



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1626082 - SP
(2019/0351147-8)**

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANDRÉ PUCCINELLI
ADVOGADOS : VLADIMIR ROSSI LOURENÇO - MS003674
RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO - DF025120
IGOR SUASSUNA LACERDA DE VASCONCELOS E OUTRO(S)
- DF047398
RODRIGO MARQUES MOREIRA - MS005104

EMENTA

DIREITO SANCIONADOR. AGRADO INTERNO EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE ADMISSIONAL DA LIDE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. A CORTE REGIONAL CONSTATOU QUE A LIDE NÃO POSSUI OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA QUE SEJA AO MENOS PROCESSADA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 17, § 8o. DA LEI 8.429/1992. AGRADO INTERNO DO ÓRGÃO ACUSADOR DESPROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia em exercer controle de legalidade acerca da fase de admissão das ações de improbidade. Insurge-se a parte agravante contra a decisão que confirmou o acórdão do egrégio TRF da 3a. Região, este que reformou a decisão de Primeiro Grau para trancar o processamento da ação de improbidade.

2. As Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa, por possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, assemelham-se às ações penais e exigem, dessa maneira, um *quarto elemento* para o preenchimento das condições da ação - e consequente viabilidade da pretensão do autor: a *justa causa*, correspondente a um lastro mínimo de provas que comprovem a prática da conduta ímproba (materialidade) e indícios de autoria do imputado.

3. Na espécie, o Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório que se repôs no caderno processual, atestou que a causa de origem não deveria ser processada quanto à pretensão de reconhecimento de conduta ímproba.

4. Aduziu a Corte Regional que, *mesmo que o MPF logre êxito no decreto de inconstitucionalidade da Lei Estadual 2.261/2001, isso não tem o condão de caracterizar como ímproba a conduta omissiva do agravante, então na condição de Governador do Estado, pelo fato de o Estado de Mato Grosso do Sul não ter aplicado, no ano de 2013, 12% de sua receita líquida de impostos em ações e serviços públicos de saúde, uma vez expurgados dos gastos com saúde os valores decorrentes daquela lei (Lei do Rateio). Isso porque enquanto não houver manifestação expressa do Poder Judiciário seja em controle concentrado ou controle difuso, pressupõe-se a constitucionalidade da norma, certo que a conduta do agravante deve ser aferida pela legislação então em vigor (fls. 629/631).*

5. Assinalou também o egrégio TRF da 3a. Região que *importa reconhecer,*

de plano, a inviabilidade do mérito da ação, já que o agravante não agiu em violação aos preceitos legais aplicáveis, e, ainda que não seja o caso, não houve dolo, má-fé, prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou qualquer dano à área da saúde (fls. 629/631).

5. Ao que se deduz da fundamentação expendida pela Corte Regional, não ocorreu violação alguma do art. 17, § 8º. da Lei 8.429/1992, pois, de acordo com a moldura fática adveniente do aresto de origem, a espécie não conta com elementos indiciários suficientes para sua aferição pelo Poder Judiciário em processamento da lide sancionadora.

6. Agravo Interno do *Parquet* Federal desprovido.

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Interno do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interposto contra decisão monocrática de minha lavra, que contou com a seguinte ementa:

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE ADMISSIONAL DA LIDE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. O TRIBUNAL REGIONAL CONSTATOU QUE A LIDE NÃO POSSUI ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA SER PROCESSADA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 17 DA LEI 8.429/1992. PARECER DO MPF PELO PROVIMENTO DO APELO RARO. AGRAVO DO ÓRGÃO ACUSADOR DESPROVIDO (fls. 867).

2. Nas razões de seu recurso, a parte recorrente vindica a reforma da solução unipessoal, ao seguinte argumento: *afigura-se precoce a extinção sumária do feito, notadamente porque a apuração do elemento subjetivo do tipo e questão afeta ao mérito da causa, que deve decorrer das provas produzidas ao longo da marcha processual* (fls. 893).

3. A parte agravada formulou razões de contrariedade (fls. 903/909).

4. Em síntese, é o relatório.

VOTO

1. Apesar dos laboriosos esforços defensivos da parte agravante, a decisão recorrida não está a merecer reparos.

2. Com efeito, cinge-se a controvérsia em exercer controle de legalidade acerca da fase de admissão das ações de improbidade. Insurge-se o Órgão Acusador contra o acórdão regional que reformou, para trancar a ação, a decisão de Primeiro Grau que recebeu a petição inicial e determinou o processamento da lide sancionadora.

3. Sobre o tema, é bem verdade que a Ciência Jurídica tem, em suas formulações, a *Teoria da Asserção*, segundo a qual o momento de verificação das condições da ação se dá no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento.

4. Sobre o tema, esta Corte Superior firmou a compreensão de que *as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na Teoria da Asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial* (AgRg no AgRg no REsp. 1.361.785/AL, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10.3.2015; AgRg no AREsp. 512.835/SP, Rel. Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 1o.6.2015).

5. Porém, em ação judicial destinada a perscrutar atos de Improbidade Administrativa, a plena aplicação da Teoria da Asserção, conquanto admitida por esta Corte Superior, deve ser vista *cum grano salis*, pois a jurisdição sancionadora deve sempre se pautar pelo garantismo judicial, aplicando às pretensões punitivas o controle de admissibilidade que resguarde eficazmente os direitos subjetivos do imputado, ao invés de apenas viabilizar o exercício da persecução pelo órgão repressor.

6. É que, diferentemente das demais ações, em que o Magistrado, ao tomar contato com a petição inicial, basicamente exprime um primeiro despacho de *cite-se*, há pré-ouvida do imputado nas ações destinadas a perscrutar atos de improbidade administrativa, motivo pelo qual, nessa esfera sancionadora, a admissibilidade formalista da lide toma outros contornos, já que, por ter apresentado sua defesa preliminar, o acusado titulariza o direito

processual de conhecer as razões que levaram o julgador a rejeitar ou a determinar o curso do feito.

7. Assim, se, da narrativa do Órgão Acusador, houver elementos que permitam ao julgador se convencer da ausência das condições de prosseguimento da Ação de Improbidade Administrativa – reconhecendo a *inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita* (art. 17, § 8o. da LIA) –, deverá rejeitar o processamento do feito.

8. Referido dispositivo (art. 17, § 8o. da LIA) é, sem dúvida alguma, uma conquista do garantismo inserta na própria Lei de Improbidade, pois, na lição do ilustre Professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, *representa um constrangimento, de qualquer maneira, para qualquer pessoa, ser processado. Uma autoridade pública, quando é processada, tem um desgaste muito maior que qualquer cidadão, porque o simples fato de ser processado tem grande repercussão política na pessoa* (O Limite da Improbidade Administrativa. Comentários à Lei 8.429/1992. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 553).

9. Efetivamente, as Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa, por possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, se assemelham às ações penais e exigem, dessa maneira, um *quarto elemento* para o preenchimento das condições da ação - e consequente viabilidade da pretensão do autor: a *justa causa*, correspondente a um lastro mínimo de provas que comprovem a prática da conduta ímproba (materialidade) e indícios de autoria do imputado.

10. Certo é que o art. 17, § 8o. da Lei 8.429/1992 permite que o Juiz estanque, de ofício, o curso da lide de improbidade, isso já no pórdico da iniciativa do autor, logo após aquele contraditório preliminar, breve e sumário, *se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*.

11. Inegavelmente, a prudência e a diligência esperadas do promovente da sensível ação de improbidade também são dirigidas ao Juiz, que, na formação de um juízo preliminar de plausibilidade de sucesso da iniciativa processual, não deve se deixar impressionar pela veemência da argumentação autoral, por mais elevados que sejam os seus propósitos.

12. Não se há de perder de vista que em todos os ramos do Direito Sancionador devem ser sempre respeitadas as garantias que cercam o exercício do *jus puniendi* estatal culturalmente consagradas no Processo Penal moderno, que agasalha a regra constitucional do devido processo legal, que, uma vez desrespeitada, produz inevitavelmente a nulidade de todo o processo em que ocorreu. Corroborando esse entendimento, cumpre novamente trazer à baila a lição do douto Professor MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

O prévio juízo de admissibilidade da ação regularmente instruída segue o ritual do contraditório, no melhor estilo democrático processual, em que o autor e réu possuem a liberdade de expor suas razões da maneira mais cristalina possível, para que o magistrado possua elementos sólidos para que, em uma cognição sumária, não exauriente, possa aferir se a ação de improbidade administrativa possui elementos sólidos ou não passa de criação intelectual do seu subscritor, sem viabilidade jurídica concreta (op. cit., p. 558/560).

