



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÕES. OBSCURIDADES.
PREQUESTIONAMENTOS. ACÓRDÃO QUE, PELO VOTO
MAJORITÁRIO, EXAMINOU TODAS AS QUESTÕES A RESPEITO DAS
QUAIS ERA NECESSÁRIO PRONUNCIAMENTO, O FAZENDO DE
MODO COMPLETO, CLARO E COERENTE. VOTO VENCIDO EM
PARTE DO 1º VOGAL.
POR MAIORIA, EMBARGOS DESACOLHIDOS.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

Nº 70046638409

COMARCA DE GRAVATAÍ

DANIEL LUIZ BORDIGNON

EMBARGANTE

MINISTERIO PUBLICO

EMBARGADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, por maioria, em desacolher o recurso, vencido o Des. Caníbal que o acolheu em parte.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL E DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI.**

Porto Alegre, 23 de maio de 2012.

DES. IRINEU MARIANI,
Relator.

RELATÓRIO



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

DES. IRINEU MARIANI (RELATOR)

Trata-se de embargos de declaração de **Daniel Luiz Bordignon** em face do Acórdão que, na AC nº 70 037 437 530, rejeitou as preliminares e, por maioria, desproveu a apelação do réu e proveu em parte a do autor, tendo como 1º apelante/apelado o **Ministério Público** (fls. 2812-37).

Alega, em suma, haver contradição quanto à existência do dolo, obscuridade quanto à rejeição da preliminar sobre a Reclamação 2.138 do STF e omissão relativamente; **(a)** ao “... controle difuso da constitucionalidade, levantado a fls. 11 da apelação...” (fl. 2843); **(b)** a não observância do art. 37, IX, da CF e da Lei de Responsabilidade Fiscal 101/2000; **(c)** “... à afirmação de que 90% dos contratados não tinham filiação partidária.” (fl. 2844); **(d)** à segurança jurídica; e **(e)** aos arts. 11 e 12, III, da Lei 8.429/92.

Requer o acolhimento dos embargos de declaração, a fim de que sejam sanadas a contradição, a obscuridade e as omissões, bem assim prequestionada a matéria (fls. 2840-5).

É o relatório.

VOTOS

DES. IRINEU MARIANI (RELATOR)

Não há no Acórdão qualquer vício que justifique o recurso apresentado, sequer para fins de prequestionamento, que não constitui – convém lembrar – hipótese nova de embargos declaratórios.

Seguindo o roteiro das alegações do embargante, evidencio os seguintes pontos.

1. Contradição. Alega contradição porque (fl. 2842, XIV vol.): **(a)** o voto do Des. Maraschin (relator), proveu a apelação para julgar improcedente o pedido inicial, portanto, excluiu o dolo; **(b)** o voto do Des. Mariani (revisor e redator do Acórdão), transcreveu a sentença de



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

condenação, que também não reconheceu o dolo; e **(c)** o Des. Difini, vogal, que também exarou juízo condenatório, só reconheceu dolo genérico.

Então, quer saber se o Acórdão “*é no sentido do reconhecimento do dolo ou não*” (fl. 2843).

Primeiro, em teor, a questão apresentada não se define como contradição, e sim como obscuridade.

Segundo, no mérito, o questionamento não tem consistência, pois a sentença, que transcrevi no voto, reconhece o dolo na conduta do embargante, na modalidade indireta ou genérica, que é o suficiente. Basta ler a fl. 2827v.

Além disso, não fiquei restrito à sentença, haja vista o acréscimo no sentido de reconhecer o dolo direto ou específico na conduta do réu, inclusive por ser pessoa experiente em administração pública (fl. 2830v.).

2. Omissões. À guisa de omissões, suscita diversos questionamentos.

2.1 – Quer seja dito em que pontos a Reclamação 2.138, do STF, tem eficácia *inter partes* e em quais tem eficácia *erga omnes* (fl. 2843).

Isso não é apontar com clareza e objetividade, como exige o art. 536 do CPC, hipótese típica da espécie recursal, mas pedir assessoramento a respeito do alcance de **outra decisão**, o que não é função da Câmara.

De qualquer sorte, quanto à **decisão embargada**, importa é que a matéria foi exaustivamente examinada e fundamentada pelo eminente relator, Des. Maraschin, no item relativo ao pedido de suspensão do processo (fls. 2814-5).

2.2 – O Acórdão silencia quanto ao “*controle difuso da constitucionalidade, levantado na fl. 11 da apelação*” (fl. 2843).



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

O arrazoado feito a partir da fl. 11 da apelação (fls. 2700-5 dos autos), não passa de um *regalito de erudição*, um aformoseamento abstrato da peça recursal, baseado em tese defendida em pós-graduação, sem demonstrar concreta e objetivamente a aplicação e a consequência em relação ao caso *sub judice*, exceto quando lá pelas tantas **reincide** no tema da Reclamação nº 2.138, do STF (fl. 2703), o que já foi examinado.

Diga-se ainda que, se o embargante define isso como **omissão**, de duas uma: **(a)** ou inovou no recurso, o que não é admitido; ou **(b)** ela ocorreu na sentença, contra a qual não apresentou embargos declaratórios com a matéria, incidindo, pois a Súm. 317 do STF, que diz: “São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão.”

2.3 – A “*não observância*” do art. 37, IX, da CF, não foi “*devidamente fundamentada*”, pois “*não confronta com os argumentos da defesa*” (fl. 2843). Noutras palavras: apresenta-se como dono da verdade, e por isso reclama do voto majoritário diga porque descumpriu o dispositivo constitucional.

Primeiro, concretamente, não há outra coisa a fazer que não remeter o embargante à releitura do que consta nas fls. 2829v.-30, onde houve derramada análise da questão jurídica, a partir do art. 37, IX, da CF, inclusive com doutrina, demonstrando-se a absoluta impertinência dos fatos com o molde da norma constitucional que autoriza o tipo de contratação.

Segundo, tal não fosse, o embargante refere que a decisão não está “*devidamente fundamentada*”; logo, admite que existe fundamentação. Se suficiente, ou não, descabe dizer em embargos declaratórios.

Terceiro, no que tange ao não confronto com os argumentos da defesa, como é sabido, o juiz examina os fatos, os dispositivos pertinentes, expõe os motivos de seu convencimento com racionalidade e



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

conclui, restando naturalmente suplantados os argumentos da parte contrariada em seus interesses. Uma vez cumprido o proceder, o juiz não é obrigado a responder um a um, aceitando ou rebatendo, os argumentos da parte, como se estivesse numa classe colegial fazendo uma sabatina.

2.4 – O Acórdão silenciou quanto à *“observação da Lei de Responsabilidade Fiscal (...), uma vez que os fatos estão relacionados à observação das obrigações trazidas por este dispositivo.”* (fl. 2843).

Novamente, de duas uma: **(a)** ou o embargante outra vez inovou no recurso, o que não é admitido; ou **(b)** a omissão ocorreu na sentença, contra a qual não apresentou embargos declaratórios, incidindo, pois a Súm. 317 do STF, já acima transcrita.

Mesmo assim, para não ficar na questão formal, não custa dizer que o embargante: **(a)** quer uma excludente que caracteriza burla à lei de responsabilidade fiscal, jamais alegada nas justificativas das encomendadas leis ao Legislativo Municipal, e também não explica os excessos cometidos, por exemplo, em relação às próprias leis encomendadas, conforme destaca o voto do eminente Des. Difini; e **(b)** a alegação restou automaticamente afastada quando se examinou os fatos, chegando-se à conclusão de que, como dito na sentença, durante as duas gestões do embargante a Prefeitura de Gravataí foi transformada num “cabide de emprego”, pelo artifício das nomeações temporárias que foram se repetindo ao longo do tempo, inclusive em prejuízo de pessoas concursadas.

Manifesta, como se vê, a pretensão de que haja rejulgamento puro e simples.

2.5 – Falta de *“arrazoamento”* (sic) no que tange ao fato de que *“90% dos contratados não tinha filiação partidária”* no que tange à *“falta de segurança jurídica”* no sentido da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (fl. 2844).

Relativamente à **filiação partidária**, o fato de o nomeado ser, ou não, filiado ao mesmo partido político, não caracteriza nem



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

descaracteriza a improbidade. Isso é de total irrelevância, motivo pelo qual também não se pode falar em necessidade de pronunciamento a respeito.

Relativamente à **falta de segurança jurídica**, o embargante não demonstra sequer qual a pertinência da alegação.

Dessarte, se quis se referir aos nomeados, não tem legitimidade para defendê-los, até porque, consoante os autos, já estão buscando na Justiça do Trabalho o que entendem lhes seja devido, com encargos ao erário do Município, que por certo ultrapassam os lindes da Lei de Responsabilidade Fiscal. E se quis se referir a si próprio em relação ao processo-crime, referido no voto do Des. Difini, as responsabilidades são independentes (Lei 8.429/92, art. 12, *caput*).

2.6 – Falta de motivação quanto à “afronta do art. 11 da Lei 8.429/92, bem como o porquê da não observação do art. 12, III, no seu parágrafo único, quando da fixação da pena.” (fl. 2844).

Relativamente à falta de motivação quanto à **afronta ao art. 11**, os fatos foram esmiuçados na sentença, que transcrevi no voto, concluindo, a final, pela conduta típica. O juiz não precisa justificar porque incide este, e não aquele dispositivo; basta que os fatos se ajustem ao clichê legal aplicado.

Relativamente à **fixação da pena** – entenda-se, princípio da suficiência –, novamente de todo injustificável o recurso, pois isso está explícito desde a sentença que transcrevi. Basta o embargante ler a fl. 2829. Além disso, causa espécie tenha passado ao largo da motivação que inclusive autorizou o provimento da apelação do autor para agravar os sancionamentos (fls. 2831, item 2).

3. Erro material. Por fim, acrescento que recebi na data de ontem petição no sentido da existência de erro material na ementa, cuja juntada determinei.

Na verdade, a qualificação de erro material ocorre apenas porque ele enseja correção em qualquer época e até de ofício, pois, em teor,



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

não é o caso. O que se alega, na realidade, é que um item da ementa não corresponderia exatamente aquilo que consta do voto majoritário.

É uma interpretação que o embargante faz, com o objetivo de emendar os embargos declaratórios, incluindo mais um item, o que não é possível.

Mesmo assim, novamente para não ficar na questão formal, não bastasse o fato de que se trata de interpretação do embargante, por óbvio que prevalece sempre o que consta dos votos majoritários, sem de qualquer modo contaminar o julgamento como um todo.

5. Dispositivo. Nesses termos, desacolho, acrescentando que não conheço da alegação de erro material da ementa, como alegado em petição com a data de ontem, em verdadeiro adendo aos embargos declaratórios.

DES. CARLOS ROBERTO LOFEGO CANÍBAL

Com a vênua do eminente Relator, estou acolhendo em parte os embargos, a fim de sanar a obscuridade e contradição constates do acórdão, desde já salientando que, quanto aos demais questionamentos dos embargos, estou acompanhando o Relator.

E isto porque, depreende-se da análise do Acórdão embargado que há manifesta obscuridade e contradição no referido julgado a autorizar o acolhimento dos declaratórios.

Conforme se depreende da leitura do julgado, o voto do ilustre Revisor (redator para o acórdão), ora fala em agir doloso por parte do demandado porque as leis que criaram os cargos não convalidam as ilegalidades; outrora afirma que as contratações se deram “diretamente sem sequer autorização legal” (fl. 2829v). Logo a seguir, na folha 2830, volta a dizer que “as leis autorizativas, com a devida vênua, evidenciam ainda mais o dolo”. Da mesma sorte, o voto Vogal, entende que a existência de



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

autorização legal afasta o dolo fl. 2832, mas ao final condena pela presença do dolo genérico, haja vista que as contratações teriam ocorrido em desacordo com a autorização legal (fl. 2836v).

A obscuridade do julgado, portanto, quanto à presença do dolo (especificamente por estar ou não o réu autorizado por lei a contratar), imprescindível este para o reconhecimento da conduta ímproba enquadrada no art. 11 da Lei nº 8.429/92, autoriza o acolhimento dos embargos, a fim de que se defina, ao fim, se houve ou não dolo na conduta do Administrador Público.

Com efeito, a regra geral é a admissão de servidor público mediante concurso público conforme norma cogente da Constituição Federal, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37, e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público conforme dispõe a própria Constituição Federal em seu art. 37, IX. Nesta hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional.

Mas o que importa destacar é que o Prefeito que ora responde a este processo só fez cumprir as leis municipais que foram aprovadas pela Câmara de Vereadores do Município de Gravataí, sancionando as Leis respectivas.

Portanto, não se pode exigir do envolvido no presente caso, por mera presunção, que tivesse uma profunda noção a respeito dos aspectos jurídicos discutidos neste processo quando até os autores mais experientes discutem a respeito de haver uma dúvida a respeito da interpretação do que contém os incs. II e IX do art. 37 da Constituição Federal.



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

É que o dispositivo menciona a exigência de concurso público apenas para **cargo** ou **emprego público**, deixando de lado as **funções**. As discussões doutrinárias ocorrem entre, e. g., José Afonso da Silva e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Sem maior aprofundamento nesta discussão a cito só para mostrar que não se pode exigir do envolvido no presente processo o discernimento que se tem sobre estes aspectos, fato que mostra a inexistência do elemento subjetivo do agente ao adotar um procedimento previsto em leis do Município que, possivelmente, se repetiam de gestão para gestão.

Além disso, a Lei nº 8.745/93 que regulamenta o art. 37, inc. IX, da Constituição Federal admite a possibilidade de contratação de trabalhadores por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Conforme previsto nesta Lei o recrutamento do pessoal será por processo seletivo simplificado, visto que o concurso público é obrigatório apenas para **cargos** ou empregos, sendo essa forma de contratação para prover **função pública** (Curso de Direito Administrativo, Aloísio Zimmer Júnior, pág. 240/241, Editora Verbo Jurídico).

A complexidade do tema que se debitou à inteligência do demandado, como se vê, não é insignificante. O que se pode, então, exigir do demandado? Conhecimento profundo para o discriminar os fatos e interpretar a Constituição Federal, Lei Federal e Municipal como se vem referindo? Penso que não é exigível isso do embargante.

Disso se conclui com certeza que é absolutamente ausente o elemento subjetivo do agente no caso. O réu, Prefeito de Gravataí à época, atuou em estrita observância de leis editadas para a espécie ao admitir os servidores, quais sejam: 2002/03, 2011/03, 2031/03, 2044/03, 2045/03, 2100/03, 2147/04, 2150/04, 2151/04, 2171/04, 1938/03, 1710/2, 1852/02, 1758/02, 1912/03, 1759/02, 1919/03, 1760/02, 1918/03, 1775/02, 1785/02, 1971/03, 2188/04, 1809/02, 1835/02 (fls. 69/102).



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

O fato, com efeito, de que tenha o Administrador Público excedido os limites de alguma das leis ao contratar mais servidores do que o previsto, não lhe pode ser imputado, por si só, como conduta ímproba, sobretudo por não se pode confundir irregularidade ou mesmo ilegalidade, com improbidade. A Lei de Improbidade, como se verá mais seguir, modo detalhado, não visa punir o Administrador inábil, mas o desonesto.

O desiderato, pois, não era infringir ou atentar contra os princípios da administração pública, estes previstos no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

É bem verdade que as leis em relevo possivelmente não resistiriam a uma ação própria de inconstitucionalidade, mas não pode chegar a tanto para a resolução do processo.

Portanto, não provadas as condutas em termos do elemento subjetivo integrante do agir, vale dizer, o elemento subjetivo dolo não restou caracterizado nos autos a autorizar a punição do Administrador Público por conduta tipificada no *caput* do art. 11 da Lei de Improbidade.

Este, pois, o ponto crucial – a existência de leis autorizadas das contratações - de sorte que, muito embora, eventualmente, algumas contratações pudessem não se justificar no excepcional interesse público, estava o Chefe do Poder Executivo Municipal autorizado, por lei, a contratar, de sorte que não se tem como, a meu sentir, condená-lo por ato ímprobo, quando tudo o que fez foi cumprir as leis que criaram os cargos. Ao se entender que houve improbidade, esta reside na própria criação e aprovação das referidas leis, o que significa que os próprios vereadores deveriam ocupar o pólo passivo deste lide. E uma vez não declarada a inconstitucionalidade daquelas leis, não se tem como, juridicamente, questioná-las, data máxima vênia. Se não se provou qual foi a participação dos demandados e o que foi que realizaram em termos de ilegalidade, muito menos há falar em punir o Administrador por, eventualmente, ter agido de



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

acordo com a lei municipal editada, mesmo que inconstitucional esta, mas que evidencia a ausência do elemento subjetivo.

Até porque o agente deve responder por **dolo ou culpa** conforme o dispositivo infringido da LIA por conduta sua.

E o elemento subjetivo caracterizador e integrador dos tipos infracionais administrativos que se imputa ao demandado não deflui nem de passagem nos autos.

Os atos de improbidade compreendem três modalidades:

a) os que importam enriquecimento ilícito (art. 9º);

b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10º);

c) os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11º).

Dos três dispositivos da LIA que definem os atos de improbidade, somente o art. 10 fala em ação ou omissão, **dolosa ou culposa**. Mas o art. 5º da LIA estabelece a condição para o ressarcimento: ação ou omissão, dolosa ou culposa.

Se não se conceber como necessária a ação ou omissão, culposa ou dolosa, se estará adotando a responsabilidade objetiva ou sem culpa.

E a responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, tanto que assim é exposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano.

A responsabilidade do agente público é sempre subjetiva conforme doutrina e jurisprudência torrencial sobre o tema, mormente no STJ:

“ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – CONFIGURAÇÃO”.



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

1. Esta Corte, em precedente da Primeira Seção, considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Ressalvado entendimento da relatora.

2. Após divergências, também firmou a Corte que é imprescindível, na avaliação do ato de improbidade, a prova do elemento subjetivo.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.”

(Recurso Especial nº 621415/MG, julgado em 16/02/2006, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 30/05/2006)

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 10, INCISO XII DA LEI 8.429/92 – PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA – ELEMENTO SUBJETIVO – DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO.

1. Não infringe o princípio da congruência a decisão judicial que enquadra o ato de improbidade em dispositivo diverso do indicado na inicial, eis que deve a defesa ater-se aos fatos e não à capitulação legal.

2. Os tipos da Lei de Improbidade estão divididos em três categorias: a) art. 9º (atos que importam em enriquecimento ilícito); b) art.10 (atos que causam prejuízo ao erário) e c) art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração).

3. Os atos de improbidade só são punidos à título de dolo, indagando-se da boa ou má fé do agente, nas hipóteses dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92.

4. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos a título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário.

5. Recurso especial provido.”

(Recurso Especial nº 842428/ES, julgado em 24/04/2007, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ 21/05/2007)

Damásio de Jesus (Direito Penal, Parte Geral, 30ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 283) “o dolo é a vontade de concretizar as



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

características objetivas do tipo. Constitui elemento subjetivo do tipo (implícito).”

Portanto, conforme orientação, inclusive do STJ, não pode ficar obscuro o seu reconhecimento, e nem contraditório, mormente porque a conduta do agente poderia até ser culposa, em face de que havia diversas leis autorizadoras de sua conduta. E se o recorrente ultrapassou alguns limites legais, isto não autoriza por si só reconhecer sua conduta como dolosa.

