

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREFEITO - NOMEAÇÃO DE SERVIDOR - AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO - PROVIMENTO DE CARGO EM COMISSÃO - DOLO E MÁ-FÉ INEXISTENTES - DANO AO ERÁRIO INOCORRENTE - OFENSA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA - ATENDIMENTO A CONVÊNIO - EMERGÊNCIA - INTERESSE PÚBLICO - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Ementa: Apelação cível. Ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nomeação de servidores para ocuparem, sem concurso público, cargo de provimento em comissão na Prefeitura. Ausência de prejuízo ao erário e de recebimento de vantagem econômica pelo agente ou por terceiro. Ausência de má-fé. Inexistência de afronta aos princípios norteadores da Administração Pública. Nomeação para atender ao convênio celebrado entre o Estado de Minas Gerais e a Municipalidade.

- O elemento subjetivo é de suma importância na averiguação do ato, em se tratando de improbidade administrativa. Como não houve indícios de dolo ou má-fé, nem foi causado prejuízo financeiro aos cofres públicos, afastada está a hipótese de improbidade administrativa. Recurso a que se dá provimento.

APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0713.03.018865-8/001 - Comarca de Viçosa - Apelantes: Fernando Santana e Castro, Prefeito Municipal de Viçosa - Apelado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 23 de novembro de 2006.
- *Roney Oliveira* - Relator.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento o Dr. Mauro Bonfim, pelo apelante.

O Sr. Des. *Roney Oliveira* - Trata-se de ação civil pública, intentada pelo Representante Ministerial da Comarca de Viçosa contra Fernando Santana e Castro, por ato de improbidade administrativa, com pedido de liminar, com base em procedimento administrativo instaurado pela Promotoria de Justiça, para a averiguação de irregularidades na contratação de pessoal para exercício de cargo comissionado de agente de trânsito na cidade de Viçosa.

Às f. 33/34, a liminar foi indeferida, por ausência de demonstração efetiva de qualquer prejuízo para o Poder Público.

O réu apresentou resposta escrita à ação, arguindo preliminares de incompetência do Juízo de primeiro grau para julgar ação de improbidade contra prefeito e de nulidade do procedimento administrativo, realizado sem direito à ampla defesa e ao contraditório.

Apresentou, ainda, sua defesa de mérito, alegando ter agido amparado por lei municipal, motivo por que não se poderia falar em ato de improbidade por ele cometido.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em sua manifestação de f. 72/76, suscitou a extemporaneidade da manifestação do réu e esclareceu já ter sido pacificado o entendimento de inexistir prerrogativa de foro

para julgamento de ação civil pública contra ato de improbidade praticado por prefeito.

No tocante à arguição de nulidade do procedimento administrativo, asseverou o Representante Ministerial que não houve qualquer tentativa de punição do investigado, mas simplesmente a busca de elementos de convicção acerca dos danos causados ao patrimônio público.

O réu apresentou contestação às f. 82/91, reiterando as preliminares anteriormente suscitadas, pleiteando, ao final, a improcedência da ação, ao argumento de não se enquadrar sua conduta na Lei nº 8.429/92, visto ter apenas cumprido o disposto na Lei Municipal nº 1.272/98.

Impugnação à contestação às f. 117/123, repetindo as razões pelas quais as preliminares devem ser rejeitadas, pugnando, em seara meritória, pela condenação do requerido nas penas do art.12 da Lei nº 8.429/92, em virtude da realização de contratação irregular, com a conseqüente devolução dos valores pagos aos cofres públicos, isso não obstante a efetiva prestação dos serviços, sob a alegação de que os municípios não têm a obrigação de arcar com o custo das ilegalidades cometidas pelos governantes.

Na sentença de f. 126/145, o Juiz de primeiro grau rejeitou as preliminares e julgou parcialmente procedente o pedido, para suspender os direitos políticos do réu por 04 (quatro) anos e proibi-lo de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais e creditícios, direta ou indiretamente, também, por 04 (quatro) anos, ao fundamento de que, inobstante a determinação da lei local, o § 2º do art. 37 da CR prevê a punição da autoridade que não obedece aos comandos previstos nos incisos II e III.

Declarou, ainda, a nulidade dos contratos realizados sem concurso público e a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.628/02 e da Lei Municipal nº 1.272/98.

Apela o réu, às f. 148/160, reiterando as preliminares aduzidas em sua resposta e contestação, arguindo, ainda, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito,

pleiteia a reforma do *decisum*, para que seja reconhecida a improcedência do pedido inicial, por impossibilidade de se questionar, através de ação civil pública, inconstitucionalidade de lei pela via incidental.

Contra-razões às f. 181/194.

Opina a Procuradoria-Geral de Justiça pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo não-provimento do recurso.

É o relatório.

Conheço do recurso.

Rejeito a preliminar de incompetência do Juízo de primeiro grau para julgar ação civil pública, tendo em vista já ter a Corte Superior deste Tribunal de Justiça declarado, no Incidente de Inconstitucionalidade nº 1.0000.03.401472-0/000, a inconstitucionalidade da Lei Federal nº 10.628/02, alteradora do art. 84 do Código de Processo Penal.

Rejeito, também, a preliminar de cerceamento de defesa, visto versar a questão ora debatida apenas sobre matéria de fato que dispensa maior dilação probatória ou oitiva de testemunha.

Registre-se que o tema em análise se cinge à contratação irregular e inconstitucional de servidores em cargo em comissão, fato esse, inclusive, comprovado e não negado pelo réu.

Por derradeiro, rejeito a preliminar de extinção do processo por insubsistência do procedimento administrativo investigatório, tendo em vista ter ele seguido exatamente os trâmites aplicáveis a sua natureza, meramente inquisitiva, dispensando a concessão de ampla defesa e contraditório ao investigado.

Rejeitadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Narra o Representante do Ministério Público que o Prefeito Municipal de Viçosa nomeou, nos termos da Lei nº 1.272/98, nove agentes de trânsito para realizarem atividades

que não se subsumem à natureza e definição do cargo de provimento em comissão pretendido, por não realizarem atos de chefia, direção ou assessoramento, em desacordo ao preceito insculpido no art. 37, inciso II, da Carta da República, praticando, por via de consequência, ato de improbidade administrativa.

Importante perquirir se o apelante praticou ato de improbidade administrativa a ensejar a suspensão de seus direitos políticos por 04 (quatro) anos e a impossibilidade de contratar com o Poder Público também por 04 (quatro) anos.

A *priori*, a violação dos princípios norteadores da Administração Pública (legalidade, razoabilidade, moralidade, interesse público, eficiência, motivação, publicidade e impessoalidade) e, ainda, de qualquer outro ato a ela imposto pode caracterizar improbidade administrativa do agente público ou de terceiro, desde que presentes a culpa ou o dolo e a má-fé, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em *Direito administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 688:

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. (...) Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um 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 a observância do princípio da razoabilidade, sob seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.

Há que se observar, para tanto, se o dano e o efetivo proveito obtido pelo agente restaram comprovados e se a sanção imposta a ele guarda

proporcionalidade entre o dano e o proveito, conforme já decidiu, em situação análoga, o egrégio Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Prejuízo ao erário. Obrigação de restituir aos cofres públicos. Admissibilidade, desde que comprovado o dano, estreme de dúvidas. Ementa oficial: Na hipótese de ação civil pública visando à anulação de atos praticados por autoridade da Administração Pública, sob a alegação de improbidade administrativa e de prejuízo ao erário, impõe-se admitir que a obrigação de restituir aos cofres públicos tem sustentação em dois pressupostos: a ilegalidade do ato e o seu poder de causar prejuízo. Infere-se disso que o dano não se presume. Há de ficar comprovado, estreme de dúvida (Ac. na Ap. nº 114.999-5/2, 3ª Câmara, Rel. Des. Rui Stoco, j. em 30.05.2000, *in RT* 781/219).

Todavia, o dano ao erário não é essencial ao reconhecimento da improbidade, revelando-se necessária, também, a presença do elemento subjetivo, ou seja, má-fé, conforme ensina a mesma autora, Maria Sylvania Zanella Di Pietro, na referida obra, p. 689:

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.

No caso em tela, a condenação do apelante teve como fundamento a nomeação, sem concurso público, de nove agentes de trânsito.

Verifica-se que os cargos de agente de trânsito foram criados para atender ao convênio celebrado entre o Estado de Minas Gerais e o Município de Viçosa, em janeiro de 1998, para regulamentar o sistema de trânsito local, ficando a cargo da Municipalidade o cumprimento das exigências previstas no item 2.1.1 do referido convênio (f. 20).

Considerando que se tratava de situação emergencial, editou o Alcaide, com aprovação

do Legislativo local, a Lei nº 1.272/98, criando os cargos de provimento em comissão de agente de trânsito e segurança municipal, comprometendo-se, no entanto, a realizar no prazo máximo de 01 (um) ano, a contar da vigência da mencionada lei, concurso público.

Embora se tenha a informação de que ainda não foi realizado o dito concurso público, não se pode por esse fato isolado impingir ao Chefe do Executivo penalidade tão severa como a aplicada pelo Magistrado de primeira instância, visto que pretendeu, com a edição da lei, resolver situação de emergencial interesse público, não se vislumbrando na conduta do agente qualquer interesse em atingir finalidade ilícita, obtenção de vantagem econômica para si ou para outrem e afronta aos princípios norteadores da Administração Pública.

Registre-se, por oportuno, que a ordem jurídica pátria prestigia o princípio da boa-fé presumida.

Nesse sentido, preleciona o ilustre professor Caio Mário da Silva Pereira, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1977, vol. XI, p. 493, verbete 'boa-fé - I':

10. Desperta interesse a questão da prova da boa-fé.

É regra que todos os Códigos modernos, expressa ou implicitamente, consagram, que a boa-fé se presume até prova em contrário, devendo caber o *onus probandi* a quem alega a má-fé. A boa-fé constitui a regra, a má-fé uma exceção.

Ora, tal presunção não poderia ser absoluta, porque levaria ao extremo oposto de acobertar o dolo e a má-fé, conseqüência tanto ou mais prejudicial que exigir-se a prova da boa intenção.

O aclamado postulado da boa-fé, na sua noção corrente de "confiança recíproca", entende-se somente até o ponto de ser uma presunção negativa de má-fé. Não se afirma nele a atuação leal de alguém, mas somente se presume, até prova em contrário, que este não agiu dolosamente.

Ademais, inexistindo dano ao erário, configura-se a prática de ato de improbidade por violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92), somente quando a conduta positiva ou negativa do agente público decorrer de dolo.

Sobre o tema nos ensina Carlos Frederico Brito dos Santos, em *Improbidade administrativa - Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44, ao comentar o mencionado art. 11:

Na modalidade comentada, a exemplo do que ocorre com o artigo 9º, está prevista tão-somente a conduta comissiva ou omissiva dolosa, ou seja, o comportamento consciente do agente público com o objetivo deliberado de praticar qualquer ato que importe em violação de qualquer dos deveres decorrentes de princípios administrativos.

Nesse mesmo sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Ação de improbidade administrativa. Ausência de má-fé do administrador público.

- 1. A Lei 8.429/92, da ação de improbidade administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

- 2. Dessarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

- 3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete, induzindo-o a acoiar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, visto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa (REsp nº 480.387-

SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 24.05.2004, p. 163).

Ora, não restou comprovado tenha o apelante agido com má-fé, obtido vantagem econômica para si ou para terceiro ou infringido qualquer dos princípios da Administração Pública, motivo por que não há falar em prática de ato de improbidade administrativa a sustentar a suspensão de seus direitos políticos por 04 (quatro) anos e a impossibilidade de contratar com o Poder Público por também igual período.

Por derradeiro, saliente-se, na esteira do conforme entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça, que, inexistindo prova de que tenha havido má-fé por parte do Ministério Público ao aforar a ação, não responde ele pelo ônus da sucumbência:

9. A atuação do Ministério Público, *pro populo*, nas ações difusas, justifica, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa de suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública.

10. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé (...) (REsp nº 480.387 - SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 24.05.2004, p. 163).

Frente ao exposto, provejo o recurso, para reformar a sentença vergastada e julgar improcedente o pedido inicial.

Ausente a prova de má-fé, não há imposição de ônus sucumbenciais.

Custas, *nihil*.

O Sr. Des. Fernando Bráulio - De acordo.

O Sr. Des. Silas Vieira - De acordo.

Súmula - REJEITARAM AS PRELIMINARES E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

-:-:-