

02/09/2014**Sem Resolução de Mérito->Extinção->Indeferimento da petição inicial**

Processo n.º 1613-17.2011.811.0025

Código: 81884

Ação: AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

Requerido: JOSÉ GUEDES DE SOUZA

S E N T E N Ç A

Vistos etc.

1. Cuida-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO em face de JOSÉ GUEDES DE SOUZA.

2. Inicial e documentos, às fls. 05/81.

3. Despacho inicial às fls. 83.

4. Edital de notificação, às fls. 107/107-v.

5. Certidão de decurso de prazo, fls. 111.

6. Manifestação Escrita, às fls. 113/187.

7. Documentos acostado à Manifestação Escrita às fls. 142/186.

8. Manifestação Ministerial, fls. 188/190.

9. É O RELATÓRIO.

10. FUNDAMENTO E DECIDO.

I – DOS FATOS

11. Cuida-se de procedimento especial regido pela Lei 8429/92, cujo rito vem estabelecido nas letras do artigo 17. Nesta senda, o § 8.º determina que haja decisão fundamentada nos casos ali transcritos.

12. Desta forma, o indeferimento da inicial é medida que se impõe por dois motivos a seguir transcritos.

1.1 – DO INDEFERIMENTO DA INICIAL

13. Primeiramente, cumpre salientar que o legislador não retirou a necessidade de descrição pormenorizada dos atos caracterizadores de improbidade administrativa, com a imprescindível tipificação legal do ato aos artigos da lei.

14. Aliás, considerando que a lei de improbidade administrativa contém em seu bojo um misto de natureza cível e criminal, não há lugar para se pensar que o ente acusatório estaria despido ou, melhor dizendo, isento desta obrigação.

15. Portanto, se pensarmos na atual Constituição Federal, que estabelece os limites da atuação do Estado e confere ao cidadão direitos e garantias fundamentais contra abusos ou excessos de poder, verifica-se a impossibilidade do procedimento genérico para que, no seu curso, apure se houve ou não falta funcional, por prática ilegal, a ensejar sua tipificação em um dos atos de improbidade elencados em um dos artigos da referida lei.

16. Obviamente que, para submeter alguém ao pólo passivo de uma ação penal, é fundamental que a denúncia contenha respaldo indiciário, não menos verdade, e também se demonstre imprescindível em sede de improbidade administrativa, em face do seu cunho penal sancionatório.

17. Portanto, não é suficiente a singela descrição genérica de um ato de improbidade, em tese, para ensejar o recebimento da inicial acusatória, que deve, necessariamente, apresentar-se lastreada por elementos que evidenciam a viabilidade da acusação.

18. Não havendo descrição típica, não é lícito nem factível que ainda ocorram acusações genéricas contra a honra de quem quer que seja. O direito não permite procedimentos de caráter aberto, sem que haja justa causa, contra agentes públicos, esta é a regra a ser seguida pois é garantia mínima do cidadão que não será molestado sem o devido processo legal .

19. Cabe lembrar que, para a configuração do ato administrativo como ímprobo, ele deverá conter a tipicidade da conduta do agente público, configurada em um dos casos previstos na Lei n.º 8.429/92. Ademais, sendo a tipicidade a subsunção da conduta do agente público com um ou mais tipos descritos na Lei de Improbidade Administrativa, certamente faltando tipificação, há ausência de justa causa por falta de tipicidade, ensejando com isso, o indeferimento da inicial.

20. Não é suficiente somente a acusação, ela deverá identificar claramente, através de provas ou de sólida justificação, o elemento subjetivo do ilícito antes de atingir o status dignitatis do agente público.

1.2 – DA AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA

21. Como segundo fundamento - ou seja, quanto à não ocorrência de ato de improbidade – vale trazer à baila aresto oriundo do Superior Tribunal de Justiça que, acertadamente, considera indispensável a demonstração do elemento subjetivo da conduta, cujo teor assim segue transcrito:

“Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos

culposa, nas do art. 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1 T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006).

22. Aliás, vale lembrar que o reconhecimento de uma ilegalidade não confere lastro ao reconhecimento e tipificação de improbidade administrativa.

23. Para que se tenha a subsunção da conduta às normas contidas nas letras da Lei n.º 8.429/92, é necessária a conjugação da tipificação legal e, impreterivelmente, por ser imperativo para configuração do ato ímprobo, que haja a culpa ou o dolo do agente, não podendo ele ser punido apenas pelo agir equivocado, muitas vezes decorrente do próprio risco da atividade de gestor da coisa pública.

