

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5003120-
60.2014.4.04.7102/RS

RELATOR : RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA – UFSM: APELADA
LILIA MANJON DA CUNHA – APELADA

**EMENTA - ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.**

**CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR SUBSTITUTO.
FACULDADE DE DIREITO DA**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA - UFSM.

**BANCA EXAMINADORA. PARENTESCO COM PARTICIPANTE
DO CERTAME.**

**ATOS QUE ATENTAM CONTRA OS PRINCÍPIOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

**CONFIGURADOS. ARTS. 11, V; E 12, INCISO III E § ÚNICO, DA
LEI Nº 8.429/92.**

SANÇÃO. PROPORCIONALIDADE.

- Os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são somente os servidores públicos civis, mas todos aqueles abrangidos no conceito de agente público, insculpido no art. 2º, da Lei n.º 8.429/92, como os empregados de empresa pública como a Caixa Econômica Federal.

- A atuação proba constitui norte para todas as ações praticadas por agentes públicos, assim consideradas os agentes políticos, os servidores públicos ou mesmo os particulares em colaboração com o Estado, caracterizando a violação deste dever subjetivo ato de improbidade, nos termos da Lei 8.429/92.

- Caracteriza ato de improbidade a falha do agente público no dever de

guardar, gerir ou utilizar bens, valores ou interesses da Administração Pública.

- A Lei de Improbidade Administrativa serve como instrumento para o combate de todos aqueles atos que maculem a moralidade e vilipendiam a coisa pública.

- O conjunto probatório destes autos corrobora os fatos descritos na inicial, estando devidamente caracterizados os atos dolosos de improbidade previstos nos art. 11, V da Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/92), tendo a demandada, na condição de Chefe do Departamento de Direito da UFSM, influenciado na abertura e condução de Concurso Público de Provas e Títulos para Professor, de modo a privilegiar parente seu.

- A aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa deve ser pautada pela razoabilidade, pela proporcionalidade em sentido estrito e necessidade.

- As penas previstas no art. 12, I a III, da Lei 8.429/92 podem ser aplicadas de forma cumulativa ou não, de acordo com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, considerando a gravidade do ato, a extensão do dano e o benefício patrimonial obtido.

- A pena de suspensão dos direitos políticos é a sanção mais drástica prevista no art. 12 da Lei 8.429/92, porquanto impõe limitação a direito fundamental, só devendo ser aplicada quando a gravidade da conduta permitir, em homenagem ao princípio da razoabilidade.

- As penas de restituição do montante amealhado e de multa civil devem observar os parâmetros legais e a extensão do dano causado, levando-se em conta ainda o atendimento da proteção constitucional à moralidade administrativa, revestindo-se de caráter punitivo ao agente ímprobo e intimidatório em relação aos demais agentes quanto à prática de outras infrações.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à remessa oficial e às apelações, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 17 de fevereiro de 2016.

Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, Relator.

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL propôs ação civil pública, em 12/03/2014, contra LILIA MANJON DA CUNHA, objetivando a prestação de tutela jurisdicional para condenar a ré pela prática de atos de improbidade administrativa, já que, na qualidade de Chefe do Departamento de Direito, teria frustrado a licitude de concurso público, realizado no âmbito do referido Departamento do Centro de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Federal de Santa Maria (DD/CCSH/UFSM).

Para tanto, afirmou o parquet que Lilia burlou a licitude de certame para beneficiar sua filha Carina da Cunha Alvez, no âmbito do Concurso Público de Provas e Títulos para Professor Assistente, na Área de Direito Civil, do DD/CCSH/UFSM, regulado pelo Edital nº 5/2009, que se desenvolveu no Processo Administrativo nº 23081.018729/2008-41. Nos termos da inicial, o MPF apontou que foi deflagrado, em 11 de janeiro de 2010, Inquérito Civil Público nº 1.29.008.000007/2010-68, a partir de representação anônima de que teria ocorrido favorecimento de uma candidata, filha da Chefe do DD/CCSH/UFSM. Indicou também que a requerida atuou no respectivo processo administrativo atrelado ao concurso público regulado pelo Edital nº 5/2009, o qual objetivava a contratação de professor Assistente para atuar no Curso de Direito. Aduziu que a requerida violou os princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, incorrendo na infração descrita no art. 11, caput e inciso V, da Lei nº 8.429/1992. Por fim, narrou que a UFSM, em 15 de abril de 2010,

informou que o seu Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão - CEPE/UFSM, na sua 758ª Reunião, realizada em 05 de março de 2010, decidiu, por maioria, acolher parecer apresentado pela sua Comissão de Legislação e Normas - CLN/CEPE/UFSM para anular o concurso público em questão (PROCADM2, fls. 20-51, e PROCADM3, fls. 18-19).

Finalmente, instaurado o Processo Administrativo Disciplinar nº 23081.003790/2010-16, este resultou na aplicação das penalidades de suspensão por 15 dias aos servidores docentes Lilia Manjon da Cunha e Marcelo Carlos Zampieri, forte nos arts. 127, 128 e 130 da Lei nº 8.112/1991, por infração aos arts. 116, III, VI e IX, da Lei nº 8.112/1990 e 18 e 19 da Lei nº 9.784/1999, convertida em multa na forma da faculdade prevista no art. 130, § 2º, da Lei nº 8.112/1990, tendo sido as referidas penalidades assentadas nas Portarias de nº 62.185/2012 e de nº 62.184/2012, respectivamente (PROCADM5, fls. 37-41).

Intimada, a UFSM passou a integrar a relação processual do presente feito, na condição de assistente do Ministério Público Federal (Evento 8).

Sentenciando, em 28/04/2015, o Juízo a quo julgou improcedentes os pedidos, extinguindo o processo com resolução de mérito, forte do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil. Sem honorários e sem custas processuais, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/1985. Sentença sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 19 da Lei nº 4.717/65.

