

JUÍZO DA 2^a VARA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL DA
COMARCA DE BELO HORIZONTE

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - SOB SEGREDO DE JUSTIÇA
Nº 0024.13.169.735-1

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RÉU: ELPÍDIO DONIZETTI NUNES

SENTENÇA

Vistos, etc...

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS ajuíza ação civil pública por ato de improbidade administrativa em desfavor de ELPÍDIO DONIZETTI NUNES, na qual narra que:

- o requerido era Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, hoje aposentado;
- foi casado com Leila Donizetti Freitas Santos Nunes, oficial de apoio judicial do quadro de pessoal de primeira instância do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, separando-se dela em 13/05/2009;
- na ocasião da separação a referida servidora ocupava o cargo em comissão de Assessor Judiciário TJ-DAS-03, assessorando o Desembargador Fábio Maia Viani;
- o casal separou-se consensualmente constando do acordo cláusula de natureza alimentar onde restou consignado que o requerido garantiria à varoa o pagamento pelo período de três anos, da diferença havida entre a remuneração do cargo originário e o cargo comissionado por ela ocupado no ato da separação;
- o acordo foi homologado judicialmente em 13/05/2009 (fl. 50/52 do IC);

- a sentença de divórcio publicada em 28/09/2010 e o mandado de averbação expedido em 14/10/2010;
- em 07/10/2010 a referida servidora foi exonerada do cargo que ocupava em virtude da aposentadoria do Desembargador Fábio Maia Viani;
- menos de uma semana (em 15/10/10 fl. 25 IC) após a referida exoneração, visando eximir-se do pagamento da diferença dos valores acordados na separação o réu indicou a ex-mulher para ocupar o mesmo cargo comissionado, mas agora vinculado ao seu próprio gabinete, posto que na época encontrava-se na ativa;
- a referida nomeação ocorreu na época em que o requerido, então Desembargador, estava afastado das atividades para frequentar curso de doutoramento em Lisboa/Portugal de 01/10/2010 a 30/06/2011;
- o réu transferiu para o erário a responsabilidade pelo adimplemento do acordo de separação;
- a manobra somente foi possível em virtude da influência e poder de indicação do cargo de Desembargador ocupado pelo réu;
- o CNJ no PCA nº 6968-27.2010 reconheceu que o ato caracterizou nepotismo;
- a conduta violou a Súmula Vinculante nº 13 do STF.

Requereu assim o Ministério Pùblico a condenação do requerido nas penalidades previstas no inciso I e III do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Intimado para apresentar manifestação por escrito, o requerido alegou em suma às fl. 19/48, que o voto tendencioso do conselheiro relator do procedimento administrativo instaurado no CNJ e a mídia sensacionalista acabaram por levar o Ministério Pùblico à interpretação equivocada dos fatos. Sustenta que no acordo de separação judicial não houve garantia de nomeação da sua ex-mulher e que na data de nomeação não havia mais vínculo de parentesco entre ambos. Afirma que o Conselheiro Relator do CNJ que inicialmente apurava conduta de nepotismo acabou por apresentar voto pela procedência do PCA não em razão do nepotismo, mas sim em razão de “troca de cargo por pensão”, acusação esta que o réu alega sequer ter tido

oportunidade de responder.

Sustenta que a cláusula do acordo de separação não constou direito à nomeação, mas de que o requerido garantiria o pagamento referente a diferenças dos cargos no caso de exoneração. A razão de inserção dessa cláusula é que os juízes das varas de família, bem como o Ministério Público exigem garantia de preservação das condições da mulher após o rompimento da vida conjugal.

Alega que não obstante a separação judicial o requerido e sua ex-esposa Leila possuem boa relação. O requerido indicou Leila para o cargo de assessoria e, se tivesse nova oportunidade, o faria novamente. Já convidou Leila para dar aulas no curso onde é coordenador acadêmico, já abriu as portas do seu escritório de advocacia para Leila e isso nada tem de nepotismo, mas respeito e reconhecimento pelo nível intelectual de Leila.

A não nomeação na verdade é que caracterizaria uma “odiosa discriminação pelo simples fato de anteriormente ter sido casado com a pretendente”.

A demonstrar a ausência de má-fé do requerido tudo foi feito às claras sem subterfúgios com controle pela administração do Tribunal. O próprio CNJ recomenda que as nomeações para gabinete observem preferência aos servidores de carreira, como o é Leila. Ressalta que a ex-esposa é plenamente capacitada tendo em vista a sólida experiência como assessora de vários desembargadores, mestres em Direito Privado e doutoranda em Direito Civil. Atualmente Leila continua no cargo de assessora da Desembargadora Karin Liliane.

O requerido prestou depoimento espontaneamente perante o IC movido pelo Ministério Público esclarecendo toda a situação e declarando que quando da nomeação da ex-esposa sequer possuía dívida decorrente da cláusula objeto de investigação, pois havia feito em 15/09/2010 uma transferência de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais) com finalidade de quitar diversos débitos com a ex-esposa incluindo valor “eventualmente devido a título de pensão alimentícia” decorrente do acordo de separação judicial; (recibo fl. 330 do IC).

Sustenta que a iniciativa de extinguir a obrigação de complementar mensalmente a remuneração da esposa decorreu do fato de que não queria ter

qualquer pendência financeira ou patrimonial com sua ex-mulher posto que iria casar-se novamente, o que de fato ocorreu em 22/12/2010.