24. Nesse sentido, discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro :

“O enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.”

25. Da leitura dos respectivos dispositivos legais, verifica-se que, com exceção do art. 10 (atos que causam prejuízo ao erário), não há previsão expressa acerca do elemento subjetivo, pelo que alguns passaram a defender a tese de que não haveria necessidade de se demonstrar o dolo ou a culpa.

26. Contudo, tal posicionamento não se fortificou no âmbito jurisprudencial e na doutrina majoritária. Primeiro, porque a responsabilidade subjetiva é a regra, especialmente em se tratando de uma norma de natureza punitiva (independentemente de se tratar de norma penal ou extrapenal), cabendo a previsão expressa da responsabilidade objetiva; segundo, porque o conceito de improbidade nos remete à desonestidade, o que certamente não se coaduna com o erro, com o risco da atividade, mas sim com a má-fé.

27. Mais uma vez, são os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro :

“A responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano.” (grifo nosso).

28. Como já salientado, não restam dúvidas, ainda, quanto à necessidade da comprovação de dolo do agente – ao menos de dolo genérico – para caracterizar improbidade administrativa por violação dos princípios da administração pública. O entendimento foi sufragado pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento ao recurso especial do ex-prefeito Celso Tozzi, de Andará (PR).

29. No julgamento do recurso especial nº 765.212, cujo relator foi o Ministro Herman Benjamin, a Turma considerou que, para efeito do artigo 11, há, sim, necessidade de estar configurado na conduta do agente pelo menos o dolo genérico, ou seja, a vontade manifesta de praticar ato contrário aos princípios da administração. Portanto, extrai-se do referido acórdão que “Não há falar em tipicidade da conduta do recorrente, já que não foi comprovado ao menos o dolo genérico”.

30. À respeito, Marcelo Figueiredo se debruça sobre a questão de forma bem aprofundada:

“De fato, ao deitarmos alguma reflexão sobre o dispositivo comentado, algumas apreensões nos vêm à mente. A primeira relativa à elasticidade do conceito legal de ato de improbidade administrativa. É certo que a Constituição (art. 37, §4º) determina

que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstos em lei. Contudo, a lei integradora da vontade constitucional foi além do razoável ao dispor que 'constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa ou culposa...'. Ao que parece, o legislador infraconstitucional levou longe demais o permissivo da Lei Maior, ausente proporcionalidade e razoabilidade no dispositivo legal. Assim, se não inconstitucional, o dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição.

(...) Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional. A preocupação não é meramente acadêmica ou fruto de devaneio intelectual. Ao contrário, o agente que violar o art. 10 sofrerá as conseqüências do art. 12. I, severas como vimos de ver. Tal linha de raciocínio, segundo cremos, deve presidir a interpretação de toda a lei, que falha, ora por erros de redação, má técnica, ora pelo conteúdo." (grifos nossos).

31. Como se vê, a lei infraconstitucional acabou por abraçar, erroneamente, a teoria da responsabilidade objetiva do agente público, equiparando as condutas dolosas, devassas, imorais, às condutas praticadas com boa-fé, sem qualquer intenção de causar prejuízo ao erário.

32. Em auxílio ao que já foi exposto, Aristides Junqueira Alvarenga extrai firme lição:

"É também de José Afonso da Silva a afirmação de que todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa, mas nem sempre a lesão ao patrimônio público pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, por não estar a conduta do agente, causador da lesão, marcada pela desonestidade. Assim, a conduta de um agente pode ir contra o princípio da moralidade, no seu estrito sentido jurídico-administrativo, sem contudo, ter a pecha de improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto – atributo esse que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade).

Se é assim, torna-se difícil, se não impossível, excluir o dolo do conjunto de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade, tornando-se inimaginável que alguém possa ser desonesto por mera culpa, em sentido estrito, já que ao senso de desonestidade estão jungidas as idéias de má-fé, de deslealdade, a detonar presente o dolo." (grifo nosso).

33. Doutrinadores de escol como Mauro Roberto Gomes de Mattos , também em referência à afirmação do festejado mestre acima citado, conclui:

"A devassidão a que se refere José Afonso da Silva, caracterizadora da improbidade administrativa, por certo, deverá vir contida na índole da conduta do agente público, ou na vontade de lesar o erário, pois, do contrário, falta tipicidade para enquadrar o ato culposos em ímprobo. Nem toda lesão ao patrimônio público pode ser considerada reveladora de um ato de improbidade administrativa, pelo fato de a conduta do agente público ser o elemento caracterizador do ilícito." (grifo nosso).

34. Em seara judicial, o Superior Tribunal de Justiça sinalizou aderência a esse posicionamento, conforme se infere:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE VIGILANTE SEM CONCURSO PÚBLICO COM FUNDAMENTO EM LEI LOCAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ.

1. - Cuida-se na origem de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa consubstanciado na contratação de servidor público por meio de contrato administrativo temporário constantemente renovado.

2. - O reconhecimento da tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa requer a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10, todos da Lei n. 8429/92.

3. - A contratação ou manutenção de servidores públicos sem a realização de concurso público viola os princípios que regem a Administração Pública.

4. - Todavia, o caso dos autos mostra-se como uma exceção à regra, uma vez que a jurisprudência desta Corte já decidiu, em situação semelhante à dos autos, qual seja, de nomeação de servidores por período temporário com arrimo em legislação local, não se traduz, por si só, em ato de improbidade administrativa.

5. - A prorrogação da contratação temporária, com fundamento em lei municipal que estava em vigor quando da contratação - gozando tal lei de presunção de constitucionalidade - descaracteriza o elemento subjetivo doloso. Precedentes: REsp 1.231.150/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13.3.2012, DJe 12.4.2012.; AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28.9.2010, DJe 13.10.2010. Agravo regimental improvido.

35. Não é por outro motivo que a citada corte já pacificou o tema, sendo imprescindível a comprovação do dolo, culpa ou, no mínimo, da má-fé para a caracterização do ato de improbidade administrativa, como se observa dos julgados abaixo transcritos:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU DANO AO ERÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. - Embargos de declaração admitidos como agravo regimental, em razão de seu manifesto caráter infringente. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

2. - Inexistindo comprovação de que os agravados tenham agido com dolo ou má-fé, enriquecido de forma ilícita ou de que o ato impugnado tenha causado prejuízo ao erário, não há falar em improbidade administrativa, devendo o acórdão recorrido ser mantido por seus próprios fundamentos.

3. - Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

36. Ainda, neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça continua decidindo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA 284/STF. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE DOLO E MÁ-FÉ.

1. - É assente nesta Corte Superior o entendimento 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 no dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10.

2. - No caso dos autos, as premissas fáticas assentadas pela origem dão conta de que o ex-prefeito demitiu irregularmente servidores públicos, sob o entendimento de "estar atendendo às disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal, ao reduzir as despesas com pessoal desnecessário". Não havendo comprovação do dolo de prejudicar os lesados, ou favorecer terceiros, dano ao erário, e que, tampouco, "o agente público agiu visando outro fim que não o bem público".

3. - A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo; e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador. Precedente: REsp 1.149.427/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17.8.2010, DJe 9.9.2010. Agravo regimental improvido.

37. Nesta senda, resta demonstrado que a caracterização do ato de improbidade administrativa, tipificado nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, é condicionada à comprovação da má-fé do agente público, ao passo em que a hipótese do art. 9º, do mesmo diploma legal, dispensa o elemento subjetivo.

38. Dessa forma, resta claro que cabe ao autor da ação de improbidade comprovar, dentre os elementos a caracterizar a ilicitude, o dolo ou a culpa já como requisito da petição inicial, para dar oportunidade ao contraditório e ampla defesa.

39. Por fim, o parecer emitido em favor do réu, acostado às fls. 182/186, emanado do Ministério Público de Contas, revela que não há dolo ou culpa, quiçá má-fé do réu, pois as questões principais elencadas no bojo da inicial restam prejudicadas por falta de elemento subjetivo da conduta. Cabe ao autor da ação, em geral o Ministério Público, demonstrar o ato ímprobo, qual seja, a ilicitude e o elemento subjetivo da conduta.

II – DISPOSITIVO

40. Ante ao exposto e por tudo que dos autos consta, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL o que faço com arrimo nas letras do inciso I, do artigo 295, do Código de Processo Civil. Consequentemente, JULGO E DECLARO EXTINTO o processo sem resolução do mérito nos termos do inciso I, do artigo 267, do mesmo diploma legal.

41. Deixo de condenar o Ministério Público nas custas e honorários, ante o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Sobre os honorários, já se pronunciou o STJ: “Vencido na ação civil pública, o MP não está sujeito ao pagamento de honorários de advogado.” .

42. Após o trânsito em julgado e, observadas as formalidades legais, arquivem-se.

43. P.I.C.

Juína, 02 de setembro de 2014.

Roger Augusto Bim Donega

Juiz de Direito
