



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.319.558 - RS (2010/0106630-6)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : PEDRO RAIMUNDO BIRK
ADVOGADO : GLADIMIR CHIELE E OUTRO(S)
INTERES. : LOIVA REGINA GIBBERT
ADVOGADO : PROTASIO JOSE HILGERT
INTERES. : VERA OLINDA SAUER HILGERT
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DE ESCOLAS MUNICIPAIS SITUADAS EM ÁREAS RURAIS, MESMO DIANTE DA REALIDADE DE HAVER POUCOS ALUNOS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, MEDIANTE ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA E ATENTO AO DIREITO À EDUCAÇÃO, AFASTA A MÁ-FÉ NO AGIR DO AGENTE PÚBLICO, CONCLUINDO QUE A DECISÃO ESTÁ DENTRO DO CAMPO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI N. 8.429/1992 E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE E DA ECONOMICIDADE. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento e no qual se discute a aplicação da Súmula n. 7 do STJ.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu, mediante análise fático-probatória, que a conduta do prefeito, consistente em manter pequenas escolas municipais em áreas rurais, não se caracterizaria como ato de improbidade administrativa, pois, diante do dever constitucional e legal de o Município oferecer educação à população, a decisão sobre a continuidade ou o encerramento das atividades educacionais prestadas pelas escolas municipais estaria no campo da discricionariedade administrativa.

3. À luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de dolo ou culpa do agente público na prática do ato administrativo é determinante para o seu enquadramento nos atos de improbidade descritos nos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, porquanto “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.” (REsp 827.445/SP, relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, DJE 8/3/2010). Nesse sentido, dentre outros: REsp 912.448/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010; REsp 1.130.198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; AgRg no REsp 1.125.634/MA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02/02/2011; MC 17.112/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28/09/2010.

4. A verificação da alegada violação dos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 necessita de um reexame dos elementos fáticos-probatórios dos autos, pois a aferição da existência ou ausência de dolo ou culpa do agente político, na hipótese dos autos, não é possível de ser realizada pela simples leitura das razões de decidir do acórdão recorrido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. É que a perquirição sobre o elemento volitivo do agente público, no caso, depende de uma análise complexa dos fatos, que não pode ser realizada sem observância dos interesses sociais locais que, em tese, orientaram o atuar do prefeito. E o Tribunal de Justiça gaúcho, mediante essa análise complexa, chegou à conclusão de que não estava caracterizado o ato de improbidade. Assim, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.319.558 - RS (2010/0106630-6)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **PEDRO RAIMUNDO BIRK**
ADVOGADO : **GLADIMIR CHIELE E OUTRO(S)**
INTERES. : **LOIVA REGINA GIBBERT**
ADVOGADO : **PROTASIO JOSE HILGERT**
INTERES. : **VERA OLINDA SAUER HILGERT**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, cuja ementa é a seguinte:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DE ESCOLAS MUNICIPAIS SITUADAS EM ÁREAS RURAIS, MESMO DIANTE DA REALIDADE DE HAVER POUCOS ALUNOS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, MEDIANTE ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA E ATENTO AO DIREITO À EDUCAÇÃO, AFASTA A MÁ-FÉ NO AGIR DO AGENTE PÚBLICO, CONCLUINDO QUE A DECISÃO ESTÁ DENTRO DO CAMPO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI N. 8.429/1992 E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE E DA ECONOMICIDADE. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRADO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

O recorrente alega que "a decisão merece ser reformada, pois a questão sub judice, ou seja, a configuração de ato de improbidade administrativa em razão de manter-se escolas rurais sem alunos suficientes para justificar gastos públicos viola os princípios da economicidade e da moralidade, não sendo necessário, portanto, reexame de fatos e provas, e sim qualificação jurídica dos fatos" (fl. 134). Suscita que "deve ser restabelecida a sentença de primeira instância que condenou o réu a ressarcir os danos causados ao erário do município no valor de R\$ 6.588,00 (fl. 89), que é o valor do 'pagamento realizado a título de gratificação de direção às professoras das escolas citadas'" (fl. 136).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.319.558 - RS (2010/0106630-6)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES DE ESCOLAS MUNICIPAIS SITUADAS EM ÁREAS RURAIS, MESMO DIANTE DA REALIDADE DE HAVER POUCOS ALUNOS. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, MEDIANTE ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA E ATENTO AO DIREITO À EDUCAÇÃO, AFASTA A MÁ-FÉ NO AGIR DO AGENTE PÚBLICO, CONCLUINDO QUE A DECISÃO ESTÁ DENTRO DO CAMPO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI N. 8.429/1992 E OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, DA MORALIDADE E DA ECONOMICIDADE. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7 DO STJ.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento e no qual se discute a aplicação da Súmula n. 7 do STJ.
2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu, mediante análise fático-probatória, que a conduta do prefeito, consistente em manter pequenas escolas municipais em áreas rurais, não se caracterizaria como ato de improbidade administrativa, pois, diante do dever constitucional e legal de o Município oferecer educação à população, a decisão sobre a continuidade ou o encerramento das atividades educacionais prestadas pelas escolas municipais estaria no campo da discricionariedade administrativa.
3. À luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de dolo ou culpa do agente público na prática do ato administrativo é determinante para o seu enquadramento nos atos de improbidade descritos nos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, porquanto “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.” (REsp 827.445/SP, relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, DJE 8/3/2010). Nesse sentido, dentre outros: REsp 912.448/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010; REsp 1.130.198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; AgRg no REsp 1.125.634/MA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02/02/2011; MC 17.112/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28/09/2010.
4. A verificação da alegada violação dos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 necessita de um reexame dos elementos fáticos-probatórios dos autos, pois a aferição da existência ou ausência de dolo ou culpa do agente político, na hipótese dos autos, não é possível de ser realizada pela simples leitura das razões de decidir do acórdão recorrido.
5. É que a perquirição sobre o elemento volitivo do agente público, no caso, depende de uma análise complexa dos fatos, que não pode ser realizada sem observância dos interesses sociais locais que, em tese, orientaram o atuar do prefeito. E o Tribunal de Justiça gaúcho, mediante essa análise complexa, chegou à conclusão de que não estava caracterizado o ato de improbidade. Assim, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.
6. Agravo regimental não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.319.558 - RS (2010/0106630-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): A decisão ora agravada tem, no que interessa, o seguinte teor:

[...]

Referido recurso especial foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja ementa é a seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE SÃO PEDRO DO BUTIÁ. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. MANUTENÇÃO DO FUNCIONAMENTO DE ESCOLAS MUNICIPAIS EM ZONA RURAL. MÉRITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS. Os agentes políticos submetem-se a diferentes regimes, conforme as condutas imputadas sejam crimes de responsabilidade, crimes comuns, atos administrativos ou civis. Consoante já decidiu o STF, o julgamento da Reclamação nº 2.138 não possui efeito vinculante e nem eficácia *erga omnes*. Precedentes.

ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. A conduta do apelante de manter o funcionamento das Escolas Municipais Rui Barbosa e Cristo Rei, localizadas em zona rural, ao longo do ano de 2005, com quatro alunos em cada, não configura a hipótese prevista no art. 10, *caput* e inc. I, da Lei nº 8.429/92, mas ato da Administração Pública no exercício do poder discricionário.

PRELIMINAR REJEITADA. VOTO VENCIDO.

APELAÇÃO PROVIDA.

No recurso especial (fls. 55 *est seq*), alega-se que o acórdão *a quo* viola os artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, por se entender que a conduta adotada pelo ora recorrido, no exercício do cargo de prefeito municipal, consistente em manter, no ano de 2005, "em funcionamento duas escolas [Crito Rei e Rui Barbosa] com apenas quatro alunos cada uma, efetuando o pagamento de gratificação de direção para suas respectivas professoras, mesmo diante da possibilidade de direcionar tais estudantes e outras entidades de ensino da rede pública, cujo acesso contava com transporte escolar que atendia a referida demanda", viola os princípios da eficiência e da moralidade e, por isso, caracteriza ato de improbidade administrativa (fl. 59). Aduz que é vedado ao administrador público dilapidar o patrimônio público, ainda que sob o pálio da discricionariedade, uma vez que os serviços públicos devem ser prestados com economicidade.

Autos conclusos em 26 de julho de 2010.

É o relatório. Passo à decisão.

O voto condutor do acórdão objeto do recurso especial tem, no que interessa e com grifo nosso, o seguinte teor:

[...]

A imoralidade da conduta do agente público caracteriza o dolo deste, que de forma desonesta e/ou desleal permite o enriquecimento do particular em detrimento do interesse público. A culpa, por sua vez, representada essencialmente pela negligência do agente no zelo por esses bens e haveres, também exala deslealdade.

A partir dessas considerações, verifica-se que a conduta do apelante de manter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o funcionamento das Escolas Municipais Rui Barbosa e Cristo Rei, localizadas em zona rural, ao longo do ano de 2005, com quatro alunos em cada, não configura a hipótese prevista no art. 10, caput e inc. I, da Lei nº 8.429/92, como se verá a seguir.

Segundo a inicial, o apelante infringiu os princípios constitucionais da economicidade e moralidade, *“na medida em que [...] manteve tais escolas funcionando e pagou gratificação de direção indevidas (para dirigir o quê, pergunta-se?) e as professoras requeridas foram beneficiárias de tal situação.”* (fl. 04).

Embora o art. 37, *caput*, da Carta Magna disponha que *“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.”*, o mesmo diploma legal, em seus arts. 6º, 205, 206, inc. I, e 211, §2º, determina que compete à União, aos Estados e aos Municípios garantir o amplo acesso à educação, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
[...].

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.
[...].

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

No mesmo sentido, dispõem os arts. 4º, parágrafo único, alínea c, e 53, incs. I e VI, ambos da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

[...].

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...].

V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.

Diante desse contexto, criou-se o seguinte impasse para o apelante: manter as escolas municipais nas respectivas comunidades, ainda que com poucos alunos matriculados, objetivando assegurar a eficácia e a integralidade do direito fundamental à educação, ou fechá-las, em atendimento ao princípio da eficiência (economicidade dos recursos públicos).

A prova testemunhal foi uníssona em confirmar a importância do funcionamento das escolas para as comunidades, bem como o desempenho da função



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de diretoria por parte das professoras Loiva Regina Gibbert e Vera Olinda Sauer Hilgert.

A testemunha Rui José Heck Vogel (fls. 241-5), pai de estudante da Escola Rui Brabosa, declarou que a comunidade “*brigou muito*” para que a escola ficasse aberta, salientando que o seu fechamento equivaleria à “destruição da comunidade”. Afirmou ainda:

Defesa: Os pais participam do dia-a-dia da escola? Eles vão lá visitar a escola? Ajudam, vão ver onde estão os filhos?

Testemunha: Participam.

Defesa: Se os alunos dessa comunidade fossem em outra escola os pais teriam essa condição de participar no dia-a-dia da educação dos filhos?

Testemunha: Não.

Defesa: Na comunidade Santa Teresinha quem organiza as festividades tipo de dias dos pais, dias das mães, festas juninas, semana farroupilha? Quem é o organizador disto?

Testemunha: É a professora Vera.

[...].

Defesa: O senhor sabe de alguma escola no Município ou Município vizinho que foi fechada em tempos passados?

Testemunha: Sim. Taipão Frente. Ta destruída a comunidade, ta lá pra ver. Ta destruída, não existe mais nada.

[...].

Nelsinda Verônica Scher (fls. 246-9), instada a se manifestar sobre o fechamento da Escola Rui Barbosa, afirmou “*Olha. Eu acho que não pode, aí morre a comunidade. Porque lá tem Igreja, tem colégio, e tudo. E se fecha o colégio? As crianças vão e daí a comunidade morre, eu acho assim.*” (sic, fl. 248). Frisou o esforço da comunidade para manter a escola, “*porque a única coisa que tem é o colégio lá, e a Igreja. Então os pais ajudam muito. E assim se dia dos pais, esses dias são bem apresentados pelos alunos. Então a comunidade valoriza o colégio lá.*” (sic, fl. 248):

Defesa: Se os alunos dessa comunidade fossem levados para outra escola, por exemplo, na sede do Município. Os pais teriam a mesma condição de participar no dia-a-dia da educação dos seus filhos?

Testemunha: Nunca. Porque tudo são colono e tudo tem seus afazeres.

Defesa: Se sabe de uma outra comunidade do Município ou Município vizinho que teve a escola fechada e como ficou aquela comunidade?

Testemunha: Mas nós temos o Município de Roque Gonzales, é perto, fecho, mas a comunidade virou em nada. E tem mais lugares que a gente ouve falar. Porque a gente sai muito em reuniões e coisa. A gente líder comunitária, então a gente vê as pessoas se queixar, que fechou os colégios.

Defesa: Se a senhora tem alguma notícia ou sabe de um outro fato por Prefeito ser processado junto com Diretores por manter escola aberta?

Testemunha: Olha. Eu tenho quase setenta ano mas é o primeiro caso que aconteceu. Que eu soube agora, de São Pedro do Butiá.

[...].

A testemunha Hari Quirino Schmidt (fls. 254-6), morador da comunidade Linha Boa Esperança, confirmou o fechamento da Escola Cristo Rei no ano de 2006:

Defesa: Essa escola foi fechada em 2006. Como ficou a comunidade em relação aos anos anteriores pelo fechamento da escola?

Testemunha: Péssima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Defesa: Enquanto a escola funcionava os pais tinham condições de ir até a escola para ver como é que estavam seus filhos, participar da educação deles?

Testemunha: Sim.

Defesa: Hoje com o fechamento da escola os pais continuam tendo essa condição de vir ver como é que estão seus filhos na escola?

Testemunha: Não.

Defesa: No tempo que a escola funcionava, quem fazia as organizações das festividades comunitárias, tipo dia das mães, dos pais, essas festas?

Testemunha: Foi a professora.

Defesa: Hoje essas festas ainda continuam acontecendo na comunidade?

Testemunha: Não.

Defesa: Se sabe de alguma comunidade vizinha no Município ou outro Município que teve situação idêntica de fechamento de escola? E como ficou aquela comunidade?

Testemunha: Sei. Taipão Frente.

Defesa: Como ficou a comunidade?

Testemunha: Péssima.

[...].

Verifica-se, pois, que a opção do então Prefeito Municipal, ora apelante, no exercício do poder discricionário, pela manutenção das escolas municipais teladas não se reveste de ilegalidade, razão pela qual é vedado ao Poder Judiciário questionar tal escolha.

Aqui, importante trazer à baila a tormentosa discussão sobre o controle dos atos administrativos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário.

A discricionariedade é a liberdade dentro da lei (em sentido amplo). Essa liberdade pode transparecer em maior ou menor medida, dependendo do caso concreto.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a discricionariedade administrativa da seguinte forma:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida ao mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

O ato discricionário não é aquele em que o poder da Administração é absolutamente livre, porque o seu limite também é a lei. O desrespeito a esse limite legitima a intervenção do Poder Judiciário, o que não se verifica na hipótese vertente, pois a escolha pela manutenção das escolas preservou o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais – o direito à educação.

Para Aloísio Zimmer Júnior “os atos administrativos discricionários, os requisitos competência, finalidade e forma também aparecem vinculados à lei, logo, da mesma forma, toda contrariedade tende à invalidade. Entretanto, com relação ao motivo e ao objeto, os atos administrativos discricionários viabilizam para a autoridade uma escolha, que garanta uma decisão conveniente e oportuna na visão do interesse público. No espaço de livre escolha concedido pela lei ao administrador público, está o mérito administrativo, espaço intocável pelo Poder Judiciário.”.

A esse respeito, investe José Afonso da Silva contra o que qualifica de “judiciário” no Brasil de hoje, especialmente em relação às iniciativas do Ministério Público, que levam o Poder Judiciário, a pretexto de exercer a guarda dos princípios constitucionais, a avançar “ao fundo do mérito, da oportunidade e da conveniência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de atividades da Administração Pública.”.

Extremamente valioso, sob o aspecto ora referido, o douto magistério de Aloísio Zimmer Júnior:

É preciso preservar-se o espaço do Poder Executivo a fim de se realizar certas escolhas; essas, em contrapartida, estão em harmonia com um projeto político defendido nos espaços construídos pela democracia, sob pena de esvaziamento do processo de disputa política e de construção de hegemonias políticas, renovadas em sua legitimidade, a cada novo ciclo, em decorrência da necessária alternância de poder.

Dessa forma, merece provimento o apelo, para julgar improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Deixo de condenar o Ministério Público ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, com substrato no art. 18 da Lei nº 7.347/85.

Para fins de prequestionamento, observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação e princípios invocados e não declinados, seja especificamente, seja pelo exame do respectivo conteúdo. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes. Não se faz necessária a menção explícita de dispositivos, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça, nem o Tribunal é órgão de consulta, que deva elaborar parecer sobre a implicação de cada dispositivo legal que a parte pretende mencionar na solução da lide, uma vez encontrada a fundamentação necessária.

PELO EXPOSTO, o voto é no sentido de dar provimento à apelação.

Como se observa, o Tribunal de origem concluiu, mediante análise fático-probatória, que a conduta do prefeito, consistente em manter pequenas escolas municipais em áreas rurais, não se caracterizaria como ato de improbidade administrativa, pois, diante do dever constitucional e legal de o Município oferecer educação à população, a decisão sobre a continuidade ou o encerramento das atividades educacionais prestadas pelas escolas municipais estaria no campo da discricionariedade administrativa.

Nos termos preconizados pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de dolo ou culpa do agente público na prática do ato administrativo é determinante para o seu enquadramento nos atos de improbidade descritos nos **artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992**, porquanto “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.” (REsp 827.445/SP, relator para acórdão Ministro Teori Zavascki, DJE 8/3/2010). Nesse sentido, dentre outros: REsp 912.448/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010; REsp 1.130.198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; AgRg no REsp 1.125.634/MA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02/02/2011; MC 17.112/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28/09/2010.

No contexto delineado pelo Tribunal de origem, a verificação da alegada violação dos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992 necessita de um reexame dos elementos fáticos-probatórios dos autos, pois a aferição da existência ou ausência de dolo ou culpa do agente político, na hipótese dos autos, não é possível de ser realizada pela simples leitura das razões de decidir do acórdão recorrido.

Com efeito, a perquirição sobre o elemento volitivo do agente público, no caso, depende de uma análise complexa dos fatos, que não pode ser realizada sem observância dos interesses sociais locais que, em tese, orientaram o atuar do prefeito.

E o Tribunal de Justiça gaúcho, mediante essa análise complexa, chegou à conclusão de que não estava caracterizado o ato de improbidade e que a decisão encontra-se no campo da discricionariedade.

Não há falar, pois, em reavaliação do conjunto fático-probatório.

Ou seja, a pretensão recursal encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A esse respeito:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO SOCIAL E DO INTERESSE PÚBLICO. ATOS DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NA LEI 8.429/92. IMPRESCINDIBILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO. ART. 10 DA LIA. CULPA OU DOLO. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não há falar "em julgamento fora ou além do pedido quando o julgador, em face da relevância da questão social e do interesse público, sujeita, na condenação do responsável por atos de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, às penas cominadas por lei, como é a hipótese dos autos" (REsp 324.282/MT).

2. É imprescindível o elemento subjetivo para a configuração do ato de improbidade administrativa. No caso específico do art. 10 da Lei 8.429/92, o dano ao erário admite, para a sua consumação, tanto o dolo quanto a culpa.

3. A desconstituição do julgado pela ausência do elemento subjetivo na conduta ímproba não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento de análise próprio das instâncias ordinárias e vedado a este Tribunal Superior, a teor da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1125634/MA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011).

Ante o exposto, com base no art. 557 do CPC, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

Salvo melhor juízo, as alegações recursais não trazem fundamento que implique na reforma da decisão agravada, que se apoia em entendimento pacificamente adotado no âmbito da Primeira Seção do STJ, razão pela qual merece ser mantida, na íntegra.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0106630-6

AgRg no
Ag 1.319.558 / RS

Números Origem: 10700002640 70030844294 70032755365 70034538215 70034538223

EM MESA

JULGADO: 10/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : PEDRO RAIMUNDO BIRK
ADVOGADO : GLADIMIR CHIELE E OUTRO(S)
INTERES. : LOIVA REGINA GIBBERT
ADVOGADO : PROTASIO JOSE HILGERT
INTERES. : VERA OLINDA SAUER HILGERT

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : PEDRO RAIMUNDO BIRK
ADVOGADO : GLADIMIR CHIELE E OUTRO(S)
INTERES. : LOIVA REGINA GIBBERT
ADVOGADO : PROTASIO JOSE HILGERT
INTERES. : VERA OLINDA SAUER HILGERT
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.