiro.2.108 pelo e. Min. Relator, pelos ora Agravantes em suas razões apresentadas no Recurso Especial foi sustentado inaplicabilidade do artigo 37, § 5º da CF, mencionado: (iii) o prazo prescricional aplicável à espécie é de 5 (cinco) anos; (iv) “no caso, não houve nada que indicasse má-fé o favorecimento e, tampouco, foi carreado aos autos qualquer elemento de que os Recorrentes teriam dado causa a dano ao erário” (fl. 807); (v) também “verifica-se que não existiu ato ilícito e não houve a prática de qualquer comportamento que se caracterize, em tese, como crime” (fl. 838)”.

De tal sorte que, no caso em discussão, quando o intuito maior do recurso for a análise de legislação infraconstitucional, a pretexto de ofensa a princípios constitucionais, a competência para analisá-lo será do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial e, quando o objetivo for a discussão de eventual violação a princípio constitucional é que seria de competência exclusiva do Pretório Excelso.

Nota-se que se houver ofensa nas causas que versem sobre princípios constitucionais, esta ofensa é reflexa ou indireta à Carta Magna, o que não ensinaria ao caso o conhecimento de um recurso extraordinário. Logo, por consequência lógica, a competência de julgamento de

Superior Tribunal de Justiça

citada controvérsia seria transferida para o Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial.

[...]

Nesse passo, necessário consignar que a prescrição invocada trata-se de prejudicial de mérito {artigo 487, II, do CPC}, portanto, apesar das hipóteses de cabimento do recurso especial necessitar de ofensas às leis federais – questão federal no recurso especial – ou à Constituição – questão constitucional no recurso extraordinário, os Tribunais Superiores não são meramente de cassação; após realizarem a “defesa” da norma jurídica de sua competência, ou seja, ao verificarem a ofensa à lei ou à Constituição Federal, depois da identificação do erro no acórdão recorrido, aplicarão o direito sobre a questão, não somente anulando os julgamentos anteriores, mas, também, decidindo, e respondendo ao Agravante sobre o direito ali reivindicado, dando provimento, parcial provimento ou improvimento.

Outrossim, se verifica que a prescrição invocada – nada obstante tratar-se de matéria de ordem pública -, contrário ao sustentado pelo e. Ministro Relator, no Venerando Acórdão proferido pelo Tribunal de origem, em sua pág. {4}, taxativamente restou consignado: “Convém esclarecer que, em demanda que tem por objeto a anulação de contrato administrativo, celebrado entre particular e empresa integrante da administração pública não ocorre prescrição”. E que “Aliás, regra essa contida no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988 e artigo 23 da Lei n. 8.429/92”.

E mais, em sua pág. {9}, referidas matérias – constitucional e infraconstitucional – teria sido considerada prequestionadas pelo e. Relator do V. Acórdão proferido pelo Tribunal de origem, fazendo consignar que “tratando-se de pre-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida”. Nesse sentir, constata-se que a matéria não só foi analisada, como foi decidida, restando prequestionada para a interposição do Recurso Especial, não sendo caso de aplicação da Súmula 282 do STF.

[...]

N´outro passo, posta assim a questão, de meridional clareza que o preceito constitucional do artigo 37, § 5º da CF/88, in casu, data máxima vênua, não teria aplicação, haja vista a ausência de reconhecimento tanto pela r. sentença de piso como no Acórdão proferido pelo Tribunal de origem, dano ao erário ou que tenham os Agravantes havido de forma dolosa ou de má-fé, inclusive havendo citação de que a mesma Câmara já tem o entendimento de que: “não há lesividade, nem desfalque ao erário público se, o funcionário contratado sem concurso trabalhou e recebeu pelos serviços prestados”.

[...]

Ora, no caso em tela, a própria sentença e V. Acórdão de origem, afastaram a má-fé e o dolo, não se vislumbrando qualquer conduta

Superior Tribunal de Justiça

dolosa que pudesse ser imputada aos Agravantes, no momento em que, julgando parcialmente o pedido inicial da ACP declarou apenas e tão somente a nulidade da contratação da pessoa mencionada na inicial, condenando-os a título de dano moral difuso o pagamento da importância de R\$10.000,00 cada um.

A parte agravante também suscita a ilegitimidade ativa do Parquet estadual.

Tece, ainda, considerações acerca do prequestionamento dos arts. 219 do CPC/1973, 23 da Lei 8.429/1992 e 1º-C da Lei 9.494/1997.

Quanto ao mérito, aduz que (fl. 1.194):

Destarte, tanto a doutrina como na jurisprudência, tem sido firmado o entendimento de que não é toda conduta antijurídica que dá ensejo a indenização por danos morais. É preciso que o fato tenha razoável significância e que ultrapasse os limites toleráveis, causando efetivamente um sofrimento coletivo, um dano, ou seja, tem que ser grave o suficiente para produzir verdadeiro sofrimento, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem coletiva, sem olvidar da necessidade de sua comprovação. Sem olvidar que, sem a comprovação cabal dos prejuízos aferíveis economicamente, inaceitável a pretensão indenizatória (danos morais).

