RECURSO ESPECIAL Nº 1.795.573 - SP (2018/0095035-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
RECORRENTE	:	LEANDRO ROGERIO DE OLIVEIRA
ADVOGADOS	:	ADMAR GONZAGA NETO - DF010937
		MARCELLO DIAS DE PAULA - DF039976
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIO SEM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. INDICADA OFENSA AO ART. 1022 DO CPC/2015. OMISSÃO CARACTERIZADA. NULIDADE DO ACÓRDÃO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por Leandro Rogerio de Oliveira, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, em face do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 452 e-STJ):

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Contratação de funcionário sem concurso público pela Municipalidade - Irregularidade - Concurso Púbico n.º 01/2010 para provimento de vagas para o mesmo cargo de Fisioterapeuta em vigor, com candidatos aprovados e não nomeados - Dano ao erário - Aplicação das sanções do art. 12, inc. II, da Lei 8.429/92 - Sentença de procedência mantida - Recurso não provido.

Opostos embargos infringentes, foram acolhidos em acórdão assim ementado (fl. 505 e-STJ):

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Vícios de omissão não caracterizados - Recurso de caráter meramente infringente - Embargos rejeitados.

Nas razões do recurso especial, o recorrente aponta violação ao art. 1022 do CPC/2015, sustentando que o Tribunal de origem não se manifestou acerca das teses de ausência de demonstração do elemento subjetivo e quanto à inobservância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das penas. Ademais, aponta ofensa aos seguintes dispositivos: a) 489, II e III, do CPC/2015, a fim de que a sentença seja declarada nula ante a falta da fundamentação; b) 11 da Lei 8.429/92, uma vez que não ficou demonstrado o elemento subjetivo necessário à condenação por ato de improbidade administrativa; c) 12, III, da Lei 8.429/92, sustentando que as penalidades aplicadas revelam-se desproporcionais e, portanto, merece ser revalorada.

O Ministério Público de São Paulo apresentou contrarrazões às fls. 589/591 e-STJ.

Decisão de inadmissibilidade às fls. 596/598 e-STJ.

A decisão de fls. 703/704 e-STJ determinou a reautuação do agravo em recurso especial.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 714/721 e-STJ, opina pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório. Passo a decidir.

Inicialmente é necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 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"*.

Na hipótese dos autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública por improbidade administrativa em face do ora recorrente, ex-Presidente da Câmara Municipal de General Salgado/SP e designado, à época, para assumir o cargo de prefeito municipal, sob a alegação de ter indiretamente contratado fisioterapeuta para o asilo da cidade com desvio de finalidade a fim de obter apoio político de mais uma família do município.

O Tribunal de origem manteve a sentença de procedência da demanda e consignou que estão presentes os pressupostos necessários à condenação do ora recorrente por ato de improbidade administrativa consubstanciado no art. 11 da Lei 8.429/92 - violação aos princípios da Administração Pública.

A propósito, o seguinte excerto (fls. 454/459 e-STJ):

> Da leitura dos autos, verifica-se que o Asilo Maria Donizete Zoccal, contratou diretamente e sem concurso público, em 1°.04.2013, Taiane Camila Gambi, para exercer o cargo de físioterapeuta, com a remuneração de R$ 1.200,00 mensais. **Nessa ocasião vigorava o Concurso Público n° 01/2010, no qual foram aprovados fisioterapeutas não nomeados até 21.05.2013 (fls. 27/28 e 30/33).**
>
> [...]
>
> Restou, ainda, demonstrado ter o apelante adotado esse rumo por interesse pessoal para beneficiar terceiro, pois **entrou em contato com o Presidente do Asilo e solicitou a contratação ora questionada, mediante promessa de aumentar os subsídios repassados ao asilo.**
>
> Com efeito, pelos documentos acostados aos autos, verifica-se ter o repasse, no mês da contratação, aumentado de R$ 5.697,00 para R$ 6.281,00. Ademais, o fisioterapeuta Marcelo Gabriel, que já trabalhava na entidade, inicialmente contratado com o salário de R$ 1.866,00, passou a perceber R$ 1.250,00. Ora, somando-se o aumento do repasse (R$ 584,00) com a diminuição da remuneração do fisioterapeuta Marcelo Gabriel (R$ 616,00), tem-se exatamente o valor da remuneração da contratada Taiane Gam.bi (R$ 1.200,00) (fls. 32, 54/59 e 68/70).
>
> **A testemunha Aldair da Silva Giametei, presidente do Asilo à época, afirmou: "[o] réu entrou em contato comigo e disse que iria contratar Taiane para trabalhar como fisioterapeuta no asilo. Ele afirmou que a prefeitura iria pagar o salário dela. Foi ele quem definiu quanto seria pago à nova contratada." E continua: "esclareço que, embora Marcelo tenha continuado a cumprir a mesma carga horária, o salário dele foi reduzido." (fls. 180).**
>
> **Já a testemunha Gláucia Gimenez Barbosa, proprietária de jornal no Município de General Salgado, relatou ter recebido inúmera denúncias de**