Interpuseram apelações o MPF e a UFSM (processo originário, eventos 143 e 144).

São os requerimentos do recurso do autor:

- (a) invalidar a sentença (EVENTO 135 - SENT1), por conta do error in procedendo verificado, remetendo-se os autos à origem para que, regularmente intimado, o Parquet Federal possa apresentar suas pertinentes alegações finais, na forma de memoriais; e

- (b)

- (b) subsidiariamente, caso não reconhecida a patente nulidade do decismum

vergastado, reformá-lo in totum , por error in iudicando, julgando procedente a presente Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, de sorte a condenar LILIA MANJON DA CUNHA, pela prática das condutas descritas no art. 11, caput e inc. V, da Lei nº 8.429/92, ao pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da sua remuneração mensal e ao ressarcimento dos danos financeiros resultantes da repetição do concurso público, nos moldes do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992.

Já a UFSM requer seja seu recurso conhecido e provido, para ser reformada a decisão de primeiro grau, para fins de condenar a apelada ao ressarcimento dos danos financeiros resultantes da repetição do concurso público, na forma do art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992.

Após as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal ofertou parecer, opinando pelo acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelo Parquet Federal e, no mérito, pelo provimento das apelações interpostas.

É o relatório.

Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA , Relator

VOTO

Preliminarmente

Segundo estabelece a Súmula 523 do STF, "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Improbidade administrativa, apesar de não ter natureza penal, mantém laços fortes com a seara criminal. Aplicável, pois, o mesmo raciocínio.

Entendo que no caso presente não restou demonstrado efetivo prejuízo à parte autora em virtude da falta de alegações finais em relação às conclusões da sentença recorrida (a qual está devidamente fundamentada, a indicar bastantes elementos de fato e de direito que servem de lastro para suas conclusões), pelo que se percebe a validade do ato judicial. Ademais,

a apresentação de memoriais não consiste em providência indispensável, e pela via do recurso o inconformismo em relação à sentença pode ser devidamente veiculado, não havendo demonstração de efetivo prejuízo em razão da alegada mácula processual.

Em reforço a esse entendimento o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO ART. 454 DO CPC. NÃO- CARACTERIZAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO DE "HABITE- SE" A OBRA QUE AINDA NÃO CUMPRIA CERTOS REQUISITOS LEGAIS (TERRAÇO SHOPPING). INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. DESNECESSIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. CONFIGURAÇÃO. OFENSA AO ART. 12, INC. III E P. ÚN., DA LEI N. 8.429/92. INOCORRÊNCIA. SANÇÕES FIXADAS NO MÍNIMO OU PRÓXIMAS DO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DAPROPORCIONALIDADE.

(...) 3. Em primeiro lugar, até mesmo na esfera penal, que lida, no que se refere aos réus, com um dos bens jurídicos mais caros ao ordenamento jurídico - a liberdade -, reconhece-se que a não- abertura para apresentação de alegações finais só macula de nulidade a sentença caso venha a ser demonstrado de forma cabal o prejuízo suportado pela parte interessada em sua apresentação (nulidade relativa).

4. O mesmo se pode dizer, assim, no âmbito do processo civil, especialmente diante do que determinam os arts. 154, 244 e 249 do CPC, que expressamente introduzem os princípios da instrumentalidade das formas e do 'pas de nullité sans grief'.

5. Na espécie, o recorrente não demonstrou de que forma a apresentação de alegações finais teria o condão de afastar as conclusões da sentença e do acórdão, garantindo a improcedência do pedido inicial. (...) (REsp 977013 / DF, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro MAURO

CAMPBELL MARQUES, 2ª TURMA, DJe 30/09/2010).

Não há se falar, pois, em cerceamento de defesa, tal como preconizado pelo Ministério Público Federal.

Ultrapassada a questão preliminar, passo a apreciar o mérito.

Do mérito

A atuação com probidade deve permear todas as ações realizadas por agentes públicos, assim consideradas os agentes políticos, os servidores públicos ou mesmo os particulares em colaboração com o Estado, como elemento subjetivo na prática do serviço público, cuja violação caracteriza a denominada improbidade administrativa, regulada de modo especial na Lei nº 8.429/92.

Desse modo, a improbidade administrativa consiste na falha do agente público no que toca ao dever de guardar, gerir ou utilizar os bens, valores ou interesses da Administração Pública, culminando no detrimento do interesse público, em proveito próprio ou mesmo de terceiros. Por conseguinte, temos a Lei de Improbidade Administrativa como instrumento ao combate de todos aqueles atos que maculem a moralidade e vilipendiem a coisa pública.

Em caso de improbidade administrativa, a fixação da sanção dependerá forma e gradação prevista em lei, nos termos do art. 37, § 4º da Constituição Federal:

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:

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Ensina Mauro Roberto Gomes de Mattos, na obra O Limite da

Improbidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 30/31:

Como a Lei de Improbidade Administrativa é infraconstitucional, concebida para dar efetividade ao art. 37, § 4º, da CF, ela possui o dever de permitir que todos os entes públicos saibam, em primeiro lugar, qual é o ato tido como ímprobo, para os terem ciência dos seus tipos legais.

Esse raciocínio legal deflui do princípio do due process of law (art. 5º, LIV, CF/88), capaz de evitar a aniquilação do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), para que o processo não se torne método ou instrumento tortura do agente público, a violentar-lhe a dignidade e a honra, o sossego e a vida privada, a imagem (art. 1º, III, CF/88, art. 5º, V e X, CF/88), a conturbar-lhe a intimidade (art. 5º, X, CF/88).

O Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88) repugna tal falha legislativa, capaz de propiciar o manejo indevido de ações de improbidade administrativa.

Somente os casos que se enquadrem em seus comandos de forma clara e expressa é que deverão submeter-se à liturgia da Lei nº 8.429/92.

Nesses mais de 10 (dez) anos de vigência da lei em questão, muitos excessos foram verificados, com abuso de direito do Ministério Público, que ateou lama, injustamente, em inúmeros agentes públicos, condenando-os perante a opinião pública, antes mesmo que o Poder Judiciário se pronunciasse sobre o caso levado ao crivo.

Assim, torna-se necessário definir o que vem a ser ato de improbidade, que, apesar de se abrigar em um conceito bem aberto, possibilitará ao intérprete a devida análise sobre a utilização correta da presente ação.

Alexandre de Moraes assim define atos de improbidade administrativa:

"Atos de Improbidade Administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e definidamente içada em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais cais da administração pública,

independentemente de importarem enriquecimento b ou de causarem prejuízo material ao erário público."

Para Ives Gandra: "É irresponsável aquele que macula, tisma, fere, agride a moralidade pública, sendo ímprobo administrador, favorecendo terceiros, praticando a concussão ou sendo ímprobo administrador, ou sendo instrumento de corrupção."

Por sua vez, Marino Pazzaglini Filho e outros, em uma primeira análise sobre o tema, dizem: "Numa primeira aproximação, improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que sob diversas formas promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo 'tráfico de influência' nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interessados da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos."

Definindo corrupção, de uma forma genérica, Manoel Gonçalves Ferreira Filho grafou-a como "um desvio de conduta aberrante em relação ao padrão moral consagrado pela comunidade. Não apenas um desvio, mas um desvio pronunciado, grave, insuportável."

Ainda sobre a questão, vale ouvir António Lamarca, consagrado jurista do Direito do Trabalho, que faz um alerta para que haja a devida e necessária ponderação: "... logo, 'improbidade' é 'falta de probidade'; mau caráter; desonestidade; maldade; perversidade (...) juridicamente, porém, o sentido deve ser menos amplo. A não ser assim, o prosseguimento de todo e qualquer vínculo empregatício ficaria sempre na dependência do bom caráter, da honradez e da 'bondade' (contrário da perversidade) do trabalhador: uma empresa de grandes proporções deveria manter em seus quadros milhares de obreiros honestos, bons, de bom caráter, o que seria o mais completo absurdo."

Entendemos que o ato de improbidade administrativa é aquele em que o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa. É a prática de ato lesivo ao erário, ou que demonstre uma moralidade qualificada.

Em síntese: a Lei nº 8.429/92 considerou os atos de improbidade administrativa divididos em três grupos, ou seja, enriquecimento ilícito (art. 9º, I a XII), ação ou omissão que redunde em perda patrimonial ou prejuízo (art. 10, I a XIII) e violação aos princípios da Administração Pública elencados no art. 11 e seus incisos.

Essa lei é uma consequência do que vem estatuído no § 4º do art. 37 da CF, que pune a improbidade administrativa com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas na respectiva lei.

Logo, de acordo com a Lei nº 8.429/92, se o agente público cometer ato de enriquecimento ilícito, dano ao erário ou afronta aos princípios da Administração Pública, será penalizado civilmente.

A conduta seria qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições e atentar contra os princípios da administração pública. Em regulamentação ao dispositivo constitucional, a Lei n. 8.429, de 02 de julho de 1992, definiu os atos caracterizadores de improbidade administrativa, especificando-os em três categorias diversas, de acordo com os níveis gradativos de gravidade da conduta e de ofensa ao patrimônio público: atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Mais especificadamente, as condutas ilícitas que constituem atos de improbidade administrativa estão elencadas nos artigos 9 a 11 da Lei nº 8.429/92. Seguem dispositivos da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou

atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens,

rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV - celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a

prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV - celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

XVI - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a incorporação, ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidades privadas mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XVIII - celebrar parcerias da administração pública com entidades privadas sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

XIX - frustrar a licitude de processo seletivo para celebração de parcerias da administração pública com entidades privadas ou dispensá-lo indevidamente;

XX - agir negligentemente na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

XXI - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

Art. 11. 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:

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;

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

E as respectivas penalidades imputadas para aqueles que cometem as condutas ilícitas retrodiscriminadas estão previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92. Confira -se:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário,

pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Por conseguinte, é mister a existência da prova do dolo de enriquecimento ilícito ou de ofensa aos princípios da Administração Pública e o dolo ou a culpa nos atos causadores de dano ao erário. A propósito, a orientação desta Corte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE. ATENDIMENTO À POPULAÇÃO SUBURBANA E RURÍCOLA. PREFEITURA DE VERANÓPOLIS. SUBUTILIZAÇÃO. ELEMENTO SUBJETIVO. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92. NÃO CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE.

1. Quanto à alegada subutilização do bem, de um lado, há os apontamentos trazidos pelo apelante, com relatório da gestão da Prefeitura de

Veranópolis, posterior à do réu, no sentido da pouca utilização do bem nas comunidades do interior, devido à falta de profissionais e à dificuldade de acesso das estradas. De outro lado, todavia, os autos demonstram que o bem tem sido sim utilizado para a sua finalidade essencial, que é o atendimento médico-odontológico à população carente, inclusive da população suburbana e rurícola, embora em um raio de atuação menor do que o ideal, devido à dificuldade de acesso a algumas comunidades rurícolas.

2. Poder-se-ia discutir se, dentre várias opções de veículos, o ônibus seria a mais adequada, mas estar-se-ia adentrando dentro do mérito administrativo e de opções políticas. Para o prefeito e secretário da época, o ônibus era adequado. Talvez outro secretário ou prefeito entendesse de forma diversa, mas isso está dentro das atribuições do gestor público, ou seja, fazer as melhores escolhas para concretizar o plano de governo que serviu de base para a sua eleição.

