EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.070.184 - MA (2017/0058474-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
EMBARGANTE	:	FRANCISCO PEREIRA FILHO
ADVOGADOS	:	JOSÉ HELIAS SEKEFF DO LAGO - MA007744 SEBASTIÃO MOREIRA MARANHÃO NETO - MA006297 CARLOS JOSÉ LUNA DOS SANTOS PINHEIRO - MA007452 EMANUELLE DE JESUS PINTO MARTINS - MA009754 FREDERICO DE SOUSA ALMEIDA DUARTE E OUTRO(S) - MA011681
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO MARANHÃO
INTERES.	:	HILDENÊ DE JESUS PEREIRA COSTA
INTERES.	:	JERÔNIMA FERREIRA PEREIRA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ATO DE IMPROBIDADE. ART. 10 DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO QUE CONSIGNA A OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). VERIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos contra decisão, assim ementada (fl. 781):

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ATO DE IMPROBIDADE. ART. 10 DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO QUE CONSIGNA A OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). VERIFICAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

O embargante sustenta omissão no tocante da analise do cerceamento de defesa operado pelo julgamento antecipado da lide sem o acatamento (injustificado) dos pedidos de prova apresentados; e ausência do elemento volitivo do agente – inexistência de má-fé e conduta dolosa ou culposa –, bem como na ausência de dano ao erário.

Com impugnação.

É o relatório. Passo a decidir.

Consoante previsão do artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de

declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

In casu, evidencia-se não ter ocorrido falta de clareza, insuficiência de fundamentação ou erro material a ensejar esclarecimento ou complementação do que já decidido.

Com efeito, no tocante a violação aos art. 130 do CPC/1973, é pacifico o entendimento desta corte no sentido de que inexiste cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de provas, além disso, a discussão sobre à necessidade de dilação probatória na espécie, implica necessariamente reexame dos fatos e provas delineados nos autos, providência que e vedada em face da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> **1. Inexiste cerceamento defesa quando julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de prova documental.**
>
> **2. O art. 131 do Código de Processo Civil consagra o princípio da persuasão racional, segundo qual o magistrado fica habilitado a julgar a demanda, conforme seu convencimento, "à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto", rejeitando, por conseguinte, "diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual"** (AgR no Ag 60.78/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 10/05). [...] (AgR no REsp 1.096.147/SC, Rel. Min. Arnaldo Estevs Lima, Primeira Turma, DJe 18/03201,**grifo nosso**).

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. APONTADA LEGALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.
>
> **[...] 3. É inviável rever, em sede de recurso especial, a adequação do**

julgamento antecipado da lide calcado em suficiência do conjunto probatório, incidindo o óbice da súmula 7/STJ. [...] (AgRg no AREsp 8407 / DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 09/04/2014, **grifo nosso**).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRE DO MANDATO. ART. 42 DA LC 101/2000. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO. REEXAME DE PROVAS: SÚMULA 7/STJ. CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO.
1. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.
2. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas. [...] (REsp 1252341 / SP. Rel. Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 17/09/2013, **grifo nosso**).

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO ENVIADA POR CORREIO ELETRÔNICO. INTEMPESTIVIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.
[...] 2. É inviável a discussão sobre cerceamento de defesa quando o aresto recorrido fundamenta seu convencimento em elementos constantes dos autos do processo, conforme o enunciado da Súmula 7/STJ. [...] (AgRg nos EDcl no AREsp 111803 / MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 15/04/2013, **grifo nosso**).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PROVA DOCUMENTAL INSUFICIENTE PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. REVISÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. A análise quanto à necessidade de dilação probatória, porquanto a prova documental acostada não era suficiente para o julgamento seguro da demanda, implica necessariamente reexame dos fatos e provas delineados nos autos, providência que não encontra espaço na via eleita, nos termos da Súmula 7/STJ.
2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 222485 / RN, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 25/03/2013, **grifo nosso**).

O Tribunal *a quo* analisando as condutas tidas por improbas, assim se manifestou (e-STJ fls. 466/467):

[...]

