RECURSO ESPECIAL Nº 1.785.671 - SP (2018/0327722-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE	:	NEUZA REGINA GERALDI
ADVOGADOS	:	GABRIEL MARCILIANO JUNIOR E OUTRO(S) - SP063153
		ADRIANA BERTONI BARBIERI - SP139569
		FELIPE DE ALMEIDA CASTRO - SP375061
RECORRIDO	:	MUNICIPIO DE LARANJAL PAULISTA
PROCURADORES	:	ROSA MARIA TIVERON - SP100675
		REINALDO COUTO - SP287907
INTERES.	:	ALCIDES DE MOURA CAMPOS JUNIOR
INTERES.	:	ROBERTO FUGLINI
ADVOGADOS	:	ANUAR FADLO ADAD - SP190583
		CAIO AUGUSTO CAMACHO CASTANHEIRA - SP298864

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DE HORAS EXTRAS POR AGENTE PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO COMISSIONADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 568/STJ. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por Neuza Regina Geraldi, com fundamento no artigo 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fls. 576 e-STJ):

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
> Pagamento de horas extras a servidora comissionada. Ilegal o pagamento de horas extraordinárias a servidor comissionado, dada a natureza da função exercida. Ausência de autorização legal ou constitucional para o pagamento de tal verba. Configurado o ato ímprobo do ex-prefeito e da servidora beneficiada. Não demonstrado, por outro lado, conduta que afronte a moralidade administrativa advinda do Secretário Municipal de Saúde à época dos fatos.
> Improbidade. Caracterizada a prática de atos dessa natureza (art. 9º, inciso I, e 10, caput, da Lei 8.429/92). Inequívoco o enriquecimento ilícito da funcionária, bem como o prejuízo ao erário. Sentença mantida no tocante à condenação.
> Reprimendas. Sanções aplicadas observaram corretamente os parâmetros legais (art. 12, I e II, da Lei 8.429/92).
> Recurso não providos.

Nas razões de ambos recursos especiais, a recorrente aponta violação ao art. 9º

e 10 da Lei 8.429/92, sustentando que a conduta a ela atribuída não é ilegal, tampouco ímproba, vez que *não há qualquer reprovabilidade subjetiva na conduta da recorrente. A recorrente obteve valores extras por seu trabalho extra* (fl. 602 e-STJ). Ademais, defende que não há falar em má-fé ou prejuízo ao erário, de modo que a ação civil pública por improbidade administrativa deve ser julgada improcedente.

Sem contrarrazões (fl. 674 e-STJ).

Decisão de admissibilidade às fls. 683/685 e-STJ.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 693/701 e-STJ, opina pelo provimento do apelo nobre.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente, é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ*: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC"*.

No que diz respeito à configuração de ato de improbidade administrativa por parte da recorrente que teria recebido horas extras quando exercia cargo comissionado, manifestou-se o Tribunal de origem (fls. 579/584 e-STJ):

> Segundo consta, o então Prefeito Municipal, Roberto Funglini, nomeou a servidora Neuza Regina Cinto Geraldi para ocupar cargos em comissão durante seu mandato, no período compreendido entre 21.05.02 e 16.12.08 (fls. 13/23), pagando a rim, durante este interregno, horas extraordinárias pelo trabalho exercido.
> [...]
> Os cargos em comissão "... são aqueles vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los com liberdade, a qual também pode exonerar ad nutum, isto é, livrementJ, quem os esteja titularizando." (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO -"Curso de Direito Administrativo" - 32' ed. - Ed. Malheiros - p. 312), e como tal, os servidores ocupantes de tais cargos estão condicionados a horários diferenciados de trabalho, com maior flexibilidade, devendo estar disponíveis quando solicitados sem que isso configure exercício extraordinário da função.
> [...]
> Indevidos os pagamentos efetuados a título de horas extras a ré Neuza.
> [...]
> Inarredável reconhecer presentes, nesse proceder, em todos seus contornos, inclusive quanto ao elemento subjetivo, os pressupostos da improbidade em exame, a justificar o acolhimento da demanda quanto à ré Neuza e ao ex-prefeito.
> O procedimento ultrapassa a simples desatenção, descuido, desleixo ou lapso administrativo, evidenciando manifesta intenção no resultado sem observar o ordenamento jurídico aplicável ao caso.
> Cabe ao Administrador e ao funcionário público zelo com o erário e obediência a determinados requisitos legais.
> [...]
> Assim, pela natureza do cargo ocupante pela ré, era mesmo inadmissível o pagamento de horas extraordinárias.

Com efeito, verifica-se que o Tribunal de origem fundamentou a condenação do ora recorrente pela prática de ato de improbidade administrativa a partir da premissa de que há elemento subjetivo pelo mero recebimento da verba sem a observância do ordenamento jurídico aplicável ao caso que prevê a inadmissibilidade do pagamento de horas extras aos ocupantes de cargo em comissão.

Assim sendo, é certo que o acórdão recorrido vai de encontro à orientação desta Corte Superior no sentido de que a condenação por ato de improbidade administrativa depende da demonstração efetiva do elemento subjetivo dos ilícitos civis e que não há falar em ato de improbidade administrativa consubstanciado no recebimento de horas extras por agente público ocupante de cargo comissionado.

