



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA Nº 2989 - RJ (2020/0247854-2)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
EMBARGANTE : WASHINGTON REIS DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : CÉZAR EDUARDO ZILIOOTTO - PR022832
SIMONE DOMINSCHKE - PR066294
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
EMBARGADO : MUNICIPIO DE DUQUE DE CAXIAS
ADVOGADO : ALLAN DO AMARAL SANTOS - RJ119281

DECISÃO

*I.DIREITO SANCIONADOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM PEDIDO DE **TUTELA PROVISÓRIA**. CONSTATAÇÃO, EM MAIS PONDERADA OBSERVAÇÃO A RECURSO VEICULADO PELA PARTE, DE QUE A TESE DESENVOLVIDA NO APELO RARO, **CONSISTENTE EM RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ALCALDE POR ATO ÍMPROBO DE TERCEIROS**, É TEMA QUE MOBILIZA A PREOCUPAÇÃO DOS JULGADORES DO STJ (AGINT NO ARESP. 761.173/RS, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 12.12.2019; AGRG NO RESP 1.200.575/DF, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 16.5.2016).*

*II.RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO EMBARGADA, PARA **DEFERIR-SE O PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR EM TUTELA PROVISÓRIA, DE MODO A LIBERAR A EVENTUAL PARTICIPAÇÃO DO POSTULANTE NO PLEITO ELEITORAL DE 2020**. TÉCNICA QUE EVITA O PERECIMENTO DE SEU DIREITO, PRESENTES A **PLAUSIBILIDADE DE PROVIMENTO, EM TESE, DO SEU RECURSO ESPECIAL E A INEVITÁVEL FLUÊNCIA IRRETROCEDÍVEL DOS PRAZOS ELEITORAIS**.*

*1. A postura jurídica que advoga ou defende a condenação de qualquer pessoa **estribada na sempre temível responsabilidade objetiva pela prática de infrações**, sustenta tese que há muito tempo foi extirpada do **Direito Sancionador**. Conforme lição jurisprudencial do douto Ministro CELSO DE MELLO, do STF, **os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa***

penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (HC 88.875/SP, DJe 12.03.2012).

2. Não há responsabilidade pessoal dos Gestores Públicos por atos infracionais praticados pelos agentes administrativos que atuam nas repartições a ele subordinadas, especialmente quando há Secretarias, Comissões Permanentes de Licitação e outros setores administrativos. Este tema causa preocupação aos Julgadores, uma vez que a improbidade administrativa demanda identificação de **responsabilidade pessoal, ou seja, estritamente subjetiva, decorrente só – e somente só – de conduta própria e personalíssima do agente do ato infrator.**

3. Mostram-se plausíveis o exame e o eventual provimento de Recurso Especial em que se expõe, com clareza suficiente, a tese da imposição de **responsabilidade objetiva** por atos infracionais de terceiros, por versar tema nuclear do Direito Sancionador atual. O perigo da demora sempre lateja em ações de curso normalmente demorado, quando está em causa direito que se esvai irreparavelmente no decorrer do tempo, **qual o prazo eleitoral regido por legislação específica.**

1. Trata-se de Embargos de Declaração apresentados por WASHINGTON REIS DE OLIVEIRA, em adversidade à decisão monocrática de minha lavra, que contou com a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SANCIONADOR. PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COM PRETENSÃO JULGADA PROCEDENTE NA ORIGEM. ACUSAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM DESFAVOR DO ENTÃO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS/RJ, EM RAZÃO DA CONSTRUÇÃO QUE SE DIZ IRREGULAR E LESIVA AO ENTE PÚBLICO DE PRAÇA NA URBE FLUMINENSE. INDEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA TESE ANOTADA NO APELO RARO, RAZÃO PELA QUAL O PRESENTE PEDIDO DE TUTELA RECURSAL PROVISÓRIA DEVE SER INDEFERIDO.

1. Somente se defere proteção cautelar provisória em recurso especial, quando as razões recursais evidenciam a presença de bom direito – plausibilidade de provimento futuro do mérito da pretensão – e, concomitantemente, de perigo grave e iminente ao mesmo direito. Se não for imposto esse filtro procedimental, ter-se-ia de concluir que praticamente todas as impetrações de recursos especiais estariam a merecer tutela de urgência.

2. No caso presente, os fundamentos do pedido recursal não revelam aquela plausibilidade exigida para servir de esteio à pretensão cautelar.

3. Indeferimento do pedido de tutela provisória (fls. 586).

2. Nas razões de seu recurso, a parte vindica a reforma da solução unipessoal por alegado vício de omissão, aos seguintes argumento: (a) o acórdão fluminense adota ilações e presunções de que, devido a pretensa celeridade do procedimento,

realizada no final do mandato eletivo, haveria, considerando a natureza da obra, por si só, **suspeitas sobre a lisura do contrato**; e (b) o acórdão de origem **não individualizou os atos tidos por ímprobos praticados pelo autor**, que apenas figurou na espécie como subscritor do ato de contratação, na qualidade de Prefeito. Pede o afastamento do vício, de modo a que seja deferido o pedido de medida liminar em Tutela Provisória.

3. Em síntese, é o relatório. Passo à decisão.

4. De fato, os aclaratórios tem a função de propiciar o **aprimoramento da prestação jurisdicional**, uma vez que a atividade judicante, como é característico de qualquer atividade humana, está sujeita a omissões, falta de clareza, raciocínio contraditório e erros de índole material. Por essa razão, como diz o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, do STF, *os declaratórios não devem ser entendidos como se fossem uma censura ao julgamento, mas sim como uma contribuição oportuna ao aprimoramento do trabalho do julgador*. Pode-se até dizer que os declaratórios são instrumentos oportunos para a correção das decisões judiciais dos juízes que sabem que podem errar.

5. Os Embargos de Declaração constituem importante via recursal de que dispõe a parte para promover a sua súplica, muito embora o *legalismo* e o *eficientismo* tenham conferido a esse veículo a feição de *primo pobre* das modalidades de insurreição, tal é o desprezo que muito se vê nas respostas que lhe são apresentadas.

6. É lógico que a integração do julgado pela via dos Embargos de Declaração **não deve representar um rejugamento da causa**, mas, sem dúvida alguma, certas situações demandam, pelo próprio afastamento de certos vícios do julgado embargado, a necessidade de reanálise do que preteritamente ficou decidido.

7. Na presente demanda, a parte embargante assinala a ocorrência de dois vícios: (a) o acórdão fluminense adota ilações e presunções de que, devido a pretensa celeridade do procedimento, realizada no final do mandato eletivo, haveria, considerando a natureza da obra, por si só, suspeitas sobre a lisura do contrato; e (b) o acórdão de origem não individualizou os atos tidos por ímprobos praticados pelo autor, que apenas figurou na espécie como subscritor do ato de contratação, na qualidade de Prefeito.

8. Como brevíssima reminiscência processual, observa-se que a questão de fundo da causa ímproba orbita no seguinte ponto factual: o Município de Duque de Caxias ajuizou ação civil pública de improbidade administrativa objetivando o ressarcimento de danos e a sanção de Agentes Públicos, Mandatários e Empresas supostamente envolvidos no pagamento por **serviços não realizados na instalação e construção da denominada Praça 51, no bairro de Xerém, Município de Duque de Caxias/RJ**, cujo contrato alcançou a cifra de R\$ 1.164.765,04.

9. O contrato foi firmado em 29.10.2008 pelo então Prefeito, ora Embargante, pelo Secretário de Obras e pelo Secretário de Esportes, Lazer e Turismo, com a previsão de conclusão da empreitada em 180 dias. Segundo o libelo, constatou-se que *a maior parte das obras contratadas não tinha sido realizada no local, estimando-se a execução de cerca de 6,75% dos serviços* (fls. 190).

10. A Corte Fluminense reputou ímproba ao conduta, ao considerar que a defesa não teria comprovado a modificação contratual, consistente em transferência de pessoas, material e maquinário para as obras da *Praça da Pocilga*, no lugar da original *Praça 51*.