> **estar o então prefeito utilizando-se da administração para fins eleitoreiros e que havia contratado uma moça da família Gambi para trabalhar como fisioterapeuta do asilo, sem concurso público (fls. 179).**
> Acrescente-se, também, **a comprovação de ser a remuneração paga a Taiane Camila Gambi superior à praticada no mercado, em razão da carga horária de duas horas semanais (fls. 30, 33, 49 e 221).**
> Afigura-se nítida a lesividade ao interesse público na gestão de recursos do patrimônio coletivo, pois é esperado que o administrador público contrate apenas o número de servidores necessários para a realização das atividades, de forma eficiente.
> Além disso, não se vislumbra a ocorrência efetiva e regular do processo seletivo ao qual se submeteu a contratada, pois não se confirmou a existência de qualquer critério objetivo de avaliação, a se concluir que, em verdade, não houve teste selecionador, com violação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência.
> Desta forma, demonstrado que as condutas imputadas ao réu estão previstas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, devem ser aplicadas as penas previstas no art. 12, inc. III, da Lei 8.476/92.
> **Fica mantida a condenação às sanções de ressarcimento ao erário do dano causado; proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos; pagamento de multa no valor de dez vezes a remuneração recebida à época dos fatos; perda de eventual função pública.**
> (Sem destaque no original)

Opostos embargos de declaração pelo ora recorrente, este sustentou que o Tribunal de origem não se manifestou acerca das teses de ausência de demonstração do elemento subjetivo e quanto à inobservância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das penas.

Com efeito, observa-se que o Tribunal de origem se manteve omisso quanto aos fundamentos que o levaram a concluir pela proporcionalidade e razoabilidade na dosimetria das penalidades impostas. Assim, não obstante a relevância da questão mencionada, suscitada em momento oportuno, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre elas, mesmo após a oposição de embargos de declaração e a determinação desta Corte Superior, restando, portanto, omisso o acórdão recorrido.

Para fins de conhecimento do recurso especial, é indispensável a prévia manifestação do Tribunal *a quo* acerca da tese de direito suscitada, ou seja, a ausência de prequestionamento impede o conhecimento do recurso (Súmulas 282 e 356 do STF e Súmula 211/STJ). Assim, tratando-se de questão relevante para o deslinde da causa que foi suscitada no momento oportuno e reiterada em sede de embargos de declaração, a ausência de manifestação sobre ela caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973. Verificada tal ofensa, em sede de recurso especial, impõe-se a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração, para que seja proferido novo julgamento suprindo tal omissão.

No mesmo sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO CARACTERIZADA.
> I - É omisso o acórdão que deixa de manifestar-se sobre questões relevantes, oportunamente suscitadas e que poderiam levar o julgamento a um resultado diverso do proclamado. Nessas condições, a não apreciação de tese, à luz de dispositivos constitucional e infraconstitucional indicados a tempo e modo, impede o acesso à instância extraordinária.
> II - A Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.
> III - Agravo Regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1395468/PE, 1ª Turma, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJe 03/09/2015)
>
> PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. APELAÇÃO. SUPOSTA INTEMPESTIVIDADE. OMISSÃO CONFIGURADA.
> 1. Apesar de provocada pela via dos embargos declaratórios, a Corte de origem não se pronunciou efetivamente sobre a tese articulada em torno da ocorrência de julgamento *extra petita* e de *reformatio in pejus* consistentes na redução da alíquota do ITCD sem que houvesse apelação do contribuinte, mas apenas do Fisco Estadual.
> 2. Caracterizado o vício da omissão, impõe-se o reconhecimento de ofensa ao art. 535 do CPC, anulando-se o acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração e determinando-se o retorno dos autos à origem para que seja sanada a eiva apontada, prejudicada a análise dos demais tópicos.
> 3. Recurso especial provido.
> (REsp 1.187.583/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 17.5.2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL *A QUO*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. OCORRÊNCIA.
> 1. Caracteriza-se ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil se o Tribunal de origem deixar de pronunciar-se acerca de matéria veiculada pela parte sobre a qual era imprescindível manifestação expressa. Determinação de retorno dos autos para que se profira nova decisão nos Embargos de Declaração.
> 3. Embargos Declaratórios acolhidos com efeitos infringentes.
> (EDcl no AgRg no REsp 1.137.175/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 6.4.2010)

Insta salientar, outrossim, que não há falar em negativa de prestação jurisdicional quanto à existência de elemento subjetivo necessário à configuração do ato de improbidade administrativa. Isso porque está consignado no acórdão recorrido toda a laboração por parte do recorrente a fim de que a contratação se efetivasse, tanto que *entrou em contato com o Presidente do Asilo e solicitou a contratação ora questionada, mediante promessa de aumentar os subsídios repassados ao asilo* (fl. 457 e-STJ). Além disso, houve a *comprovação de ser a remuneração paga a Taiane Camila Gambi*

superior à praticada no mercado (fl. 459 e-STJ).

Assim, quanto ao ponto, verifica-se que ficou suficientemente evidenciado o elemento subjetivo necessário à configuração do ato como improbidade administrativa, nos termos acima dispostos, ou seja, foi demonstrada na fundamentação do acórdão recorrido a vontade livre e consciente do recorrente para praticar o ato.

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, V, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, *c*, do RISTJ, dou provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento dos embargos de declaração, prejudicadas as demais insurgências.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator