



2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 0014824-41.2016.8.14.0000

RELATORA: DESEMBARGADORA LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO.
AGRAVADA/AGRAVANTE: MARTA MARIA VINAGRE BEMBOM
ADVOGADO: DOUGLAS MOTA DOURADO e OUTROS
AGRAVADA: Decisão Monocrática fls.738/752 – Dje 07/08/2017
AGRAVANTE/AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
REPRESENTANTE: MARIA DA CONCEIÇÃO GOMES DE SOUZA (PROCURADORA)

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DÚBIO PRO SOCIETATI. POSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO DA INICIAL UMA VEZ VERIFICADA POR PROVA CABAL, HÁBIL E APTA A EVIDENCIAR, DE PLANO, A INEXISTÊNCIA DA PRÁTICA DO ATO DE IMPROBIDADE. CASO DOS AUTOS. APORTE DOCUMENTAL DA DEFESA PRÉVIA QUE CONDUZ PARA A COMPLETA COGNIÇÃO DO JUÍZO. RECONHECIMENTO DE INEXISTÊNCIA DE ATO IMPROBO. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA INICIAL CASSADA EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO. PROVA INEQUÍVOCA QUE A GRATIFICAÇÃO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA ERA PAGA DE FORMA GENÉRICA A TODOS OS SERVIDORES COMISSIONADO A TÍTULO DE SOBREJORNADA E NÃO POR DEDICAÇÃO ÚNICA AO TCE-PA. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO E DA BOA-FÉ DA REQUERIDA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO DOLO E DA CULPA. APLICAÇÃO DO ART. 17, §8º, DA LEI Nº 8.429/1992. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO INTERNO INCAPAZ DE INFIRMAR A DECISÃO MONOCRÁTICA RECORRIDA. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e aprovados em Plenário Virtual os autos acima identificados, ACÓRDAM os Excelentíssimos Desembargadores que integram a 2ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, por unanimidade, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO, na conformidade do Relatório e Voto, que passam a integrar o presente Acórdão.

Belém, 02 de dezembro de 2019.

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Interno contra a Decisão Monocrática que deu provimento ao Agravo de Instrumento com fundamento no art. 133 do



Regimento Internos do TJPA c/c art. 17, §8º da Lei nº 8.429/92.

Em síntese MARTA MARIA VINAGRE BEMBOM foi demandada pelo Ministério Público em ação civil pública por ato de improbidade sob o argumento que teria recebido remuneração de forma irregular durante o período em que ficou cedida da ALEPA para o TCE.

Entendeu o juízo do primeiro grau que a agravada na condição de servidora pública da ALEPA, ocupando o cargo efetivo de procuradora, desde 01/08/1988 quando cedida ao Tribunal de Contas do Estado, em 01/02/2011, para desempenhar a função de consultor jurídico, com ônus remuneratório ao órgão de origem e opção pelo art. 8º, da Lei 5020/82, pode ter incorrido em ato ímprobo por ter recebido remuneração de ambas as fontes acima do teto remuneratório, bem como por ter composto como parcela remuneratória a gratificação de dedicação exclusiva, embora tenha mantido atividade laboral privada até agosto de 2012, vindo então, aquele juízo a receber a inicial da ação.

Irresignada a requerida interpôs agravo de instrumento alegando essencialmente que o próprio STF, em recente julgado submetido a sistemática da repercussão geral (RE 606358), em que se discutia as vantagens pessoais incorporadas antes da EC 41/2003 para fins de exclusão do limitador remuneratório constitucional, decidiu pela não devolução dos valores recebidos de boa-fé, até 18/11/2015, que eventualmente tenham excedido o limite remuneratório. Logo, a decisão de recebimento da exordial, baseada no princípio do in dúbio pro societate, não poderia de modo algum persistir, na medida em que a agravante nunca praticou ato ímprobo.

Seguiu arguindo quanto a imputação de exercício da advocacia concomitantemente com o recebimento de gratificação de dedicação exclusiva, que restou claro pelas provas por si juntadas aos autos que a referida gratificação era paga indistintamente a todos os cargos comissionados do TCE, não em razão do regime de dedicação única, mas sim pelo desempenho de sobrejornada que se estendia além do horário normal de trabalho, mais precisamente até as 16:00h. Que não exercia a advocacia não porque tal exercício fosse incompatível, mas sim porque não tinha disponibilidade de horário, visto ser humanamente impossível conciliar as duas atividades. Salientou, também, que nos termos da doutrina de Ely Lopes Meirelles, o regime de dedicação plena admite que o servidor desempenha atividade diversa da de seu cargo, desde que compatível com o este regime.

Recebido inicialmente pela Desa. Gleide Pereira de Moura, que indeferiu naquele momento o efeito suspensivo (fls.718/719).

Em contrarrazões (fls. 724/742), o MPE aduz equívoco da requerida ao argumentar que a boa-fé é incompatível com a acusação de ato ímprobo, visto que para restar configurada a improbidade administrativa, na modalidade dano ao erário público, basta que seja caracterizada a culpa do agente público, bem como de que nos termos da jurisprudência dos Tribunais Superiores, indícios são suficientes para o recebimento da petição inicial. Afirma, ainda, a impossibilidade de discussão acerca da procedência da ação de improbidade em sede de agravo de instrumento, bem como de que a petição inicial traz indícios da prática de ato ímprobo pela Recorrente.

O Parquet de 2º grau se manifestou pela aplicação do princípio do in dúbio



pro societate, aduzindo que basta que a inicial descreva sucintamente os fatos e que seja instruída com documentos que contenham indícios suficientes da existência de ato ímprobo, para que seja ela recebida e, a partir de então, dar-se continuidade ao procedimento com a respectiva citação do Réu.

Redistribuído ao Des. Constantino Guerreiro que monocraticamente deu provimento ao recurso (fls.738/742). Superando as preliminares o Relator originário afirmou que ao contrário do que concluiu o juízo a quo, se tivessem sido subtraídas as vantagens pessoais adquiridas pela Recorrente antes da EC 41/2003, não se constata a extrapolação do teto remuneratório, e que mesmo que o valor recebido pela Recorrente ultrapassasse o teto remuneratório, tal excedente não seria passível de devolução, ante a boa-fé daqueles que receberam tais verbas até 18/11/2015, nos termos do julgamento proferido pelo STF no RE 606358 / SP, Relatora Min. ROSA WEBER, Julgamento: 18/11/2015, o que levou a repelir o primeiro dos dois fundamentos adotados pelo juízo a quo na decisão vergastada quando do recebimento da ação.

Seguiu discorrendo aquele Relator que em relação ao segundo fundamento deduzido pelo juízo recorrido (que a requerida teria exercido indevidamente a advocacia quando do exercício de cargo comissionado e recebimento de gratificação de dedicação exclusiva) afirmou que não houve uma análise exauriente depois do contraditório prévio como determina o §8º do art. 17 da LIA, posto que deveria terem sido considerados: o Parecer da PGE (fl.390/409) as Leis Estaduais nº 6.872 e 6.873/2006 não se aplicavam aos ocupantes dos cargos comissionados de consultor jurídico no TCE/PA, mas apenas o art. 137 da Lei nº 5.810/94, o qual não possuía regulamentação e, a informação prestada pelo Presidente do TCE que atestou que a referida gratificação era paga a todos os servidores que cumprissem sobrejornada estendida (fls.236/237 – informações do Presidente do TCE), conforme orientação obtida na Consulta TCE nº 2011/52779-9.

De tudo concluiu o Relator que haviam robustas provas que a requerida jamais teve qualquer ingerência na sua nomeação perante o TCE e no recebimento da gratificação e que sempre procurou esclarecer junto a PGE eventuais dúvidas suscitadas sobre seu enquadramento funcional, de maneira que o quadro fático não se compatibiliza com o dolo caracterizador da improbidade administrativa, pelo que, convencido da inexistência da prática de ato de improbidade pela recorrente deu provimento ao agravo rejeitando a inicial da ação.