A propósito, destaca-se os seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE. SÚMULA 7/STJ. ARESTO COM DUPLA FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. DANO AO ERÁRIO. PRESUMIDO. DANO IN RE IPSA. EXISTÊNCIA DE DOLO E MÁ-FÉ. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. COMUNICABILIDADE DA COISA JULGADA OPERADA EM AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. TRIBUNAL A QUO RECONHECEU QUE O TÍTULO JUDICIAL FUNDOU-SE NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. REVER A POSIÇÃO IMPLICA O REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. A inexigibilidade de licitação preceituada no art. 25, II, da Lei n. 8.429/1992 exige a consubstanciação de três elementos: a) serviço técnico profissional especializado; b) referir-se a profissional ou a empresa com notória especialização; e c) natureza singular do serviço prestado. Na espécie, o aresto recorrido afastou a singularidade do serviço lastreado no acervo probatório dos autos. Dessa forma, alterar a conclusão do referido julgado implicaria nítida violação da disposição da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."
>
> 2. O aresto combatido possui dupla fundamentação, infraconstitucional e constitucional, entretanto, a parte não interpôs recurso extraordinário. Logo, inviável o apelo nobre por força da Súmula 126/STJ: "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário."
>
> 3. **No tocante à necessidade de comprovação de dolo e má-fé nos atos de improbidade "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"** (REsp 997.564/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, in DJe 25/3/2010). No presente caso, o Tribunal de origem

reconheceu o elemento subjetivo necessário à subsunção da supracitada norma. Assim, alterar a conclusão do julgado quanto à presença do dolo e má-fé do agente administrativo enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial.
Incidência da Súmula 7/STJ.
4. Quanto à comunicabilidade da coisa julgada, saliento que este é um instituto de manutenção da estabilidade das decisões emanadas pelo Poder Público. Por força do art. 935 do Código Civil, a coisa julgada operada no título criminal somente se comunica com a esfera administrativa/civil quando negada a existência do fato ou da autoria.
5. Na espécie, a controvérsia reside no conteúdo do título judicial prolatado no Habeas Corpus n. 27344-5/217. Apesar de o recorrente alegar que o título judicial sob comento reconheceu a inexistência material do fato e afastou a autoria do insurgente, o Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, consubstanciou, no acórdão recorrido, entendimento diverso. Dessa forma, rever a posição do aresto impugnado quanto à ausência de elementos viabilizadores da comunicabilidade da coisa julgada implicaria clara ofensa a Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." 6. Recursos especiais não conhecidos.
(REsp 1431610/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 26/02/2019)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL DE PAULO SÉRGIO ALMEIDA LEITE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREMISSAS FÁTICAS ASSENTADAS PELO JUÍZO DE ORIGEM. VALORAÇÃO JURÍDICA DA PROVA. POSSIBILIDADE NÃO VEDADA PELA SÚMULA 7/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DA MORALIDADE PÚBLICA. EXIGÊNCIA DO DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART. 10. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS A SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO COMISSIONADO. ART. 11 DA LIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DOLO, AINDA QUE GENÉRICO, DE ATUAÇÃO CONTRA NORMAS LEGAIS. ENTENDIMENTO DO TCU PELA OBRIGATORIEDADE DO PAGAMENTO.
1. A valoração jurídica das premissas fáticas incontroversas assentadas no acórdão recorrido configura hipótese não vedada pela Súmula 7/STJ. Precedentes.
2. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes.
3. Na espécie dos autos, em que se versa sobre o pagamento de horas extras prestadas por servidor público ocupante de cargo comissionado (que se amolda, em princípio, aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 - patrimônio público imaterial), há acórdão do TCU no sentido da obrigatoriedade de tal pagamento: "Análise da matéria. - Hora Extra. Obrigatoriedade do pagamento a servidores comissionados." (TCU, Decisão 479/2000 - Plenário, julgado em 7 de junho de 2000, Processo: 000.549/2000-9).

> 4. **No caso, a autorização para pagamento de horas extras prestadas por servidores públicos ocupantes de cargo em comissão não configura o dolo, ainda que genérico, de se conduzir deliberadamente contra as normas legais, o que descaracteriza o ato de improbidade do art. 11 da LIA.** Nesse sentido: AgRg no AgRg no Ag 1.376.280/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2012.
> 5. Agravo interno não provido.
> (AgInt no REsp 1425071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 10/09/2018)

Dessa forma, incide a Súmula 568/STJ segundo a qual *o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*

No mesmo sentido, o parecer do Ministério Público Federal (fls. 698/699 e-STJ):

> Como se sabe, "O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes." (AgInt no REsp 1425071/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Dje 10/09/2018).
> Na espécie, o que se vê é a simples afirmação de que a conduta contrariava o ordenamento jurídico e, por isso, o então Prefeito e a agora Recorrente agiram com dolo ou culpa, merecendo a condenação nos moldes da Lei de Improbidade Administrativa. E no caso da Recorrente há se destacar sua boa-fé no recebimento dos adicionais, revelada inclusive na forma como o Município de Laranjal Paulista descobriu o (suposto) ilícito: ao ser citado em ação trabalhista ajuizada pela Recorrente, postulando o ressarcimento de horas extras trabalhadas e não pagas. Estivesse ela agindo de má-fé – o que tampouco está consignado no acórdão –, jamais teria levado o fato ao conhecimento da Justiça Trabalhista.

Sendo assim, o acórdão recorrido merece reforma, eis que o recebimento de valores referentes ao pagamento de horas extras trabalhadas por agente público ocupante de cargo em comissão não configura ato de improbidade administrativa por si só.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015 c/c o art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação supra, com extensão dos efeitos do julgamento ao corréu Roberto Fuglini, nos termos do art. 1.005 do CPC/2015.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator