

Apelação / Remessa Necessária n. 0003311-25.2013.8.24.0058, de São Bento do Sul
Relator: Desembargador Rodolfo Tridapalli

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRELIMINARES. ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL PARA INTERPOR RECURSO DE APELAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. PREFACIAIS AFASTADAS. MÉRITO. USO DE TELEFONE FUNCIONAL PELO PROCURADOR DO MUNICÍPIO EM PERÍODO DE FÉRIAS. USO DE VEÍCULO E SERVIDOR (MOTORISTA) DO MUNICÍPIO PARA PROTOCOLO DE PETIÇÕES DO ESCRITÓRIO PARTICULAR. USO DE APARELHO DE FAZ PARA FINS PESSOAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO OU MÁ-FÉ. SENTENÇA MANTIDA. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO APELO E DA REMESSA NECESSÁRIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária n. 0003311-25.2013.8.24.0058, da comarca de São Bento do Sul 1ª Vara em que são Apelante Município de São Bento do Sul e outro e Apelado Cesar Augusto Accorsi de Godoy.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao Apelo e ao Reexame Necessário. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Rodolfo Tridapalli, Exmo. Sr. Des. Odson Cardoso Filho e a Exma. Sra. Desa. Vera Lúcia ferreira Copetti.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. Rodolfo Tridapalli.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Dr. Basílio Elias De Caro.

Florianópolis, 10 de outubro de 2019.

Desembargador **RODOLFO TRIDAPALLI**
Relator

RELATÓRIO

Da ação

Adoto, em atenção aos princípios da economia e da celeridade processual, o relatório elaborado pelo Juízo de Primeiro Grau, porque retrata com fidedignidade a tramitação da ação naquela instância (fls. 454/455):

I. Relatório

Ingressa o Ministério Público do Estado de Santa Catarina com ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de César Augusto Accorsi de Godoy dizendo, breve resumo, ter o demandado praticado atos ímprobos que geraram enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Três são os fatos noticiados. Primeiro (1), utilização de telefone celular do ente municipal para uso pessoal e em período de férias.

Segundo (2), "determinação de deslocamento de veículo e motorista do Município de São Bento do Sul à capital para protocolo de petições do escritório particular". Terceiro (3), "utilização de equipamentos públicos, mais especificadamente aparelho de fax, para encaminhar ao Tribunal de Justiça também petição referente aos seus serviços privados de advogado". Requer a condenação do demandado. Junta documentos. Valora a causa.

Notificado o demandado, apresenta ele sua manifestação prévia a tempo e modo, f. 196 e segs.

Novo documento da defesa, f. 248/251, trazendo foto pública explicitando, na sua leitura, a amizade pessoal entre a "denunciante" Mariane Oribka, a Promotora de Justiça Dra. Elaine Rita Auerbach e a então Procuradora do Município, Dra. Katherine Schreiner, o que "demonstra que a autora [Promotora de Justiça] está completamente comprometida com a atual administração, eis que é amiga pessoal da Procuradora e, como já mencionado na defesa prévia, é sobrinha do Vice-Prefeito, enquanto o autor é vereador de oposição da atual gestão".

Manifestação autoral, com juntada de documentos, dizendo que não há depósito dos valores pelo demandado (f. 264/270).

Pela culta Magistrada de então, Doutora Manoelle Brasil Soldati Simionato (f. 274/277), foi recebida a peça de ingresso, determinando a citação do demandado.

Resposta em forma de contestação (f. 286/304). Ali, repisa o demandado os argumentos já declinados na defesa prévia, lembrando que o uso do fax se deu de maneira eventual, meramente circunstancial. Destaca a ausência de elemento doloso em todo o narrado, o que retira a ilicitude pretendida pela acusação.

Admitido o ingresso do Município no feito.

Réplica autoral.

Saneador à f. 329, irrecorrido. Provas específicas e rol de testigos depositado.

Postulação defensiva, f. 377, reforçando argumento anterior respeitante ao uso de "dois pesos e duas medidas".

Audiência de instrução e julgamento presidida pelo eminente Magistrado, Doutor Luís Renato Martins de Almeida, na qual ouvidas as testemunhas arroladas (f. 396 e segs. Mídia à f. 398).

Alegações finais em memorias.

Ali, requer o Ministério Público a procedência dos pedidos, dizendo o Município que deve o feito ser julgo à luz da legislação pátria. O demandado, de seu lado, pugna pela improcedência dos pedidos e condenação do autor às penas de litigância de má-fé.

Ato contínuo, o Magistrado proferiu a sentença.

Da sentença

O Juiz de Direito, Dr. ROMANO JOSÉ ENZWEILER, da 1ª Vara da Comarca de São Bento do Sul, julgou a ação improcedente, diante da ausência de configuração de ato de improbidade administrativa (fls. 454/465).

