

Ementa: Descumprimento de Decisão Judicial. Gestor público. Tutela à Saúde. Teoria da Reserva do Possível. Ato de Improbidade Administrativa. Desnecessidade de dolo específico. Exigibilidade de análise das particularidades do caso concreto.

1 Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Dra. Susan Kennea de Melo, DD. Promotora de Justiça Comarca de Muriaé, relacionada à eventual ajuizamento de ação de improbidade administrativa em razão de descumprimento (reiterado ou não) de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde.

Instrui o procedimento com ofícios expedidos pela Procuradoria- Geral do Município de Muriaé (Ofício nº 294/2017) e Câmara Técnica de Saúde (Ofício 113/VDV/2017, Ofício 039/VDV/2017 e Ofício 040/VDV/2017) e Cópia da Lei Municipal nº 5.425, de 24 de maio de 2017.

Em síntese, é o relatório.

2 Fundamentação

A consulta ora em apreço é fruto de representação promovida pelo núcleo da Defensoria Pública em Muriaé ao Ministério Público de Minas Gerais para adoção de providências pertinentes em razão de suposta prática de atos de improbidade cometidos pelas anteriores e atual gestão municipal, consistentes no reiterado descumprimento de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde.

Inicialmente, é imperioso perquirir, para o correto equacionamento da questão, os fundamentos arguidos tanto pela municipalidade como pela Defensoria Pública.

2.1 Das alegações do município de Muriaé: Teoria da Reserva do Possível – mínimo existencial e direitos fundamentais

Sustenta a Procuradoria-Geral do município de Muriaé, basicamente, insuficiência de recursos para o cumprimento imediato das decisões judiciais e inexistência de descumprimento doloso, intencional ou voluntário das reportadas ordens, bem como inexistência de prejuízo aos pacientes.

Passemos, então, a breve análise acerca da plausibilidade da primeira justificativa alegada.

O Princípio da Reserva do Possível (ou Reserva de Consistência) é uma construção jurídica germânica, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão em julgamento ocorrido em julho de 1972. Analisou-se a constitucionalidade de normas

de direito estadual que regulamentavam a admissão de novos alunos em cursos de ensino superior.

O acesso à educação e à formação profissional, naquele contexto, representava fidedigno desdobramento de direitos fundamentais assegurados pela Carta Constitucional, mas que, no âmbito fático, era tolhido em razão das restrições impostas na admissão de novos alunos. As entidades de ensino não detinham estrutura organizacional (mormente nos aspectos físico, econômico e administrativo) suficiente para comportar a demanda social.

Diante de tal limitação, decidiu a Suprema Corte que os direitos prestacionais “se encontram sob a **reserva do possível**, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade”⁶¹. **A ideia principal consistia na inviabilidade de conceder aos indivíduos tudo o que pretendem, pois há pleitos cuja exigência não é razoável.**

A teoria foi recepcionada pelo Direito Brasileiro, embora com certas adaptações. Na atualidade, a Reserva do Possível é o embasamento legal apto a justificar escolhas promovidas pelo administrador público que tenham por fim garantir, mais apropriadamente, os direitos sociais, ante a escassez de recursos financeiros.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça caminham no sentido de que sua aplicação pode não ser justificável sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.

2. **Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.**

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área

61 SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 22 de setembro de 2017. Página 663.

implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido, na ausência de dinheiro, para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e as ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da “democracia” para extinguir a Democracia.

5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.

6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social.

7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. (...)

10. Porém é preciso fazer uma ressalva no sentido de que mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável.

11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de cunho social. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009.

Recurso especial improvido.

(STJ. REsp 1185474. Ministro Relator Humberto Martins. Segunda Turma. julgado em 20/04/2010, DJe 29/04/2010).

E:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – **depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito defraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência** (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004). **Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.** Daí a correta observação de REGINA MARIA FONSECA MUNIZ (“O Direito à Educação”, p. 92, item n. 3, 2002, Renovar), cuja abordagem do tema – após qualificar a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa humana – põe em destaque a imprescindibilidade de sua implementação, em ordem a promover o bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida de todos, notadamente das classes menos favorecidas, assinalando, com particular ênfase, a propósito de obstáculos governamentais que possam ser eventualmente opostos ao adimplemento dessa obrigação constitucional, que “o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação” (grifei). Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, como adverte, em ponderadas reflexões, a ilustre magistrada MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA, em obra monográfica dedicada ao tema ora em exame (“A Educação como Direito Fundamental”, 2003, Lumen Juris). Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (“Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público”, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de

responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer”.

RE 491121 / SC. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 27/08/2010. DJe 17/09/2010.

Não é certo, ao menos na doutrina, qual o conceito de direito mínimo existencial. Para Daniel Sarmento, o mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida, ostentando tanto uma dimensão negativa como uma positiva, esta envolvendo um conjunto essencial de direitos prestacionais.⁶²

Ricardo Lobo, por sua vez, informa que

carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (maximum welfare, Nutzenmaximierung), que é princípio ligado a ideia de justiça e de redistribuição de riqueza social.⁶³

De modo outro, aparenta ser unânime entre os especialistas que o mínimo existencial é umbilicalmente conectado à dignidade da pessoa humana, princípio norteador do direito e fundamento da República (CR/88, art. 1º, inc. III). Exemplificativamente:

Tomando-se o exemplo do direito à educação, poder-se-á sempre afirmar que negar, em face de argumentos como o da ausência de recursos, até mesmo o acesso ao ensino fundamental não chega a comprometer a existência do indivíduo. A resposta a esta indagação, contudo, passa pelo princípio da dignidade humana, que indubitavelmente pressupõe certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal constitui exigência indeclinável da própria dignidade. Neste sentido, não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência. O princípio da dignidade da pessoa humana pode vir a assumir, portanto, importante função demarcatória, estabelecendo a fronteira para o que se convencionou denominar de padrão mínimo na esfera dos direitos sociais.⁶⁴

Explica Ingo Wolfgang Sarlet que, embora inexista previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à

62 SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel-sarmento.pdf>. Pág. 27. Acesso em 22 de setembro de 2017.

63 TORRES, 2008 apud MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. PEREIRA, Helida Maria. SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306. Pág. 17. Acesso em 25 de setembro de 2017.

64 SARLET, Ingo Wolfgang in OLSEN, Ana Carolina Lopes, p.353 apud MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama. PEREIRA, Helida Maria. SOUZA, Luciana Camila de. **O mínimo existencial como limite à aplicação da**

garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a saúde) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser com ele confundidas⁶⁵.

Sendo assim, em um primeiro momento, não seria admissível a aplicação da teoria para não realização dos direitos sociais, porque representam, em diferentes graus, a materialização do mínimo existencial. Todavia, não é possível olvidar que, em determinadas situações, o ente estatal não falta com a verdade ao alegar verdadeiro caos no orçamento público. O impasse não é falacioso e carrega consigo complexidade desmesurada, sendo necessário recorrer à jurisprudência (sobretudo dos tribunais superiores) para sua correta compreensão e aplicação.

No que pertine a conjugação da reserva do possível e o direito fundamental à saúde (como parte integrante da gama de direitos e garantias que constituem o mínimo existencial), discorreu o ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 238/TO, em 21/08/2010:

“As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilizarão do que se convencionou denominar de ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’ (Vorbehalt des Möglichen). (...) Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reservado financeiramente possível. **Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.** Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva

reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306. Pág. 17. Acesso em 25 de setembro de 2017.

65 SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

(o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios demacro-justiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados, etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001). Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. **O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (...) De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos. (...) A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades. Portanto, ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde.” (Grifos nossos)**

Nessa esteira, não há resposta pronta e acabada quanto à aceitabilidade da tese quando se tratar de direitos fundamentais. **A plausibilidade dependerá da comprovação das circunstâncias fáticas que permeiam cada caso, judicializado ou não.**

Destarte, quanto à alegação de privação financeira, a apreciação deve se ater às peculiaridades do caso concreto, de modo que a aceitação ou rejeição prévia e generalizada certamente conduzirá a uma orientação desproporcional e sem razoabilidade, o que deve, a todo custo, ser resistida.

2.2 Das alegações do município de Muriaé e da Defensoria Pública: Os atos de improbidade administrativa em espécie – elemento subjetivo (dolo)

A Procuradoria-Geral do município segue afirmando que inexistente descumprimento doloso, intencional ou voluntário das ordens judiciais. Dos autos do procedimento preparatório extraiu-se a relação de decisões liminares descumpridas (ou cumpridas extemporaneamente), bem como o nome das pessoas intimadas. Lado outro, infere-se que o núcleo da Defensoria Pública em Muriaé alega descumprimento doloso por parte dos administradores públicos, razão pela qual deverão ser responsabilizados pela prática de improbidade administrativa.

Passa-se, então, a analisar brevemente sobre a repercussão da (in) existência do elemento subjetivo (dolo) em condutas que tipificam atos de improbidade administrativa.

Inicialmente, cumpre destacar que a República Federativa do Brasil vem envidando esforços para combater a (endêmica) corrupção na gestão da coisa pública. Historicamente destaca-se, na atividade legiferante, o Código Penal, leis que definem os Crimes de Responsabilidade (Leis nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967) e a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).⁶⁶

Com a Constituição Federal de 1988, o combate judicial aos atos de corrupção ganhou impulso. Seja em razão de mudanças no pensamento da comunidade jurídica nacional (como o reconhecimento da força normativa da constituição e da filtragem constitucional), seja em virtude de novos instrumentos que surgiam no ordenamento (tal qual valorização da moralidade, princípio expresso no texto maior), fortaleceu-se a concepção da necessidade de repressão efetiva não criminal do mau uso da função e da coisa pública.

Nesse contexto, surge a Lei 8.429 de 2 de junho de 1992, em substituição às anteriores leis n.º 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói) e n.º 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), dispondo sobre os atos de improbidade administrativa e suas sanções.

66 Registre-se que o Brasil é signatário de compromissos internacionais que exigem a adoção de medidas de combate à corrupção, tais como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE). OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. AMORIM, Daniel Assumpção. **O sistema brasileiro de combate à corrupção e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)**. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/10/sistema-brasileiro-combate-corruptcao.pdf>. Acesso em 25 de setembro de 2017.

Conforme explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ato de improbidade pode corresponder a um ato administrativo, a uma omissão ou a uma conduta, e é praticado no exercício de uma função pública (em sentido amplo). Segundo a autora, mesmo quando praticado por terceiro, que não se enquadre no conceito de agente público, deve haver reflexo sobre uma função pública exercida.⁶⁷

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência associam a improbidade administrativa à noção de desonestidade e de má-fé do agente público e, por isso,

“o enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa **exige** culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando seja praticado algum ato ilegal, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.”⁶⁸

Nesse sentido também a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPIFICAÇÃO. **INDISPENSABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO, NAS HIPÓTESES DOS ARTIGOS 9º E 11 DA LEI 8.429/92 E CULPA, PELO MENOS, NAS HIPÓTESES DO ART.10)**. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA 1ª SEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

STJ. EREsp 479812. Ministro Relator Teori Albino Zavascki. Julgamento em 25/08/2010. DJe 27/09/2010.

A Lei 8.429/92 tipifica os atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito (art.9º), atos que causam prejuízo ao erário (art.10) e atos que atentam contra os princípios da administração pública (art.11). Desses, apenas no art. 10 há referência sobre a existência de dolo ou culpa, elementos subjetivos do agente, enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito. **Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, constata-se que o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.**⁶⁹

Com efeito, é imperioso constatar o elemento subjetivo na conduta do agente, pois este vinculará o agente público e a conduta considerada ilícita.

A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça é que, para a configuração do ato de improbidade basta o dolo genérico:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. SÚMULA 7/STJ.ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO.

67 DI PIETRO apud HOLANDA JR. **Improbidade Administrativa**. Coleção Leis Especiais para concursos v. 23. 3 ed. Pág. 142.

68 DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 688/9.

69 GARCIA, Emerson. **A relevância da má-fé no delineamento da improbidade administrativa**. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/multimedia/audio/item/1402-a-relevancia-da-ma-fe-no-delineamento-da-improbidade-administrativa.html>. Acesso em 25 de setembro de 2017.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967.

1. Trata-se na origem de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o recorrente. Narra a inicial que o recorrente, na qualidade de Presidente da Câmara Municipal de Jataí/GO, utilizou-se dos serviços dos Procuradores Jurídicos daquela Casa Legislativa para apresentação de defesa pessoal em outra Ação Civil Pública. (...).

3. **O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.**

4. **É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.**

5. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. (...).

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.

(REsp 1662580/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017).

Semelhantermente, o Tribunal Regional Federal da 4ª região editou, recentemente, o seguinte enunciado sumular: “A tipificação do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública, previsto no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, exige apenas o dolo genérico, consistente na vontade de praticar a conduta.”

Superados tais esclarecimentos, parece que a dificuldade que se apresenta é a de constatar se o descumprimento de ordens judiciais, por si só, configuraria a conduta dolosa apta a subsumir ao disposto no art. 11, inc. II, LIA⁷⁰. Novamente, concluo que somente na individualidade de cada caso será possível apurar a intenção especial do agente, a fim de verificar se há ou não conduta ímproba.

É que, se o descumprimento decorre de desígnios maculados pela má-fé, sem dúvida estar-se-á diante de ato de improbidade administrativa. Todavia, se o descumprimento (ou o cumprimento extemporâneo / tardio) emana, v.g., de comprovada insuficiência de recursos ou situação que evade a alçada de controle do administrador público, certamente a resposta será outra.

70 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: II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Nesse diapasão, vide os exemplos abaixo, em que em situações semelhantes resultaram em decisões judiciais diametralmente opostas em razão da constatação da existência ou não de dolo do agente público:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DIREITO ADMINISTRATIVO - EX-PREFEITO MUNICIPAL - DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA DA DESONESTIDADE OU DA MÁ-FÉ DO REQUERIDO - INEXISTÊNCIA DO ATO ÍMPROBO.

Ainda que a ordem judicial tenha sido cumprida fora do prazo determinado pelo Juiz, a ausência de efetiva demonstração de dolo e da desonestidade na prática da conduta pelo ex -Prefeito Municipal de Araxá torna incabível a condenação do requerido pela prática dos atos de improbidade administrativa tipificados no art. 11 da Lei n.º 8.429/92. (TJMG - Apelação Cível 1.0040.13.005943-5/002, Relator(a): Des. (a) Edgard Penna Amorim, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/09/2016, publicação da súmula em 14/09/2016) ⁷¹

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PREFEITO MUNICIPAL - RECUSA INJUSTIFICADA AO CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL - ART. 11 DA LEI 8.429/92 - OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CONFIGURAÇÃO - APLICAÇÃO DE PENALIDADE - MULTA - POSSIBILIDADE - PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO INICIAL.

- Os agentes públicos têm o dever de observar os princípios da legalidade, da moralidade e da publicidade, de modo que, ao deixarem de cumprir ordem judicial, injustificadamente, incorre em conduta tipificada pelo artigo 11 da Lei nº 8.429/1992.

(TJMG - Apelação Cível 1.0620.09.035326-4/001, Relator(a): Des.(a) Elias Camilo, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/06/2013, publicação da súmula em 14/06/2013). ⁷²

3 Do Princípio da Individualização da Pena sob a perspectiva constitucional e administrativa: posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Ante todo o exposto, conclui-se que o mais adequado, para consultas dessa estirpe, é a detida análise de cada caso. Isso porque, logrando êxito o administrador público em comprovar a insuficiência de recursos ou a inexistência de dolo (ainda que genérico) por ocasião de procedimentos preparatórios (ou até mesmo em sede de inquérito civil), a embrionária ação civil pública por ato de improbidade administrativa nascerá, provavelmente, fadada ao insucesso.

Ressalte-se, outrossim, que, em decorrência do Princípio da Individualização da Pena, o Supremo Tribunal Federal afirmou que se os fatos/atos sobrevieram de administrações anteriores e os novos gestores adotam as medidas cabíveis

para sanar as irregularidades verificadas, não há razão justificável para a punição da nova gestão. Vide:

O princípio da intrascendência subjetiva das sanções, consagrado pelo STF, inibe a aplicação de severas sanções às administrações por ato de gestão anterior à assunção dos deveres públicos. Com base nessa orientação e, com ressalva de fundamentação do Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma, em julgamento conjunto, negou provimento a agravos regimentais em ações cautelares ajuizadas com a finalidade de se determinar a suspensão da condição de inadimplente de Estado-Membro, bem como das limitações dela decorrentes, com relação a convênios com a União. Na espécie, em face de decisões que julgaram procedentes os pedidos a favor dos entes federativos, a fim de suspender as inscrições dos requerentes de todo e qualquer sistema de restrição ao crédito utilizado pela União, foram interpostos os presentes recursos. **A Turma consignou que, em casos como os presentes, em que os fatos teriam decorrido de administrações anteriores e os novos gestores estivessem tomando providências para sanar as irregularidades verificadas, aplicar-se-ia o princípio da intrascendência subjetiva. O propósito seria neutralizar a ocorrência de risco que pudesse comprometer, de modo grave ou irreversível, a continuidade da execução de políticas públicas ou a prestação de serviços essenciais à coletividade.** Nesse sentido, a tomada de contas especial seria medida de rigor com o ensejo de alcançar-se o reconhecimento definitivo de irregularidades, permitindo-se, só então, a inscrição dos entes nos cadastros de restrição aos créditos organizados e mantidos pela União. O Ministro Marco Aurélio asseverou que, por se tratar de governança, preponderaria o princípio contido no art. 37 da CF, ou seja, o da impessoalidade. Precedentes citados: ACO 1.848 AgR/MA (DJe de 21.11.2014) e ACO 1.612 AgR/MS (DJe de 12.12.2014). AC 2614/PE, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614)AC 781/PI, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614)AC 2946/PI, rel. Min. Luiz Fux, 23.6.2015. (AC-2614). STF Informativo 791.

4 Da dúvida do Promotor de Justiça solicitante

Restringe-se a consulta sobre a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade administrativa em razão de descumprimento (reiterado ou não) de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde.

Discorreu-se, ao longo da presente nota, sobre os fundamentos jurídicos arguidos pelo município de Muriaé, bem como pelo núcleo da Defensoria Pública.

A Teoria da Reserva do Possível deriva da impraticabilidade de exigir aquilo que, razoavelmente, excede as possibilidades do Estado. A aplicação da teoria ganhou novos contornos e, atualmente, encontra óbices quando defronta com Direitos e Garantias Fundamentais, mormente aqueles que caracterizam o mínimo para viver dignamente (o que se convencionou a chamar de “mínimo existencial”).

Ademais, no que pertine ao ato de improbidade propriamente dito, sabe-se que é imprescindível a constatação de conduta dolosa (ou ao menos culposa, tratando-se de atos tipificados no art. 10 da LIA) para condenação. Para a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (bem como demais tribunais pátrios, a exemplo TRF4) basta à existência de dolo genérico, ou seja, intento direcionado ou finalidade específica de praticar o injusto. No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, os julgados divergem

⁷¹ Outros julgados nesse sentido: Apelação Cível 1.0439.14.005721-7/001 TJMG, Ap Cível/Reex Necessário 1.0115.12.001844-1/001 TJMG, Apelação Cível 1.0134.06.076779-2/001 TJMG e Apelação Cível 1.0134.08.101462-0/001 TJMG.

⁷² Outros julgados nesse sentido: Apelação Cível 1.0040.09.094560-7/002 TJMG, Ap Cível/Rem Necessária 1.0024.13.024384-3/001 TJMG, Ap Cível/Reex Necessário 1.0082.13.000370-8/001 TJMG e Apelação Cível 1.0273.14.000392-5/001 TJMG

diametralmente. Para alguns, o simples descumprimento de decisões configura dolo. Para outros, o descumprimento, por si só, não demonstra o elemento subjetivo necessário para enquadramento da conduta.

Nesse ínterim, conclui-se que, seja por um argumento, seja por outro, não há como, **de modo genérico, reconhecer** ou afastar a ocorrência de ato de improbidade administrativa nas hipóteses de descumprimento de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde, exigindo-se que **cada caso concreto seja analisado em suas particularidades**, a fim de que se possa aferir a existência dos elementos necessários para a propositura da respectiva ação de improbidade administrativa.

Sem prejuízo de outras diligências que forem julgadas pertinentes pelo Promotor de Justiça Natural, avalia este Centro de Apoio Operacional como produtor o cuidado na juntada ao respectivo procedimento investigatório dos seguintes elementos probatórios:

1) Ordem Judicial - cópia do requerimento formulado em juízo, da decisão judicial que o deferiu e do mandado judicial que dela sobreveio, bem como da respectiva certidão de intimação deste, expedida por servidor do Judiciário;

2) Ciência da ordem judicial - inexistindo certidão de serventuário do Judiciário atestando que a ordem judicial foi comunicada diretamente ao agente público a quem se dirigia e sendo seu conhecimento tempestivo negado por este quando de sua oitiva ou da apresentação de informações escritas ao MP, salutar a oitiva do responsável pelo setor onde ocorreu o protocolo do mandado judicial ou daquele que o teria recebido pessoalmente do serventuário do Judiciário, visando à obtenção de informações que detalhe o fluxo dos encaminhamentos dados ao dito documento na rotina administrativa empregada, de forma a se comprovar a efetiva e natural ciência da ordem judicial por parte do agente público a quem se dirigia;

3) Ausência de justa escusa - espelho de pesquisas realizadas na rede mundial de computadores, em especial no respectivo portal de transparência do ente público envolvido, demonstrando gastos daquele em eventos públicos festivos e/ou publicidade promocional, nos últimos 12 meses, comprovadores da existência de recursos para tais fins e, por isso, logicamente, inaceitável a admissão da Teoria da Reserva do Possível como justa escusa para o descumprimento (reiterado ou não) de ordens judiciais em ações que visam assegurar tutela à saúde;

4) Desprezo à dignidade da pessoa humana- tomada de declarações da pessoa a quem se prestava a tutela jurisdicional invocada e/ou familiares desta, visando a obtenção de relatos do que experimentaram em decorrência do descumprimento da ordem judicial em questão.

Assim, respeitada a independência funcional do Promotor de Justiça Natural, são estas as ponderações que este Centro de Apoio Operacional julga pertinentes, **sem caráter vinculativo**.

Remeta-se cópia, via e-mail, ao órgão de execução ministerial solicitante, com posterior arquivamento do presente expediente.

Registre-se e cumpra-se.

Belo Horizonte, 27 de setembro de 2017

José Carlos Fernandes Júnior
Promotor de Justiça
Coordenador do CAO – Patrimônio Público