



ACÓRDÃO n° DJ
Processo n° 0039066-80.2010.814.0301
Recurso: APELAÇÃO CÍVEL
Comarca: Belém/PA
Apelante: LUIS CARLOS BARBOSA CAVALCANTE
Advogados: Carlos Botelho da Costa e Liliane Lopes de Araújo Pontes e Camila Burnet Aires
Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
Promotora de Justiça: Helena Maria Oliveira Muniz
Procuradora de Justiça: Tereza Cristina de Lima
Relatora: Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

EMENTA

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS AGENTES POLÍTICOS. REJEITADA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LIA (LEI 8.429/92) AOS AGENTES POLÍTICOS. PRECEDENTES DO STJ. MÉRITO. PUBLICAÇÃO DE EDITAL INTERNO N° 002/2009-GS PELA SEDUC PARA SELEÇÃO INTERNA DE PROFESSORES E TÉCNICOS PARA ATUAREM NA ÁREA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, RESTRINGINDO A INSCRIÇÃO NO CERTAME APENAS AOS SERVIDORES EFETIVOS. RESTRIÇÃO AOS PROFESSORES TEMPORÁRIOS. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESPOSTA IMEDIATA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO PEDIDO DE INFORMAÇÕES. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA PARA A REALIZAÇÃO DA SELEÇÃO INTERNA E COMUNICAÇÃO DO ATO DE SUSPENSÃO DO EDITAL N° 002/2009-GS, OBJETO DO EXPEDIENTE INTERNO N° 163/2009 DO ÓRGÃO MINISTERIAL. NOVO OFÍCIO REQUISITANDO INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO. SENTENÇA CONDENATÓRIA DO AGENTE PÚBLICO, INCURSO NA CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 11, INCISO II DA LIA. PARA CONFIGURAR AS CONDUTAS TIPIFICADAS NA LEI N. 8.429/92. O ELEMENTO SUBJETIVO É INDISPENSÁVEL À CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, SENDO CERTO QUE OS TIPOS PREVISTOS NO ARTIGO 11 (OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA) SÃO PUNÍVEIS APENAS NA MODALIDADE DOLOSA. ALÉM DO ELEMENTO SUBJETIVO, PARA A CONFORMAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA É EXIGIDA, DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, A PRESENÇA DE MÁ-FÉ NO ATUAR DO AGENTE PÚBLICO. SENTENÇA REFORMADA, ANTE A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ POR PARTE DO AGENTE PÚBLICO. ATO ÍMPROBO NÃO CONFIGURADO. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO NÃO CARACTERIZADO. NÃO RESTOU CARACTERIZADO O COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO PELO RECORRENTE PASSÍVEL DE CONDENAÇÃO COM FULCRO NA LEI N° 8.429/92 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU OBTENÇÃO DE QUALQUER VANTAGEM INDEVIDA PELO AGENTE PÚBLICO.



RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA NOS TERMOS DO VOTO DA DESEMBARGADORA RELATORA. À UNANIMIDADE.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser imprescindível à configuração do ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 a existência de dolo, ainda que genérico.
2. Para fins de caracterização da improbidade administrativa faz-se insuficiente a configuração da ilegalidade do ato praticado pelo agente público, por se mostrar exigível o elemento volitivo, seja na figura do dolo, para fins da corporificação das condutas tipificadas nos artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429 /1992 - enriquecimento ilícito e ofensa aos princípios da administração pública -, seja ao menos na figura da culpa, no que toca às condutas tipificadas no art. 10, do mesmo Diploma Legal - prejuízo ao erário.
3. A omissão do agente público em prestar a informação complementar requisitada pelo Ministério Público não tem o condão de caracterizar a situação descrita no art. 11, II da Lei de Improbidade Administrativa, na hipótese em que a análise da situação fática corporificada no feito não permite que seja constatada a existência de dolo, ainda que genérico de realizar a conduta que atente contra os princípios da administração pública.
4. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO para reformar a sentença, no sentido de julgar improcedente a Ação Civil Pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível da Comarca de Belém/PA.

ACORDAM, os Exmos. Desembargadores que integram a Egrégia 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade de votos, EM CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO para reformar a sentença de 1º grau, nos termos do Voto da Desembargadora Relatora.

Belém(PA), 21 de maio de 2018.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por LUIS CARLOS BARBOSA



CAVALCANTE, devidamente representado nos autos, com fulcro nos artigos 513 e seguintes do Código de Processo Civil/73, contra a sentença prolatada pelo Douto Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belém (fls. 145/148) que, nos autos da AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando o apelante pela prática de ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 11, caput e inciso II da Lei nº 8.429/92, aplicando as sanções de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 03 (três) anos, pagamento de multa civil no valor de cinco vezes do último subsídio recebido, bem como proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de três anos e ao pagamento das custas processuais, deixando de acatar o pedido relativo à perda da função (cargo), face a perda do objeto.

Inconformado, o ex-Secretário Estadual de Educação LUIS CARLOS BARBOSA CAVALCANTE interpôs RECURSO DE APELAÇÃO (fls. 152/169), pugnando pela reforma da sentença, alegando em sua defesa, preliminarmente, a impossibilidade de responsabilização de agente político com base na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

No mérito, defende o reconhecimento da inexistência de prática de ato de improbidade, argumentando que a resposta à requisição do Ministério Público não foi apresentada no prazo determinado na tramitação interna da SEDUC, pelo que aduz a inexistência de ação dolosa ou de conduta impropria.

Sustenta que a requisição de informações do Ministério Público estadual (Ofício 278/2010) não atendeu às normas que regem este tipo de requisição, alegando a ausência de fundamentação, em razão do documento não indicar qual o assunto, bem como destaca que o expediente não foi acompanhado da Portaria que instaurou o procedimento no órgão ministerial, afrontando a Resolução nº 23/2007 do CNMP e a LC Estadual nº 057/2006.

Argumenta a infringência ao princípio da proporcionalidade na fixação das penas, afirmando, ainda, a ausência de qualquer prejuízo ao erário, requerendo que seja afastada a imposição da penalidade de suspensão dos direitos políticos e a revisão da multa aplicada.

Cita jurisprudências que reputa favoráveis à sua tese.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso de apelação para reformar totalmente a sentença hostilizada.

Recurso recebido no duplo efeito (fl. 172).

Às fls. 173/184, o Ministério Público do Pará apresentou contrarrazões, refutando todas as teses defensivas, pugnando pelo improvimento do recurso de Apelação e a manutenção integral da sentença.



Coube-me a relatoria do feito por distribuição (fl. 185).

Instado a se manifestar, o Ministério Público de 2º grau, pronunciou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença em todos os seus termos. (fls. 189/192).

Na Sessão Ordinária da 1ª Turma de Direito Público deste E. Tribunal de Justiça, realizada em 27/11/2017, por ocasião do julgamento do recurso de Apelação, a Exma. Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha requereu vistas dos autos.

O feito foi incluso novamente na pauta de julgamento, tendo a Exma. Desa. Rosileide Maria da Costa Cunha proferido Voto-vista convergindo com o voto desta Relatora, em sessão realizada no dia 21/05/2018, no sentido de dar provimento ao recurso de apelação, reformando integralmente a sentença (fls. 206/207).

Os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

V O T O

Consigno que o presente recurso será analisado com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, nos termos do disposto no art. 14 do CPC/2015 e Enunciado 1 deste Egrégio Tribunal.

Pressupostos de admissibilidade, CONHEÇO DA APELAÇÃO CÍVEL, pelo que passo a apreciá-la.

I – DA PRELIMINAR DE INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N° 8.429/92) AOS AGENTES POLÍTICOS:

Em sede de preliminar, o apelante pugnou pela extinção do processo, sem resolução do mérito, sustentando a impossibilidade de aplicação da Lei n° 8.429/92 aos agentes políticos.

Analisando as razões apresentadas, entendo que a presente preliminar não merece acolhida.

Pela análise dos autos, verifica-se que o Ministério Público estadual ingressou com a presente Ação Civil Pública atribuindo ao ora apelante a responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa, com base no artigo 11, caput e inciso II, tendo como fundamento a violação aos princípios da legalidade e da moralidade, afirmando que o referido agente público, no exercício das atribuições do cargo de Secretário de Estado de Educação, deixou, deliberadamente, de atender à requisição do Ministério Público, consoante o Ofício n° 278/2010, constante dos autos.



Dito isso, observa-se que o recorrente se enquadra na concepção de agente político, explico.

Segundo a definição de José dos Santos Carvalho Filho agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público, bem como caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções (CARVALHO FILHO, José dos Santos. "Manual de Direito Administrativo". São Paulo: Ed. Atlas, 2017, 31ª Edição, p. 630).

Ademais, de acordo com o doutrinador os agentes políticos não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral, afirmando que a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os Membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Por sua vez, quanto a responsabilidade dos agentes políticos nos crimes de improbidade administrativa, de fato, houve uma grande discussão sobre o tema em questão, havendo inclusive divergência doutrinária quanto à aplicação da Lei nº 8.429/92 (LIA) aos agentes políticos, inclusive o apelante em seu recurso cita jurisprudência antiga deste Tribunal, a qual foi superada de acordo o entendimento do Colendo STJ.

Adotando uma posição harmonizadora, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que os agentes políticos estão sujeitos à ação de improbidade administrativa, ainda que também estejam relacionados entre os que podem praticar crimes de responsabilidade, excluindo-se somente o Presidente da República, consoante o disposto no artigo 85, V da Constituição Federal.

O entendimento do Colendo STJ foi firmado no sentido de que a Constituição não criou imunidade para os agentes políticos de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no artigo §4º do artigo 37 da Constituição Federal e, por conseguinte, não pode fazê-lo qualquer ato infraconstitucional, inclusive a lei.

A respeito do tema em questão, confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE IMPROBIDADE CONTRA GOVERNADOR DE ESTADO. DUPLO REGIME SANCIONATÓRIO DOS AGENTES POLÍTICOS: LEGITIMIDADE. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: RECONHECIMENTO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STJ. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA RECLAMAÇÃO.

1. Excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4º. Seria incompatível com a Constituição eventual



preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.

2. Por decisão de 13 de março de 2008, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, declarou que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros (QO na Pet. 3.211-0, Min. Menezes Direito, DJ 27.06.2008). Considerou, para tanto, que a prerrogativa de foro, em casos tais, decorre diretamente do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a seus Ministros foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns, na própria Corte, quanto em crimes de responsabilidade, no Senado Federal. Por isso, "seria absurdo ou o máximo do contra-senso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isto seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência" (voto do Min.Cezar Peluso).

3. Esses mesmos fundamentos de natureza sistemática autorizam a concluir, por imposição lógica de coerência interpretativa, que norma infraconstitucional não pode atribuir a juiz de primeiro grau o julgamento de ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, contra Governador do Estado, que, a exemplo dos Ministros do STF, também tem assegurado foro por prerrogativa de função, tanto em crimes comuns (perante o STJ), quanto em crimes de responsabilidade (perante a respectiva Assembléia Legislativa). É de se reconhecer que, por inafastável simetria com o que ocorre em relação aos crimes comuns (CF, art. 105, I, a), há, em casos tais, competência implícita complementar do Superior Tribunal de Justiça. 4. Reclamação procedente, em parte.

(STJ - Rcl: 2790 SC 2008/0076889-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 02/12/2009, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 04/03/2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. LIA. APLICABILIDADE A AGENTES POLÍTICOS. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE ATO ÍMPROBO. IN DUBIO PRO SOCIETATE.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual contra a ora agravante, ex-Governadora do Estado do Rio de Janeiro, objetivando sua condenação pela prática de atos ímprobos, consistentes na contratação da Fundação José Pelúcio Ferreira pela Secretaria Estadual de Educação, com dispensa de licitação, para a realização de exames supletivos do ano de 2005, com valor global de R\$ 3.982.000,00.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. O STJ firmou entendimento de que os agentes políticos se submetem aos ditames da Lei de Improbidade Administrativa, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei 201/1967. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1.216.168/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4/10/2013; AgInt no AREsp 926.632/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/11/2016; AgRg no AREsp 719.390/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/9/2016; AgRg no AREsp 426.418/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/3/2014; e AgRg no REsp 1181291/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/11/2013.

4. A admissão de Recurso Extraordinário com repercussão geral pelo STF não enseja o sobrestamento dos Recursos Especiais que versem sobre o mesmo tema no STJ. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 200.541/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 24/8/2016; AgRg no AgRg no AREsp 110.184/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/10/2012; e AgRg no REsp.1.267.702/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 26/9/2011.

5. O STJ assentou entendimento quanto à legitimidade do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública objetivando o ressarcimento de danos ao Erário, decorrentes de atos de improbidade administrativa. Precedentes: AgRg no REsp 1.367.048/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/12/2013; REsp 1.135.158/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 1º/7/2013.

6. A análise sobre a presença de justa causa para o recebimento da inicial em relação à ora agravante, razão de ser da alegada ilegitimidade passiva, demanda o reexame das provas



dos autos, inviabilizado pela Súmula 7 do STJ.

7. Nos termos do art. 17, § 8º, da Lei 8.429/1992, a presença de indícios de cometimento de atos previstos na referida lei autoriza o recebimento da petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa, devendo prevalecer na fase inicial o princípio do in dubio pro societate. Precedente: AgRg no REsp 1.306.802/MG, Rel.Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/12/2014.8. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 804.074/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017).

Ademais, é de se ressaltar que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do §2º, do art. 84 do Código de Processo Penal (CPP), incluído pela Lei nº 10.628/2002, que dispunha que a ação de improbidade seria proposta perante o Tribunal competente para processar e julgar criminalmente a autoridade, na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, circunstância que corrobora a aplicação da LIA aos agentes políticos.

No caso, o recorrente exerceu o cargo de Secretário Estadual de Educação à época dos fatos narrados na inicial da Ação Civil Pública, desta forma, considerando o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores pátrios, não há norma constitucional que imunize os agentes políticos de serem responsabilizados com base nas disposições da Lei de Improbidade.

Pelo exposto, verifica-se que a tese sustentada pelo apelante está superada, pois conforme restou demonstrado, é irrefutável que as disposições da Lei de Improbidade se aplicam aos agentes políticos, logo a referida Lei nº 8.429/1992 é perfeitamente aplicável ao caso vertente.

Assim, rejeito a preliminar suscitada.

Superada a preliminar apontada pelo apelante, passo a análise do mérito do recurso.

MÉRITO:

Consigno que o presente recurso será analisado com fundamento no Código de Processo Civil de 1973, nos termos do disposto no art. 14 do CPC/2015 e Enunciado 1 deste Egrégio Tribunal, porquanto em vigor por ocasião da intimação da sentença guerreada.

Presentes os requisitos de admissibilidade da apelação, conheço do recurso, passando a examiná-lo.

Na hipótese, a Ação Civil Pública de Responsabilidade Civil por Ato de Improbidade Administrativa foi proposta pelo Ministério Público do Pará contra o Senhor Luís Carlos Barbosa Cavalcante, ex- Secretário de Educação do Estado do Pará, tendo como objeto a omissão do agente público em prestar as informações requisitadas através de ofícios expedidos pelo órgão ministerial, o que caracterizaria ato de improbidade administrativa, pois impossibilitou a continuidade das investigações no expediente nº



163/2009, o qual tinha como assunto apurar possíveis irregularidades na contratação de profissionais de educação através de seleção interna, violando o princípio constitucional do concurso público.

Conforme relatado, o juízo singular prolatou sentença de procedência, aplicando ao réu, ora apelante, as sanções de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos, multa civil de 05 (cinco) vezes o valor do último subsídio recebido, bem como a condenação de contratar com o Poder Público ou receber benefícios no prazo de três anos, deixando de acatar o pedido de perda da função pública, diante da perda do objeto.

Analisando as razões recursais, em apertada síntese, o apelante argumenta a inexistência de prática de ato de improbidade administrativa, a inobservância das formalidades exigidas para a requisição pelo órgão ministerial e a desproporcionalidade das penas fixadas.

Dito isso, após a breve e necessária contextualização, observa-se que o cerne recursal cinge-se a análise da conduta omissiva atribuída ao apelante, na qualidade de Secretário de Educação, para fins de tipificação ou configuração da conduta descrita no artigo 11, caput e inciso II da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade), bem como se violou ou não os princípios da Administração Pública.

Por oportuno, transcrevo os dispositivos mencionados:

Art. 11, Lei nº 8.429/92. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

No caso vertente, reitero que o órgão ministerial requisitou informações do então Secretário de Educação estadual, face a notícia de realização de processo seletivo interno na SEDUC, desta forma, há que se fazer um breve esclarecimento sobre a caracterização de contratação de servidores sem prestação de concurso público como ato de improbidade administrativa.

Acerca do tema, de acordo com o texto constitucional e com o entendimento jurisprudencial, a contratação de servidores sem a realização de concurso público, salvo raras exceções previstas de forma expressa em nossa Lei Maior constitui ato inconstitucional, por violação ao art. 37, inc. II, da Carta Magna, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Contudo, a Constituição Federal prevê as hipóteses de exceções à regra do concurso, sendo elas as nomeações para cargos e empregos em comissão



realizados nos termos do art. 37, inc. V, da Constituição federal, que prescindem da realização de concurso público, e também as contratações realizadas por prazo determinado com fulcro no art. 37, inc. IX, a seguir transcritos:

Artigo 37, CF. Omissis.

(...)

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento;

(...)

IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;

Pelo exposto, em tais hipóteses, não há inconstitucionalidade nas nomeações e contratações sem a realização o concurso público.

Por conseguinte, a referida Lei Federal nº 8.429/1992 prevê como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração a frustração à licitude de concurso público, consoante o art. 11, inc. V, vejamos:

Artigo 11. Omissis.

(...)

V - frustrar a licitude de concurso público;

Portanto, observa-se que a contratação ou nomeação de servidor público sem a realização de concurso público, via de regra, e excetuadas as hipóteses expressamente previstas em nossa legislação, é inconstitucional e constitui ato de improbidade administrativa.

No caso concreto, reitero que o Ministério Público estadual instaurou o expediente nº 163/2009 pela 4ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, em razão da publicação no Diário Oficial do Estado de Edital nº 002/2009-GS, em 18/08/2009, referente a seleção interna para técnicos em educação e professores efetivos na modalidade de educação especial (vide fls. 16/29).

Visando instruir o citado expediente, o órgão ministerial realizou audiência no dia 20/08/2009, com a presença de comissão de professores temporários estaduais acompanhados por uma Deputada Estadual, solicitando providências do Parquet quanto à seleção interna para a educação especial que seria realizada pela SEDUC, na ocasião os interessados impugnavam os termos do Edital nº 002/2009-GS, pois excluía a participação no certame dos servidores temporários, pois segundo as regras editalícias somente os servidores efetivos poderiam se inscrever para a seleção de professores na área de educação especial.

Constata-se, com base no termo de audiência (fls. 34/32), que a ilustre Promotora de Justiça determinou a expedição de ofício à SEDUC, para a Coordenação de Educação Especial, e à SEAD para que as respectivas Secretarias de Estado prestassem as informações com urgência sobre o edital publicado, no qual apenas os professores efetivos poderiam



concorrer (vide item 2.1 do Edital à fl. 17).

Observa-se que o órgão ministerial, na data de 20/08/2009, expediu três ofícios requisitando informações, sendo o primeiro nº 178/2009 para a SEAD, o segundo nº 179/2009 para a SEDUC e o terceiro nº 180/2009 para o Coordenador de Educação Especial, sendo que todos os expedientes foram entregues e recebidos na referida data (20/08/2009) nas respectivas secretarias, conforme assinaturas e carimbos, constantes nos documentos (vide fls. 40/42).

Compulsando os autos, verifica-se que em ato contínuo, a Secretaria de Estado de Educação – SEDUC, de forma imediata, no dia 21/08/2009, ou seja, um dia após a requisição, enviou resposta a solicitação do MP (ofício nº 180/09), expedindo o Ofício nº 099/2009 (vide fl. 43), informando que para a realização de concurso externo para professores e técnicos em educação especial, seria necessário a criação de cargos específicos, como o de professor de Língua Brasileira de Sinais – Libras ou código Braille, circunstância que necessitaria de Projeto de Lei para criação de cargos específicos o que demandaria tempo para aprovação na Assembleia Legislativa e pelo Governo do Estado, razão pela qual a SEDUC decidiu pela realização de uma seleção interna para professores e técnicos efetivos para a área de educação especial.

Por conseguinte, consta ainda a expedição de um segundo ofício (nº 1063/2009 à fl. 52) pela SEDUC ao Ministério Público, em resposta ao ofício nº 179/09, recebido no órgão ministerial no dia 24/08/09, comunicando que o Edital nº 002/09-GS, que tinha como objeto a seleção interna dentre os professores efetivos para atuarem na área de educação especial, havia sido suspenso, até ulterior deliberação, conforme a publicação realizada no DOE nº 31488 no dia 21/08/2009, de lavra da então Secretária de Estado de Educação a Professora Iracy de Almeida Gallo Ritzmann.

Por sua vez, a Secretaria de Estado de Administração – SEAD, em atenção à requisição do MP (ofício nº 178/09), expediu o Ofício nº 980/2009 (fl. 55), recebido no órgão ministerial em 28/08/2009, no qual o Secretário informa que a SEAD não teve qualquer ingerência na elaboração e na publicação do edital interno nº 002/2009 da SEDUC.

Pelo exposto, constata-se que tanto a SEDUC quanto a SEAD efetuaram resposta imediata às requisições apresentadas pelo Ministério Público, objeto do expediente nº 163/2009 MP/PJ/DC/PP, relativo à seleção interna de professores e técnicos, informando inclusive que o Edital nº 002/2009, divulgado em 18/08/09 já havia sido suspenso por ato publicado na data de 21/08/09, conforme as publicações no DOE.

Entretanto, após o transcurso de 08 (oito) meses, no dia 29/04/2010, o órgão ministerial expediu novo Ofício nº 183/2010 (vide fl. 60), solicitando à SEDUC novas informações com relação ao expediente nº 163/2009, em síntese, [1] se a SEDUC havia descartado em definitivo ou se



ainda pretendia realizar o processo seletivo interno nos moldes do edital n° 002/2009, [2] se, no caso de ter desistido em definitivo da seleção interna, quando a SEDUC pretendia realizar concurso público para seleção de profissionais na área de educação especial e, por fim, [3] qual a qualificação exigida para os candidatos interessados no provimento de tais cargos, sendo que o referido documento foi recebido pela SEDUC no dia 30/04/2010.

Considerando a ausência de manifestação da SEDUC quanto à requisição, o Ministério Público emitiu um segundo Ofício n° 278/2010, datado de 26/07/2010, o qual foi recebido pela SEDUC em 27/07/10, reiterando o pedido de informações constantes no ofício n° 183/2010, alertando no documento que as informações requisitadas seriam imprescindíveis para o representante do órgão ministerial formar sua convicção acerca da necessidade de propositura da ação civil pública.

Em seguida, conforme narrado na inicial da ACP, diante da ausência de manifestação do então Secretário de Estado de Educação o Ministério Público ingressou com a presente Ação Civil Pública, distribuída em 06/10/2010, atribuindo a prática de ato de improbidade administrativa ao referido Secretário, com fundamento no artigo 11, inciso II da Lei n° 8.429/1992, sendo que, após regular instrução sobreveio a sentença de procedência da ação, condenando o ora apelante nas sanções previstas no artigo 12, III da referida Lei.

Dito isso, resta claro que a alegada ofensa ao poder requisitório sustentada pelo Ministério Público se refere tão somente aos ofícios n° 183/2010 e o de n° 278/2010, atribuindo o ato omissivo ao Secretário de Educação, inclusive porque como restou demonstrado, tanto a SEAD quanto a SEDUC responderam a primeira requisição do Parquet, apresentando justificativa para a realização da seleção interna, bem como informou que o Edital interno n° 002/2009-GS para a seleção de técnicos e professores havia sido suspenso por ato publicado no DOE em 21/08/2009, ou seja, três dias após a divulgação do referido edital.

Na hipótese, não há que se falar em pouco caso ou desrespeito com a atuação ministerial, pois, de imediato, a Administração respondeu às informações solicitadas referente ao edital 002/2009-GS, inclusive suspendeu o próprio ato praticado, diante da suspensão da seleção interna, circunstância que não caracteriza ato improbo.

Pelo exposto, entendo que a sentença deve ser reformada, uma vez que os seus fundamentos contrariam a doutrina e a jurisprudência acerca da matéria, pois em que pese a existência de ato omissivo por parte do então Secretário de Educação, tal conduta não configura ato de improbidade administrativa, como passarei a expor.

Como dito anteriormente, a sentença guerreada condenou o apelante pela prática de ato de improbidade prevista no artigo 11, caput e inciso II da Lei n° 8.429/92.



Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a atual 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 10º da Lei nº 8.429/92, ou pelo menos evidada de culpa grave, nas do artigo 10º" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014.

Desta forma, segundo a jurisprudência do STJ, não é todo ato irregular ou ilegal que será capaz de configurar ato de improbidade, devendo haver, para a configuração das hipóteses previstas no artigo 11, a comprovação do dolo e má-fé, bem como a ocorrência de desonestidade ou imoralidade no trato da coisa pública, não devendo, portanto, a lei em questão ser aplicada ao administrador inábil ou despreparado, mas ao desonesto e corrupto.

É inegável que o Ministério Público desempenha importante função de defensor dos interesses da sociedade, atuando como persecutor dos interesses difusos e coletivos, consoante o disposto no artigo 129, inciso III da Constituição Federal:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Desta forma, observa-se que a Constituição estabelece o instrumento da ação civil pública como meio judicial para a persecução de tais interesses, prevendo também, no âmbito extrajudicial, o inquérito civil como instrumento posto à disposição para a investigação de ilícitos que venham a lesar interesses transindividuais, ou seja, são instrumentos para que o Ministério Público possa tutelar os interesses difusos e coletivos.

