

daquele decurso. A remuneração do servidor somente foi majorada para R\$ 25.432,09 após novo reequilíbrio funcional do cargo de "Técnico Legislativo" mediante a Portaria n. 040, de 28 de junho de 2017, expedida pelo novo Presidente da Câmara de Vereadores e também demandado, João Cezar Colombo. Aliás, foi justamente essa escalada remuneratória, com retomada abrupta a parâmetro de vencimentos idêntico ao período anterior à propositura daquela ação civil pública, que motivou a denúncia ao Órgão Ministerial e o manejo desta ação por ato de improbidade administrativa (fls. 27/30). Nesse contexto, contrastando estas percepções com a prova dos autos, não logrei identificar prejuízo concreto aos cofres públicos relacionado diretamente com as portarias expedidas por Daniel Freitas no ano de 2016. Pelo contrário, com base nelas, a situação funcional do servidor foi ajustada de acordo com a decisão judicial, mediante o retorno a cargo com escolaridade compatível e redução significativa de vencimentos. A meu ver, é consideravelmente genérica a alegação ministerial de que a última portaria de 2016, que previu a manutenção "das atividades concernentes à consultoria técnica", representaria a caracterização de "desvio de função que notoriamente assegurará o direito a percepção de vencimento de acordo com as funções efetivamente exercidas" (fl. 04). O cargo efetivamente exercido por Giovanni Zappellini, após as referidas portarias de 2016, era incompatível com a função gratificada então desempenhada, de consultor técnico, e encontra amparo específico na ordem judicial. Assim, é deveras duvidoso e incerto o alegado desvio de função; incapaz, portanto, de subsidiar a condenação com base no art. 10 da LIA. Nesse contexto, diante da absoluta ausência de dano ao erário, tenho que conduta imputada ao réu Daniel Freitas somente poderia ser sancionada com base no art. 11 da LIA (violação aos princípios da Administração Pública). Para tanto, porém, é imprescindível a constatação do elemento volitivo na conduta do agente, de acordo com a orientação sedimentada do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "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". (AgInt no AgRg no AREsp 793.071/SP, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.08.2016). Com efeito, "os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 dependem da presença do dolo genérico (este consubstanciado na atuação deliberada no sentido de praticar ato contrário aos princípios da Administração Pública), mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente". (AgInt no AREsp 1.121.329/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26.06.2018). Compulsando o caderno processual, constata-se a fragilidade nas provas apresentadas pelo Ministério Público a esse respeito, inexistindo qualquer elemento concreto capaz de demonstrar o dolo genérico do demandado Daniel Freitas no propósito de descumprir, ainda que indiretamente, a decisão judicial proferida na ação civil pública n. 0900560-52.2016.8.24.0020. No mais, não foram produzidas provas em juízo acerca do elemento subjetivo do apelante quanto às intenções na expedição das referidas portarias. Inexistiu a tomada de relatos testemunhais ou mesmo a oitiva dos servidores públicos envolvidos. Por outro lado, existem indícios significativos dando conta da dificuldade inicialmente verificada pelos setores técnicos da Câmara de Vereadores de Criciúma em cumprir a determinação judicial, tendo em vista a extinção do cargo originalmente ocupado pelo servidor. Outrossim, "na ambiência de ação por improbidade administrativa, cujas sanções são sabidamente severas, não sobeja espaço para condenações fundadas em indícios ou presunções, daí exigir-se razoável evidencição da prática de ato ilícito, afinal de contas, nem toda irregularidade administrativa pode ser classificada como tal, mesmo quando aparentemente o indigitado ato enquadre-se na moldura da tipificação genérica do art. 11 da Lei n. 8.429/92." (Apelação Cível n. 2010.028096-0, de Lages, Rel. Des. João Henrique Biasi, julgada em 27.09.2011). Dessa forma, considerando que o Ministério Público não se desincumbiu do seu ônus probatório (art. 373, I do CPC), inviável a manutenção da condenação por ato de improbidade administrativa imposta ao réu Daniel Costa de Freitas, razão pela qual votei pelo provimento de seu recurso de apelação. Sob outro vértice, a situação do servidor Giovanni Zappellini é diametralmente oposta. O Colegiado, à unanimidade, reconheceu o descumprimento da decisão judicial por parte do servidor e a respectiva caracterização de ato de improbidade administrativa. A divergência, nesse aspecto, consiste na qualificação do ato ilícito. A douta maioria considerou que Giovanni haveria prestado os serviços para o qual fora remunerado, o que descaracterizaria o enriquecimento ilícito e consequentemente importaria o afastamento da determinação de ressarcimento ao erário, sendo mantida a condenação por violação aos princípios administrativos. Penso, todavia, estar plenamente demonstrado o enriquecimento ilícito. O servidor respondia na qualidade de réu à ação civil pública n. 0900560-52.2016.8.24.0020, na qual foi determinado o seu imediato retorno ao cargo originário, compatível com o nível de escolaridade de acesso ao serviço público. Ocorre que, pouco mais de seis meses após o cumprimento da ordem judicial, com reequilíbrio e redução da remuneração, a Presidência da Câmara Municipal editou a Portaria n. 040/2017 readaptando o servidor Giovanni para o cargo de Técnico Legislativo - incompatível com o posto originalmente ocupado -, determinando expressamente a adequação da remuneração, o que importou no pagamento de gratificação, elevando consideravelmente o total de rendimentos do demandado. Ora, a situação funcional do servidor e seus vencimentos, na prática, retomaram à mesma situação anterior ao referido decurso. A ilegalidade da conduta e, por conseqüência lógica, a ilicitude da majoração de vencimentos é flagrante, até porque Giovanni já tinha a atribuição de realizar atividades de consultoria técnica desde a Portaria n. 124/2016, sem a percepção de qualquer gratificação adicional. Inexiste no caderno processual elementos seguros a indicar que Giovanni, após junho de 2017, tenha assumido novas atribuições, até então não desempenhadas, que pudessem embasar a suposta legalidade no pagamento da gratificação. Nesse contexto, o dever dirigido aos agentes públicos de atuar de acordo com os postulados da legalidade, da moralidade e da boa-fé lhes impõem a obrigação de recusar a prática de atos flagrantemente ilegais e, por conseqüência, a assunção de cargos e funções incompatíveis com suas qualificações, notadamente quando existente decisão judicial que expressamente declara a ilegalidade dessa designação. Ao anuir com o reequilíbrio absolutamente ilegal e com a retomada do parâmetro remuneratório já tido por ilegal, o servidor claramente atuou com má-fé no objetivo de obter vantagens patrimoniais indevidas, importando em enriquecimento ilícito. Deste modo, imperiosa a sua condenação, com base no art. 9º da LIA, ao perdimento dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, consoante operado na sentença recorrida, razão pela qual votei pelo desprovemento do apelo de Giovanni Zappellini. É