Informa que havia rixa entre o Conselheiro relator no CNJ e o requerido tendo em vista que este foi presidente da ANAMAGES por três vezes e se opôs frontalmente a algumas condutas do CNJ, especialmente dos conselheiros que se denominavam "Elianistas", pelo que arguiu a suspeição por inimizade parcial contra o conselheiro do CNJ a qual restou reconhecida, embora tardivamente.

Decisão de fl. 64/69 recebendo a ação e determinando a citação do réu.

Devidamente citado apresentou contestação às fl. 174/232. Na longa peça contestatória o requerido sustentou em síntese os mesmos argumentos postos acima contantes na manifestação prévia. Informa que o conselheiro enxergou na cláusula do acordo de separação uma "garantia de nomeação".

Aduz que a prova utilizada pelo conselheiro relator no CNJ foi ilegal porque requereu ao juízo de família da Comarca de Nova Lima (onde se processou a separação e divórcio) a remessa dos autos, autos estes que estavam sob sigilo legal. Um Conselheiro do CNJ não pode determinar entrega de autos cujo sigilo é imposto pela lei, uma vez que o Conselho é órgão administrativo e não judicial. Somente decisão judicial poderia ter autorizado a abertura do sigilo dos autos do processo de separação e divórcio do requerido.

É com base nessa prova ilícita que o Ministério Público também imputa os fatos narrados na petição inicial ao requerido. Uma vez declarada a nulidade dessa prova qualquer decisão proferida nesse processo igualmente deve ser nula.

Argumenta ainda que não tivesse o requerido indicado Leila para o cargo de assessoria outro desembargador o teria feito, o que por si só obstaculizaria a implementação da indigitada cláusula do acordo. Leila possui um currículo extraordinário, sendo formada em Direito pela UFMG, com mestrado, livros publicados, professora de faculdades em Belo Horizonte e doutoranda na França. Por isso, passou a maior parte da vida assessorando desembargadores, cerca de quinze anos. Com a aposentadoria do Desembargadora Fábio Maia foi naturalmente exonerada e chamada para atuar no gabinete do Desembargador Alberto Deodato (f. 328 IC), mas declinou pois não se interessava pelas Câmaras Criminais.

Redargui a inicial afirmando que se Leila não fosse nomeada pelo requerido, teria sido nomeado pelo Desembargador Alberto Deodato, o que evitaria de qualquer forma a implementação da condição da cláusula do acordo.

Após ser exonerada do cargo comissionado por decisão do CNJ, Leila entrou em gozo de férias prêmio e foi para Paris para dar continuidade ao doutoramento. No seu retorno foi de pronto nomeada pelo Desembargador Rogério Coutinho e de lá saiu, a pedido para assessorar a Desembargadora Karina Liliane, a quem assessorava até os dias atuais.

Sustenta ainda que Leila não iria aceitar trabalhar para o ex-marido apenas com objetivo de livrar-lhe do pagamento da pensão, a servidora pediu o cargo comissionado com objetivo apenas de ganhar mais pelo cargo de funções mais complexas, maior responsabilidade e carga horária.

Argumenta que não houve conduta dolosa ou culposa, tampouco prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, posto que a servidora foi nomeada para o cargo de assessoria exerceu as funções desde o início até a sua exoneração.

Indaga se toda vez que um Desembargador for nomear assessor terá que produzir prova negativa de inexistência de dívida alguma que possa comprometer a “moralidade” do ato.

Reforça a argumentação apresentada na manifestação prévia no sentido de que na data da nomeação a obrigação da indigitada cláusula do contrato de separação já havia sido extinta. Havia sido realizado o pagamento e a credora emitiu recibo livrando o devedor de qualquer responsabilidade. Não há, portanto, má-fé do requerido.

Apresenta um histórico de valores depositados em favor da ex-esposa com objetivo de resolver todas as pendências financeiras com o requerido, inclusive o obrigação alimentar que gerou todo o imbróglio.

Juntou documentos de fl. 233/255.

Impugnação do Ministério Público às fl. 258/260.

Documento fornecido pelo setor de pessoal do TJMG, conforme requerido pelo MP, com as diferenças remuneratórias entre os cargos da servidora Leila às fl. 271.

É o relatório. Decido.

PRELIMINARMENTE

NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS

Alegou a parte ré a ilicitude da conduta do Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça, que teria solicitado cópia do acordo de separação judicial firmado pelo casal envolvido nos fatos. Mencionou a parte ré que referida solicitação de documento teria violado o segredo de justiça decretado no bojo da ação judicial.

Entretanto, de início, ressalto que aqui não se está a analisar a regularidade do procedimento administrativo que resultou na exoneração da ex-mulher do requerido. O presente feito se trata de fato diverso, ou seja, a análise de ato de improbidade pela parte ré, nada se relacionando regularidade do procedimento administrativo acima mencionado.

Ademais, ainda que assim não fosse, inegável considerar que o Conselho Nacional de Justiça é órgão de cúpula administrativa do Poder Judiciário (art.92, §1º, da Constituição Federal). Referido órgão é competente não só pela administração do Poder Judiciário, como também é responsável por ações disciplinares contra seus membros.

Assim, mera requisição de documentos inseridos no interior de ação judicial, quando pertinentes ao deslinde de possível ação disciplinar pelo Conselho, não pode ser considerada ilegal, ainda que o processo judicial tramite sob segredo de justiça, sob pena de limitar em demasia a ação correicional do órgão.

Friso que o art.103-B, §4º, III, da Constituição Federal é expresso em conceder competência ao Conselho Nacional de Justiça de conhecer e julgar reclamações disciplinares contra os membros do Poder Judiciário.