Sobreveio então o agravo interno (fls.759/764), pelo qual o Parquet argumenta essencialmente que os atos ímprobo prescindem de conduta comissiva, sendo suficiente a sua omissão para configurá-lo, e que existindo qualquer dúvida acerca da prática do ato, deve prevalecer o princípio in dubio pro societate.

Segue argumentando que o exercício da sobrejornada estaria ligado a gratificação por tempo integral, de natureza diversa da dedicação exclusiva, e que a interpretação normativa da dedicação exclusiva deve ser literal, não havendo ausência de indícios, posto que a requerida percebia a gratificação e mantinha escritório de advocacia de forma concomitante.

Pede o provimento do agravo interno para que a decisão monocrática seja reformada.



Contrarrazões ao agravo interno (fls.767/778) arguindo que o Parquet recorre apenas em relação a percepção da gratificação de dedicação exclusiva e refere-se que a improbidade está intimamente ligada a intensão de lesar a coletividade, contudo jamais demonstrou qualquer intenção da recorrente nesse sentido, tanto que requereu a exclusão da parcela, conforme fez prova em fl.239.

Afirma que a listagem de processos juntados aos autos não tem o condão de provar o exercício da advocacia no período que ocupava a função pública, máxime porque é sócia de sociedade de advogados e seu nome sempre figurou no modelo padrão de procurações do escritório, ademais, o juízo de 1º grau teria confundido o cargo ocupado pela recorrente com o de consultor jurídico do Estado, para o qual é vedado o exercício da advocacia conforme leis nº 6.872 e 6.873/2006, enquanto para agravante nunca houve vedação, pela falta de regulamentação do art.137 do RJU, não regulamentado até aquela ocasião, além do fato comprovado que a gratificação fazia parte da remuneração de todos os cargos comissionados do TCE pelo exercício da sobrejornada.

Pede a manutenção da decisão monocrática.

Coube-me por redistribuição.

É o essencial a relatar. Passo ao voto.

VOTO

Tempestivo e processualmente possível, mas não deve prosperar.

De conformidade com o artigo 507 do novo Código de Processo Civil, é vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão. Comentando este artigo, os eminentes Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam:

Preclusão pro iudicato. A preclusão envolve as partes, mas pode ocorrer, também, relativamente ao juiz, no sentido de que ao magistrado é imposto impedimento com a finalidade de que não possa mais julgar questão dispositiva por ele já decidida anteriormente. A doutrina faz referência a esse fenômeno denominando-o de preclusão pro iudicato (Nery. Recursos, n. 2.3.4.3, p.94). Quanto às questões de ordem pública, como não estão sujeitas à preclusão, o juiz pode (deve) redecidi-las a qualquer momento, antes de proferir sentença, fazendo-o de ofício ou a requerimento da parte ou interessado. V., acima, coment. CPC 471.

Observo que a matéria atinente ao sobreteto remuneratório não foi objeto de impugnação nas razões do agravo interno, razão pela qual a análise deste recurso irá se ater a matéria impugnada, ou seja, o argumento de que a ora agravada teria incorrido em prática de ato improprio ao ter recebido gratificação de dedicação exclusiva no período que ocupou o cargo de Consultora Jurídica do TCE e ter exercido a advocacia concomitantemente.

Tendo em conta os elementos de convicção coligidos nos autos, não se vislumbra a configuração dos tipos legais previstos nos artigos 9º a 11 da referida Lei nº 8.429/92.



Colho em atenta lida que na petição inicial, precisamente na fl.44, o autor alega que a ora agravada teria incorrido na pratica vedada pelo inciso I do art. 11 da LIA, voltando a referir sobre ofensa ao art. 11 de forma genérica apenas na fl.61, não mais narrando sobre tipificação do ato imputado em nenhuma outra ocasião nas 26 folhas que discorreu, nem mesmo quando expos seus 13 itens do pedido.

Já neste agravo interno não há uma única menção sobre a tipificação atribuída a ora agravada, apenas referências genéricas sobre a possibilidade de caracterização do ato improbo quando a omissão do agente resultar em dano ao erário e quanto a intensão de lesar a coletividade.