11. O acórdão de origem, chancelando a sentença, condenou os acionados ao ressarcimento dos cofres públicos no valor de R\$ 1.086.077,01, bem como ao pagamento de multa civil **do dobro desta importância**.

12. A argumentação central do então Alcaide, ora Embargante, radica no fato de que *sua participação limitou-se à assinatura do contrato. O que vem ou veio depois não é atribuição sua* (fls. 219). Esta tese me parece, à primeira vista, aparelhada de consistência jurídica, porque a responsabilidade por infrações é algo que sempre exige – e nunca dispensa – **a atuação pessoal do agente**.

13. Para rejeitar essa argumentação, o Tribunal Estadual considerou *estranho* que o contrato tenha sido entabulado *no dia 28 ou 29 de outubro, após o resultado das eleições municipais em que o candidato opositor restou vitorioso* (fls. 219). Entendeu que a construção da praça **não seria urgente**, dado o exíguo prazo estabelecido para pagamentos. Constatou, ademais, que os pagamentos à empresa de terraplenagem teriam sido antecipados à conclusão das obras, razão pela qual, por essas circunstâncias, **o envolvimento doloso do então Chefe do Poder Executivo estaria evidenciado**.

14. Em suas manifestações recursais, o então Prefeito volta-se ferozmente contra essas conclusões, sob o argumento de que sua participação, como dito, estaria cifrada à assinatura do contrato, e que toda a obra foi dirigida pela pasta própria da urbe de Duque de Caxias/RJ. Ao seu ver, tal postura da Corte Fluminense indica que a condenação do recorrente **estriba-se na sempre temível responsabilidade objetiva pela prática de infrações, coisa que há muito tempo foi extirpada do Direito Sancionador, como todos sabem**.

15. A aceitação da tese da **responsabilidade objetiva por infrações** embute o **grande perigo** de se condenar uma pessoa **por ser alguém e não por ter feito alguma coisa punível**. De fato, a circunstância **de ser** o Prefeito Municipal de Duque de Caxias/RJ, não faz o gestor responsável por todo e qualquer ato infracional que eventualmente ocorra no âmbito interno da Administração. Pode-se placitar, com convicção, a assertiva de que **toda infração tem um autor e esse autor responde pessoalmente pelos seus atos, mas não por atos praticados por terceiros, ainda que sejam seus colaboradores administrativos**.

16. Realmente, a responsabilidade dos Gestores Públicos por atos praticados pelos agentes que atuam nas repartições subordinadas, especialmente quando há Secretarias, Comissões Permanentes de Licitação e outros setores administrativos, é tema que causa preocupação aos Julgadores, uma vez que a improbidade administrativa demanda identificação de **responsabilidade pessoal, ou seja, estritamente subjetiva, decorrente só e**

somente só de conduta própria personalíssima do agente, muito ao contrário da chamada responsabilidade administrativa, esta que, em geral, é objetiva (sobretudo nos atos comissivos).

17. A douta Primeira Turma desta Corte Superior já teve oportunidade de *rechaçar expressamente a responsabilidade objetiva do Prefeito, por ato de improbidade administrativa*, consoante se deduz do seguinte ilustrativo:

I. DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM ARESP. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DA ENTÃO **PREFEITA DO MUNICÍPIO DE CIDREIRA/RS** POR TER ALEGADAMENTE DADO CAUSA A DESVIO DE FUNÇÃO EM AGENTES NOMEADOS PARA CARGOS EM COMISSÃO, O QUE, SEGUNDO O LIBELO, TIPIFICARIA OFENSA A PRINCÍPIOS REITORES ADMINISTRATIVOS (ART. 11 DA LEI 8.429/1992).

II. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA PELO TRIBUNAL, **SOB A COMPREENSÃO DE QUE A MERA VONTADE DE ANUIR COM AS CONDUTAS PREVISTAS EM LEI PERFAZEM O TIPO ÍMPROBO**.

III. PORÉM, ESTA CORTE SUPERIOR TEM A DIRETRIZ DE QUE, PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PREVISTO NO ART. 11 DA LEI 8.429/1992, É NECESSÁRIA A PRESENÇA DE ATO DOLOSO, NÃO SE ADMITINDO A ATRIBUIÇÃO DE **RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM SEDE DE IMPROBIDADE** (AGRG NO RESP 1.200.575/DF, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 16.5.2016).

IV. NA HIPÓTESE, **O ARESTO INDICA QUE A ENTÃO ALCAIDE SOFREU CONDENAÇÃO POR RESPONSABILIDADE OBJETIVA, O QUE NÃO SE ACEITA NA ESFERA DAS IMPROBIDADES**.

V. COM EFEITO, NÃO HÁ IDENTIFICAÇÃO DE QUE A ENTÃO PREFEITA TENHA PRATICADO ATOS TENDENTES AO SUPOSTO DESVIO DE FUNÇÃO NA URBE GAÚCHA, EM DETRIMENTO DE CARGOS QUE COMPORTARIAM A REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO.

VI. AGRAVO INTERNO DO ÓRGÃO ACUSADOR DESPROVIDO.

1. Esta Corte Superior tem o entendimento de que, para a configuração do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, é necessária a presença de conduta dolosa, não sendo admitida a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa (AgRg no REsp. 1.200.575/DF, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 16.5.2016). Outros exemplares: AgRg no AREsp. 567.988/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 13.5.2016; AgRg no AREsp. 300.804/GO, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 2.3.2016.

2. A responsabilidade em matéria sancionadora é eminentemente subjetiva, por vincular-se a conduta ilegal

qualificada pelo intuito do Agente em obter proveito pessoal ilícito para si ou para terceiros e em promover o malbaratamento do patrimônio público.

3. Na espécie, as Instâncias Ordinárias afirmaram que a então Prefeita valeu-se do expediente de nomear servidores para cargos comissionados a fim de que trabalhassem em desvio de função (fls. 895).

4. Contudo, no acórdão não há identificação de que a então Alcaide tenha praticado atos tendentes ao suposto desvio de função na urbe gaúcha, em detrimento de cargos que comportariam concurso público.

5. De fato, consoante bem ressaltado no voto vencido do acórdão que julgou a apelação do Órgão Acusador, da análise dos elementos de prova constante dos autos, salvo a declaração dos ex-servidores envolvidos nos fatos, nenhuma outra evidência há de que o desvio de função tenha ocorrido por ordem da requerida na condição de então Prefeita Municipal. Presumir que a requerida tenha determinado tal comando ilegal implicaria em se determinar verdadeira responsabilidade objetiva ao administrador do Município, o qual, tão-somente por essa condição, passaria, então, a responder por todo e qualquer ato cuja ilegalidade fosse a posteriori reconhecida (fls. 903).

6. Como é certo que a responsabilização por conduta ímproba é subjetiva, não é possível, diante do quadro empírico que se decantou na espécie, afirmar que a demandada praticou conduta ímproba pelo simples fato de ser a Alcaide. A dinâmica narrada pelas Instâncias Ordinárias permite ver que houve prática ordenada pelos Secretários de Administração e de Saúde, sendo certo que a então Prefeita teria sofrido as sanções por supostamente aderir à prática ou com ela anuir (fls. 897), sem qualquer elemento factual que apontasse seu afã desonesto.

7. O libelo vinculou-se à alegada prática de desvio de função, o que põe a descoberto que, pelos atos dos Servidores do Município no procedimento de contratação de Agentes Públicos, a então Prefeita sofreu as imputações por conduta ímproba. Dito de outro modo, o acórdão houve por bem reconhecer a responsabilidade objetiva da Alcaide, circunstância que, na esteira dos precedentes desta Corte Superior mencionados, não é admissível na esfera das improbidades. A sentença de absolvição deve ser restabelecida.

8. Agravo Interno do Órgão Acusador desprovido (AgInt no AREsp. 761.173/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 12.12.2019).