Do mesmo modo, tenho que está comprovada a prática de ato de improbidade administrativa, na forma do art. 10, XII da mencionada lei, pelo também apelante Francisco Pereira Filho, irmão e filho, respectivamente, das recorrentes Hildenê de Jesus Pereira Costa e Jerônima Ferreira Pereira. Isso porque ficou demonstrado nos autos ter sido ele quem intermediara, junto ao então Chefe do Executivo municipal, Manoel Mábenes Cruz da Fonseca - ora também demandado a nomeação das sobreditas apelantes para que exercessem indevidamente cargos comissionados na Prefeitura de Paçodo Lumiar.

Tal conclusão se mostra evidente a partir das provas que instruem o processo,em especial os Recibos de Pagamento a Autônomo (fls. 23-25, vol. I), as cópias das folhasde pagamento do Município de Paço do Lumiar, referentes aos anos de 2001 e 2002 (fls. 50-60 e 68-78, vol. I) e os Termos de Declarações dos próprios apelantes (fls. 38 e 45/46, vol.I), em que estes assumem a prática das condutas tidas nos presentes autos comocaracterizadoras dos atos de improbidade administrativa.

Destaco, ainda, os termos de depoimentos das testemunhas Adilma Macedo Lima (fls. 94/95, vol. I), Maria Cléa Batista Alves (fl. 100, vol. I) e Manoel Antonio Rocha Fonseca (f/. 101, vol. I), pessoas responsáveis pelo setor em que, teoricamente, estariamlotadas as apelantes Hildenê de Jesus Pereira Costa e Jerônima Ferreira Pereira, os quais declararam não conhecer as recorrentes nem ter ciência de que elas prestavam algumserviço ao Município.

Assim, de modo diverso do que alegado pelos apelantes, verifico que as provas que guarnecem os autos evidenciam a prática dos atos de improbidade administrativa a eles imputados, na medida em que a percepção de remuneração em razão de nomeação a cargo . público sem a devida contraprestação, sem dúvida, gera dano ao erário, devendo responder por tais atos não apenas aqueles que enriquecem ilicitamente às custas do patrimônio público, como também todos que de qualquer forma corroboraram dolosamente para a realização do ato ímprobo.

Como dizer que não houve enriquecimento ilícito e, consequentemente, prejuízo ao patrimônio público, quando um funcionário recebe remuneração do Município sem comparecer ao trabalho? Na mesma linha, como aceitar nomeação a cargo público, auferir a renda respectiva e não prestar qualquer serviço, sem que haja deliberação voluntária nesse intento Certamente, os apelantes sabiam o que estavam fazendo e agiam voluntariamente nesse sentido, caracterizando o dolo.

[...]

À luz da atual jurisprudência do STJ, para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, **ao menos, culpa.**

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LEI N. 8.429/92. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NECESSIDADE DE FAZER FRENTE À OUTRAS DESPESAS. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO ATO REPUTADO ÍMPROBO AO TIPO PREVISTO INDIGITADO DISPOSITIVO.
> **1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. Precedentes: AgRg no Ag 1.386.249/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/4/2012; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zvascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010; e AgRg no AREsp 21.662/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/2/2012.**
> [....]
> 6. Recurso especial provido (REsp 1206741 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2015, **grifo nosso**).
>
> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE NO PAGAMENTO DE BENEFÍCIOS DO INSS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO ÍMPROBO E A NÃO OCORRÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DE DANO AO ERÁRIO COM RELAÇÃO A ALGUNS DOS RÉUS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.
> **1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo.**
> 2. O Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, com suporte em análise circunstancial do acervo fático-probatório, consignou que de "suma importância separar, primeiramente, os servidores que, efetivamente, emitiram os cheques, daqueles que, apenas, preencheram os Formulários de Cheques Emitidos, porque estes não tinham a atribuição ou obrigação de exercer a fiscalização ou mesmo o controle dos cheques que eram listados", e, porquanto, as

condutas realizadas "não se afiguram ímprobas (desonestas e desleais), porque não há prova que houve enriquecimento ilícito (artigo 9º); porque não ficou demonstrado que de suas condutas resultaram ou contribuíram em prejuízos ao Erário Público (artigo 10) e porque não ficou configurada infringência a princípios da Administração Pública (artigo 11)".
3. Uma vez tendo a instância ordinária asseverado a não ocorrência de dano ao erário e enriquecimento ilícito, não comprovação do ato de improbidade, e, ainda, não infringência a princípios da Administração Pública, rever esta conclusão esbarra na Súmula n. 7 desta Corte Superior.
4. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1.386.249/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/4/2012, grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA. PRETENSÃO RECURSAL QUE ESBARRA NO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a Lei 8.429/99, "é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (REsp 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12).
2. O Tribunal de origem concluiu, diante do caso concreto, pela ausência dos elementos aptos à configuração do ato de improbidade administrativa.
3. A inversão do julgado, nos termos propostos pelo Ministério Público Federal, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nos termos da Súmula 7/STJ.
4. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido" (REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/11).
5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 107.758/GO, Primeira Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 10/12/2012, **grifo nosso**).

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. VIOLAÇÃO DO ART. 330, I, DO CPC. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO COM BASE NA AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS

AUTOS À ORIGEM. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. ART. 10 DA LIA. DANO PRESUMIDO. EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DO DANO. DESVIO DE VERBAS. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Embora seja permitido o indeferimento do pedido de produção de prova para se julgar antecipadamente a lide, não é aceitável que a condenação assente-se exatamente na falta da comprovação do direito que se pretendia provar, sob pena de contrariedade ao direito de defesa e ao art. 330 do CPC. Precedentes.

2. Na hipótese, apesar de a Corte de origem ter atestado a desnecessidade da prova pericial - o que evidentemente não pode ser revisado no apelo nobre, ante o óbice da Súmula 7/STJ - a condenação não se fundamentou nos elementos probatórios já existentes nos autos, mas na ausência de comprovação do direito da parte prejudicada. Isso está evidenciado no seguinte trecho do decisum: "Também deve ser mantida a condenação do primeiro apelante (art. 10, LIA) (...) já que o recorrente não trouxe nenhum fundamento, tampouco uma prova que demonstre o contrário" (e-STJ fl. 819). Nesse cenário, não é possível aplicar os precedentes exarados pelas Turmas de direito público que obstam, no recurso especial, o reexame das conclusões da instância ordinária quanto às hipóteses do art. 330, I e II, do CPC. O acolhimento dessa preliminar quanto a um dos recorrentes dispensa a análise dos demais tópicos recursais a ele relativos e confere-lhe o direito à reabertura da instrução probatória.

3. As condutas descritas no art. 10 da LIA demandam a comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-las por mera presunção. O acórdão recorrido concluiu, quanto aos demais recorrentes, que a mera realização de despesa pública sem o prévio empenho caracteriza ato de improbidade ensejador de lesão ao erário, admitindo a existência de dano presumido, por impedir o controle dos gastos públicos. Esse entendimento destoa da jurisprudência do STJ, devendo ser afastada a condenação nesse particular.

4. No tocante ao desvio de verbas imputado a uma das recorrentes, a Corte Estadual reconheceu a existência de dano efetivo ao erário, quantificando-o com base nas provas existentes nos autos. Nesse aspecto, as considerações tecidas pelo Tribunal a quo são soberanas, sendo vedado reexaminar os elementos fático-probatórios da lide no âmbito do apelo nobre. Aplica-se o óbice constante na Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial interposto por Fábio Fernandes Fonseca provido para anular o acórdão recorrido e determinar a abertura da instrução probatória. Recurso especial de Izabel Cristina Veloso Pinto Costa provido. Recurso de Vera Lúcia Meira Araújo provido em parte.

(REsp 1228306/PB, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 18/10/2012, **grifo nosso**).

Sendo assim, o Tribunal a *quo* ao entender demonstrado a efetiva ocorrência de prejuízo ao erário para a caracterização do ato improbo previsto no art. 10, XII, e a presença do **elemento subjetivo (dolo**) quando bastaria a presença de culpa, decidiu em

conformidade com a jurisprudência desta Corte.

Além do mais, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, que o Tribunal de Origem atestou a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, XII, da lei 8.429/92, diante da ocorrência de dano ao erário público e a presença do elemento subjetivo (dolo). Assim, a reversão do entendimento exarado no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, **rejeito** os aclaratórios.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro BENEDITO GONÇALVES
Relator