E ainda (fl. 1.195):

Essa Corte Superior de Justiça, em caso análogo, já manifestou o entendimento de que a conduta antijurídica de alto grau de reprovabilidade e que seja capaz de transpor os limites do individualismo é que poderá provocar danos morais à coletividade. De tal modo, para o reconhecimento de dano moral coletivo em autos de ação civil pública é imprescindível a inequívoca demonstração de grave e significativo instabilidade social, o que no presente caso, não se revela, diante do decidido pela MMª Juíza de piso que apenas reconheceu a nulidade da contratação, não havendo lesividade para o Município e à população Assisense.

A partir dessas premissas, afirma que (fl. 1.207):

In casu, depreende-se que os Agravantes sofreram a propositura de uma ação civil pública por ter, na qualidade de agentes públicos contratado a pessoa de José Liomar Gouvea para o cargo de motorista da FAC, que prestou efetivamente o trabalho para o qual foi contratado e recebendo pelos seus serviços, não causando qualquer dano ao erário público Municipal.

Superior Tribunal de Justiça

[...]

Requer a reconsideração ou a reforma da decisão agravada a fim de que seja provido o recurso especial, para reformar o acórdão recorrido.

Impugnação às fls. 1.223/1.234.

É O RELATÓRIO.

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 538.308 - SP
(2014/0126670-7)**

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MARIA HELOÍSA AFFONSO PINHEIRO
AGRAVANTE : LEONARDO CEZAR FERREIRA
ADVOGADOS : MARCOS DOMINGOS SOMMA E OUTRO(S) - SP068512
IVO SILVA - SP135767
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : FUNDAÇÃO ASSISENSE DE CULTURA FAC

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS COLETIVOS. POSSIBILIDADE.

1. Trata-se, na origem, de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo objetivando a condenação dos ora agravantes por ato de improbidade administrativa, consistente na contratação de servidor sem concurso público para o quadro de pessoal da Fundação Assisense de Cultura – FAC.

2. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo confirmou a sentença de procedência parcial do pedido, para anular a contratação impugnada na petição inicial e, outrossim, condenar os corréus, ora agravantes, ao pagamento de indenização a título de dano moral difuso em favor do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

3. As teses de prescrição da pretensão punitiva e de ilegitimidade ativa do *Parquet* estadual, arguidas no recurso especial, foram originalmente apreciadas na decisão monocrática de fls. 1.086/1.091, a qual foi parcialmente reformada pela Primeira Turma, tão somente para afastar o óbice da Súmula 7/STJ e, dessa forma, permitir o exame do mérito da controvérsia. Nesse diapasão, uma vez que a parte ora agravante não se insurgiu contra o sobredito *decisum* da Primeira Turma, é de rigor reconhecer que as referidas prejudicial e preliminar de mérito se encontram preclusas.

4. "A jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública" (AREsp 1.069.543/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/8/2017). Nesse mesmo sentido: AgRg no REsp 1.541.563/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 16/9/2015).

5. No que concerne aos elementos caracterizadores do dano moral coletivo, este Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que "a possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação

à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação tem levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa" (REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2014).

6. "Os danos morais coletivos se configuram na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, na qual é desnecessária a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo" (AgInt no AREsp 1.343.283/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 19/2/2020).

7. A exigência de concurso público tem por escopo não apenas assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da Administração, nos termos do art. 37, *caput*, da CF/1988, mas, ainda, permitir o recrutamento dos melhores dentre os candidatos às vagas, tanto assim que o descumprimento dessa diretriz está sujeito à nulidade, nos termos dos arts. 3º e 4º, I, da Lei da Ação Popular.

8. Nesse diapasão, evidencia-se que o ato ímprobo em tela efetivamente importou em abalo à confiança depositada pela comunidade local na Administração Pública do Município de Assis/SP. Com efeito, havendo contratação de servidores sem concurso, há presunção legal de ilegitimidade dessa conduta e também de lesividade que ultrapassa a simples esfera da Administração Pública para atingir, concomitantemente, valores da coletividade, que, com razão, espera e exige dos administradores a correta gestão da coisa pública e, sobretudo, o estrito cumprimento das leis e da Constituição.

9. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Como relatado, as teses de prescrição da pretensão punitiva e de ilegitimidade ativa do *Parquet* estadual foram originalmente apreciadas na decisão monocrática de fls. 1.086/1.091, a qual foi parcialmente reformada pela Primeira Turma tão somente para afastar o óbice da Súmula 7/STJ e, dessa forma, permitir o exame do mérito da controvérsia.

Confira-se, por oportuno, a respectiva certidão de julgamento (fl. 1.158):

[...]

*A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, **decidiu afastar a aplicação da Súmula 7/STJ, devolvendo os autos ao Relator para apreciação do mérito**, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa. Dispensada a lavratura de acórdão.*
(Grifo nosso)

Nesse diapasão, uma vez que a parte ora agravante não se insurgiu contra o sobredito *decisum* da Primeira Turma, é de rigor reconhecer que as referidas prejudicial e preliminar de mérito se encontram preclusas.

Quanto ao mais, melhor sorte não socorre a parte agravante.