Do recurso de Apelação

O MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL interpôs recurso de Apelação (471/474), alegando, em suma, que ficou demonstrado nos autos que o Apelado, na condição de Procurador do Município, utilizou o aparelho de fax do Ente Público para o protocolo de peças processuais de processos do seu escritório particular; deslocou um veículo e motorista até o Tribunal de Justiça de Santa Catarina para o protocolo de petições particulares; e utilizou o telefone do Município em viagem de férias fora do país.

Ressalta que, comprovado os atos ímprobos praticados pelo Apelado, que causaram dano ao erário, deve a sentença ser reformada, condenando o Apelado por ato de improbidade administrativa, nos termos da exordial.

Das contrarrazões

O apelado CÉSAR AUGUSTO ACCORSI DE GODOY apresentou contrarrazões às fls. 482/493, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade do Ente Municipal para recorrer na qualidade de terceiro interessado e o desrespeito ao princípio da dialeticidade. No mérito, requer a manutenção da sentença.

Do Parecer do Ministério Público

Lavrou parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. PAULO CEZAR RAMOS DE OLIVEIRA, que se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, mantendo-se incólume a sentença guerreada.

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

I – Do direito intertemporal

Não obstante o Código de Processo Civil de 2015 tenha aplicabilidade imediata desde 18/03/2016, nos termos de seus artigos 1.045 e 1.046, registra-se, por oportuno, que a análise do recurso se dá sob a égide do Código Buzaid, seja por sua vigência à época em que proferida a decisão sob exame, seja por aquele diploma não compreender efeito retroativo (LINDB, artigo 6º, § 1º).

II – Do reexame necessário

Primeiramente, cumpre salientar que a decisão de primeiro grau está sujeita ao reexame necessário, porquanto "A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade, nos termos do artigo 475 do CPC/1973. Além disso, por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009). [...]" (STJ, REsp n. 1.733.729/SP, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 27-11-2018, DJe 17-12-2018). (Apelação Cível n. 0002673-67.2014.8.24.0054, Rel. ODSOSON CARDOSO FILHO, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 21/03/2019).

III – Das preliminares

a) Da legitimidade do Município de São Bento do Sul

Sustenta o Apelado, em contrarrazões, a ilegitimidade do MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL para interpor o presente Apelo, pois não

configura como terceiro prejudicado.

No entanto, de acordo com o art. 17 da Lei n. 8.429/92 possuem legitimidade para o ajuizamento de ação por improbidade administrativa o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada. *In verbis*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

[...]

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

O art. 6º, §3º, da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular), por sua vez, dispõe que:

Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

[...]

§ 3º A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou **poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.**

Logo, "Na ação civil pública por ato de improbidade, quando o autor é o Ministério Público, **pode o município figurar, no pólo ativo, como litisconsorte facultativo (art. 17, § 3ª, da Lei 8.429/1992, com a redação da Lei 9.366/1996)**, não sendo o caso de litisconsórcio necessário. Precedentes do STJ." (REsp 889534/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, j. em 04/06/2009)

No presente caso, analisando os autos, verifica-se que o MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL requereu seu ingresso no polo ativo da

demanda, como litisconsorte, pedido que foi deferido á fl. 312, com base no art. 6º, §3º da Lei n. 4.717/65.

Dessa forma, visto que o Ente Público Municipal figura como litisconsorte ativo, evidente sua legitimidade para interpor recurso de Apelação.

b) Do princípio da dialeticidade

Também em preliminar de contrarrazões, pugna o Apelado pelo não conhecimento do recurso do MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL por força da violação ao princípio da dialeticidade, na medida em que não impugnou especificamente os fundamentos da sentença.

No entanto, analisando o Apelo, verifica-se que plenamente configurada a pertinência entre as razões recursais e os fundamentos da sentença objurgada, contra a qual o MUNICÍPIO DE SÃO BENTO DO SUL se insurgiu de maneira clara e precisa, combatendo o entendimento de que os atos não se configuram como de improbidade administrativa.

Portanto, rejeita-se a preliminar.

Assim, visto que rechaçadas as prefaciais, constata-se que o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

IV – Do recurso de Apelação

O ato de improbidade administrativa imputado ao Apelado consiste, em síntese, em ter utilizado o telefone celular do Ente Municipal para uso pessoal e em período de férias; determinado o deslocamento de veículo e motorista do Município de São Bento do Sul à Capital para protocolo de petições do escritório particular; utilizado equipamentos públicos, mais especificamente

aparelho de fax, para encaminhar ao Tribunal de Justiça petição referente aos seus serviços privados de advogado, atitudes que caracterizariam atos de improbidade administrativa, preceituados nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92.

Conforme entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, “para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas prescrições da Lei de Improbidade Administrativa, 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” (REspn.1737004/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. em 04/09/2018). Isto porque, a Lei de Improbidade Administrativa não objetiva punir o inábil, mas sim aquele desprovido de lealdade e boa-fé.

Destarte, para a correta fundamentação da condenação por ato de improbidade administrativa, previsto nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

No presente caso, analisando o conjunto probatório, precipuamente os depoimentos colhidos na audiência de instrução (fls. 395/398), verifica-se que não ficou comprovado o dolo ou a má-fé do Apelado.

Sobre o uso do telefone funcional, declarou a testemunha MAGNO BOLLMANN, ex-Prefeito do Município de São Bento do Sul (fls. 395/398):

[...] Era premissa na prefeitura que os funcionários de cargo de confiança tinham que estar à disposição da prefeitura 24 horas; que entrava em contato, sempre que necessário, com os funcionários de confiança para resolver problemas da prefeitura [...].

A testemunha ALEXANDRE VINÍCIUS WEISS, assessor jurídico à

época dos fatos, esclareceu (fl. 395/398):

[...] que somente tem conhecimento sobre o uso do celular; que era Assessor Jurídico à época dos fatos, assumindo o cargo de Procurador quando o Dr. Godoy saiu; que somente o Procurador do Município possui celular; explicou que quando o Procurador assume no cargo assina um documento de recebimento do celular; que não há regulamentação ou determinação sobre o uso do celular, ou lei que limite o uso exclusivo para assuntos afetos ao Município; que recebeu o celular funcional quando assumiu o cargo; que recebeu e efetuou ligações para o demandado quando este viajou para o exterior para tratar de assuntos relativos à Procuradoria do Município; o Procurador era sempre consultado por telefone para decidir questões atinentes aos processos do Município quando não se encontrava; que era comum o Procurador do Município e os assessores terem de se deslocar para outros municípios para resolver assuntos jurídicos; quando atuou como Procurador era incomodado fora do horário de serviço para resolver questões da Procuradoria [...].

A testemunha MANOLO DEL OLMO, ex-assessor jurídico do Município de São Bento do Sul, explanou que:

[...] ligou para o demandado para resolver problemas da Prefeitura quando este estava na Alemanha; que conversavam com frequência quando trabalhavam juntos, inclusive nas férias; não lembra quem substituiu o Dr. César quando ele pegava férias; **tinha que utilizar o celular funcional nas férias, pois seu cargo era de confiança; que não lembra o custo de sua conta de telefone; lembra que levou o celular quando viajou para a Espanha; não lembra se usou na viagem, mas levou o aparelho para caso precisasse utilizar [...].**

Corroborando com o depoimento acima, declarou AURIENE ROPKE, Diretora do Controle Interno do Município de São Bento do Sul à época dos fatos (fls. 395/398):

[...] que apenas tem conhecimento sobre o fato do telefone; quando assumiu o cargo de Diretora de Controle Interno ficou sabendo que tinha um memorando emitido pela antiga Diretora questionando o demandado sobre o uso do telefone; o controle das contas de telefone é realizada pelo setor de controle interno, não sabendo se existe norma ou memorando sobre o uso; a decisão de quem usa os telefones funcionais é administrativa; não usa o telefone do município só o seu particular; que o prefeito já efetuou ligações nos finais de semana para falar sobre trabalho; que apenas a conta de celular do demandado

foi questionada [...].

Acerca do uso do telefone, infere-se pelos depoimentos supramencionados que não havia regulamentação específica sobre sua utilização, e que, por ordem específica do Chefe do Poder Executivo, o Procurador do Município, bem como todos os ocupantes de cargo de confiança, deveriam utilizar o telefone funcional 24h.

Ademais, constata-se que em resposta ao memorando n. 097/2012, enviado pelo setor de controle interno do Município de São Bento do Sul, o Recorrido esclareceu que as ligações realizadas e recebidas eram referentes ao trabalho, com exceção das ligações realizadas para o número com final 5803, que pertencia a sua mãe. Ainda, observa-se que o Apelado autorizou o desconto em folha das poucas ligações pessoais realizadas (fls. 237/238).

Assim, constata-se que o Apelado não agiu com dolo ao utilizar o celular funcional em sua viagem de férias, pois, na verdade, se tratava de ordem de seu superior. Ainda, autorizou o desconto das ligações particulares que realizou em sua viagem, fato que também demonstra a ausência de culpa e dolo na conduta.

No tocante às alegações de ter o Apelado determinado o deslocamento de veículo e motorista do Município de São Bento do Sul à Capital para protocolo de petições do escritório particular e ter utilizado o aparelho de fax para fins particulares, constata-se que, além de não estarem cabalmente comprovados nos autos, não caracterizam atos de improbidade administrativa.

A informante MARIANE ORIBKA declarou que visualizou um envelope contendo documentos protocolados em Florianópolis e pertencentes ao escritório do Apelado, entregue pelo motorista da Municipalidade quando chegou

de viagem, e que observou estarem os estagiários e servidores do Município de São Bento do Sul fazendo serviços do escritório particular, não relacionados à Prefeitura (fls. 395/398).

Sobre os fatos, o motorista do Município de São Bento do Sul, Sr. ANTONIO VILMAR CHAVES, informou em seu depoimento que viaja constantemente para Florianópolis para ir ao Tribunal de Contas, e algumas vezes para o Tribunal de Justiça, e que protocolava as petições para o setor jurídico (fls. 395/398).

A testemunha DJAYME TSCHOEKE declarou que trabalhava como estagiário no Município de São Bento do Sul, no ano de 2010/2011, e que o Dr. CÉSAR, ora Apelado, permitiu que elaborasse algumas procurações, pois não tinha serviço e queria apreender. Também informou que o Dr. CÉSAR permitiu que visualizasse um processo criminal no fórum, também no intuito de ensiná-lo a atuar como advogado, mas não lembrava o conteúdo do processo (fls. 395/398).

Ainda, o informante GIANCARLO GROSSL, assessor jurídico do Município de São Bento do Sul à época dos fatos, esclareceu na audiência de instrução de julgamento que tinha uma parceria de trabalho particular com o apelado CÉSAR AUGUSTO ACCORSI DE GODOY. Declarou, também, que era rotineiro ir para Florianópolis/SC para resolver questões jurídicas referentes ao Município de São Bento do Sul. Acrescentou que em uma dessas ocasiões, ao verificar a existência de petições particulares em sua pasta, protocolou as peças por já estar fisicamente na Capital, mas que se tratou de caso isolado (fls. 395/398).

Examinando os depoimentos, conclui-se que os atos cometidos pelo Apelado, apesar de eivados de singela ilegalidade, não violaram os

princípios da Administração Pública ou causaram dano ao erário e enriquecimento ilícito.

Verifica-se que o Recorrido não foi visto diretamente protocolando petições particulares via fax ou determinando que o motorista do Município de São Bento do Sul efetuasse o protocolo de suas peças em Florianópolis/SC.

O fato de o motorista ter entregue um envelope com petições do escritório particular do Apelado não demonstra, de forma direta, que o Recorrido atuou de forma ímproba. Isso porque, não ficou claro nos autos se o motorista havia se deslocado até Florianópolis/SC exclusivamente para efetuar o protocolo de petições do escritório particular do Apelado, se a viagem ocorreu por outro motivo ou se o envelope simplesmente estava no veículo por esquecimento.

Dessa forma, constata-se que as provas colhidas, além de não comprovarem todos os fatos narrados na exordial, não demonstram de forma clara e incontestável que o Recorrido, voluntariamente, agiu com o intuito de violar os princípios da Administração Pública, causar dano ao erário ou obter vantagem patrimonial.

Portanto, verifica-se que as condutas praticada pelo Apelado foram desprovidas do elemento subjetivo necessário à configuração do ato ímprobo, pois a mera atuação desconforme os parâmetros normativos não caracteriza a improbidade administrativa. É imprescindível a constatação de uma ilegalidade qualificada.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OMISSÃO VERIFICADA QUANTO À CONFIGURAÇÃO DE ATO ÍMPROBO NA FORMA DO ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. INEXISTÊNCIA IN CASU DE DOLO GENÉRICO OU DE CULPA

GRAVE. IMPROBIDADE NÃO CARACTERIZADA À LUZ DO ALUDIDO REGRAMENTO. ACOLHIMENTO DO RECLAMO SEM EFEITOS INFRINGENTES.

Nem toda ilegalidade configura ato de improbidade administrativa; de acordo com remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a ilegalidade só adquirirá o status de improbidade quando a conduta antijurídica importar enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário ou representar ofensa aos princípios constitucionais da Administração Pública, sempre coadjuvada pela má-intenção (dolo genérico) ou ao menos culpa grave por parte do administrador.

O entendimento jurisprudencial do STJ é pacífico no sentido de que improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente; [é] indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10º (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). (AgRg no REsp 1.224.462/MG, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. em 15/10/2013, DJe 22/10/2013)" (grifou-se; AC n. 0003912-21.2006.8.24.0076, de Turvo, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 6-7-2016). (Embargos de Declaração n. 0000509-25.2010.8.24.0037 , Rel. JORGE LUIZ DE BORBA, Primeira Câmara de Direito Público, j em 26/01/2017)

Ressalta-se que, ante a gravidade de uma condenação por improbidade administrativa, o dolo e a má-fé no agir do Apelado deve vir demonstrado de forma convincente, o que não ocorreu no presente caso.

Portanto, não merece reforma a sentença.

V – Do dispositivo

Diante do exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do Apelo e da Remessa Necessária.

Este é o voto.