Com efeito, o poder requisitório do Ministério Público também está previsto no art. 26, inciso I, b, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), bem como na Lei Complementar nº 057/2006 (Lei Orgânica do Ministério Público do Pará), a qual reproduz a essência do regramento, a seguir transcrito:

Art. 26 (Lei 8.625/93). No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos



Municípios;

Assim, o poder de requisição é um dos principais instrumentos postos à disposição do Ministério Público para a condução do inquérito civil, uma vez que possibilita ao Ministério Público identificar o particular ou a autoridade pública que tem melhores condições de elucidar o fato investigado e assim ordenar que pratique a diligência necessária ao seu esclarecimento.

No caso concreto, pela análise dos fatos narrados e pelos documentos colacionados, entendo que não é possível extrair que o apelante, na condição de Secretário de Estado de Educação, tenha agido com dolo, elemento subjetivo do tipo necessário à caracterização como ato de improbidade prevista no artigo 11, II da Lei n° 8.429/92.

O caso em exame, originou-se com a publicação do edital interno 002/2009-GS pela SEDUC para seleção interna de professores e técnicos para atuação na área de educação especial, contudo o item 2.1 do referido edital determinava de forma ilegal a participação no certame apenas dos professores efetivos, preterindo os professores temporários, logo tal restrição inegavelmente afronta os princípios constitucionais que a Administração Pública deve observar nas hipóteses de realização de concurso público, previstos no artigo 37 da CF, bem como os princípios da Igualdade (incisos XXX e XXXI do art. 7°, CF), da motivação (art. 93, IX da CF), da vinculação ao edital, entre outros.

Desta forma, a ilustre representante do Ministério Público, após a publicação do referido Edital e da audiência realizada com uma comissão composta de professores temporários, instaurou o expediente interno n° 163/2009, ocasião em que requisitou informações à SEDUC e a SEAD, obtendo como resposta a justificativa de criação de cargos específicos, os quais necessitariam obrigatoriamente de projeto lei, aprovação pela Assembleia Legislativa e pelo chefe do Poder Executivo, todavia em ato publicado pela Secretária de educação o edital 002/2009-GS foi suspenso.

Assim, o motivo inicial para a instauração do expediente n° 163/2009 pelo órgão ministerial não subsiste mais, face a suspensão da seleção interna determinada pela própria Secretária de Estado de Educação, neste ponto, vale destacar que tanto o ato de publicação do Edital Interno n° 002/2009-GS, quanto o ato de suspensão da seleção foram realizados pela Secretária, à época, Sra. Iracy de Almeida Gallo Ritzmann, logo os atos relacionados às regras do certame impugnadas não foram praticados pelo ora apelante, Sr. Luís Carlos Barbosa Cavalcante, condenado por ato de improbidade administrativa por não responder a requisição do ministério público.

Destaca-se, ainda, que a ausência de resposta pela SEDUC à requisição do Parquet materializada no Ofício n° 183/2010, a meu ver, não prejudicou e nem inviabilizou a atuação do nobre Promotor de Justiça na condução do expediente, isto porque, as informações solicitadas se revelam vagas e abstratas, vez que pretendia ter conhecimento se a SEDUC havia descartado



em definitivo a seleção interna nos moldes do edital 002/2009, se havia previsão de realização de concurso público pela SEDUC e qual seria a qualificação exigida para o cargo.

Dito isso, não se pode olvidar que a seleção interna estava suspensa, logo não se consumou dano ou prejuízo à coletividade dos professores temporários.

Ademais, em que pese a ausência de manifestação da SEDUC ao ofício 183/2010, hipoteticamente, no caso da Administração republicar o edital interno n° 002/2009, o representante poderia ingressar com ACP impugnando o edital, bem como o membro do Parquet, caso assim entenda-se, também poderia ingressar com ACP visando compelir a Administração a realizar concurso público para a seleção de profissionais atuarem na área de educação especial e até mesmo realizar o termo de ajustamento de conduta – TAC, previsto no § 6° do art. 5° da Lei 7347/85 e no art. 14 da Recomendação do CNMP n° 16/10.

Reafirmo o meu entendimento quanto a não violação ao princípio da boa-fé, no caso em exame, pois o Secretário de educação não adotou uma postura arbitrária, tentando se esquivar do controle da legalidade dos seus atos imposto pela Ordem Constitucional vigente, pois o ato omissivo não configura a manifesta intenção do agente em obstar o controle externo da legalidade de seus atos por parte do Ministério Público, conforme restou comprovado.

É importante frisar que esta Relatora não possui a pretensão de adentrar na discricionariedade e na atuação do membro do Parquet no desempenho de sua nobre e importante função, mas sim tão somente demonstrar que, mesmo considerando a ausência de resposta do Secretário, tal fato por si só não impediria o procedimento ministerial, uma vez que o pedido de informações, no caso, não tratava de fornecimento de dados técnicos, de documentos ou de exames periciais imprescindíveis para a propositura da ACP.

Desse modo, consigno que não verifiquei, na conduta do gestor público, na condição de Secretário de Educação, sequer indícios de desonestidade, malícia ou interesse em causar prejuízo ao erário público, obter enriquecimento ilícito ou que tenha ofendido aos princípios da administração pública, bem como não houve ofensa ao patrimônio moral da coletividade dos professores temporários, pois o edital da seleção interna que seria realizada pela SEDUC foi suspenso.