3. Ademais, para a configuração do ato de improbidade previsto no artigo 11 da LIA (Lei 8.429/92), é necessária a prova do dolo de ofender os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, o que não se fez demonstrar, cabalmente, o autor da ação no caso concreto. Nesse sentido, "é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (REsp nº 1.261.994/PE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12). (AC nº 5002588-87.2013.404.7113/RS, 3ª Turma, Rel. Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, julgado em 11/03/2015)

E não difere a orientação do STJ:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO IRREGULAR DE RECURSOS REPASSADOS PELO EXTINTO INAMPS AO MUNICÍPIO DE CAXIAS/MA. ARTIGOS 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE DO

ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CONFIGURAÇÃO DA CONDUTA ENQUANTO ATO IMPROBO ENQUANTO ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Este Sodalício entende pela necessidade de demonstração de elemento subjetivo ainda que a conduta esteja listada na categoria de atentatória aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92).

Precedentes, dentre os quais se menciona: AgRg nos EREsp 1312945/MG, PRIMEIRA SEÇÃO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 12/12/2012, DJe 01/02/2013.

2. No caso em concreto, o Tribunal Regional Federal a quo entendeu, com base nos elementos instrutórios constantes dos autos, pela inexistência do elemento subjetivo exigido para a configuração da conduta enquanto ato de improbidade administrativa tipificável no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Portanto, ausentes os requisitos exigidos para a tipificação do ato investigado, não há, portanto, que se falar na aplicação da Lei nº 8.429/92 ao caso em concreto.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1310868/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROFESSORA DA REDE ESTADUAL DE ENSINO DESIGNADA PARA ATUAR, PROVISORIAMENTE, COMO OFICIAL JURAMENTADA DE REGISTRO CIVIL. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Para que seja configurado o ato de improbidade de que trata a Lei 8.429/99, "é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (REsp 1.261.994/PE, Rel.

Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 13/4/12).

2. "Em sede de ação de improbidade administrativa da qual exsurgem severas sanções o dolo não se presume" (REsp 939.118/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 1º/3/11).

3. Caso em que o Tribunal de origem, presumindo a presença do dolo na conduta da recorrente, desconsiderou as seguintes premissas adotadas pela sentença para afastar a prática de ato ímprobo: (a) a recorrente já ocupava o cargo de professora quando designada para a função de oficial juramentada; (b) a designação foi dada em caráter precário, formalizada pelo juízo local e referendada pelo Conselho da Magistratura; (c) o cartório em questão tem baixo número de atos realizados anualmente e movimentação financeira inexpressiva, fato comprovado pela falta de interesse dos candidatos aprovados nos dois concursos públicos já realizados; e (d) pequeno número de atos diários realizados (de um e três atos) demonstra que a ausência da recorrente no cartório durante o horário de expediente em nada prejudicou a prestação do serviço ou sua eficiência.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1364529/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 11/03/2013)

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça possui firme posicionamento no sentido de que 'a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.' (STJ, REsp 1416313/MT, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 12/12/2013).

Dito isso, tenho que no caso dos autos a sentença de improcedência merece ser reformada, pois há evidências suficientes para classificar a

atuação da parte ré na tipologia do art. 11, V da Lei 8.429/92 (frustrar a licitude de concurso público), em plena afronta dolosa a princípios que devem permear a atuação do agente público no exercício das suas funções, sendo eles a moralidade, a impessoalidade e a legalidade.

A demandada, atuando como Chefe do Departamento de Direito da UFSM, teve papel decisivo na abertura do Concurso Público de Provas e Títulos para Professor Assistente, em Direito Civil, exatamente em área e titulação na qual sua filha seria potencial candidata, com preterição de outras disciplinas que apresentavam maior urgência para contratação na universidade, como Direito do Trabalho, bem ainda de forma contrária a entendimento de outros componentes do Departamento, os quais objetivavam a seleção exigindo título de Doutorado.

Não houve por parte da demandada a necessária obediência aos preceitos da Lei 9.784/99, que dizem com o agir impessoal da Administração Pública, precisamente nos arts. 18 e 19, os quais exigem da autoridade ou servidor o afastamento de atividades funcionais que possam lhe trazer benefício próprio, direto ou indireto, bem ainda a inescusável comunicação do fato à autoridade competente a respeito do dever de abstenção nos atos correspondentes. Isso porque, após principiar deliberações administrativas a respeito da necessidade de abertura do referido concurso público, em vez de informar a seu superior hierárquico sobre o impedimento (na situação presente, o Diretor do Centro de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM), emitiu memorando (evento 1 - PROCADM3, p. 48/49) a agente que a descendia na hierarquização da entidade (Vice-Chefe do Departamento de Direito), comunicando seu afastamento daquelas atividades a partir de então.

Nessa seara, a prova testemunhal produzida nos autos evidencia o proceder normal dos demais Chefes de Departamento da UFSM, os quais sempre que estão diante de certame para contratação de docentes, de que possam participar quaisquer pessoas com quem tenham relações, afastam-se das atividades correspondentes, inclusive de reuniões deliberativas em momento anterior à abertura da seleção, conduta totalmente diferente

daquela tomada pela demandada, sempre ativa, direta ou indiretamente, nas atividades ligadas à seleção pública.

Ainda, devemos levar em consideração que a ré atuou diretamente nos atos do certame que levaram à reclassificação da sua filha do quinto para o terceiro lugar, tendo ainda insistido na contratação de mais dois novos servidores além do primeiro colocado no concurso (coincidentemente, após a mencionada reclassificação, Carina da Cunha Alvez ascendeu do quinto para o terceiro lugar, exatamente a colocação da última aprovada que seria nomeada).

Os elementos materiais que servem de base para essas conclusões foram indicados em pormenores no parecer ministerial, que nesse momento é reproduzido a título de fundamentação:

Conforme demonstrado nos autos, a apelada, no uso das atribuições de Chefe do Departamento de Direito, atuou no estabelecimento de critérios e diretrizes que seriam utilizados na realização de iminente concurso público.

Embora pudesse prever que sua filha participaria do certame (pois já havia concorrido em duas edições anteriores), a apelada não se afastou de suas funções de Chefe do Departamento. Pelo contrário, continuou a atuar na organização do concurso, tendo, inclusive, afirmado, em sua contestação, que "dever algum possuía a mesma de isentar-se das deliberações tomadas".

A par dos elementos objetivos do tipo do artigo 11, da Lei n. 8.429/92, também restou comprovado o dolo genérico na atuação da apelada, suficiente para caracterizar ato de improbidade administrativa por ofensa a princípios da Administração Pública, decorrente da violação da licitude de concurso público.

Ao contrário do que concluiu o MM. magistrado sentenciante, a atuação ilícita da apelada, em patrocínio dos interesses de sua prole, foi arquitetada com astúcia, de forma fragmentada no tempo e materializada, em algumas ocasiões, de maneira indireta, justamente para dar-lhe aparência de

legalidade, desenvolvendo-se não propriamente com atos próprios de cunho deliberativo durante a seleção dos candidatos (o que tornaria evidente o seu impedimento à prática dos atos que lhe competiam no exercício das funções de Diretora do DD/CCSH/UFSM e de Presidente da CLN/CCSH/UFSM), mas, antes, em momento prévio à inauguração do certame (no fito de assegurar que os requisitos exigidos dos concorrentes correspondessem exatamente à titulação de sua filha) e ao longo do seu período de vigência (no desiderato de garantir que o número de vagas a serem providas alcançasse a posição de sua filha, classificada, após recurso, em terceiro lugar), ora diretamente, ora indiretamente.

A propósito, cabe observar ter a testemunha José Renes Pinheiro (evento 120 - ÁUDIO6) afirmado que, no departamento em que atua na UFSM, é normal os professores se afastarem já na escolha da área do futuro concurso quando há informação de possibilidade de algum amigo, orientando ou familiar participar do concurso, de forma a manter a lisura do procedimento, conforme se transcreve:

Defensor da ré: Ela deveria, então, antes da reunião se dar por impedida? Porque ela poderia ser no curso que a filha poderia ter interesse e daí iria então viciar todo o procedimento.

Juiz: Que o senhor entende? Que o senhor entendeu como parecerista?

Testemunha: Eu entendo o seguinte...

Defensor da ré: O senhor entendeu? Em um primeiro momento não deveria... não teria como decidir ela pessoalmente...

Juiz: Ela participou do processo de escolha da área. O senhor entende que ela deveria já ter se dado por impedida?

Testemunha: Se de alguma forma ela tiver informação que algum amigo, aluno, orientado ou familiar poderia fazer o concurso, seria de bom...

Juiz: O senhor já viu outros professores fazendo isso?

Testemunha: Já...

Juiz: Se afastarem da escolha de área por relação de parentesco...

Testemunha: Ou possibilidade...

Juiz: Ou mera possibilidade...

Testemunha: Não com o fato em si... mas com a possibilidade...

Juiz: O senhor já viu mais de uma vez? É normal?

Testemunha: Mais de uma vez. No meu departamento é normal. Não digo na universidade. Mas no meu departamento sim.

Juiz: Qual é o seu departamento?

Testemunha: É o Departamento de Processamento de Energia Elétrica.

Juiz: Então isso não é uma novidade para o Senhor?

Testemunha: Não... para nós não, porque nós conhecemos a lei da... Já conhecemos, já temos experiência. Então, se existe, no nosso Departamento, a possibilidade de alguém... porque o que acontece é o seguinte... se existe, então a pessoa se afasta para evitar esse problema. E, se porventura surgir, nós iniciamos no vamente o processo para evitar futura... Nós temos duas soluções, que já aconteceu no Departamento... ou a pessoa evita participar, não participa da reunião, não precisa se exonerar do cargo, não participadas reuniões e coloca isso em ata, porque está impedido, deixa claro... ou se, porventura, durante... o fato que foi colocado pode surgir... surge um novo fato... só que aí o seguinte, quando surgir o novo fato, que é o ato das inscrições... o ato das inscrições que é depois que já definida a área... aí de alguma forma tem que ser colocado bem essa situação porque outros candidatos podem questionar com recursos.

Defensor da ré: No caso específico esse dos autos o senhor, após o edital, o senhor percebeu que a professora Lilia não mais assinou nenhum ato?

Testemunha: A partir de determinado momento sim.

Juiz: Só o que eu fiquei em dúvida... eu vou lhe perguntar... o senhor disse que ela participou do conselho, tanto departamental quanto docentro

inclusive, na escolha da área? E participou de mais algum ato de conselho?

Testemunha: Isso... Agora eu não estou com o processo para lhe precisar... no processo está claro, porque no processo ... no concurso público a questão da área, mas também fundamentalmente da homologação né...

Juiz: Ela participou da homologação?

Testemunha: Não posso lhe precisar agora... mas no processo isso é fato... não seria uma opinião... simplesmente teria que assinar o parecer da comissão (...)

Portanto, a moralidade administrativa, objeto jurídico tutelado pelo artigo 11, da Lei n. 8.429/92, impunha à servidora o dever de agir de modo diferente, de forma a zelar pela lisura do concurso público que estava prestes a se realizar, pelo que tinha o dever de se afastar do exercício das funções de Chefe de Departamento, para que, assim, não tivesse acesso a quaisquer informações privilegiadas que poderiam reverter em benefício de sua filha - que, notadamente, participaria do concurso.

Ou seja, por mais que a apelante tenha afirmado que delegou as atividades referentes à condução do processo administrativo de seleção de professores a outro membro do Departamento de Direito, o fato de permanecer na condição de chefia, sendo o responsável pelo processo seletivo um subordinado seu, é suficiente para macular a moralidade do concurso público.

No caso em tela, tem-se a aplicação dos artigos 18 e 19 da Lei n. 9.784, que disciplinam os impedimentos e suspeição no processo administrativo, no âmbito da Administração Pública Federal, in verbis:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares. (grifou-se)

Assim, a autoridade ou servidor que incorrer em qualquer uma das hipóteses de impedimento tem o dever de comunicar o fato à autoridade competente, que deverá afastá-lo, conforme mandamento inserto no caput, do artigo 19, da Lei n. 9.784/99. No caso, a "autoridade competente" para receber a comunicação será o superior hierárquico imediato.

Ressalte-se que o ato de comunicação do impedimento há que ser imediato, formalizado e fundamentado no processo administrativo, a fim de demonstrar o cumprimento do dever imposto em lei.

Desse modo, a apelada, ao tomar ciência do impedimento de atuar no Concurso Público de Edital 005/2009, deveria ter comunicado o seu impedimento de atuar no certame à autoridade competente. Entretanto, não foi o que ocorreu.

De outra parte, cabe atentar que apesar da apelada ter comunicado o afastamento de suas funções, em razão da publicação do edital do concurso, através do Memorando n. 002/2009 - DD (evento 1 - PROCADM3, p. 48/49), referido expediente foi dirigido ao "Sr. Vice-Chefe do Departamento de Direito", pelo que não atendeu as exigências da Lei n. 9.784/99, conquanto a comunicação deveria ter sido encaminhada a seu superior hierárquico, no caso, o Diretor do Centro de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM.

Frise-se que, nos termos da legislação em vigor, a autoridade competente deverá ser superior à que foi excepcionada, de modo a preservar a hierarquização inerente a qualquer processo judicial ou administrativo.

Além de não ter sido encaminhado o impedimento à autoridade

competente, citado memorando só veio à lume depois de instaurado o Processo Administrativo Disciplinar e nem mesmo foi anexado ao Processo Administrativo referente ao concurso público (n. 23081.018739/2008-41), para que se pudesse dar publicidade ao ato.

Quanto aos atos praticados pela apelada durante o certame, faz-se necessário observar que na reunião do Colegiado do Departamento de Direito da UFSM realizada em 19/11/2008, foi deliberado, conforme consta da Ata n. 007/08, pela realização do referido Concurso, visando o preenchimento de uma das vagas que o Centro de Ciências Sociais e Humanas recebera, que foi distribuída ao Departamento de Direito, sendo, ainda, deliberado que a destinação dessa vaga seria para a área de Direito Civil e na modalidade de Professor Assistente.

Percebe-se, pois, que a decisão de destinar a vaga para Professor Assistente e não para Professor Adjunto, como inicialmente era projetado, foi tomada mediante a argumentação da parte apelada, que presidia a Reunião na ocasião.

Ademais, na mesma ocasião, também por iniciativa da parte recorrida, foi trazida à discussão a questão da definição da Banca Examinadora.

Conforme a

ata n. 007/08, o Prof. Ernani sugeriu alguém de fora da instituição para compor a Banca, o que foi negado pela apelada, restando, naquela ocasião, definida a Banca.

Também a testemunha Elvandir José da Costa afirmou em juízo que, na prática, a formação das bancas é decidida pelo próprio Chefe do Departamento.

Importa destacar que a testemunha Isabel Christine Silva de Gregori afirmou que os candidatos do concurso em questão foram identificados quando da correção das provas e recursos. Portanto, a banca selecionada pela parte apelada sabia de quem estava corrigindo a prova e que estava analisando o recurso da filha da Chefe do Departamento.

Também ficou amplamente comprovado que a apelada efetuou ato sob impedimento quando subscreveu, em 10/06/2009, na condição de Presidente da

Comissão de Legislação e Normas do Conselho do Centro de Ciências Sociais e Humanas, o Parecer n. 010/2009, que foi favorável à aprovação do resultado

do citado concurso em que sua filha posicionou-se em 5º lugar na classificação

geral.

A apelada, ainda, atuou em outras duas ocasiões subsequentes ao concurso, a ele concernentes, quando persistia na condição de impedida.

De fato, na condição de Chefe do Departamento de Direito da UFSM, em 27/08/2009, exarou despacho de encaminhamento processual à apreciação do Conselho daquele Centro Didático, manifestando seu acolhimento do Recurso impetrado por sua filha, que resultou em sua alteração classificatória. Também

em 31/08/2009, na condição de presidente da Comissão de Legislação e Normas - CLR/CCSH/UFSM, exarou despacho de instrução do Processo que continha o recurso apresentado por sua filha.

Resta claro, pois, que a apelada estava impedida de atuar no referido processo seletivo, uma vez que seu grau de parentesco com a candidata Carina Cunha Alvez é situação objetiva e gera presunção absoluta de parcialidade, não admitindo prova em contrário.

Por outro lado, conforme anteriormente citado, o aludido concurso, originariamente, previa somente uma vaga para o cargo de Professor Assistente. Entretanto, no decorrer do ano de 2009, o Departamento de Direito da UFSM foi contemplado com mais duas vagas. Assim, houve a convocação de

reunião do Colegiado, em que se decidiu que as duas vagas deveriam ser aproveitadas para as áreas mais deficitárias no Curso de Direito - Direito

do Trabalho, Direito Penal e Direito Administrativo. Portanto, restou deliberado pelo não aproveitamento dos candidatos aprovados em referido concurso, sendo chamada apenas a candidata aprovada em primeiro lugar (Ata n. 002/09).

Já, em 22/12/2009, foi convocada nova reunião extraordinária e, na presença de poucos professores, foi retomada a decisão anterior, deliberando-se pelo aproveitamento das duas vagas para o concurso de Edital n. 005/2009, qual seja, mais duas vagas para a área de Direito Civil, quando a filha da apelada era a terceira colocada no certame.

Além disso, conforme comprovado pela prova testemunhal e pelo documento anexado ao Evento 123, à época havia 4 professores na área de Direito Civil atuando no Departamento de Direito da UFSM, sendo que na área de Direito do Trabalho, por exemplo, a qual seria contemplada pelas novas vagas, não havia nenhum docente concursado.

Nesse sentido, importante destacar o depoimento da testemunha Gabriel Borin Fioravante (EVENTO 120 - ÁUDIO7):

Juiz: Algum outro elemento que se basearam, alguma outra suspeita?

Testemunha: Não... A gente não tinha elementos não é, que ela tinha uma influência na banca, efetiva. Assim como a gente não tinha elementos para dizer que só naquela oportunidade ela exerceu a gestão dela para favorecer a filha dela. A gente sabia que algumas coisas indiretamente ou diretamente favoreciam a filha dela, mas a gente não tinha elementos para dizer com isso aqui ela está praticando...

Juiz: E quais são essas coisas direta ou indireta?

Testemunha: É o seguinte. o concurso tinha sete ou oito aprovados, eu não lembro. A filha dela era a terceira colocada e daí, nesse trâmite do concurso, o Curso do Direito, além da vaga única do concurso, ele ganha mais algumas vagas que iriam contemplar ela, isso aí era uma questão que chamava a atenção. Outra questão que chamava a atenção era a insistência de fazer concurso para a área do Direito Civil. Que o que acontecia, eu vou

falar com dados da minha época, o Curso de Direito tinha um professor de Direito do Trabalho, se não me engano o professor Paulo Inhaquite, eu posso falar um dado errado, mas eu vou falar aproximado...

Juiz: Isso no ano de 2009?

Testemunha: Isso nessa época aí, 2009-2010.

Juiz: Um único, para todas as cadeiras de Direito do Trabalho?

Testemunha: Para todas as cadeiras de Direito do Trabalho, era o professor Paulo Inhaquite, não me recordo de ter outro na época. Nós tínhamos a professora Joelíria que se dedicava a Direito Penal. Fora esses daí, nós tínhamos professores substitutos, que não eram professores do quadro. Professora Joelíria de Direito Penal, não me lembro de outro professor efetivo de Direito Penal, acredito que era só ela. Direito Constitucional nós tínhamos alguns professores que se dedicavam à área: a professora Jalusa, a professora Jânia. Daí Direito Civil era o professor José Fernando Lutz Coelho, professor Camargo, professor Zampieri do empresarial e tributário, professora Maria Ester, enfim... A gente defendia assim: Por que essa insistência de fazer concurso para Direito Civil, que nem esse que saiu agora, se a gente já tem tantos e tantos professores?

Juiz: E quantos eram de Direito Civil? Quantos professores aproximadamente? Mais de três, quatro?

Testemunha: Mais de três, quatro. Acredito que mais de três, quatro.

Juiz: E Direito do Trabalho um?

Testemunha: Direito do Trabalho um. Acredito que um. Pode haver algum do noturno que eu não conheci, mas do quadro efetivo da universidade, eu me recordo apenas do professor Paulo Inhaquite (...)

Destarte, resta claro que o Concurso Público em questão esteve maculado pelo vício da ilegalidade desde o seu princípio, com a influência direta e indireta da apelada, mesmo estando impedida para tanto.

Portanto, a conduta consubstanciada em não se afastar do processo

administrativo de seleção de professores do qual sua filha estava participando, em que pese os comandos legais, caracteriza afronta aos princípios da Administração Pública, especialmente de legalidade, moralidade e impessoalidade.

Como se vê, o comportamento de LILIA apartou-se por completo da conduta esperada e almejada do gestor público: honesta, imparcial, coerente e escorreita, que atende à impessoalidade e à moralidade administrativa, livre de qualquer dolo ou má-fé. Ao fim e ao cabo, optou ela por utilizar a Administração Pública para beneficiar pretensão particular. Agiu patrocinando o interesse de sua prole, quer na escolha da titulação exigida e da área do certame, quer na expedição de atos que contribuíram decisivamente para a homologação da disputa (especialmente após reclassificação de Carina Cunha Alvez), quer no aproveitamento de vagas para alcançar a colocação de sua filha.

Deliberadamente, pois, violou normas fundamentais regentes da Administração Pública, consubstanciadas nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, interesse público, dever de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, conforme a lei e o Direito, interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, entre outros que se extraem da Constituição Federal, da Lei n. 9.784/99 e da Lei n. 8.429/92.

Assim, a recorrida deve ser devidamente responsabilizada, nos moldes do artigo 12, inciso III, da referenciada Lei n. 8.429/92.

Impossível, portanto, afastar a responsabilidade da ré, haja vista que praticou atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, frustrando a licitude do concurso público (artigo 11, inciso V, da Lei n. 8.429/92), impondo-se a reforma da sentença vergastada.

Conclui-se, assim, que o conjunto probatório destes autos corrobora os fatos descritos na inicial, estando devidamente caracterizados os atos de

improbidade previstos nos art. 11, V da Lei de Improbidade Administrativa (nº 8.429/92), não tendo sido demonstrada a ocorrência de qualquer mácula no processo administrativo disciplinar que culminou na suspensão da parte demandada, posteriormente convertida em multa (decisão, a propósito, já confirmada por decisão da 4ª Turma desta Corte ainda não transitada em julgado), além de não restar comprovada a existência de qualquer indicativo de que a demandada foi vítima de coação moral.

Resta definir as penalidades aplicáveis.

Em casos como o narrado nos autos, entendo que a penalidade aplicada deva guardar estrita observância ao princípio da proporcionalidade, sobretudo em seu viés de proibição de proteção deficitária (proibição de insuficiência).

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38):

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade [ou necessidade], porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

Na hipótese, a aplicação das penalidades previstas na Lei de Improbidade Administrativa deve ser razoável (adequada, sensata e coerente), proporcional em sentido estrito (compatível com a gravidade e extensão do dano - material e moral) ao ato de improbidade praticado e necessária (ausência de meio menos gravoso para alcançar o objetivo da lei, que é a incondicional perseguição aos mandamentos da Administração Pública e a restituição do dano causado, na forma da orientação do STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA DO GOVERNO. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES DE HONESTIDADE E LEGALIDADE E ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DOLO OU CULPA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES COMINADAS ÀS HIPÓTESES DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DO VALOR GASTO COM A PUBLICIDADE. DOSIMETRIA DA PENA.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu ter havido promoção pessoal dos recorridos em propaganda governamental, mas considerou a conduta mera irregularidade por ausência de dolo.
2. A conduta dos recorridos amolda-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que restringe a publicidade governamental a fins educacionais, informativos e de orientação social, vedando, de maneira absoluta, a promoção pessoal.
3. De acordo com o entendimento majoritário da Segunda Turma, a configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11) prescinde da comprovação de dolo. Precedentes: REsp. 915.322/MG (Rel. Min. Humberto Martins, j. 23/9/2008); REsp. 737.279/PR (Rel. Min. Castro Meira, j. 13/5/2008, DJe 21/5/2008).
4. Embora entenda ser tecnicamente válida e mais correta a tese acima exposta, no terreno pragmático a exigência de dolo genérico, direto ou eventual, para o reconhecimento da infração ao art. 11, não trará maiores prejuízos à repressão à imoralidade administrativa. Filio-me, portanto, aos precedentes da Primeira Turma que afirmam a necessidade de caracterização do dolo para configurar ofensa ao art. 11.
5. Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento

subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não exige dolo específico, mas genérico: "vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora". Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade.

6. No caso em tela, a promoção pessoal foi realizada por ato voluntário, desvirtuando a finalidade estrita da propaganda pública, a saber, a educação, a informação e a orientação social, o que é suficiente a evidenciar a imoralidade. Não constitui erro escusável ou irregularidade tolerável olvidar princípio constitucional da magnitude da impessoalidade e a vedação contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

7. O dano ao Erário não é elementar à configuração de ato de improbidade pela modalidade do art. 11. De toda sorte, houve prejuízo com o dispêndio de verba pública em propaganda irregular, impondo-se o ressarcimento da municipalidade.

8. As penas do art. 12 da Lei 8.429/1992 não são necessariamente cumulativas. Desse fato decorre a imprescindibilidade de fundamentação da escolha das sanções aplicadas, levando-se em conta fatores como: a reprovabilidade da conduta, o ressarcimento anteriormente à propositura da Ação Civil Pública dos danos causados, a posição hierárquica do agente, o objetivo público da exemplaridade da resposta judicial e a natureza dos bens jurídicos secundários lesados (saúde, educação, habitação, etc.). Precedentes do STJ.

9. Apesar de estar configurado ato ímprobo, o acórdão recorrido deixou de analisar, de maneira suficiente, os fatos relevantes à dosimetria da sanção a ser aplicada. Assim, caberá ao egrégio Tribunal de origem fixar as penas incidentes concretamente, sem prejuízo da já determinada obrigação de ressarcimento ao Erário.

10. Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 765.212/AC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 23/06/2010)" (Grifei).

Como visto no precedente à epígrafe, as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92 não são cumulativas, cabendo ao julgador avaliar o caso concreto de acordo com a gravidade da conduta e suas consequências.

Nesse aspecto, a pena de suspensão dos direitos políticos é a sanção mais drástica prevista no art. 12 da Lei 8.429/92, porquanto impõe limitação a direito fundamental, só devendo ser aplicada quando a gravidade da conduta permitir.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OMISSÃO. AUSÊNCIA. PERDA DOS DIREITOS POLÍTICOS. CONCURSO DE AGENTES. EXTENSÃO AO VICE-PREFEITO DA SANÇÃO POLÍTICA APLICADA AO PREFEITO. AUSÊNCIA DE PROVEITO PATRIMONIAL E DANO AO ERÁRIO. REVISÃO DAS PENAS. SÚMULA 7/STJ.

1. O tratamento da matéria em relação ao recorrido decorre de não se enquadrar na situação particular em que se encontra o Prefeito - sobre o que tratou o acórdão recorrido, o que não caracteriza omissão a ser sanada na via dos aclaratórios.

2. A jurisprudência desta Corte tem mitigado a imposição da sanção de direitos políticos nas condenações por ato de improbidade, por ser a mais drástica das penalidades estabelecidas no art. 12 da Lei n. 8.429/92, devendo ser considerada a gravidade do caso, e não a das funções do acusado.

3 a 5. Omissis (Resp nº 1228749/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, 2ª Turma, DJe 29/04/2014)

Logo, considerando a natureza dos fatos e ponderada a gravidade da conduta perpetrada pela demandada, e atento igualmente aos limites da

petição inicial e dos recursos de apelação interpostos pelo MPF e pela UFSM (a qual figura no processo como assistente), entendo que as penas adequadas ao caso, nos termos do art. 12, III da Lei 8.429/92, são:

(i) ressarcimento dos danos financeiros resultantes da repetição do concurso público, a serem oportunamente apurados em sua repercussão financeira;

(ii) multa civil no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Entendo que essas cominações atendem os parâmetros legais e levam em consideração a natureza da ação da parte ré, observando-se ainda que foi atendida a proteção constitucional da moralidade administrativa, revestindo-se de caráter punitivo ao agente ímprobo e intimidatório em relação aos demais agentes quanto à prática de outras infrações.

Diante do exposto, voto no sentido de dar parcial provimento à remessa oficial e às apelações.

Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA , Relator.

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 17/02/2016

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5003120-60.2014.4.04.7102/RS

ORIGEM: RS 50031206020144047102

RELATOR : Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA

PRESIDENTE : Marga Inge Barth Tessler

PROCURADOR : Dr. Paulo Gilberto Cogo Leivas .

Certifico que a 3ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DAR PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA OFICIAL E ÀS APELAÇÕES.