Há de se destacar ainda que o Regulamento Geral da Corregedoria Nacional de Justiça (Portaria 211/2009 alterada pela Portaria 121/2012), em seu art.3º, XVI, estabelece a possibilidade de requisição de documentos, sigilosos ou não, para instrução de procedimentos administrativos.

35
5

Assim, no uso de sua atribuição disciplinar, entendo que o Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça possui competência para requisitar documentos que instruem ações judiciais, ainda que tramitem sob segredo de justiça.

Não há nulidade alguma, portanto, no ato administrativo em análise, bem como nas provas que instruem o presente processo.

Assim, rejeito a alegação de nulidade da prova produzida.

MÉRITO

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais objetiva a condenação do requerido nas penas elencadas no inciso I e no inciso III do art. 12 da Lei de Improbidade administrativa em razão de atos de improbidade administrativa previstos no art. 9º *caput* e art. 11 todos da Lei 8.429/92:

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:

(...)

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:

(...)

Ab initio, sabe-se que o art. 129, inciso III, da Constituição Federal prevê que uma das funções institucionais do Ministério Público é promover as ações civis públicas para a proteção do patrimônio público, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio

Percebe-se, pois que a ação civil pública possui *status* constitucional e caracteriza-se como um instrumento de adequado conferido ao Ministério Público (e a outras entidades legitimadas pelo art. 5º da Lei 7.347/85) para o exercício do controle sobre os atos dos poderes públicos, exigindo tanto a reparação do dano causado ao patrimônio público por ato de improbidade, quanto a aplicação das sanções do artigo 37, §§ 4º e 5º, da Constituição Federal, previstas ao agente público, em decorrência de sua conduta irregular.

A figura da improbidade administrativa não caracteriza novidade no ordenamento pátrio, eis que desde a Constituição Imperial de 1824 o art. 133 elencava hipóteses de responsabilização dos agentes públicos pela não observância das leis e/ou por atos de corrupção. Por sua vez a Constituição da República de 1891 previu inclusive a possibilidade de responsabilização inclusive da Presidência da República por atos atentatórios à probidade administrativa.

A Constituição da República de 1946 inaugurou na história constitucional brasileira a possibilidade de perdimento dos bens de agentes públicos condenados por enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo, emprego ou função pública, nos termos do seu art. 141.

Visando conferir exequibilidade à tal previsão constitucional, foram editadas, posteriormente, as Leis Pitombo-Godoy Ilha (lei n.º 3.164/57) e Bilac Pinto (Lei n.º 3.502/58), as quais dispunham, respectivamente, sobre a possibilidade de sequestro e perda de bens em favor da Administração por servidor que os tivesse adquirido por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal e sobre o sequestro e perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função.

Hoje a improbidade administrativa está prevista no art. 37, §4º da Constituição Federal de 1988 nos seguintes termos:

“Art. 37 - (...)

§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".

A regulamentação da norma constitucional se deu por meio da Lei Federal 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa, doravante, LIA), a qual previu nos arts. 9º, 10 e 11 extenso rol de atos ímparobos de forma meramente exemplificativa.

Da adequação subjetiva à improbidade

O art. 4º, 5º e 6º dão a toada geral da Lei 8.429/92 ao preverem que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia devem observância estrita aos princípios norteadores da atividade administrativa e que ocorrendo enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público por ação, omissão, dolosa ou culposa, o agente e o terceiro perderão os bens acrescidos ao patrimônio e serão responsáveis pelo integral ressarcimento ao erário, senão vejamos:

"Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, imparcialidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio."

Sendo assim, os art. 1º, 2º e 3º traçaram os liames de alcance subjetivo da LIA ao afirmar que a improbidade administrativa pode ser praticada por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, Estado, Distrito Federal, dos

Municípios e de empresa incorporada ao patrimônio público, entre outras.

Nos termos do art. 2º agente público é "todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função" nas entidades mencionadas no artigo 1º.

E, por fim, o art. 3º estabelece que as disposições da lei são aplicáveis também a quem, mesmo, não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Não olvidamos da controvérsia judicial que já existiu acerca da possibilidade de aplicação da Lei de Improbidade a magistrados. Todavia, resta pacificado no entendimento jurisprudencial que o juiz pode responder por improbidade quando no exercício da função administrativa. É pacífico no STJ o entendimento de que magistrados são agentes públicos para fins de aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, cabendo contra eles a respectiva ação, na forma dos artigos 2º e 3º da Lei 8.429/92 conforme REsp 1.249.531. A questão resta, na verdade, superada e não é de se estranhar que nenhuma das partes no presente caso a tenha suscitado e, por isso, ficam dispensadas maiores digressões.

Neste panorama, tendo em vista que o requerido foi servidor público ocupando o cargo de Desembargador à época dos fatos, *a priori* afigura-se possível que incorra em ato de improbidade administrativa, tudo a depender do dolo do agente que será mais a frente analisado.

Dos atos de improbidade e das penas previstas

Como visto acima, a Lei 8.429/92 trouxe em seus artigos 9º, 10 e 11 rol não exaustivo de atos de improbidade:

1. O art. 9º trata da improbidade administrativa que gera enriquecimento ilícito do agente.
2. O art. 10 aborda a modalidade que causa dano ao erário, por ação ou omissão dolosa ou culposa.
3. O art. 11, por sua vez, traz os atos que violam princípios da

administração pública, como a legalidade, moralidade e a imparcialidade, dentro outros.

As três modalidades coabitam de modo que parecem prestigiar a concorrência de normas diversas sobre o mesmo fato. Com efeito, em presença do aparente conflito normativo promovido pela convergência simultânea das espécies legais, há que se eleger um critério de tipificação.

Neste interregno, o melhor referencial é sempre a proposição constitucional. Harmonizando-se o texto do art. 37, caput, da Constituição, ambiente operacional da Administração Pública, com os arts. 4º e 11 da LIA.

Dos três artigos supracitados pertinentes aos atos de improbidade administrativa em espécie, o art. 11 é o eleito como ponto de partida exegético, porque não se preocupa com um aspecto ou um determinado efeito de um ato de improbidade, mas com a improbidade administrativa em si mesma.

Pela abrangência de seu texto e dos princípios que tutela, o art. 11 será sempre objeto de consideração em presença de todos os possíveis atos de improbidade. Ou seja, em qualquer conduta subsumível ao art. 9º - se o agente público incorpora bens públicos ao seu patrimônio particular – ou ao art. 10 – se o agente facilita o aproveitamento de terceiro em prejuízo do erário - não fica dúvida que, efetivamente, ofenderá, em qualquer hipótese, o conjunto coordenado de princípios constitucionais da Administração, ou seja, a própria probidade administrativa, quesito genérico elencado no art. 11.

Daí que qualquer das condutas previstas pelos arts. 9º e 10 coexistem, sempre, com o caput do art. 11 e, por isso, para a correta adequação típica de eventual ato de improbidade não se poderá cogitar de aglutinação daquelas normas, quer dizer, de sua incidência simultânea na forma como requereu o Ministério Público na exordial da presente ação. Nesta toada, em caso de acolhimento do pedido inicial, o requerido será condenado com fiancas no art. 9º ou com fiancas no art. 11, nunca nas penas previstas aos dois de forma cumulativa.

Neste sentido, o i. doutrinador Waldo Fazzio Junior membro do Parquet paulista, em sua obra Da Improbidade Administrativa:

"Presente a coexistência do art. 11, seja com o art. 9º, seja com o art. 10, será por qualquer deles absorvido, dado que qualificados pela maior extensão material, isto é, pela projeção de seus efeitos, para além do mero confronto conduta/dever. Não há, pois, concorrência, mas absorção de normas para fins sancionatórios".

Sublinhei.

Tais digressões sobre esta temática são relevantes para o caso ora *sub judice* posto que o autor ministerial, como dito acima, imputa ao réu a prática de ato ímparo passível de subsunção tanto ao artigo 9º, quanto ao art. 11, *caput*, cumulação que não é possível.

Noutro giro, as penas por improbidade administrativa estão definidas no art. 12 da LIA:

"Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: (...)"

O art. 12 lista dentre outras as sanções específicas da responsabilização por ato de improbidade: resarcimento aos cofres públicos (se for o caso) do valor acrescido ou do prejuízo, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios.

As penas irão variar de acordo com o enquadramento dado pelo julgador aos atos ímpuros cometidos, de modo que as sanções previstas para os atos que importaram enriquecimento ilícito diferem das dos atos que geraram prejuízo ao erário e das penas pela atuação do agente público em violação dos princípios norteadores da atividade administrativa estatal.

Do caso concreto

Pois bem, *in casu*, o requerido ELPÍDIO DONIZETTI NUNES é acusado

357
8

de atos de improbidade enquanto exercia as funções do cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Neste contexto, requereu o *Parquet* a condenação do acusado nas penas previstas no inciso I do art. 12, - o qual trata das penas aplicáveis aos atos improbos previstos no art. 9º do mesmo diploma, ou seja, atos de improbidade que resultem em dano ao erário - ou alternativamente (conforme interpretação acima delineada) às penas do inciso III que trata das penas em razão da improbidade tipificada no art. 11.

No caso dos autos a questão cinge-se em analisar se o requerido efetivamente se insere nas hipóteses delineadas pela Lei de Improbidade Administrativa, seja utilizando-se do seu cargo público para enriquecimento ilícito, seja violando algum dos princípios norteadores da atividade administrativa.

Compulsando atentamente o acervo probatório coligido pelas partes, com a devida vênia ao entendimento esposado pelos i. presentantes do *Parquet*, emerge induvidosamente a improcedência dos pedidos inicial.

Explico.

Como cediço o agente público é o canal de expressão da vontade administrativa e como a vontade administrativa subsume-se de forma indissociável ao princípio da indisponibilidade e supremacia do interesse público, a atuação do agente deve estar fundada, sempre, no atendimento dos interesses da coletividade, daí dizer-se comumente da instrumentalidade da atuação do administrador público.

O ato de improbidade administrativa está umbilicalmente atado à violação pelo agente desta pedra de toque da Administração Pública, qual seja, a supremacia do interesse público. Para comprovação da improbidade há de ser demonstrada em qualquer caso o desvirtuamento do caráter instrumental do agir do administrador, o qual passa a atuar (ainda que culposamente nos casos do art. 10º da LIA) visando interesses privatísticos que não o interesse público.

O requerido, Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça mineiro, por certo exerceu função tipicamente administrativa ao indicar assessores à nomeação. Tais atos são, como todos os atos administrativos revestidos de

presunção de legalidade e legitimidade, cabendo ao autor da ação comprovar o desvirtuamento da finalidade do ato que deixou de atender ao interesse público em favor do agente ou em violação de princípios do Direito Público.

Para tanto, o Ministério Público sustenta a tese de que o requerido teria nomeado a ex-esposa com fulcro de ilidir a incidência de cláusula constante no acordo de separação judicial celebrado entre os dois, no qual ficou acordado que o cônjuge varão pagaria à virago a diferença monetária entre o cargo comissionado de assessora de desembargador e o cargo efetivo que ocupava, no caso de exoneração daquele, conforme descrito no relatório.

Ab initio, calha frisar que a presente ação de improbidade não se debruça sobre a validade da indigitada cláusula do acordo de separação judicial. A discussão suscitada pelas partes acerca das razões de fato e de direito que levaram ao engendramento da referida cláusula não integram o pedido ou a causa de pedir. A imputação ao réu de ato de improbidade subsume-se à verificação da existência dos vícios tipificados na Lei 8.429/92 no ato administrativo de indicação pelo réu da ex-esposa ao cargo de sua assessora. Seja pela procedência ou pela improcedência a sentença proferida nesta ação não validará ou invalidará o acordo de separação judicial que foi homologado pelo juízo de família após referendo do Ministério Público.

A referida cláusula serve-nos aqui com um único propósito: esclarecer o contexto circunstancial histórico que gerou o imbróglio e a presente ação por ato de improbidade. Para tanto vejamos o que foi acordado entre o réu e sua ex-esposa no referido dispositivo do acordo (fl. 130 do IC em anexo):

"(...)

5.5. *Em virtude de ser relevante a diferença entre a remuneração do cargo em comissão atualmente ocupado pela requerente Leila Donizetti Freitas Santos Nunes e a remuneração do seu cargo efetivo, os requerentes buscam garantir que a requerente Leila Donizetti Freitas Santos Nunes não tenha redução de sua remuneração líquida, no prazo de 03 (três) anos, contados da homologação da separação judicial dos requerentes.*

SSJ

5.5.1 Na hipótese de a requerente Leila Donizetti Freitas Santos Nunes ser exonerada do cargo comissionado, antes do decurso do prazo de 03 (três) anos, contados da homologação da separação judicial dos requerentes, o requerente Elpídio Donizetti lhe pagará um valor mensal equivalente à diferença entre a remuneração líquida do cargo comissionado – atualmente ocupado – e a remuneração líquida do cargo efetivo da requerente. (...)"

Das provas colacionadas aos autos percebe-se que a ex-mulher do requerido exercia cargo em comissão de assessoria desde 24/08/2006 junto ao gabinete do Desembargador Fábio Maia Viani conforme documentação de fl. 59/61 do IC em anexo.

Todavia, em 07/10/2010 acabou por ser exonerada do cargo em comissão diante da aposentadoria do referido Desembargador.

A sentença da separação judicial no qual foi homologado o acordo celebrado e que constou a supratranscrita cláusula foi proferida em 13/05/2009. O divórcio por sua vez foi proferido por sentença em 24/09/2010 (fls. 105/107 IC).

Tendo em vista que o ato de nomeação ocorreu 15/10/2010 percebe-se que inexiste violação da moralidade administrativa por via do instituto do nepotismo.

A bem da verdade, o próprio CNJ após a Resolução nº 07/2005 estabeleceu no Enunciado Administrativo nº 01/2006 o seguinte:

E) Os antigos vínculos conjugal e de união estável com magistrado ou com servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento não são considerados hipóteses geradoras de incompatibilidade para efeito de aplicação do art. 2º da Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005, desde que a dissolução da referida sociedade conjugal ou de fato não tenha sido levada a efeito em situação que caracterize ajuste para burlar a proibição geral de prática de nepotismo. (destacamos).

Ou seja, a nomeação de ex-cônjuge, segundo interpretação dada pelo próprio CNJ não viola a vedação posta inclusive pelo STF na Súmula Vinculante nº 13 de proibição da prática do nepotismo.

Por certo que o enunciado acima citado faz a ressalva de que se a dissolução do matrimônio ocorreu como tentativa de burlar a proibição haverá, por certo, a configuração do nepotismo o que, todavia, não é o caso dos autos tendo em vista que a separação judicial ocorrida quase um ano antes já demonstrava o *animus* dos cônjuges em dissolver os laços matrimoniais.

Neste tocante, ressaltamos que o julgado de procedência do procedimento de controle administrativo (PCA) pelo CNJ ocorreu baseado na seguinte premissa que se extrai da decisão final do órgão: “*a nomeação e manutenção da servidora Leila Donizetti Freitas Santos Nunes no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais haviam sido convencionadas, por ocasião da sua separação judicial com o Desembargador Elpídio Donizetti Nunes.*” (fl. 218 IC).

Todavia, por intermédio da leitura da cláusula que transcrevemos acima, percebemos de forma cristalina que inexistente compromisso de garantia de cargo à ex-esposa do réu como interpretara o CNJ e o MP na inicial. O que foi convencionado à época da separação foi que no caso de exoneração da servidora do cargo de assessoria que exercia junto a outro desembargador, o requerido lhe pagaria as diferenças salariais existentes entre os vencimentos do cargo de assessor e o cargo efetivo da sua ex-esposa.

De acordo com as provas produzidas não há dúvida do rompimento do relacionamento e do próprio matrimônio antes do ato de nomeação. As testemunhas ouvidas em juízo afirmaram induvidosamente que a separação de fato aconteceu não havendo que se cogitar de simulação. Senão vejamos o depoimento do Desembargador aposentado Guilherme Luciano Baeta Nunes que afirmou:

“que o requerido possuía uma namorada [que não a Sra. Leila], mas não sabe dizer em que época foi isso; que o requerido pretendia se casar com essa namorada; que

359

não sabe dizer se havia ciúmes entre a antiga e a nova mulher do requerido". (fl. 288).

E ainda o depoimento do agora Desembargador Renato Luís Dresch:

"que no ano de 2010 depois da semana da criança encontrou o requerido, oportunidade na qual conversaram a respeito da separação; que o requerido disse que estavam resolvendo a situação; [...] que nesta época eles não mantinham mais nenhum relacionamento amoroso; que o requerido disse inclusive que estava querendo se casar com uma nova mulher e, por isso, tinha que resolver a situação com a esposa anterior [...]" (fl. 289).

Sendo assim, em razão do conjunto probatório produzido é possível afirmar categoricamente a inexistência de nepotismo no presente caso. Não é demais frisar referida inocorrência de nepotismo tendo em vista os contornos midiáticos alcançados pelo presente caso que galga facilmente as primeiras páginas das mídias de comunicação quando se afirma que um magistrado, servidor público aplicador da lei e brandão da justiça, pratica nepotismo nomeando a própria esposa para cargo em comissão, não correspondendo tais manchetes à realidade dos fatos.

Tollitur quaestio da prática do nepotismo, devemos avançar agora acerca das demais possibilidades de prática de ato improbo pelo requerido, seja valendo-se da nomeação para enriquecimento ilícito, seja violando princípios administrativos ao indicar a ex-esposa para o cargo.

A Lei Federal nº 8.429/92 elencou de forma não exaustiva nos incisos do art. 9º condutas dos administradores público que lhes resultam acréscimo patrimonial indevido o que estaria a caracterizar ato de improbidade na modalidade de enriquecimento ilícito.

A tese de autoria da presente ação de improbidade sustenta que o réu teria se locupletado de maneira ilícita ao transferir para o erário o dever de complementar os vencimentos de sua ex-esposa.

Sem razão o Ministério Público.

O enriquecimento ilícito mediante ato de improbidade não dispensa o dolo específico do agente para se concretizar

Não olvidamos aqui acerca da existência de controvérsia sobre a necessidade de comprovação do dolo na caracterização dos atos de improbidade administrativa.

Todavia, a doutrina e jurisprudência pátrias alcançaram um consenso mínimo no sentido de que não existe responsabilidade objetiva na Lei de Improbidade Administrativa, conforme se verifica no seguinte arresto do Superior Tribunal de Justiça:

"A jurisprudência do STJ rechaça a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 - que coibem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente - e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário" (REsp 414.697/RO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/5/2010, DJe 16/9/2010).

Percebe-se que a jurisprudência consolidou a necessidade demonstração do dolo do agente para configuração da improbidade nas modalidades de atos ímparos previstas nos artigos 9 e 11 da LIA, nos quais o Ministério Público requereu a condenação do agente *in casu*.

A bem da verdade é exatamente a demonstração do dolo e do dano ao erário que fará o liame necessário entre a mera infração administrativa e o ato que ganha contornos de improbidade administrativa. A comprovação do desígnio do agente, - o qual intencionalmente / de má-fé desenvolve a conduta que resulta no enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação de princípio administrativo -, é que transmudará a mera falta funcional punível mediante processo administrativo disciplinar em ato de improbidade sujeito às consequentes sanções da Lei nº 8.429/92.

Nesse sentido WALDO FAZZIO JÚNIOR na sua obra Improbidade Administrativa (pg. 303):

"É cediço que a má-fé é premissa do improbo. Por isso, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípio 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 desonestade" _ destacamos.

A própria jurisprudência também assentou entendimento (REsp 980.706/RS) no sentido de que o ato ilegal somente torna-se ato improbo mediante a caracterização do dolo do agente.

No presente caso, por diversos motivos que abordaremos a seguir, tenho por não demonstrado o dolo do requerido, muito menos a culpa, o que inviabiliza a configuração de ato de improbidade.

Conforme prova testemunhal produzida, o então assessor do requerido Daniel Calazans Palomino Teixeira (depoimento de fl. 286) pediu exoneração para trabalhar na iniciativa privada:

"que deixou o cargo de assessor do requerido, pois partiu para a iniciativa privada em uma empresa (...) que antes da saída o depoente já tinha planejado tudo e inclusive com remessa de currículos para várias empresas e escritórios de advocacia; que não deixou o cargo em razão da necessidade de nomeação da ex-mulher do requerido;"

Percebe-se então que o requerido possuía um cargo vago de assessor na data em que a ex-esposa foi exonerada em razão da aposentadoria do Desembargador Fábio Maia.

Em primeiro lugar, é fato notório e incontroverso nos autos a destacada

capacidade técnica da ex-esposa do requerido em exercer as funções do cargo de assessoria de Desembargador. A servidora concursada Leila Donizetti exerce e ainda exerce o referido cargo em comissão desde os idos de 2001 quando nomeada pela primeira vez. Ou seja, na data dos fatos a servidora possuía quase uma década de experiência no ofício. A servidora é ainda professora de instituições de nível superior e autora de livros jurídicos.

Neste sentido referenda o Desembargador aposentado Guilherme Luciano Baeta Nunes que ouvido na condição de testemunha declarou (fl. 288):

“que foi colega de Câmara do requerido; que a ex-esposa do requerido foi assessora de vários desembargadores do TJMG e que inclusive foi assessora do depoente; que o depoente sabe que ela possuía todas as condições de assumir o cargo de assessora pois inclusive é autora de um livro jurídico (...)”.

Ora, se a ex-esposa do réu fosse mulher sem conhecimentos jurídicos, não conhecida no meio acadêmico e que não exercesse diária e efetivamente as funções do cargo poderíamos, e até mesmo deveríamos, cogitar de má-fé na conduta do então Desembargador, ora requerido, que - para se livrar de pagar a diferença das remunerações dos cargos - aproveita a coincidência da existência de vaga em seu gabinete com a exoneração da ex-esposa e a nomeia para sua assessora.

No cenário acima descrito, seria indubioso o dolo, ou no mínimo culpa grave, do agente público que para afastar sua obrigação de prestar alimentos nomeia ex-esposa sem qualquer qualificação ou experiência para o referido cargo em comissão. Contudo, esse não é o caso dos autos, definitivamente.

Como acima descrito, a ex-esposa do requerido possuía todas as exigências técnicas e legais para exercício do cargo, quais sejam: era intelectualmente capacitada, possuía experiência, era servidora concursada e era da confiança do requerido.

Se dúvida ainda pairar acerca da inexistência de improbidade administrativa, outro argumento de vital importância exsurge para infirma a

vontade do requerido e afastar a improbidade: a ex-esposa seria nomeada assessora de algum desembargador de uma forma ou outra e, em qualquer caso, o réu estaria livre da obrigação de alimentos.

A servidora com o gabarito da ex-esposa do requerido não permaneceria por muito tempo sem novo cargo de assessoria é o que demonstram as provas nos autos.

No depoimento de fl. 287 Daniel Calazans Palomino Teixeira registrou:

"que a Sra. Leila disse que teria sido convidada por outros desembargadores para trabalhar como assessora no Tribunal; que um desses desembargadores seria da área criminal, área que não lhe seria muito afeta."

Por sua vez Renato Luís Dresch, magistrado, na condição de testemunha afirmou que:

"que antes da homologação do acordo da separação judicial a mulher do depoente comentou que a Sra. Leila teria sido convidada para trabalhar como assessora do Desembargador Alberto Deodato".

E, por fim, o Desembargador Alberto Deodato Maia Barreto Neto apresentou declaração de fl. 328 do IC e confirmou em depoimento como testemunha perante este juízo às fl. 302 que:

"que o próprio depoente chamou a ex-mulher do requerido para ser sua assessora (...) porque ela é muito experiente e tem postura; que o convite ocorreu na época em que o desembargador Fábio estava para se aposentar."

O próprio histórico funcional da servidora (fls. 59/61 do Inquérito em apenso) demonstra que em 2006 quando exonerada do cargo em comissão por causa da aposentadoria do Desembargador Armando Pinheiro Lago foi

nomeada menos de uma semana depois pelo então Desembargador Fábio Maia. Também após a exoneração por ordem do CNJ ex-esposa Leila foi nomeada novamente assessora pela Desembargadora Karin Liliane, a qual permaneceu como assessora até a data de hoje.

Ora, diante da cabal demonstração de capacitação técnica da ex-cônjuge do requerido e do claro cenário no qual a servidora seria nomeada assessora - se não pelo requerido, por outro desembargador – não há como reconhecer *animus lucrandi* na indicação do requerido de sua ex-esposa. Não se desincumbiu o *Parquet* de demonstrar o dolo do acusado de transferir obrigação de alimentos para os cofres do Estado por meio da nomeação.

Pelo contrário, o que está em evidência nos autos é a postura de valorização do mérito por parte do requerido que nomeou pessoa altamente qualificada para o exercício da função pública. Por certo tal ato atende aos reclames do interesse público que espera prestação jurisdicional de qualidade, a qual somente pode ser alcançada mediante a atividade servidores devidamente qualificados.

O enriquecimento ilícito por ato de improbidade possui por pressuposto abuso ou ilegalidade no exercício da função administrativa. Não há como reconhecer improbidade que gera enriquecimento ilícito sem a respectiva demonstração de ilegalidade ou abuso das prerrogativas do agente. O requerido na condição de Desembargador possuía o dever de indicar para o cargo de assessor profissional qualificado para tanto e, certamente, o fez. O requerido encontrava-se divorciado à época da nomeação, o que ilide a pecha de nepotismo e a ex-esposa seria de qualquer forma nomeada por alguns dos vários desembargadores que a convidaram para assessoria, o que afasta o ânimo do agente de nomear para se livrar do pagamento de pensão.

A probidade dos agentes públicos é a regra, a improbidade a exceção que não dispensa prova. A má-fé não se presume conforme antigo brocado jurídico. Neste diapasão, o Ministério Público não logrou êxito em comprovar o motivo viciado do ato, o que ensejaria a caracterização da improbidade. Friso que se comprovado que o motivo do ato de indicação da ex-esposa à assessoria pelo réu fosse, de fato, esquivar-se do pagamento dos alimentos acordados na separação judicial, haveria, por certo, improbidade.

Ademais, para fulminar qualquer dúvida acerca da improcedência dos pedidos autorais o conjunto probatório traz ainda a declaração de fl. 330 (do IC) no qual antes de contrair novas núpcias o requerido pagou a ex-esposa a quantia de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais) para quitar de uma vez todas as obrigações decorrentes do famigerado acordo de separação judicial.

O pagamento foi declarado ao fisco conforme IRPF de Leila Donizetti e do próprio réu (fl. 331/341 do IC). Além disso, a contestação do requerido anexou aos autos prova efetiva da transferência do valor de R\$ 800.000,00 para a conta bancária de sua ex-mulher, o que teria extinguindo a obrigação de alimentos por parte do requerido. Às fl. 241/254 os extratos bancários da conta corrente da ex-mulher do requerido demonstram os repasses ocorridos durante o ano de 2010, que somados, atingem a quantia que extinguiu a obrigação de alimentos, conforme declaração de quitação de fl.240.

Percebe-se, assim, que a nomeação da ex-esposa não poderia ter por objetivo afastar a necessidade de pagamento de alimentos, pois tal obrigação não existia mais.

A ex-esposa deu por quitado “o montante devido a título de pensão alimentícia, decorre do acordo de separação judicial”. O referido pagamento à ex-esposa, por si, ilide o argumento de que o réu teria o objetivo de enriquecer-se às custas do erário.