Ora, não há como levar em conta no deslinde da causa imputação não deduzida explicitamente, ainda mais quando a conduta funcional, tal como delineada nos autos, não permitiria a sua qualificação como improbidade administrativa.

À luz de jurisprudência de há muito consolidada, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu. 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 agente (v. REsp. nº 841.421/MA, Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, j. 22.05.2007).

Nas circunstâncias expostas na decisão monocrática da pena do Des. Constantino Guerreiro, aqui recorrida, não ficou mesmo demonstrada conduta ilegítima do ora agravada, traduzindo falta de boa-fé e desonestidade, indispensáveis para atrair as sanções da Lei nº 8.429/92.

Leciona Fábio Medina Osório que improbidade é conceito jurídico indeterminado vazado em cláusulas gerais, que exige, portanto, esforço de sistematização e concreção por parte do intérprete. Reveste-se de ilicitude acentuadamente grave e exige o ato ímprobo requisitos de tipicidade objetiva e subjetiva, acentuadamente o dolo (nos casos de enriquecimento ilícito e prática atentatória aos princípios) e a culpa grave (nos casos de lesão ao erário).

De outra banda, pondera Luís Otávio Sequeira de Cerqueira que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), a Lei de Ação Civil Pública (Lei Federal 7.347/1985) e a Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965) integram o Sistema Único das Ações Coletivas, ainda que possua, a primeira, disposições cujo conteúdo muito se aproxima daquele típico de normas penais, razão pela qual suas sanções, como advertem Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 'devem ser interpretadas à luz dos princípios atinentes aos direitos fundamentais que informam o Direito Penal, destacando-se o princípio da culpabilidade, cujo teor prega que a punição ou a sanção só tem base constitucional para a conduta dolosa ou culposa', ressaltando os autores que, em seu entender, somente o agente ímprobo, desonesto, ficará sujeito às sanções.

Marino Pazzaglini Filho, em sua prestigiada obra, após percuente



digressão acerca da aplicação da citada norma do artigo 11 da LIA, assim conclui:
Ante o exposto, os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública exigem, para sua configuração, os seguintes requisitos:

- Ação ou omissão violadora de princípio constitucional regulador da Administração Pública;
- Comportamento funcional ilícito denotativo de desonestidade, má-fé ou falta de probidade do agente público;
- Ação ou omissão funcional dolosa; e
- Que não decorra da transgressão de princípio constitucional, enriquecimento ilícito do agente público ímprobo ou lesão ao Erário

Como já apontado linhas atrás, o c. STJ já consolidou orientação no seguinte sentido:

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.
2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.
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.
(REsp. nº 831.178/MG, Min LUIZ FUX, j. 25.03.2008, DJe 14.05.2008).

Diante dessas premissas, a conduta questionada nos autos refoge mesmo a esfera de incidência da LIA.

Aliás, a simples leitura das sete espécies exemplificativas de improbidade administrativa atentatórias aos princípios a Administração, constantes dos incisos do citado artigo 11, revela que o pressuposto fundamental para o devido enquadramento nos tipos legais é a prática ou a omissão pelo agente de ato de ofício, motivado por desonestidade, o que realmente não se delineou no caso vertente; o comportamento funcional desonesto, como descrito na norma, é aquele que decorre do exercício anômalo das atribuições e competências próprias do cargo.

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;



- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

De resto, impende ponderar que concomitância do exercício do cargo comissionado no TCE com a prática de atividades na advocacia privada alardeada na inicial, sequer foi efetivamente demonstrada, de toda sorte, não pode ser qualificada como ato de improbidade administrativa a percepção da gratificação de dedicação exclusiva recebida nesse interregno, máxime ao reconhecer que a referida vantagem era paga a todos os servidores comissionados de forma geral e indistintamente.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao presente agravo interno.

É como voto.

Belém(PA), 02 de dezembro de 2019.

Desa. LUZIA NADJA GUIMARÃES NASCIMENTO
Relatora