Assim, no caso concreto, não vislumbro a existência de dolo, mesmo que genérico no que se tange a omissão do agente à requisição do órgão ministerial que ensejou a presente ação, com a finalidade deliberada em contrariar as normas legais e os princípios norteadores da Administração Pública por parte do recorrente, o que descaracteriza o ato de improbidade.

Reitero o entendimento que para que a conduta em questão do apelante, na



condição de Secretário de Educação, se enquadre como ato ímprobo nos termos da tipologia do art. 11, da Lei nº 8.429/92, é necessária a presença do elemento volitivo doloso, ainda que genérico, na conduta do agente, assim consubstanciado na vontade livre e consciente de transgredir o ordenamento jurídico, conforme entende a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. DOLO GENÉRICO. REEXAME DO ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 7 DO STJ. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. DESNECESSIDADE.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de ser imprescindível à configuração do ato de improbidade tipificado no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 a existência de dolo, ainda que genérico.

3. Hipótese em que, assentado pelo Tribunal de origem que a conduta de contratar servidor sem concurso público foi praticada dolosamente, mostra-se inviável o reexame do elemento subjetivo no âmbito do recurso especial, ante o óbice estampado na Súmula 7 do STJ. Precedentes.

4. É pacífico o entendimento desta Corte de que os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública dispensam a demonstração de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 712.341/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 29/06/2016) (grifei)

Portanto, diante da ausência de dolo, ainda que genérico, na conduta do recorrente, forçosa a reforma da sentença combatida para julgar improcedente a ação civil pública.

Nessa linha de entendimento, a jurisprudência a seguir reproduzida:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO DE 80 MÓDULOS SANITÁRIOS. CONVÊNIO COM A FUNASA. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES SOLICITADAS PELO MPF. ATENDIMENTO APÓS DOIS OFÍCIOS. FALTA DE PROVA DE CIÊNCIA DA REQUISIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. A parte Apelada está sendo acusada pela prática de ato de improbidade administrativa violador de princípios da administração, consubstanciado na falta de resposta a ofício encaminhado pelo MPF. 2. Com a instauração do contraditório, no presente caso, assegurou-se ao réu, ora apelado, a oportunidade de demonstrar que estava sendo vítima de acusação descabida, inconsistente, não se justificando, portanto, sua sujeição a todos os gravames decorrentes da instauração do processo. 3. Compulsando os autos, constata-se não haver indício de que o ato imputado ao apelado decorreu de dolo, pelo contrário a petição inicial restringe-se a relatar que houve o descumprimento de ato de ofício, sem trazer nenhum dado que possa caracterizar intenção na conduta do demandado. 4. Importante asseverar que o demandado encaminhou as informações objeto da requisição, conforme se verifica no documento de fl. 572, bem como que os AR's dirigidos ao demandado não foram entregues pessoalmente ao mesmo (fls. 28 e 33). Portanto, não resta evidenciado dolo de descumprir a requisição ministerial. 5. Apelação improvida.

(TRF-5 - AC: 00002789020104058401 AL, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Data de Julgamento: 12/03/2015, Terceira Turma, Data de Publicação: 17/03/2015)



DIREITO ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO CÍVEL IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FACE DE EX-PREFEITO DE PORCIÚNCULA - ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE INÉRCIA DO PREFEITO QUANTO AO ENVIO DE INFORMAÇÕES REQUISITADAS ATRAVÉS DE OFÍCIOS PRETENSÃO DE TIPIFICAÇÃO DO ART. 11, II, DA LEI Nº 8.429/92: "RETARDAR OU DEIXAR DE PRATICAR, INDEVIDAMENTE, ATO DE OFÍCIO"- ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO - MEDIDAS PROPUGNADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ESTÃO INSERIDAS NO CAMPO DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR, SEGUNDO PRINCÍPIOS DA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE - OBRIGAÇÃO DE FAZER CONTIDA NOS OFÍCIOS QUE NÃO SE AMOLDA COMO SENDO "ATO DE OFÍCIO" - ESTIPULAÇÃO DE PRAZO PARA RESPOSTA QUE SÓ CONSTOU NO ÚLTIMO OFÍCIO - AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA QUANTO AO NÃO ATENDIMENTO DA REQUISIÇÃO COMPLEXIDADE DA QUESTÃO FUNDIÁRIA DO MUNICÍPIO ESPELHADA EM OFÍCIO COM CINCO INTRINCADAS REQUISIÇÕES - PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONDITA DESCRITA NO ART. 11, II, DA LEI DE IMPROBIDADE BASTA A DEMONSTRAÇÃO DO DOLO GENÉRICO - DEMORA JUSTIFICADA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE, INCLUSIVE, ENSEJOU APROVAÇÃO DE LEI MUNICIPAL SOBRE O TEMA - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

(...) Omissis.

10. A caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico. Precedente da Primeira Seção. 11. Manutenção da improcedência dos pedidos formulados na ação civil pública. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJ-RJ - APL: 00006664420128190044 RJ 0000666-44.2012.8.19.0044, Relator: DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA, Data de Julgamento: 05/08/2014, VIGÉSIMA SEGUNDA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 27/08/2014 11:34)

Nesse compasso, entendo relevante destacar os ensinamentos da doutrinadora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO a respeito do enquadramento do ato na Lei de Improbidade:

A rigor, qualquer violação aos princípios da legalidade, da razoabilidade, da moralidade, do interesse público, da eficiência, da motivação, da publicidade, da impessoalidade e de qualquer outro imposto à Administração Pública pode constituir ato de improbidade administrativa. No entanto, há que se perquirir a intenção do agente, para verificar se houve dolo ou culpa, pois, de outro modo, não ocorrerá o ilícito previsto na lei, como se verá no item subsequente.

(...)

O enquadramento na lei de improbidade 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. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além do mais, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham o mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. (Direito Administrativo, 18ª ed., São Paulo: Atlas, págs. 726/728).



Além disso, importante destacar a necessidade do magistrado fazer uso do princípio da razoabilidade ao aplicar a norma ao fato concreto, pois cabe ao magistrado, ao aplicar o ordenamento jurídico, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, consoante o disposto nos artigos 1º, III e 37, caput, ambos da CF e c/c o art. 5º da LINDB.

Ademais, ressalto que não se está admitindo ou defendendo a prática de atos irregulares, mas que in casu não se verifica a aplicação da lei de improbidade administrativa ao caso vertente.

Colaciono, a seguir os seguintes julgados, com o escopo de reforçar o entendimento supra: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADE EM PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Recurso Especial manifestado contra acórdão que, por não vislumbrar a presença de dolo ou culpa na conduta dos réus, manteve sentença que julgou improcedente o pedido, em Ação Civil Pública, na qual o Ministério Público Federal postula a condenação dos agravados pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na ilegalidade de procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviço de avaliação de imóveis de propriedade do ora agravante.

II. No caso, o agravante alega, em síntese, que "desde a origem, vem sustentando a desnecessidade de se perquirir acerca do elemento volitivo para a caracterização do ato de improbidade, a atrair a aplicação da Lei 8.249/92, vez que, no seu entendimento, a lei respectiva, ao caracterizar como ato de improbidade a dispensa indevida da licitação, gera uma presunção absoluta de ilicitude da conduta" (fl. 3.167e).

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). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. IV. Agravo Regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp: 1397590 CE 2013/0262754-9, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 24/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2015)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS SEM CONCURSO PÚBLICO. AMPARO EM LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). ART. 11 DA LEI 8.429/92. 1. Não caracteriza ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 a contratação de servidores sem concurso público baseada em legislação municipal, por justamente nesses casos ser difícil de identificar a presença do elemento subjetivo necessário (dolo genérico) para a caracterização do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública. Precedentes: AgRg no REsp 1358567/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 09/06/2015; REsp 1.248.529/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013, EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 166.766/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/10/2012, REsp



1231150/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 12/04/2012. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 747468 MS 2015/0174450-0, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 04/02/2016, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. DO . APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS IRREGULARES. ART. DA LEI N. /92. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. NECESSIDADE. NÃO-CONFIGURAÇÃO. 1. Não se pode conhecer da violação ao art. do , pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia. 2. Pacificou-se nesta Corte Superior entendimento segundo o qual o enquadramento de condutas no art. da Lei n. /92 requer a constatação do elemento subjetivo doloso do agente, em sua modalidade genérica. Precedente. 3. Hipótese em que o acórdão de origem compreendeu, com base no conjunto fático-probatório carreado aos autos, inexistir dolo ou má-fé nas contratações efetuadas, tendo sido prestados, inclusive, os serviços para os quais foram realizadas as contratações impugnadas. Trechos do acórdão recorrido. 4. Dos depoimentos de diversas testemunhas, todas imbricadas nas áreas nas quais teriam ocorrido as supostas ilegalidades, vê-se que as contratações impugnadas, embora sim de questionável validade em razão da vigência dos preceitos constitucionais relativos à obrigatoriedade do concurso e à excepcionalidade da contratação temporária, foram realizadas sob a perspectiva de resguardo do interesse público primário, tendo sido observada, ainda que por demais simplória, certa seleção de qualidade entre os candidatos que se apresentassem (seleção esta levada a cabo por pessoa que não o recorrido), o que descaracteriza o elemento subjetivo doloso. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (REsp 1130843/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

Portanto, mesmo considerando a conduta omissiva do recorrente quanto aos pedidos de informações constantes dos ofícios expedidos em abril e julho de 2010 pelo órgão ministerial, conforme restou demonstrado, entendo que a conduta não configura ato de improbidade administrativa, não se aplicando ao caso a Lei nº 8.429/1992, face a ausência de dolo, visto que é indispensável a demonstração de má-fé para que o ato impugnado, no caso, omissão na prática de ato de ofício, adquira relevância de improbidade.

Desse modo, não restou caracterizado o cometimento de ato ilícito pelo recorrente passível de condenação com fulcro na Lei 8.429/92, haja vista a ausência de dolo por parte do administrador público, no caso o Secretário Estadual de Educação, razão pela qual a sentença deve ser reformada para julgar improcedente a ação civil pública por ato de improbidade.

ANTE O EXPOSTO, CONHEÇO DA APELAÇÃO CÍVEL E DOU-LHE PROVIMENTO para reformar integralmente a sentença atacada, julgando improcedente a Ação Civil Pública, tudo nos termos e limites da fundamentação lançada, que passa a integrar o presente dispositivo, como se nele estivesse transcrito.

É o voto.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3731/2015-GP.



Certificado o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, dando-se baixa na distribuição.

Belém (PA), 21 de maio de 2018.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN
Relatora