18. De maneira muito mais autorizada e sumamente erudita, o eminente Ministro CELSO DE MELLO, do STF, já expediu lapidar lição jurisprudencial a respeito desta temática, em sede de responsabilidade penal, perfeitamente aplicável à responsabilidade por ato ímprobo. Disse esse ilustre e

admirado jurista e Magistrado:

A mera invocação da condição de diretor ou de administrador de instituição financeira, sem a correspondente e objetiva descrição de determinado comportamento típico que o vincule, concretamente, à prática criminosa, não constitui fator suficiente apto a legitimar a formulação de acusação estatal ou a autorizar a prolação de decreto judicial condenatório.

A circunstância objetiva de alguém meramente exercer cargo de direção ou de administração em instituição financeira não se revela suficiente, só por si, para autorizar qualquer presunção de culpa (inexistente em nosso sistema jurídico-penal) e, menos ainda, para justificar, como efeito derivado dessa particular qualificação formal, a correspondente persecução criminal.

Não existe, no ordenamento positivo brasileiro, ainda que se trate de práticas configuradoras de macrodelinquência ou caracterizadoras de delinquência econômica, a possibilidade constitucional de incidência da responsabilidade penal objetiva.

Prevalece, sempre, em sede criminal, como princípio dominante do sistema normativo, o dogma da responsabilidade com culpa (nullum crimen sine culpa), absolutamente incompatível com a velha concepção medieval do versari in re illicita, banida do domínio do Direito Penal da culpa.

Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita (HC 8 8.875-SP. DJe 12.03.2012).

19. Este caso que agora se examina também se aproxima, sobremaneira, do que foi levado à superior cognição do STF, do qual resultou valioso precedente de sua colenda Primeira Turma, que assentou o seguinte, **em aberta repulsa à responsabilidade objetiva por infrações puníveis**, como foi posto no voto do eminente Ministro Professor LUÍS ROBERTO BARROSO:

*3. Não demonstrado pela acusação o dolo do acusado na autorização da despesa e incluído no polo passivo exclusivamente em razão de sua posição hierárquica, **fica evidenciada a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal.***

*4. Habeas corpus concedido **de ofício** (AP 905-QO).*

20. O Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, que ilustrou o colendo STJ, tem palavras decisivas sobre este assunto, ao dizer que

*o Direito Penal moderno é o direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. **Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem.** [...]. Fato*

não se presume. Existe ou não existe. O Direito Penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. [...]. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. [...]. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva (Questões Penais. Belo Horizonte: DelRey, 1998, p. 269).

21. A moderna doutrina dos grandes autores estrangeiros consagra expressamente este ponto de vista. O notável jurista alemão Professor CLAUDIUS ROXIN, por exemplo, alia que

ninguna necesidad preventiva de penalización, por muy grande que sea, puede justificar una sanción penal que contradiga el principio de culpabilidad (Derecho Penal, Tomo I. Tradução de Diego Manuel Lazón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p. 793).

22. O conhecido jurista argentino Professor EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, juntamente com o Professor JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, em apreciação sobre a culpabilidade do agente de ilícitos, afirma que *não há delito se o injusto não for reprovável diretamente ao autor* (Manual de Direito Penal Brasileiro. São Paulo: RT, 1999, p. 522).

23. Assim sendo, a tese anotada no Apelo Raro do Alcaide que ora embarga **exige reflexão mais demorada nesse preciso ponto**, motivo pelo qual hei por bem, e nesta importante da via dos aclaratórios, **reconsiderar a decisão embargada para, provisoriamente, deferir o pedido de medida liminar em sede de Tutela Provisória, para assegurar que o demandado tenha a possibilidade de participar das eleições municipais deste ano de 2020.**

24. Deste modo se procedendo, evita-se eventual perecimento de direito da parte recorrente, tendo em vista a fatalidade dos prazos do processo eleitoral, do qual o recursante deseja legitimamente participar. Dest'arte, **se defere a medida de eficácia imediata nesta Tutela Provisória**, sem qualquer antecipação quanto ao mérito da demanda e até que sobrevenha o julgamento pela douta Primeira Turma desta Corte Superior, que, como sempre, melhor dirá, oportunamente.

25. Publique-se. Intimações necessárias. Urgência.
Brasília, 30 de setembro de 2020.

NAPOLÉÃO NUNES MAIA FILHO
Ministro Relator