Pode-se obter até que poderia ser culposa a conduta, mas o reconhecer eventualmente culposos do agir não encontra amparo legal no único dispositivo que autorizaria reconhecer a modalidade culposa da ação, que é o art. 10 da Lei nº 8.429/92, que não contempla a conduta do recorrente como tal.

Logo, de agir atípico é do que se trata, no caso, necessitando esclarecimento que tal via embargos declaratórios, e tão somente isto.

Com efeito, a condenação de agentes políticos à prática de improbidade administrativa é gravíssima, e deve vir embasada em prova que não deixe nenhuma dúvida quanto ao cometimento do ato ímprobo.

Se não se provou qual foi a participação do demandado e o que foi que efetivamente realizou em termos de ilegalidade, muito menos há falar em punir o Administrador, pois evidenciada a ausência do elemento subjetivo – dolo ou culpa.

Ilegalidade, por certo, não se confunde com improbidade.

Até porque a Lei de Improbidade Administrativa tem por objeto alcançar o Administrador desonesto que age de má-fé, não o inábil, conforme jurisprudência assente no STJ (REsp nº 213.994-MG, rel. min. Garcia Vieira, julgado em 17.8.99 e Ap Cív. de nossa relatoria, unânime: 70.006.934.814).



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

Não é outro o entendimento do colendo Superior Tribunal de
Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO). APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA.

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 ímprobas 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.

(omissis)

13. Recurso Especial provido. (Resp nº 909446, rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 06/04/2010, publicado no DJe em 22/04/2010).



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

No caso concreto, responde o réu pela prática de improbidade descrita no art. 11, que trata da violação aos princípios que regem a Administração pública, exigindo-se, portanto, o elemento subjetivo “dolo”.

Conforme doutrina de Waldo Fazzio Junior¹, “a má-fé é premissa do ímprobo. Por isso, a ilegalidade só adquire *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração pública coadjuvada pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade. As condutas gravadas no art. 11 e seus incisos pressupõem a consciência da conduta e o ânimo de realizar o resultado proibido.”

Na hipótese dos autos, como se viu, à exaustão, o elemento subjetivo dolo não se mostra presente, e isto é manifesto nos autos, na medida em que a existência de leis autorizadoras das contratações, repito, por si só, afasta a presença do dolo. E se afastada o dolo, não se tem como punir o Administrador por conduta tipificada no art. 11 da Lei nº 8.429/92 que exige dolo, elemento subjetivo integrante do tipo infracional a que responde o recorrente.

Há que se ressaltar, mais uma vez, que o réu, ao exceder o limite das leis, poderia ter agido de forma culposa, a autorizar a sua responsabilização caso a sua conduta estivesse descrita no art. 10 da Lei nº 8.429/92, pois as condutas ali descritas, e somente neste artigo 10, admitem a modalidade culposa. No caso em apreço, no entanto, a conduta do réu fora enquadrada no art. 11, o qual exige a presença do elemento subjetivo dolo, de sorte que, em ausente o dolo, sua conduta mostra-se atípica em face da lei de improbidade. Há que se observar, pois, o princípio da legalidade estrita.

¹ Atos de Improbidade Administrativa. São Paulo: Atlas, 2007, p. 163.



IM
Nº 70046638409
2011/CÍVEL

Portanto, os presentes embargos se prestam para que se aclare o julgado quanto à presença ou não do elemento subjetivo – dolo.

ISSO POSTO, acolho em parte os embargos, a fim de suprir a contradição e obscuridade, no que diz com a ausência da conduta dolosa do embargante, nos exatos termos supra.

É o voto.

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. IRINEU MARIANI - Presidente - Embargos de Declaração nº 70046638409, Comarca de Gravataí: "POR MAIORIA, DESACOLHERAM, VENCIDO O DES. CANÍBAL QUE O ACOLHEU EM PARTE."

Julgador(a) de 1º Grau: VALKIRIA KIECHLE