Como cediço, "*a jurisprudência desta Corte orienta-se pela viabilidade de condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública*" (**AREsp 1.069.543/SP**, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 2/8/2017). Nesse mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO EM MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CABIMENTO.

1. Descumprido o necessário e o indispensável exame dos dispositivos de lei invocados pelo acórdão recorrido, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ.

2. Não cabe recurso especial contra acórdão fundamentado em matéria eminentemente constitucional.

3. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, é possível a condenação em danos morais coletivos em sede de ação civil pública.

Superior Tribunal de Justiça

Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.440.847/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 15/10/2014; REsp 1.269.494/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013.

[...]

(AgRg no REsp 1.541.563/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 16/9/2015) - Grifo nosso

Por sua vez, no que concerne aos elementos caracterizadores do dano moral coletivo, este Superior Tribunal já se manifestou no sentido de que "a possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação tem levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa" (REsp 1.397.870/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 10/12/2014).

Há que se considerar, ainda, que "os danos morais coletivos se configuram na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, na qual é desnecessária a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo" (AgInt no AREsp 1.343.283/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 19/2/2020).

Nesse mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. REJEITADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTENTE. SEGURANÇA ALIMENTAR. PREOCUPAÇÃO MUNDIAL COM A ALIMENTAÇÃO ADEQUADA, SAUDÁVEL, DE FORMA PERMANENTE E SUSTENTÁVEL. SISTEMA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL. EXPOSIÇÃO A VENDA DE PRODUTOS DETERIORADOS EM REDE DE SUPERMERCADOS. PUBLICIDADE ENGANOSA. SOBREPOSIÇÃO DE ETIQUETAS COM ALTERAÇÃO DA DATA

DE VALIDADE DO PRODUTO. QUEBRA DA CONFIANÇA DA COLETIVIDADE DE CONSUMIDORES. VÍCIOS E DEFEITOS. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONFIGURADOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. MANTIDO. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTENTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

[...]

8. Os danos morais coletivos configuram-se na própria prática ilícita, dispensam a prova de efetivo dano ou sofrimento da sociedade e se baseiam na responsabilidade de natureza objetiva, a qual dispensa a comprovação de culpa ou de dolo do agente lesivo, o que é justificado pelo fenômeno da socialização e coletivização dos direitos, típicos das lides de massa.

[...]

RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

(REsp 1.799.346/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 13/12/2019)

Tem-se, assim, que a caracterização do dano moral coletivo prescinde da existência de efetivo dano material ao erário, mormente diante do caso concreto, em que o ato ímprobo consistiu na contratação de servidor sem a necessária prévia aprovação em concurso público, em desrespeito ao previsto no art. 37, *caput* e II, da Constituição Federal.

De fato, consoante lição doutrinária de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ("Curso de Direito Administrativo". 32ª ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 287-288):

44. A Constituição estabelece o princípio da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei (art. 37, I) mediante concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvada a nomeação para cargos de provimento em comissão, assim declarados em lei, nos quais são livres a nomeação e a exoneração (art. 37, II).

[...]

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na Administração direta e indireta. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de outra natureza, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.

Superior Tribunal de Justiça

Impende acrescentar que a exigência de concurso público tem por escopo não apenas assegurar os critérios de probidade e impessoalidade da Administração, nos termos do art. 37, *caput*, da CF/1988, mas, ainda, permitir o recrutamento dos melhores dentre os candidatos às vagas.

Nesse contexto, não custa lembrar que, em diversos casos, a Lei da Ação Popular presume a lesividade. Senão vejamos:

Art. 3º Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão anuláveis, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

I - A admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais.

(Grifo nosso)

Destarte, evidencia-se que o ato ímprobo em tela efetivamente importou em abalo à confiança depositada pela comunidade local na Administração Pública do Município de Assis/SP. Com efeito, havendo contratação de servidores sem concurso, há presunção legal de ilegitimidade dessa conduta e também de lesividade que ultrapassa a simples esfera da Administração Pública para atingir, concomitantemente, valores da coletividade, que, com razão, espera e exige dos administradores a correta gestão da coisa pública e, sobretudo, o estrito cumprimento das leis e da Constituição.

Assim, como anteriormente consignado na decisão atacada, mostra-se correta a condenação dos agravantes ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AREsp 538.308 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2014/0126670-7

Número de Origem:
91330157320048260000

Sessão Virtual de 25/08/2020 a 31/08/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MARIA HELOÍSA AFFONSO PINHEIRO

AGRAVANTE : LEONARDO CEZAR FERREIRA

ADVOGADOS : MARCOS DOMINGOS SOMMA E OUTRO(S) - SP068512
IVO SILVA - SP135767

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES. : FUNDAÇÃO ASSISENSE DE CULTURA FAC

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MARIA HELOÍSA AFFONSO PINHEIRO

AGRAVANTE : LEONARDO CEZAR FERREIRA

ADVOGADOS : MARCOS DOMINGOS SOMMA E OUTRO(S) - SP068512
IVO SILVA - SP135767

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERES. : FUNDAÇÃO ASSISENSE DE CULTURA FAC

TERMO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 31 de agosto de 2020