

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.535.764 - SE (2019/0194740-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
AGRAVADO : JANETE ALVES LIMA BARBOSA
ADVOGADO : CARILANE DA SILVA LARANJEIRA - SE004126

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que não admitiu recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, e que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fls. 486/487):

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - REJEIÇÃO DA ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 8.429/92 AOS PREFEITOS - MÉRITO - CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO - NÃO FOI POSSÍVEL SE CONCLUIR, DAS ALEGAÇÕES CONTIDAS NA EXORDIAL E DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS, PELA EXISTÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ, DO LOCUPLETAMENTO PRÓPRIO (OU DE TERCEIROS), NEM A DESONESTIDADE DO GESTOR PÚBLICO NA CONDUTA DESCRITA NA INICIAL - INEXISTÊNCIA DE ATO ÍMPROBO - CONDUTA TIPIFICADA COMO MERA IRREGULARIDADE - REFORMA DA SENTENÇA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, À UNANIMIDADE DE VOTOS.

- In casu, muito embora reconheça a existência de irregularidades nas contratações, não restou demonstrado o dolo do agente, nem a existência de prejuízo ao erário.

- Os servidores contratados efetivamente laboraram para o Município, bem como receberam pelos trabalhos desempenhados. Ademais, não se aponta qualquer intenção do agente político em auferir vantagem financeira com a contratação dos servidores, baseando-se a presente Ação na violação dos princípios constitucionais que deve se cercar o agente público, na consecução dos seus fins.

- Ressalte-se, também, que foi realizado concurso público para provimento de vagas antes do término do seu mandato.

- Não se deve trivializar a Lei da Improbidade Administrativa, seja porque a severidade das punições nela previstas recomenda cautela e equilíbrio na sua aplicação, seja porque os remédios jurídicos para as desconformidades entre o ideal e o real da Administração brasileira não se resumem às sanções impostas ao administrador, tanto mais quando nosso ordenamento atribui ao juiz, pela ferramenta da Ação Civil Pública, amplos e genéricos poderes de editar provimentos mandamentais de regularização do funcionamento das atividades do Estado (REsp 892.818/RS).

No especial obstaculizado, a parte ora agravante aponta violação dos arts. 11, *caput* e V, e 12, III, da Lei 8.429/1992.

Para tanto, sustenta que "há substrato capaz de comprovar a prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciada na contratação irregular de particulares para o exercício de função pública" (e-STJ fl. 505).

Depois de contra-arrazado (e-STJ fls. 516/538), o apelo nobre

recebeu juízo negativo de admissibilidade pelo Tribunal de origem, ao entendimento de que incide a Súmula 7 do STJ (e-STJ fls. 541/546).

Na presente irresignação, o agravante alega, em resumo, que o recurso obstado atende aos pressupostos de admissibilidade e, ao final, reitera os argumentos anteriormente expendidos.

Contraminuta às e-STJ fls. 562/569.

Em parecer (e-STJ fls. 582/587), o Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial.

Passo a decidir.

Inicialmente, cumpre destacar que "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" (Enunciado Administrativo 3).

Considerado isso, verifico que a irresignação recursal não merece prosperar.

Com efeito, no caso concreto, o Tribunal de origem reformou a sentença e reconheceu a inexistência de ato de improbidade administrativa, nos termos da seguinte motivação (e-STJ fls. 488/490):

Insurge-se a demandada contra o decisum de 1º grau que julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais, condenando-a nas penalidades previstas no art. 12, III, da lei nº 8.429/92, em razão da prática de ato de improbidade previsto no art. 11 da mesma lei de regência.

Dito isso, cinge-se em verificar a existência ou não de conduta ímproba da ex-prefeita do Município de Salgado/SE, concernente na contratação irregular das servidoras Cláudia Maria de Souza e Maria Quitéria Rodrigues da Silva para o exercício de cargo em comissão, sem a exigência do concurso público, e supostamente fora das hipóteses permissivas legais, conforme asseverado na peça póstica.

Pois bem.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, ao dispor sobre a Administração Pública, elenca como princípios de observância obrigatória os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A autoridade dessas normas é reforçada pelo artigo 4º, da Lei nº 8.429/92, comumente chamada de Lei de Improbidade Administrativa que assim dispõe: "Os agentes públicos de qualquer nível e hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato de assuntos que lhe são afetos".

Além disso, o legislador constituinte originário estabeleceu a possibilidade de edição de leis, pelos entes da federação, a fim de estabelecer os casos de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX, CF/88).

Sob esse enfoque, o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que não há configuração de improbidade administrativa quando existe contratação irregular de servidores, sem a realização de concurso público, se referida contratação foi realizada com fundamento em Lei Municipal.

Esse entendimento se justifica na intenção de evitar punições contra atos apenas ilegais praticados por seus agentes como se fossem atos de improbidade. Assim, o Tribunal da Cidadania assevera que só adquire o caráter ímprobo a conduta que fere os princípios constitucionais da Administração Pública em razão do ato ser constituído de má-fé e caracterizada a conduta dolosa, não reputando adequado a punição do administrador que agiu de maneira inábil, sem a comprovação do dolo.

Pois bem.

No caso em apreço, em que pese a parte Apelante alegar a excepcionalidade e urgência na contratação das servidoras, verifico que a mesma sequer dignou-se a informar qual seria a Lei Municipal autorizativa, ônus que lhe incumbia. Contudo, muito embora reconheça a existência de irregularidades nas contratações em questão, tenho que não restou demonstrado o dolo do agente, nem a existência de prejuízo ao erário.

Explico:

Ora, verifico que os servidores contratados efetivamente laboraram para o Município, bem como receberam pelos trabalhos desempenhados.

Ademais, não se aponta qualquer intenção do agente político em auferir vantagem financeira com a contratação dos servidores, baseando-se a presente Ação na violação dos princípios constitucionais que deve se cercar o agente público, na consecução dos seus fins.

Cumpre-me ressaltar, também, que foi realizado concurso público para provimento de vagas antes do término do seu mandato.

Dessa forma, considerando a inexistência de dano ao erário, bem como ante a ausência de comprovação do dolo do agente, tenho que não pode ser imputada à Recorrente a conduta ímproba descrita na exordial.

[...]

Portanto, entendo que a hipótese é de ilegalidade, mas não de improbidade, com a qual não se deve confundir, na medida em que não há ofensa a princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção, ou vontade livre e consciente de se conduzir contra a probidade administrativa.

Forte em tais lineamentos dou provimento ao Apelo para reformar a decisão a quo, a fim de julgar improcedente a ação civil pública por ato de improbidade. (Grifos nossos)

Como se vê, em face das premissas fáticas assentadas no acórdão objurgado, a modificação do entendimento firmado pelas Instâncias ordinárias no sentido da ausência de caracterização do ato de improbidade administrativa demandaria, indubitavelmente, o reexame de todo material cognitivo produzido nos autos, providência incompatível com a via especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. ELEMENTO ANÍMICO NÃO COMPROVADO. ATO ÍMPROBO NÃO CARACTERIZADO. SÚMULA 7/STJ.

1. Este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico"

(REsp 951.389/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 04/05/2011).

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, não obstante o reconhecimento da existência de irregularidades administrativas, julgou improcedente a ação civil pública por entender que, de acordo com o conjunto probatório dos autos, o elemento anímico da conduta dos réus não se fez presente.

3. Nesse contexto, tem-se que, para reconhecer a presença do elemento anímico doloso, ainda que na modalidade genérica, seria necessário novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Precedente: AgRg no AREsp 409.591/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, , DJe 16/11/2017.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1.317.193/RR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 09/03/2018) (Grifos acrescidos).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 10 E 11 DA LEI 8.429/92. USO INDEVIDO DE VERBAS PÚBLICAS, DESTINADAS AO FUNDO MUNICIPAL DO MEIO AMBIENTE. UTILIZAÇÃO DA VERBA PARA O CUMPRIMENTO DE OUTRAS FINALIDADES PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO. ATO AUTORIZADO POR LEI MUNICIPAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA NO AGIR DOS RÉUS, AUSÊNCIA DE PROVA DE LESÃO AO ERÁRIO E DE USO DA VERBA EM PROVEITO PESSOAL. ART. 8º, CAPUT, DA LEI 7.990/89. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa em face de Silvio Costa de Carvalho e Luiz Felipe Cruz Lenz Cesar, Ex-Prefeito e ex-Presidente da Agência do Meio Ambiente de Resende/RJ, respectivamente, imputando-lhes a prática de ato de improbidade administrativa, consistente no uso indevido de verbas públicas destinadas ao Fundo Municipal do Meio Ambiente - FUMCAM. Pugna o Parquet estadual pela condenação dos réus como incursos nos arts. 10 e 11 da Lei 8.429/92. A sentença, que julgou a ação improcedente, foi confirmada, pelo acórdão recorrido.

III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011).

IV. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que, sendo o ato impugnado praticado com base em lei local, ainda que de questionável constitucionalidade, estaria afastado o elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade. Nesse sentido: STJ, REsp 1.426.975/ES, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/02/2016; AgRg no REsp 1.358.567/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES,

PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/06/2015; AgRg no REsp 1.312.945/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 22/08/2012.

V. No caso, o Tribunal de origem manteve a sentença de improcedência da ação, concluindo, à luz das provas dos autos, pela inexistência de dolo, culpa ou má-fé dos réus, mormente considerando "que seu comportamento teve por fundamento lei municipal aprovada pela Câmara Municipal". Ainda segundo o acórdão de origem, "não há nos autos qualquer prova de lesão ao erário. (...) Também não há prova da utilização de verba em proveito pessoal", "já que os recursos vinculados ao FUMCAM, embora desviados de sua finalidade inicial, foram utilizados em benefício da municipalidade". Assim, diante do contexto fático delineado pelas instâncias de origem, não há como reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, como pretende o Parquet.

VI. Esta Corte registra precedentes, em casos análogos, no sentido de que não configura ato ímprobo o não repasse da contribuição previdenciária retida dos servidores públicos, quando a verba é utilizada para o cumprimento de outra finalidade pública. Nesse sentido: STJ, REsp 246.746/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/05/2010; REsp 965.671/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 23/04/2008.

VII. De qualquer modo, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido - para acolher a pretensão do agravante e reconhecer a existência do elemento subjetivo necessário à configuração do ato ímprobo - demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ.

VIII. O art. 8º, caput, da Lei 7.990/89 - que se alega também violado - não foi objeto de prequestionamento, nas instâncias ordinárias, incidindo, no caso, a Súmula 282/STF.

IX. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido. (REsp 1.564.399/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 25/06/2018) (Grifos acrescidos).

Por fim, "este Tribunal tem entendimento no sentido de que a incidência do enunciado 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que a falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa" (AgInt no AREsp 398.256/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 10/03/2017).

Reporto-me, também, ao bem lançado parecer ministerial, às e-STJ fls. 582/587.

Ante o exposto, com base no art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, CONHEÇO do agravo para NÃO CONHECER do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator