



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

ACÓRDÃO

Apelação nº 0001664-81.2012.815.0251

Origem : 5ª Vara da Comarca de Patos

Relator : Desembargador Romero Marcelo da Fonseca Oliveira

Relator p/ o acórdão: Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho

Apelante : Nabor Wanderley da Nóbrega Filho

Advogados : Diogo Maia da Silva Mariz e Sharmilla Elpídio de Siqueira

Apelante : Município de Patos

Advogados : Solon Henriques de Sá e Benevides e outros

Apelado : Ministério Público

APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PACTUAÇÃO DE TERMOS DE PARCERIA COM OSCIP. TRANSFERÊNCIA INDISCRIMINADA DA VINCULAÇÃO DA MÃO DE OBRA MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. ESCRITURAÇÃO DAS DESPESAS DE PESSOAL COMO SUBVENÇÃO SOCIAL. AUSÊNCIA DE LEI MUNICIPAL AUTORIZADORA. IRREGULARIDADES FORMAIS NA PACTUAÇÃO E EXECUÇÃO DOS TERMOS DE PARCERIA. REMUNERAÇÃO DE PROFISSIONAIS FORMALMENTE QUALIFICADOS COMO

VOLUNTÁRIOS. CONDENAÇÃO DO PREFEITO EM EXERCÍCIO À ÉPOCA DOS FATOS. RECURSOS DO ENTÃO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL E DO MUNICÍPIO DE PATOS. PRELIMINARES. CITAÇÃO OBRIGATÓRIA DA UNIÃO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. NULIDADE DE TAC - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO. **REJEIÇÃO. MÉRITO.** ATIPICIDADE DO DESCUMPRIMENTO DO TAC - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. FALTA DE ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO, SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI MUNICIPAL CONVALIDANDO OS TERMOS DE PARCERIA. IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO RELATIVA À INOBSERVÂNCIA DESSA FORMALIDADE. AUSÊNCIA DE IMPROBIDADE QUANTO ÀS DEMAIS IRREGULARIDADES FORMAIS. MUDANÇA DA SENTENÇA RECORRIDA, INCLUSIVE NO QUE DIZ RESPEITO A CONDENAÇÃO QUANTO À TRANSFERÊNCIA GENÉRICA E INDISCRIMINADA DE MÃO DE OBRA PARA A OSCIP, ATUAÇÃO NÃO COMPLEMENTAR EM ÁREAS-FIM, INCLUINDO SAÚDE E EDUCAÇÃO, E DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES CONTRATADOS E OS INFORMADOS NO SISTEMA SAGRES. PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS

DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO NA CONDUTA DO GESTOR. DOLO NÃO DEMONSTRADO. REFORMA INTEGRAL DA DECISÃO. PROVIMENTO.

- O Superior Tribunal de Justiça, atualmente, tem entendido que as Súmulas nº 208 e nº 209, editadas pela Terceira Seção daquela Corte Superior, são aplicáveis apenas no âmbito criminal e que o critério determinante para fixação da competência cível é a presença da União, de autarquia federal ou de empresa pública federal em um dos polos da relação processual, pouco importando a origem dos recursos transferidos.

- O julgamento *extra petita* ocorre quando o órgão julgador impõe condenação diversa da pedida e não quando se utiliza de fundamento que não foi agitado pelo autor.

- O comparecimento espontâneo do Município, antes da prolação da sentença e a veiculação de todas as teses de seu interesse sem indicação de prejuízo suprem a falta da citação de que trata o art. 17, § 3º, da Lei Federal nº 8.429/92.

- Tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado pela falta de atribuição do Ministério Público do Trabalho para celebrar TAC - Termo de Ajustamento de Conduta com o Município e para executar a multa dele decorrente, em virtude da vislumbrada natureza jurídico-administrativa da relação travada com os profissionais arrematados pela OSCIP, deve ser

afastada a condenação por ato de improbidade amparada no seu descumprimento, como consequência lógica do pronunciamento do Pretório Excelso.

- Em que pese a ausência de lei municipal específica autorizativa à época da assinatura dos termos de parceria, a superveniência de lei convalidante, expressamente dotada de efeitos retroativos, impõe o afastamento da condenação por improbidade consubstanciada na inobservância dessa formalidade.

- “A Lei 8.429/1992 é instrumento salutar na defesa da moralidade administrativa, porém sua aplicação deve ser feita com cautela, evitando-se a imposição de sanções em face de erros toleráveis e meras irregularidades” (STJ, REsp 996.791/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 27/04/2011).

- Nos termos do art. 10, da Lei nº 8.429/92, “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades” mencionadas no art. 1º do citado comando legal.

- Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “para a configuração dos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa

(elemento subjetivo).” (REsp 1233502/MG, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012).

- Sendo necessário existir, para que o ato tido como ímprobo se enquadre em alguma das hipóteses descritas no art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, além da conduta dolosa ou culposa do agente público, a comprovação de efetivo dano ao erário, no caso telado, resta afastada a tipicidade da conduta, com base no referido artigo, sobretudo pelo fato de não haver a sua devida comprovação.

- Nos termos do art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa, atentando contra os princípios da administração pública, “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”, sendo indispensável, para sua configuração, a presença, no comportamento do agente, do elemento subjetivo, isto é, dolo.

- Deve ser reformada a sentença recorrida, quando da apreciação do conjunto probatório, não restou caracterizada conduta dolosa do agente político nem prejuízo ao erário.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDA a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, rejeitar as preliminares e por maioria, prover os recursos.

Nabor Wanderley da Nóbrega Filho interpôs **APELAÇÃO**, contra a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara da Comarca de Patos, fls. 1.409/1.446, nos autos da **Ação Civil Pública** ajuizada em seu desfavor pelo **Ministério Público Estadual**, que o condenou ao ressarcimento de R\$ 1.592.559,39 (hum milhão quinhentos e noventa e dois mil quinhentos e cinquenta e nove reais e trinta e nove centavos) ao **Município de Patos**, ao pagamento de multa civil no valor de R\$ 2.388.839,08 (dois milhões trezentos e oitenta e oito mil oitocentos e trinta e nove reais e oito centavos), à suspensão dos seus direitos políticos por seis anos e seis meses, à perda da função pública, à proibição de contratar com o Poder Público e dele receber benefícios fiscais e creditícios por cinco anos e ao pagamento de indenização por dano moral difuso no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em virtude de conduta subsumida ao art. 10, *caput* e incisos IX, XI e XIV, bem como ao art. 11, *caput* e inciso II, da Lei Federal nº 8.429/92, consubstanciada na contratação de organização da sociedade civil de interesse público denominada **INTERSET - Instituto de Desenvolvimento Socioeconômico, Científico Ambiental e Tecnológico** para captação de mão de obra destinada a serviços essenciais, sem o caráter legalmente imposto de complementaridade, com o objetivo de se desobrigar da observação dos limites percentuais de gastos com pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, de não recolher as contribuições previdenciárias patronais e de burlar a regra constitucional do concurso público, indicando os agraciados com os postos de trabalho, que não ostentavam a natureza voluntária própria deste tipo de entidade.

Em suas razões, fls. 1.505/1.557, **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho** arguiu, como preliminares, incompetência da Justiça Comum Estadual com base na Súmula nº 208 do Superior Tribunal de Justiça, defendendo que nove dos treze programas executados pela **INTERSET - Instituto de Desenvolvimento Socioeconômico, Científico Ambiental e Tecnológico** foram subsidiados por verbas federais. Sustentou a nulidade do TAC - Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o **Ministério Público do Trabalho** e o **Município de Patos**, por meio do qual se obrigou a não mais contratar mão de obra por intermédio da OSCIP, cujo descumprimento resultou na imposição de multa de R\$ 1.592.559,39 (hum milhão quinhentos e noventa e dois mil quinhentos e cinquenta

e nove reais e trinta e nove centavos), objeto de execução fiscal suspensa por força de liminar prolatada pelo **Ministro Gilmar Mendes**, em Reclamação ajuizada pelo ente federado (nº 16.239/PB), ao fundamento de falta de atribuição do exequente (**Ministério Público do Trabalho**), em decorrência da vislumbrada natureza jurídico-administrativa da relação travada com aqueles profissionais, pugnano pela extinção deste processo sem resolução de mérito. A ocorrência de julgamento *extra petita*, porquanto o Juízo utilizou como fundamento da condenação, sem que tivesse sido agitada na inicial, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Pleno desta Corte, da Lei Municipal nº 2.493/97, que dispôs sobre contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (ADI nº 999.2010.000.563-9), bem como por ter concluído, sem provocação do Ministério Público Estadual, pelo aumento desse tipo de contratação entre janeiro e agosto de 2012, defendendo que houve, pelo mesmo motivo, cerceamento de defesa.

No mérito, alegou que as imputações são meras irregularidades formais que não causaram prejuízos ao erário, pelo que não se qualificam como improbidade; que as prestações de contas de 2006 e 2007 foram julgadas regulares pelo Tribunal de Contas Estadual; que o débito por despesas administrativas irregulares, inicialmente imputadas a ele, foi redirecionado, pelo TCE, para o Presidente da INTERSET; que sempre agiu de boa-fé, determinando uma tomada de contas especial daquela OSCIP no âmbito municipal, de que resultou um “termo de acordo de parcelamento de dívida”, garantindo a inscrição do débito apurado na dívida ativa e o consequente ressarcimento de eventuais prejuízos causados aos cofres públicos; e que não pode ser condenado pela ausência de regular prestação de contas da INTERSET. Afirmou que a contratação da OSCIP estava amparada pela Lei Municipal nº 3.437/2005 e foi ratificada pela Lei nº 3.563/2007, cuja eficácia foi retroagida para 1º de janeiro de 2006, defendendo que houve suficiente base legal para a pactuação, ao contrário do que entendeu o Juiz. Aduziu que o estudo de impacto financeiro e orçamentário consta nos Anexos I e II da Lei nº 3.437/2005 e nas leis orçamentárias de 2006 a 2008, que os Termos de Parceria, devidamente assinados, a Portaria de nomeação da Comissão de Avaliação e a publicação da ratificação da dispensa de licitação estão encartados nestes autos. Alegou que a relação dos profissionais atuantes em nome da OSCIP com sua qualificação individual não é exigida por lei; que o Tribunal de Contas do Estado,

consultado a respeito da possibilidade de contratação de entidades daquela natureza para prestação de serviços de saúde, respondeu afirmativamente, conclusão que, em tese, vincula o Judiciário; que não há restrição legal de complementaridade dos serviços prestados por tais organizações e que o percentual de 37,3% do orçamento, destinado aos serviços de saúde, evidencia a acessoriedade de sua atuação. Defendeu que a conclusão pela existência de dano ao erário pressupõe a ocorrência de desembolso pelo Município e que, portanto, a condenação se fundou em um fato hipotético e presumido, porquanto o Termo de Ajustamento de Conduta cujo descumprimento originou a multa em detrimento do ente federado ainda está em vias de execução e sujeito aos meios processuais de defesa, não tendo sido expedido precatório para o concreto pagamento, conclusão que, no seu entender, ganhou especial relevância com a suspensão da execução determinada liminarmente pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação nº 16.239. Pugnou pelo acolhimento das preliminares e, subsidiariamente, pela reforma da sentença para que o pedido seja julgado improcedente.

O Município de Patos também interpôs **APELAÇÃO**, fls. 1.565/1.596, arguindo, inicialmente, a necessidade de citação da União para integrar a lide e a incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual, invocando a Súmula nº 208 do Superior Tribunal de Justiça e sustentando que a parceria impugnada foi firmada para implementação de programas subsidiados por verbas federais. Arguiu, ainda, a nulidade do processo com base nos § 2º e § 3º, do art. 17, da Lei de Improbidade Administrativa, afirmando que não houve citação dele nem da União no momento processual próprio para atuarem como litisconsortes necessários. No mérito, alegou que a multa imposta pelo **Ministério Público do Trabalho** R\$ 1.592.559,39 (hum milhão quinhentos e noventa e dois mil quinhentos e cinquenta e nove reais e trinta e nove centavos), utilizada pelo Juízo como parâmetro para tipificar a conduta de **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho** no art. 10, da Lei nº 8.429/92 e para a dosimetria das penas, teve a exequibilidade suspensa por decisão liminar do **Ministro Gilmar Mendes** em sede de Reclamação, razão pela qual não se poderia falar em dano ao erário, pugnando, ao final, pela anulação de todos os atos decisórios e pela remessa dos autos à Justiça Federal ou, subsidiariamente, pela reforma da sentença para que o pedido seja julgado improcedente.

Contrarrazoando, fls. 1.615/1.622, o **Ministério Público** aduziu que não havia lei autorizadora da contratação, que não foi confeccionado o extrato de parceria referente ao Programa Saúde para Todos, que o Chefe do Executivo não assinou o termo de parceria e que o réu, mesmo tendo assinado um Termo de Ajustamento de Conduta se obrigando a não mais efetuar contratações por intermédio da OSCIP, prosseguiu, dolosamente, com tal irregularidade, objetivando burlar a regra do concurso público, gerando a multa de R\$ 1.592.559,39 (hum milhão quinhentos e noventa e dois mil quinhentos e cinquenta e nove reais e trinta e nove centavos) suportada pelos cofres do Município. Alegou que não houve acompanhamento da metodologia de cálculo utilizada, em desacordo com o art. 16, da Lei de Responsabilidade Fiscal; que os gastos com pessoal, por meio da estratégia utilizada, eram escriturados como subvenções sociais; que não foi criada a indispensável Comissão de Avaliação, nos termos do art. 20, do Decreto Federal nº 3.100/99; que a INTERSET não prestou contas dos valores recebidos; que a dispensa de licitação não observou as formalidades legais; e que os profissionais eram, consoante afirmou, “pseudovoluntários”. Defendeu, ainda, que a má-fé do promovido restou devidamente provada, pugnando, ao final, pelo desprovemento recursal.

A **Procuradoria de Justiça**, em parecer da **Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa**, opinou pelo desprovemento dos recursos, fls. 1.665/1.671.

É o Relatório.

VOTO

Ambos os recursos são tempestivos, o **Município de Patos** é isento de preparo, nos termos do art. 511, § 1º, do Código de Processo Civil, e o preparo foi recolhido, fl. 1.563, por **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho**, razão pela qual, presentes os demais requisitos de admissibilidade, deles conheço.

O desate da contenda exige analisar se a conduta

atribuída a **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho**, ex-prefeito do Município de Patos/PB, amolda-se a alguma das descrições previstas nos arts. 10 e 11, da Lei de Improbidade Administrativa, que tratam, respectivamente, dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário e atentam contra os princípios da Administração Pública.

Sabe-se que a questão relativa a improbidade administrativa está prevista na Constituição Federal, em seu art. 37:

Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A regulamentação de referida norma constitucional deu-se por meio da Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos em caso da prática das condutas ali tipificadas. E, no seu Capítulo II, aludido comando normativo trata a respeito **dos atos de improbidade administrativa**, dividindo-se em três categorias, conforme as Seções ali contidas.

A **primeira Seção** - art. 9º e incisos - cuida **dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito**, vale dizer, daqueles atos que conduzem ao enriquecimento indevido de quem os pratica.

A **segunda Seção** aborda os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, caso em que são descritas práticas prejudiciais ao patrimônio público, condutas descritas no art. 10º, da Lei de Improbidade Administrativa.

A **terceira Seção** - art. 11 e incisos - descreve os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Na hipótese telada, por entender que o comportamento do promovido causou prejuízo ao patrimônio público e afrontou os princípios da Administração Pública, o Magistrado *a quo* aplicou as sanções previstas na Lei nº 8.429/92. Sob esse enfoque, enunciam os arts. 10 e 11, do comando normativo em comento:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos

ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas

no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; [\(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. [\(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

[\[...\]](#)

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:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva

divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Prosseguindo. **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho** é acusado de, no ano de 2006, ter celebrado termos de parceria com a OSCIP denominada INTERSET, para a contratação irregular de profissionais sem concurso público, com objetivo de burlar os limites percentuais de gastos com pessoal, escolher subjetivamente os agraciados com os postos de trabalho e deixar de efetuar contribuições patronais, escriturando tais custos como subvenções sociais e não como despesa com pessoal, no intuito de afastar a observância da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A **Ação Civil Pública** foi originalmente ajuizada, em face do prefeito à época dos fatos (**Nabor Wanderley da Nóbrega Filho**), da OSCIP INTERSET e de seu representante legal (**Filogônio Araújo de Oliveira**).

Frustradas as citações da pessoa jurídica de direito privado e de seu representante, o Ministério Público requereu o desmembramento do processo, fl. 351, passando a figurar como réu, neste feito, apenas o prefeito, fls. 352/356.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passo a analisar, primeiramente, o recurso interposto pelo então **Chefe do Executivo Municipal**, para em seguida, apreciar o apelo do **Município de Patos**.

O **Ministério Público** alegou, na fl. 03, que a parceria foi firmada com “a finalidade de operacionalização dos seguintes Programas: 1) Programa Agente Cidadão; 2) Programa Saúde para Todos; 3) Programa Saúde da Família; 4) Programa de Centro de Apoio Social; 5) Programa de Ensino e Nutrição; 6) Programa de Erradicação do Trabalho Infantil; 7) Programa Educação de Jovens e Adultos; 8) Programa de Educação Infantil; 9) Programa de Agentes de Controle de Endemias; 10) Programa Saúde Bucal; 11) Programa de Centro de Especialidade

Odontológica; 12) Programa de Serviço de Atendimento Móvel de Urgência; 13) Programa de Ensino Fundamental”.

A leitura isolada desse parágrafo induz a precipitada interpretação de que o meio de contratação impugnado preordenou-se exclusivamente ao atendimento de tais programas.

A interpretação sistemática da inicial, contudo, impõe conclusão diversa: muito embora tais programas tenham sido utilizados como fundamento da demanda por profissionais e, portanto, como justificativa para a contratação da OSCIP, a acusação imputou a **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho** a conduta de ter transferido a vinculação formal da mão de obra empregada nos mais variados serviços públicos e sem vinculação especial a projetos determinados.

Em adição, o Superior Tribunal de Justiça, atualmente, tem entendido que as Súmulas nº 208 e nº 209¹, editadas pela Terceira Seção daquela Corte Superior, são aplicáveis apenas no âmbito criminal e que o critério determinante para fixação da competência cível é a presença da União, de autarquia federal ou de empresa pública federal, em um dos polos da relação processual, pouco importando a origem dos recursos transferidos.

Ilustrativamente,

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CARACTERIZADOS. CONVÊNIO DE MUNICÍPIO COM A FUNASA. PARTICIPAÇÃO DA AUTARQUIA NO PROCESSO, COMO ASSISTENTE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA

¹ Súmula nº 208/STJ: Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal.

Súmula nº 209/STJ: Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

FEDERAL. ART. 109, I, DA CF. [...] 2. Deve-se observar uma distinção (distinguishing) na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível. Isso porque tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF. 3. A competência da Justiça Federal, em matéria cível, é aquela prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, que tem por base critério objetivo, sendo fixada tão só em razão dos figurantes da relação processual, prescindindo da análise da matéria discutida na lide. 4. **Assim, a ação de improbidade movida contra Prefeito, fundada em uso irregular de recursos advindos de convênio celebrado pelo Município com a FUNASA, com dano ao erário, não autoriza por si só o deslocamento do feito para a Justiça Federal.** 5. No caso, a presença da autarquia na condição de assistente simples (art. 50 do CPC) já admitida no feito - em razão do interesse jurídico na execução do convênio celebrado - firma a competência da Justiça Federal, nos termos do mencionado art. 109, I, da CF. [...] 12. Recurso especial a que se nega provimento (STJ, REsp 1325491/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014) - destaquei.

Seguindo esse raciocínio, ainda que se admita, hipoteticamente, o interesse da União, em relação às verbas federais transferidas para o Município, a Justiça Comum Estadual permanece competente para julgar esta ação

de natureza cível, uma vez que nenhum ente federal integra a relação processual como parte, assistente ou oponente.

Portanto, **rejeito a preliminar de incompetência absoluta.**

A arguição de nulidade do TAC - Termo de Ajustamento de Conduta, cujo descumprimento resultou em imposição de multa ao Município se confunde com o mérito da causa, porquanto diz respeito à debatida ocorrência de dano ao erário, sendo apreciada como tal em momento ulterior.

A suspensão liminar da eficácia daquele TAC - Termo de Ajustamento de Conduta pelo Supremo Tribunal Federal também se relaciona com o mérito e não com as condições da ação, não sendo o caso, portanto, de extinção do processo sem resolução de mérito, pelo que **rejeito essa preliminar.**

Por oportuno, o julgamento *extra petita* ocorre quando o órgão julgador impõe condenação diversa da pedida e não quando se utiliza de fundamento que não foi agitado pelo autor.

O magistrado tem ampla liberdade para adotar os fundamentos que entende pertinentes, consoante os princípios *iura novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*².

A invocação da declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.493/97 - que guarda correlação temática com a causa de pedir desta ação - foi utilizada como reforço argumentativo secundário, no intuito de evidenciar o vislumbrado caráter inveterado do dolo do promovido, que não teria

² “Não há falar em julgamento *extra petita* quando o órgão julgador não afronta os limites objetivos da pretensão inicial ou recursal, tampouco concede providência jurisdicional diversa da requerida, em respeito ao princípio da congruência. Ademais, os pedidos formulados pelas partes devem ser analisados a partir de uma interpretação lógico-sistemática, não podendo o magistrado se esquivar da análise ampla e detida da relação jurídica posta em exame, mesmo porque a obrigatória adstrição do julgador ao pedido expressamente formulado pelo autor pode ser mitigada em observância dos brocardos da *mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) e *iura novit curia* (o juiz é quem conhece o direito)” (STJ, REsp 1197476/BA, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 07/10/2014, DJe 10/10/2014).

alterado seu *modus operandi*, mesmo após a manifestação do Pleno deste Tribunal de Justiça.

Em outros termos, não houve condenação do suplicado, por inobservância da deliberação do Pleno, nem por contratações realizadas em outros anos, razão pela qual **rejeito as arguições de julgamento *extra petita* e de cerceamento de defesa.**

Passo ao **mérito**.

Não obstante a indissociabilidade dos fatos investigados, passo a sintetizar, de forma individualizada, as peculiaridades consideradas pelo Juízo para fixar a condenação, de sorte a sistematizar o presente julgamento meritório: (1) descumprimento de TAC - Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com o Ministério Público do Trabalho, o que gerou multa imputada ao Município; (2) contratação da OSCIP sem lei local autorizadora; (3) irregularidades formais na pactuação e na execução das parcerias (ausência de estudo de impacto orçamentário, de assinatura e publicação de extrato de termo de parceria, de criação de comissão de avaliação, de publicidade da ratificação da dispensa de licitação, de lista dos profissionais da OSCIP, contendo sua qualificação e retribuição); (4) contratação de pessoal sem concurso público por intermédio da OSCIP mediante simulação de trabalho voluntário, gerencialmente vinculado à Administração Direta, em que pese o vínculo formal com a pessoa jurídica de direito privado; (5) contratação da OSCIP para atuação de natureza não complementar em diversas áreas-fim, incluindo saúde e educação; e (6) divergência de R\$ 8.984.444,00 (oito milhões novecentos e oitenta e quatro mil quatrocentos e quarenta e quatro reais), entre os valores contratados e os informados no Sistema SAGRES do TCE/PB.

A execução deflagrada em face do Município, decorrente do descumprimento do TAC - Termo de Ajustamento de Conduta celebrado com o Ministério Público do Trabalho, foi liminarmente suspensa por decisão do **Ministro Gilmar Mendes**, prolatada nos autos da Reclamação nº 16.239, fls. 1.558/1.559, ao fundamento de que a relação jurídica existente entre o ente federado e os profissionais arregimentados pela OSCIP era de natureza jurídico-

administrativa e, portanto, o exequente não teria atribuição para celebração do ajustamento nem para a cobrança judicial da multa.

O entendimento já havia sido externado pelo Supremo Tribunal Federal, em outra oportunidade, nos autos da Reclamação nº 7.931-7, de relatoria da **Ministra Cármen Lúcia**, que, monocraticamente, declarou a incompetência do Juízo da Vara do Trabalho de Patos para processar a referida execução com base no mesmo fundamento, fls. 19/29.

Conclui-se, portanto, que o descumprimento do TAC - Termo de Ajustamento de Conduta **não gerou dano ao erário**.

Considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o descumprimento de ato praticado por órgão público incompetente também não viola princípios administrativos, em virtude do vício formal que o inquina de nulidade.

Portanto, ao contrário do que entendeu o Magistrado, **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho** deve ser absolvido da acusação específica de descumprimento injustificado de TAC - Termo de Ajustamento de Conduta.

Quanto à ausência de lei municipal autorizadora constata-se, conforme alegado na inicial, a inexistência de permissão legislativa específica à época da celebração dos termos de parceria no ano de 2006.

A Lei Municipal nº 3.437/2005, fl. 565 do apenso (volume IV), limitou-se a autorizar, genericamente, a abertura de crédito especial “para atender as despesas com a transferência de subvenções sociais para OSCIP – Organização da Sociedade Civil de Interesse Público para operacionalizar os Programas Sociais existentes no Município”, não havendo indicação de lei anterior autorizadora do início dos projetos.

Em 2007, contudo, sobreveio a Lei Municipal n° 3.563, fls. 141/148, que convalidou os termos de parceria celebrados até a data de sua promulgação, *in verbis*:

Art. 15. Ficam convalidados os Termos de Parceria celebrados, até esta data, entre o município e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público qualificadas nos termos da Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999.

Parágrafo único. Fica outorgada, automaticamente, a qualificação prevista nesta Lei, às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público qualificadas nos termos da Lei Federal n.º 9.790, de 23 de março de 1999 e, que tenham firmado Termo de Parceria com o Município até a presente data.

O vício formal foi convalidado por lei em sentido estrito com eficácia retroativa expressamente prevista, razão pela qual as ponderações doutrinárias atinentes à limitação do instituto da convalidação administrativa não se aplicam à espécie.

Embora se trate de ação cível, as repercussões sancionatórias da Lei de Improbidade Administrativa atraem a aplicação analógica de grande parcela da principiologia penal.

Da mesma forma que a lei penal benéfica superveniente (*novatio legis in melius*) alcança fatos anteriores à sua vigência, a lei que convalida formalidade administrativa tomada como pressuposto de condenação por ato de improbidade também deve beneficiar o réu, pelas mesmas razões político-jurídicas (fala-se, no Direito Penal, em razões de política criminal).

Há um contrassenso lógico em se considerar, no plano de validade do ato, a convalidação da formalidade, e, simultaneamente,

qualificar como ímproba a contratação por inexistência de autorização à época da celebração.

Em outras palavras, haveria convalidação quanto a efeitos jurídicos primários e permanência do vício quanto a implicações derivadas, disso resultando a incoerência do raciocínio.

Em arremate, considerando que a convalidação foi imposta pelo legislador, **sem ressalvas**, entender de modo diverso redundaria em indevida ingerência do Judiciário na competência constitucional do Legislativo.

Ante o exposto, a sentença deve ser reformada também nessa fração, para que **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho** seja absolvido da acusação de celebração de termos de parceria sem autorização em lei municipal específica.

Passo à análise das demais irregularidades formais na pactuação e execução dos termos de parceria (ausência de estudo de impacto orçamentário, de assinatura, de extrato, de criação de comissão de avaliação, de publicidade da ratificação da dispensa de licitação e de lista dos profissionais da OSCIP contendo sua qualificação e retribuição).

O conceito de improbidade não se confunde com o de ilegalidade.

As irregularidades formais, em regra, não se consubstanciam, automaticamente, em improbidade, senão quando realizadas com elemento anímico doloso ou culposos (para as hipóteses do art. 10), suficientemente provado, na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a seguir ilustrado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE
SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. AUXÍLIO
PRÉ-ESCOLAR. RECEBIMENTO INDEVIDO.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11, CAPUT, DA LEI 8.429/92. NÃO OCORRÊNCIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O impetrante foi indiciado pela Comissão Processante por supostamente: a) ter recebido o benefício denominado "auxílio pré-escolar" por período superior àquele efetivamente devido, qual seja, de fevereiro de 1997 a abril de 2007; b) não teria comunicado tal irregularidade à autoridade competente, não obstante fosse detentor de conhecimento técnico suficiente para percebê-la, o que caracterizaria o desrespeito ao princípio da lealdade com a Administração.

[...]

3. Consoante doutrina de Mauro Roberto Gomes de MATTOS (In "O Limite da Improbidade Administrativa - Comentários à Lei nº 8.429/92", 5ª ed., rev.e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2010, pp. 365-6), o disposto no art. 11, caput, da Lei 8.429/92 deve ser interpretado com temperamentos, "pois o seu caráter é muito aberto, devendo, por esta razão, sofrer a devida dosagem de bom senso para que mera irregularidade formal, que não se subsume como devassidão ou ato ímprobo, não seja enquadrado na presente lei, com severas punições".

4. "As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei

tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11" (REsp 940.629/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 4/9/08).

5. Caso em que, não bastasse o fato de o impetrante não ter atuado como gestor público, também não foi demonstrado que seu silêncio e, por conseguinte, o recebimento indevido do benefício decorreu da existência de dolo ou má-fé, que não podem ser presumidos.

6. Mandado de segurança concedido para determinar a reintegração do impetrante ao cargo público. Agravo regimental da UNIÃO prejudicado (STJ, MS 16.385/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 13/06/2012, DJe 26/06/2012).

Ainda,

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. RECEBIMENTO DE VALOR NÃO PREVISTO NO CONTRATO. ART. 3º. DA LEI 8.666/93. SÚMULA 284 DO STF. ART. 10, CAPUT DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO EM CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO. MERA IRREGULARIDADE FORMAL. [...]

2. No que tange à alínea c, em relação à alegada divergência jurisprudencial acerca da necessidade de presença do elemento subjetivo doloso para caracterização do ato de improbidade, bem como à apontada ofensa ao art. 10 da Lei 8.429/92, sob o argumento de ausência de demonstração de dolo e

prejuízo ao erário, pois teria ocorrido equívoco na elaboração do contrato pela Câmara Municipal de Água Boa/MT em confronto com a proposta elaborada pelo recorrente, no valor de R\$ 35.000,00, necessário distinguir ilegalidade de improbidade.

3. A ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, *dest'arte*, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

4. No caso em comento, o fato de a prestação dos serviços ter sido iniciada antes da formalização do contrato, por si só, não caracteriza ato de improbidade administrativa, mas mera irregularidade. Não há evidências de que o Advogado, ora recorrente, tenha se apropriado indevidamente de tal valor (R\$ 4.000,00); pelo contrário, depreende-se dos autos que esse montante foi recebido como contraprestação pelos serviços efetivamente prestados.

5. Merece, portanto, ser considerada a tese de ter-lhe sido entregue fração do pagamento para início dos trabalhos, antes da elaboração do contrato de prestação de serviços advocatícios. A ausência de formalização desse pagamento no contrato elaborado não faz presumir o dolo de causar prejuízo ao erário ou de enriquecer ilicitamente, tratando-se, na verdade, de mera irregularidade ou vício de forma.

[...]

7. Recurso Especial de Tarcísio Cardoso Tonhá conhecido parcialmente, e nesta extensão, provido

tão somente para reconhecer a inexistência de dolo e, conseqüentemente, do próprio ato ímprobo, em relação ao contrato de prestação de serviços advocatícios. Negado provimento ao Recurso Especial de João Carlos Santini (STJ, REsp 1416313/MT, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013).

E,

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. MÉDICO. UNICIDADE NOS VÍNCULOS MANTIDOS COM O ESTADO. MERA IRREGULARIDADE. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. VIOLAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

[...]

3. A Lei 8.429/1992 é instrumento salutar na defesa da moralidade administrativa, porém sua aplicação deve ser feita com cautela, evitando-se a imposição de sanções em face de erros toleráveis e meras irregularidades.

4. Afasta-se a alegada violação do art. 11 da Lei 8.429/1992 na hipótese, pois a premissa fática do acórdão recorrido evidencia simples irregularidade, sendo razoáveis as ponderações feitas pelo Tribunal a quo, sobretudo a de que, abstraída a questão formal, houve acumulação de dois cargos distintos de médico - situação admitida no art. 37, XVI, "c", da Constituição.

5. Além de não estar patente a ilegalidade da conduta, inexistente substrato fático no acórdão recorrido que denote desvio ético e inabilitação

moral para o exercício do múnus público.

6. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 996.791/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 27/04/2011).

Na espécie, as irregularidades, de *per si* consideradas, não podem ser alçadas ao patamar da improbidade, por três fundamentos: (1) não houve prova de dolo especificamente quanto à inobservância de tais formalidades técnicas; (2) não se pode presumir sua existência em virtude da especificidade dos conhecimentos técnicos necessários à sua observância, que não podem ser exigidos do homem médio; e (3) o ocupante do cargo de Prefeito não é diretamente responsável pela condução do processo administrativo referente à contratação e nem pelo acompanhamento técnico da execução dos termos de parceria.

Tais peculiaridades impõem a prova de ingerência direta, dolosa e específica do Prefeito, em cada uma das etapas do citado procedimento, inexistente nos autos.

Portanto, ao contrário do que decidiu o Julgador, **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho** deve ser absolvido da acusação de improbidade relativa às irregularidades formais enumeradas na inicial.

Também, não restaram suficientemente provados o desvio da vinculação de pessoal para a OSCIP em extensão ampla e genérica, sem natureza complementar, a escolha dos profissionais agraciados com os postos de trabalho mediante critérios subjetivos do Chefe do Executivo e o pagamento simulado de retribuição pecuniária sob a forma artificiosa de indenização de particulares formalmente qualificados como voluntários.

Não vislumbrei má-fé ou atuação voluntária e maliciosa voltada à prática de ilícito, situação que, ao meu juízo, faz inexistir o elemento subjetivo, isto é, o dolo do agente, requisito essencial para configuração dos

atos de improbidade descritos do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

Com efeito, o repasse de 20,7% do orçamento geral do Município e de 37,3% do orçamento específico da saúde para a INSTERSET teve respaldo na orientação do Tribunal de Contas da Paraíba, fls. 149/156, que respondeu, positivamente, quando indagado sobre a possibilidade de realização de termo de parceria, para fins de contratação, por meio de OSCIP, de pessoal para atuar nos programas relacionados à área como a de saúde.

Ou seja, a consulta realizada ao Tribunal de Contas **demonstra a boa-fé de Nabor Wanderley da Nóbrega Filho**, pois, antes de celebrar o termo de parceria contestado pelo **Ministério Público** na presente ação, buscou orientação junto àquela Corte de Contas, a fim de confirmar a lisura do procedimento que seria adotado.

Veja-se, **também**, para reforçar a mencionada consulta, por oportuno, trechos da resposta do Tribunal de Conta do Estado à consulta a outro município, formulada pelo **Prefeito de Princesa Isabel** acerca do procedimento adequado para contratação de pessoal para programas do governo federal, entre os quais o Programa de Saúde da Família (**fl. 56, do Anexo I**):

9. CONCLUSÃO:

Diante do exposto, entendemos que:

9.1. Os Municípios podem celebrar Termos de Parceria com as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, a fim de que estas possam atuar de forma complementar na execução de serviços públicos;

9.2. As OSCIPs podem prestar os serviços descritos no art. 3º da Lei nº 9.790, de 23.03.99, citados no item 8 deste relatório, compreendendo-se os perseguidos pelo PSF e pelo PACS (inciso IV - saúde), pelo PEVA (inciso VI - meio ambiente) e pelo PETI (inciso VIII - promoção do desenvolvimento econômico e social e

combate à pobreza);

9.3. O município tem o poder discricionário para adotar a modalidade que lhe for mais conveniente, desde que respeitada a legislação em vigor;

Afasta a má-fé do apelante/promovido, igualmente, o fato de o mesmo ter ordenando a realização de Tomada de Contas Especial da INTERSET, tendo, após a constatação de irregularidades no exercício de 2006, no que se refere à execução do termo de parceria, julgado irregular a prestação de contas apresentada pelo instituto e imputado-lhe um débito de R\$ 1.063.188,01 (hum milhão sessenta e três mil cento e oitenta e oito reais e um centavo). Além disso, reforça a boa-fé do gestor o fato de ter ajuizado execução fiscal, fls. 243/258.

Ressalta-se, ademais, que o próprio Tribunal de Contas do Estado, quando da aprovação da prestação de contas do Município de Patos relativas ao exercício de 2006, fls. 1.016/1.027, **reconheceu a boa-fé** do então gestor, no que se refere aos esforços envidados no sentido de sanar as irregularidades envolvendo o termo de parceria questionado pelo *Parquet*.

Da mesma forma, entendo não ter sido devidamente comprovado que os funcionários que prestavam serviços à OSCIP submetiam-se à prévia aprovação pessoal do então gestor.

Isso porque, embora as provas indiquem que as contratações se operavam pelo Município de Patos, não há comprovação da efetiva ocorrência de qualquer indicação ou escolha realizada diretamente pelo promovido, sendo certo que não é o Prefeito o responsável direto pela execução dos termos de parecerias celebrados.

Quanto à divergência de valores existentes entre os contratados e os informados ao Sistema Sagres, restou demonstrado a ocorrência de erro, quando do preenchimento das informações prestadas ao SAGRES, não havendo comprovação de que tal equívoco tenha ocasionado qualquer prejuízo econômico ao erário municipal.

Na verdade, o único dano imputado ao promovido pelo sentenciante foi aquele relativo à multa decorrente do descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Município de Patos e o Ministério Público do Trabalho, sendo que, nesse aspecto, tal conduta não gerou qualquer prejuízo econômico ao patrimônio público, pois a exigibilidade da multa foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, fls. 1.558/1.559.

Por consequência, não tendo sido comprovada a prática de improbidade administrativa, resta afastado o alegado prejuízo à coletividade, devendo, portanto, também ser reformada a sentença.

Passo a analisar o **apelo** interposto pelo **Município de Patos**.

Como afirmado anteriormente, segundo a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, a origem federal dos recursos é irrelevante para fixação da competência cível.

Ademais, a ação civil pública se funda na acusação de transferência da mão de obra de forma generalizada, sem vinculação a programa específico subsidiado pela União, sendo impertinente sua citação para integrar a lide, máxime se considerada a incorporação definitiva dos recursos federais transferidos ao patrimônio municipal, razões pelas quais **rejeito as preliminares de citação obrigatória da União e de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual**.

Quanto à alegada falta de citação do Município, o Juiz realmente não observou o § 3º, do art. 17, da Lei de Improbidade, deixando de determinar sua citação quando do recebimento da inicial, fls. 352/356.

Ocorre que, na fase de apresentação de razões finais pelas partes, o **Município de Patos** compareceu espontaneamente, fls. 1.272/1.280, manifestando seu interesse em integrar o polo ativo da relação processual e apresentando todas as alegações que se mostravam possíveis na época em que

deveria ter sido ordenada sua citação, sem indicar qualquer prejuízo decorrente desse atraso.

Para evidenciar o desejo de integrar o polo ativo, colaciono o seguinte excerto da manifestação do Município, fl. 1.274:

...Ora Douto Julgador, quem melhor pode representar o interesse social, legítimo e jurídico do Município para efeito de constatação em torno da existência ou não de possível lesão patrimonial e sua extensão? A resposta é clara e intuitiva: O PRÓPRIO MUNICÍPIO DE PATOS, DAÍ A NECESSIDADE DA EDILIDADE VIR A INTEGRALIZAR A LIDE NA CONDIÇÃO DE LITISCONSORTE ATIVO NECESSÁRIO.

A sentença condenatória, obviamente, satisfaz a pretensão do polo ativo da relação processual, e, portanto, o declarado interesse processual do **Município de Patos** foi contemplado.

Em adição, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a falta da citação de que trata o art. 17, § 3º, da Lei de Improbidade Administrativa, não gera nulidade absoluta, porquanto o litisconsórcio em comento não é obrigatório, havendo, portanto, necessidade de demonstração concreta de prejuízo, inócua na espécie.

Ilustrativamente,

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] FALTA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DO PARAÍSO/MG QUE NÃO ACARRETA NULIDADE DO ACÓRDÃO IMPUGNADO, POIS SEU

INGRESSO NA LIDE CONFIGURA HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. [...] 2. O § 3º. do art. 17 da Lei 8.429/92 traz hipótese de litisconsórcio facultativo, estipulando que o ente estatal lesado poderá ingressar no polo ativo do feito, ficando a seu critério o ingresso (ou não) na lide, de maneira que sua integração na relação processual é opcional, não ocasionando, dest'arte, qualquer nulidade a ausência de citação do Município supostamente lesado. Precedentes desta egrégia Corte Superior de Justiça: REsp. 1.243.334/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 10.05.2011; REsp. 886.524/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 13.11.2007, p. 524; REsp. 737.972/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 03.08.2007, p. 330. [...] (STJ, REsp 1197136/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 03/09/2013, DJe 10/09/2013).

No mesmo sentido: **REsp 889.534/MG**, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 23.6.2009; **REsp 886.524/SP**, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU 23.7.2007; e **AgRg no REsp 1411897/SP**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014.

Ausente qualquer prejuízo, incide o princípio *pas de nullité sans grief*, nos termos dos § 1º e § 2º, do art. 249, do Código de Processo Civil³.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade processual por ausência de citação do Município de Patos.

³ Art. 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

No mérito, o **Município de Patos** limitou-se a afirmar a ausência de dano ao erário em virtude da decisão do **Ministro Gilmar Mendes**, em sede de Reclamação. Contudo, a tese foi enfrentada quando da análise do recurso interposto pelo **então Prefeito** e, pelos fundamentos já declinados, sendo despicienda e redundante nova apreciação.

Portanto, para que o comportamento do agente se ajuste às disposições do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, que trata dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, é indispensável, **além da presença do elemento subjetivo na conduta do agente, consubstanciado no dolo (vontade de burlar a lei) ou na culpa (nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia), a existência do efetivo dano ao patrimônio público**. Logo, uma vez não comprovado os requisitos tipificadores da conduta tida como ímproba, resta afastado o ato de improbidade com fundamento em referido dispositivo legal.

Nesse sentido, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI N. 8.429/1992. ART. 10. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DE FATO TÍPICO. RECURSO IMPROVIDO. - O STJ entende que, para a configuração dos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa (elemento subjetivo). - Não caracterizado o efetivo prejuízo ao erário, ausente o próprio fato típico. Recurso conhecido e improvido. (REsp 1233502/MG, Rel. Ministro César Asfor Rocha, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 23/08/2012).

E,

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PAGAMENTO DE DESPESAS PESSOAIS COM VERBA PÚBLICA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 28/9/11). 2. Infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, no sentido de que houve dolo do agravante no uso de verba pública para o pagamento de despesas pessoais, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 44.773/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 15/08/2013).

Por sua vez, para que as condutas mencionadas no art. 11, da Lei nº 8.429/92 se caracterizem, isto é, para que o comportamento seja considerado violador dos princípios da Administração Pública, **deve haver a comprovação do dolo por parte do agente público**. Ou seja, a má-fé e a desonestidade com a coisa pública tornam-se premissa do ato de improbidade administrativa, é dizer, a conduta dolosa do agente público, seja ela comissiva ou omissiva, deve ferir os princípios constitucionais da Administração Pública, devendo,

para fins de incidência das sanções legais previstas na Lei de Improbidade Administrativa, tal situação restar demonstrada de forma satisfatória.

Discorrendo acerca da configuração das sanções previstas no art. 11, da Lei nº 8.429/92, disserta **José dos Santos Carvalho Filho**:

O *elemento subjetivo* é exclusivamente o *dolo*, não tendo havido na lei referência à culpa, como seria necessário, não se enquadra como ato de improbidade aquele praticado por imprudência, negligência ou imperícia. Poderá, é óbvio, constituir infração funcional e gerar a aplicação de penalidade, conforme a lei de incidência, mas de improbidade não se cuidará. (In. **Manual de Direito Administrativo**, 23ª ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 1182-1183 - grifo de autor).

Não há, pois como enquadrar a conduta atribuída a **Nabor Wanderley da Nóbrega Filho**, as disposições do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa, eis que, para tanto, seria necessária a presença tanto do elemento subjetivo - dolo ou culpa - quanto do critério objetivo, qual seja, efetiva lesão ao erário, o que não restou comprovado nos autos.

É que, diante do panorama apresentado, não se vislumbra dolo ou culpa na conduta do agente. Ademais, pela documentação acostada aos autos, não há como aferir a ocorrência de efetivo prejuízo ao erário, não havendo motivo hábil que leve a acreditar em sentido diverso.

Da mesma forma, como já dito, para a configuração das condutas conceituadas no art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa, onde se exemplificam os atos violadores dos princípios da Administração Pública, é indispensável a presença do dolo no comportamento do agente, ou seja, ter o mesmo agido imbuído da vontade de burlar a lei, de ofender aqueles princípios positivados no art. 37, da Constituição Federal. Em suma, é necessária a presença, no seu

proceder, de má-fé reveladora de comportamento desonesto, o que, na espécie em testilha, também não restou demonstrado.

Não se pode esquecer que a má-fé e a deslealdade com a coisa pública tornam-se premissa do ato de improbidade administrativa. Repita-se, a conduta dolosa ou culposa do agente público, seja ela comissiva ou omissiva, para fins de configuração do ato ímprobo, deve ir de encontro com a **moralidade, honestidade, boa-fé, lealdade, legalidade, imparcialidade**, enfim, com os princípios que devem nortear os passos de todo e qualquer administrador, situação não caracterizada.

Nesse trilhar, entendo pela inoccorrência de conduta, dolosa ou culposa, causadora de dano ao patrimônio público ou de violação aos princípios da Administração Pública, não havendo razões para enquadrar o comportamento do então agente político às disposições da Lei nº 8.429/92, eis que “A Lei da improbidade administrativa (lei nº 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9º.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da administração pública (art. 11).” (STJ; REsp 1.248.529; Proc. 2011/0059113-0; MG; Primeira Turma; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; DJE 18/09/2013; Pág. 702).

À luz dessas considerações, a decisão singular deve ser reformada, **integralmente**, em todos os seus termos.

Ante o exposto, **CONHEÇO AS APELAÇÕES INTERPOSTAS POR NABOR WANDERLEY DA NÓBREGA FILHO E PELO MUNICÍPIO DE PATOS E REJEITADAS AS PRELIMINARES DE CITAÇÃO OBRIGATÓRIA DA UNIÃO, INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA, FALTA DE CONDIÇÃO DE AÇÃO DECORRENTE DA NULIDADE DO TAC - TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUCTA, JULGAMENTO EXTRA PETITA, CERCEAMENTO DE DEFESA E FALTA DE CITAÇÃO DO ENTE FEDERADO RECORRENTE, NO MÉRITO, DOU-LHES PROVIMENTO PARA REFORMAR A SENTENÇA RECORRIDA INTEGRALMENTE E JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONSTANTES NA INICIAL.**

É o **VOTO**.

Presidiu o julgamento, o Desembargador Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho (Relator para o acórdão). Participaram, ainda, os Desembargadores João Alves da Silva e Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

Presente a Dra. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa, representando o Ministério Público.

Sala das Sessões da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, em 15 de setembro de 2015 - data do julgamento.

Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho
Desembargador
Relator