A veracidade do pagamento encontra-se documentalmente comprovado pela declaração de imposto de renda e extratos bancários juntadas aos autos. Nem se argumente acerca da veracidade da documentação posto que caberia ao autor ministerial manejá-la corretamente para impugnar a veracidade e legitimidade da referida declaração.

Verificamos, assim, que em um primeiro momento os fatos narrados podem causar certa estranheza quando analisados de forma superficial e emotiva, todavia, tal impressão não resiste a uma análise mais acurada das provas, as quais revelam ter o requerido agido dentro da legalidade e moralidade administrativa, pois, sintetizo:

- o requerido e Leila Donizetti encontravam-se divorciados na época da nomeação, o que afasta caracterização de nepotismo de acordo com o próprio CNJ;

- Leila Donizetti é servidora de carreira do Tribunal altamente qualificada para o posto, o que infirma a alegação de que o réu a nomeada simplesmente para se esquivar de pagar alimentos decorrentes da diferença entre a remuneração do cargo efetivo da ex-esposa e o de assessor;
- Leila Donizetti, em razão da sua alta qualificação e vasta experiência, foi alvo de vários convites por parte de Desembargadores outros para assessoria e o seu histórico funcional demonstra que não permanece sem oportunidade de assessoria, o que termina por afastar o requisito para caracterização da improbidade que seria o dolo do requerido em nomear para se livrar do pagamento de pensão, posto que a ex-esposa seria nomeada de qualquer forma por algum outro Desembargador;
- Por fim, à época dos fatos não havia mais a obrigação alimentícia, posto que o requerido mediante pagamento de vultosa soma à ex-esposa havia conseguido quitação de qualquer dívida de alimentos em razão do acordo de separação, o que está a fulminar a caracterização de improbidade.

Nem se argumente que a conduta do autor se subsume ao previsto no art. 11 da lei de improbidade posto que uma vez afastada a caracterização do nepotismo - como visto alhures -, a alegação de violação dos princípios constitucionais, mormente o da moralidade, fica prejudicada.

Isso porque a norma geral, qual seja, o dever de probidade dos agentes públicos, expressamente previsto no art. 4º do diploma retrocitado foi plenamente atendida pelo requerido tendo em vista que não faltou com lealdade às instituições quando nomeou a ex-esposa.

A moralidade administrativa pode ser entendida como a necessária correspondência entre os motivos determinantes da conduta administrativa e as suas finalidade concretas. No escólio do i. promotor de justiça Waldo Fazzio Júnior:

"*[a moralidade] é aferida sob a luz da coerente*

adequação de meios e fins, vale dizer, considera-se observada pelo fato de não se desviar da finalidade constante em lei, o interesse público, operando-se por meios legais". (in Improbidade Administrativa Ed. Atlas 2012, pg. 89)

Percebe-se que o agir ético do agente é aferido a partir da conformidade do ato ao interesse público primário, bem como à correspondência entre os meios e fins para atendê-lo. O requerido conforme a extensa motivação supra delineada com base nas provas constantes dos autos não violou a regra de vedação ao nepotismo, não abusou do direito de indicar à nomeação assessora quando nomeou a ex-esposa (posto que altamente qualificada, de confiança, servidora concursada e experiente) e não possuía ânimo de enriquecer-se em razão de dois fatos principais: primeiro, a cláusula do acordo de separação que o obrigava a alimentos encontrava-se expirada em razão de negócio celebrado entre as partes e, segundo, a ex-esposa - servidora concursada altamente qualificada - seria nomeada em qualquer hipótese e o requerido seria, também por esse motivo, nos termos da cláusula, desobrigado ao pagamento da pensão.

A moralidade administrativa predetermina a seletividade administrativa dos meio adequados para atender ao fim último inegociável do interesse público, a nomeação de agente tecnicamente hábil para as funções do cargo público atendeu a este requisito.

O ato foi: legal, pois praticado em observância dos ditames da lei; público, pois foi dada a devida publicidade nos meios de imprensa oficial; imensoal, posto que a seleção da ex-esposa ocorreu em razão de sua capacitação e experiência, não em razão do antigo parentesco; probó por não desatender o interesse público e visou, por fim, a eficiência do serviço por ser a nomeada pessoa capaz para as funções. Ato legal, imensoal, moral, devidamente publicado e com vistas à eficiência não viola os princípios norteadores da atividade administrativa e, por conseguinte, os fatos não se amoldam ao previsto no art. 11 da lei de improbidade.

Ao arremate, por não configurado o dolo do agente em violar o dever geral de probidade, como visto anteriormente, resta de qualquer modo

prejudicada a caracterização das condutas previstas nos artigos 9º ou 11 da Lei 8.429/92.

DISPOSITIVO

Posto isso, **JULGO IMPROCEDENTE** o pedido formulado na presente ação civil pública por improbidade administrativa intentada pelo Ministério Público de Minas Gerais contra **ELPÍDIO DONIZETTI NUNES**.

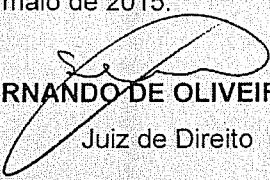
Intime-se pessoalmente o Ministério Público.

Sem condenação em custas em razão da isenção legal e sem honorários advocatícios de sucumbência eis que impertinentes à espécie.

Com o trânsito em julgado, ao arquivo, com baixa

P.I.C.

Belo Horizonte, 14 de maio de 2015.


LUIS FERNANDO DE OLIVEIRA BENFATTI

Juiz de Direito