13. Por conseguinte, este Tribunal da Cidadania, em consagração ao mais lítimo garantismo, tem prestigiado a tese de necessária fundamentação da decisão deferitória do processamento de ações de improbidade administrativa. Confirmam-se precedentes:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PETIÇÃO INICIAL. RECEBIMENTO. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Município do Cabo de Santo Agostinho contra o recorrido, objetivando a sua condenação pela prática de ato ímprobo, pois, quando Prefeito do Município de Cabo de Santo Agostinho de 1997 a 2004, efetuou saque de R\$ 3.585.832,28 do Fundo Previdenciário Municipal, ao término do segundo mandato (final do ano de 2004), sem autorização legislativa, de que resultou prejuízo ao Erário e rejeição das contas da municipalidade.

2. O Tribunal a quo deu parcial provimento ao Agravo de Instrumento do recorrido para anular a decisão que recebeu a exordial, por ausência de fundamentação, e assim consignou: Ora, ainda que se admita a utilização da técnica de fundamentação por remissão, é necessário que a remissão seja específica o suficiente para que se saiba quais os argumentos adotados pelo Parquet foram considerados relevantes para a formação do convencimento do Juízo (grifo acrescentado, fl. 441).

3. O Ministério Público Federal, no seu parecer, bem analisou a questão. Vejamos: Na mesma linha de entendimento adotada no acórdão profligado, a jurisprudência desta Superior Corte vem-se firmando no sentido de que decisões que simplesmente façam remissão a fundamentos de outra ou de parecer ministerial sem, ao menos, transcrevê-los, devem

ser declaradas nulas, determinando-se retorno dos autos para que novo julgamento seja proferido (vide STJ, 2a. T, REsp 841.823/MS, Rel. Min. Castro Meira, 23/10/2007, DJ 09/11/2007, p. 240) (grifo acrescentado, fl. 443).

4. A jurisprudência do STJ se firmou pela necessidade de fundamentação da decisão que recebe a petição inicial da Ação de Improbidade Administrativa. Nesse sentido: AgRg no REsp 1423599/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16.5.2014.

5. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp. 1.454.702/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 27.11.2014).



ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. ARTIGOS 17, §§ 7o., 8o. E 9o. DA LEI 8.429/1992. RECEBIMENTO DA INICIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE.

1. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, é de se afastar a alegada violação dos artigos 458, inciso II, e 535 do CPC.

2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o exame das questões aduzidas no contraditório preliminar, que antecede o recebimento da petição inicial da ação civil de improbidade (§§ 8o. e 9o. do art. 17), assume relevância ímpar, à medida em que o magistrado, convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, pode, inclusive, rejeitar a ação (§ 8o., art. 17), ensejando a extinção do processo (REsp. 901.049/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18/02/2009).

3. No caso, verifica-se a nulidade da decisão que recebeu a inicial da ação civil pública, tendo em vista a total ausência de fundamentação, na medida em que limitou-se a dizer de acordo com os documentos, recebo a inicial, cite-se, deixando de apreciar, ainda que sucintamente, os argumentos aduzidos pelo ora recorrente em sua defesa prévia.

4. Agravo regimental provido (AgRg no REsp. 1.423.599/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 16.5.2014).

14. Na espécie, o Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório que se repesou no caderno processual – gize-se, impermeáveis a modificações em sede de recorribilidade extraordinária –, atestou que a causa de origem deveria ser rejeitada logo em seu nascedouro, para não ser processada quanto à pretensão de reconhecimento de conduta ímproba (acusação de que os Gestores Públicos deixaram de aplicar o percentual

constitucional mínimo em ações e serviços públicos de saúde). Note-se excerto do aresto:

(...) importa observar que não se ateuve o prolator da decisão agravada ao pedido delimitado na petição inicial da ACP - e ao qual está vinculado – consistente no requerimento para a condenação dos réus exclusivamente pela “prática de ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11, caput, da Lei 8.429/92)...” (f. 32), não se cogitando da prática de atos que tenham propiciado enriquecimento ilícito ao agente (art. 9º) ou de atos que tenham causado prejuízo ao erário (art. 10), sendo manifestamente equivocada a referência feita a “dano ao erário.” Com efeito, a decisão agravada parte de premissa equivocada, no sentido de que haveria dano ao erário – não cogitado na exordial, pelo MPF -, e atribui aos réus, inclusive ao Agravante, conduta omissiva e negligente, inerente à culpa, para depois sustentar a admissibilidade, no caso concreto, de se punir conduta culposa, o que não se admite, nos casos de imputação de infringência ao art. 11 da LIA. Se faz oportuno observar que a petição inicial do MPF ampara-se no Parecer nº 3769/2014, datado de 29/04/2014, da auditoria do TCE- MS nos autos do Processo TCE nº 2411/2014 que analisou o Balanço do Estado do exercício de 2013. Esse Parecer, conforme bem aduziu o agravante, não foi acolhido ou aprovado pelo Órgão Colegiado do Tribunal de Contas do Estado durante o julgamento dos Embargos de Declaração estadual recebido com Recurso Ordinário, encerrado no dia 05/11/2014, senão vejamos: Processo TCE nº 2411/2014/001, que acolheu Embargos de Declaração do Estado (recebido como Recurso Ordinário), julgando regular as Contas do Estado de MS no ano de 2013, especialmente as Contas da Saúde, sendo que restou expresso no Voto Condutor do Relator o seguinte:“(...)Nesse contexto, ponderando-se as circunstâncias SE TEM POR RAZOÁVEL A APLICAÇÃO DA LEI DO RATEIO, pois ignorando-se as atividades de área meio executadas pelo Estado, estar-se-ia fadada à inexecução a atividade fim, já que sem a execução de certos mecanismos base ornar-se-ia comprometida a efetiva prestação do serviço fim. A atividade fim só se torna viável porque existe toda uma estrutura e um aparelhamento estatal que a precede.(...)Diante disso, e tendo por base tal entendimento, entende-se por razoável a inclusão do rateio, de modo que, conforme apontado pela análise técnica da 3ª Inspeção de Controle Externo (3ª. I. C.E.), “ANA-3ICE-15356/2014” (peça nº21), em seu item “3.1”, resta demonstrado, então, que o percentual aplicado na saúde, no exercício de 2013, alcançou o patamar de 12,40% (doze vírgula quarenta por cento).(...)”(fls. 000259 dos autos do Recurso no Proc.TCE nº 2411/2014/0001) E mais, conforme também registrado naqueles documentos (Embargos e Ofício SEFAZ/AGE), bem como no “Demonstrativo dos Recursos Destinados à Saúde”, constante na página 000541 do Processo TC nº 2411/2014, a aplicação de recursos em saúde pelo Estado de MS foi de R\$ 797 milhões, ou seja, 12,5% de sua receita líquida de impostos (R\$ 6,3 bilhões) no ano de 2013. Igualmente, em consulta realizada na data de 20/07/2015, perante o sítio virtual do SIOPS (Sistemas de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde), mantido pelo Ministério da Saúde do Governo Federal, pode-se atestar que o Estado de Mato Grosso do Sul aplicou o percentual 12,50% em saúde no ano de

2013, perfazendo um volume financeiro de R\$ 797 milhões (cf. “SIOPS - Demonstrativo da Lei de Responsabilidade Fiscal do Mato Grosso do Sul - exercício de 2013”). E se faz oportuno destacar que a Análise Técnica NA-3ICE- 15356/2014, datada de 15/10/2014, da 3ª. Inspeção de Controle Externo do TCE-MS, onde foi analisado o recurso de Embargos de Declaração recebido como Recurso Ordinário antes de submetê-lo ao julgamento do Colegiado do TCE (f. 00105,00121 dos embargos), constando, no que diz respeito à recomendação “4” que procedeu-se à apuração do percentual aplicado nas ações e serviços públicos da saúde durante o exercício de 2013, por meio das despesas efetuadas com a saúde por Fonte de Recurso e Unidade Orçamentária, conforme demonstrado, percentual aplicado na saúde no exercício de 2013 alcançou o patamar de 12,40%, já considerados os valores aplicados por meio da “Lei do Rateio”. Ora, impossível não se levar em conta a decisão do Tribunal de Contas do Estado, já que dela decorre de expressa disposição legal, qual seja, o parágrafo único do artigo 25 da LC 141/2012, e assim reconheci da pela Nota Técnica nº 165/2014/DESID/SE/MS do Ministério da Saúde, além de reconhecer a correta aplicação dos recursos, a par de defender a vigência da lei estadual do rateio e da razoabilidade da consideração de aplicação válida de recursos diretamente, sem parar pelo fundo estadual de saúde. Como é bem de ver dos autos, o Tribunal de Contas do Estado ratificou a possibilidade de aplicação da Lei Estadual nº 2.261/2001 (Lei do Rateio) e, assim o fez, conforme bem argumentou o agravante, porque a Administração Pública deve, necessária e obrigatoriamente, submeter-se ao princípio da estrita legalidade (art. 5º, II, CF). É bem verdade que o MPF ajuizou a ADI de nº 3.320 no STF questionando a referida Lei Estadual nº 2.261/2001 (Lei do Rateio), propugnando que a regra constitucional exige a aplicação dos serviços de saúde unicamente via rubrica orçamentária no Fundo de Saúde. No entanto, a liminar foi negada e encontra-se pendente de julgamento o respectivo processo no STF, de modo que enquanto não houver a declaração de inconstitucionalidade da mencionada lei estadual ela cobra plena eficácia. E mesmo que o MPF logre êxito no decreto de inconstitucionalidade da Lei Estadual 2.261/2001, isso não tem o condão de caracterizar como improba a conduta omissiva do agravante, então na condição de Governador do Estado, pelo fato de o Estado de Mato Grosso do Sul não ter aplicado, no ano de 2013, 12% de sua receita líquida de impostos em ações e serviços públicos de saúde, uma vez expurgados dos gastos com saúde os valores decorrentes daquela lei (Lei do Rateio). Isso porque enquanto não houver manifestação expressa do Poder Judiciário seja em controle concentrado ou controle difuso, pressupõe-se a constitucionalidade da norma, certo que a conduta do agravante deve ser aferida pela legislação então em vigor. Ademais, a responsabilização por ato de improbidade administrativa, com a consequente aplicação das sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92 (LIA), somente poderá ocorrer após a constatação da prática das elementares do tipo previstas nos artigos 9º, 10 ou 11, e desde que, presente o necessário elemento subjetivo do tipo (dolo), ou na hipótese do artigo 10, também o elemento normativo (culpa). Com efeito, o entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões 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. Sendo a intenção do MPF de atribuir ao Agravante, com fulcro no art. 11 da LIA –violação aos princípios da administração pública, enquanto na responsabilidade decorre de atos administrativos tidos como regulares, não há como sequer se vislumbrar a subsunção da sua conduta à norma de improbidade. Por tudo isso, importa reconhecer, de plano, a inviabilidade do mérito da ação, já que o agravante não agiu em violação aos preceitos legais aplicáveis, e, ainda que não seja o caso, não houve dolo, má-fé, prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou qualquer dano à área da saúde. Em vista da manifesta inviabilidade do mérito, dou provimento ao presente agravo de instrumento para que seja rejeitada a ação, em face da inexistência de ato de improbidade, impondo-se, desde já, o reconhecimento da manifesta improcedência daquela em relação às condutas do agravante, com a extinção do feito (fls. 629/631).

15. Ao que se deduz da fundamentação expendida pela Corte Regional, não ocorreu violação alguma do art. 17, § 8º. da Lei de Improbidade, pois, de acordo com a moldura fática adveniente do aresto de origem, a espécie não contou com elementos indiciários suficientes para sua aferição pelo Poder Judiciário em processamento da lide sancionadora. A decisão agravada não está a merecer reproche.

16. Mercê do exposto, nega-se provimento ao Agravo Interno do Parquet Federal. É como voto.