



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DES. JOSÉ RICARDO PORTO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006769-25.2010.815.0731

RELATOR : Desembargador José Ricardo Porto

APELANTE : José Francisco Régis

ADVOGADO : Walter de Agra Junior

APELADO : Ministério Público do Estado da Paraíba, por seu
Promotor Ronaldo José Guerra.

PRELIMINAR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM FACE DE AGENTES POLÍTICOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

“(...) 2. A ação de improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/92, também pode ser ajuizada em face de agentes políticos. Precedentes. 3. A análise da legalidade de ato administrativo pelo Poder Judiciário não implica a violação do princípio da separação de poderes, sendo certo que a apreciação de contas de detentor de mandato eletivo pelo órgão do Poder Legislativo competente não impede o ajuizamento de ação civil pública com vistas ao ressarcimento de danos eventualmente decorrentes desses mesmos fatos. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (STF- AI 809338 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 21-03-2014 PUBLIC 24-03-2014)

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA SE MANIFESTAR SOBRE LAUDO PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. REJEIÇÃO DA PREFACIAL.

Não há que se alegar nulidade quando não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, em direta aplicação do brocardo *“pas de nullité sans grief*. Assim, inexistente violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a configurar o cerceamento de defesa, a falta de intimação da parte para se manifestar sobre o laudo pericial, eis que em nenhum momento o

apelante foi obstado de discutir a questão ou mesmo se rebelar contra a análise técnica, tendo exercido regularmente o direito de devolver a matéria ao exame deste Egrégio Tribunal de Justiça.

PRELIMINAR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO. DESACOLHIMENTO DA QUESTÃO PRÉVIA.

Não havendo audiência de instrução, bem como considerando que as únicas provas produzidas nos autos foram documentais e periciais, não há que se falar em contrariedade ao princípio do juízo natural pelo fato de a sentença ter sido prolatada por outro magistrado que não tenha atuado na fase de produção de provas, eis que a matéria tratada nos autos é meramente de direito e restou devidamente comprovada.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. AQUISIÇÃO DE BENS. VALORES NÃO COMPROVADOS. EMPRESA CONTRATADA MEDIANTE PROCESSO LICITATÓRIO. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS FRIAS. "EMPRESA DE FACHADA". CONSTATAÇÃO POR MEIO DE AUDITORIA REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. DANOS AO ERÁRIO EVIDENCIADOS. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO NA LEI N. 8.429/92. PERÍCIA JUDICIAL QUE CONSIDEROU VALOR DIVERSO DO APURADO PELO TRIBUNAL DE CONTAS PARA FINS DE RESSARCIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, APENAS QUANTO AO MONTANTE A SER DEVOLVIDO AO ERÁRIO.

"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 eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, Dje 28/9/11).

Desembargador José Ricardo Porto

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.” (STJ. AgRg no AREsp 44773 / PR. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. J. Em 06/08/2013).**

O agente público e o particular que com ele celebra ajustes têm a obrigação de conhecer a lei. Se resta caracterizada a total falta de controle da despesa pública pela Administração, de um lado, e a fabricação de notas fiscais, pelo particular que com ele contrata, do outro lado, não há como elidir o dolo dos responsáveis pelos atos envolvidos.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação civil pública. Pagamento de serviços pela Municipalidade, sem a devida contraprestação. Emissão de notas fiscais "frias" por empresas. Conduta tipificada na Lei de improbidade administrativa. Participação efetiva dos réus no evento danoso. Arguição de preliminares de incompetência do juízo monocrático, nulidade da sentença por ausência de fundamentação, inépcia da petição inicial, inadequação da ação civil pública e ilegitimidade ativa do Ministério Público. Pena de ressarcimento do dano que merece ser revista face ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, com a manutenção das demais. Recursos parcialmente providos, com rejeição das preliminares. (TJSP; APL 0003000-66.2005.8.26.0411; Ac. 6892012; Pacaembu; Oitava Câmara de Direito Público; Rel. Des. Ponte Neto; Julg. 31/07/2013; DJESP 13/08/2013)

A conduta do promovido, ora apelante, está expressamente prevista na lei nº 8.429/92, que em seu art. 10, *caput*, diz que constitui ato de improbidade administrativa que cause 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. Ocorrido o fato típico, há de ser aplicada sanção, nos termos do art. 12, da lei n. 8.429/92. Todavia, o Magistrado *a quo* entendeu que a conduta estava tipificada no art. 11, hipótese que se enquadraria nas sanções previstas no inciso III, do art. 12 da cotada lei. Assim, conforme posição recente do STJ, é vedada a mudança da capitulação jurídica em grau recursal, especialmente porque o Ministério Público, autor da ação, se conformou com o enquadramento da conduta do apelante no art. 11, da Lei nº 8.429/92, devendo ser mantida essa parte da sentença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acima identificados:

ACORDA a Primeira Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, **REJEITAR AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO.**

RELATÓRIO

Trata-se de **Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa** ajuizada pelo **Ministério Público do Estado da Paraíba** em face de **José Francisco Régis**.

Narra a inicial que o Promovido, na qualidade de Prefeito do Município de Cabedelo, adquiriu bens consistentes em fardamentos, mobiliários para a Secretária de Educação e utensílios de cozinha para as escolas locais, através de procedimento licitatório que teve como vencedora a empresa SMC Albuquerque.

Aduz que o Fisco informou, em processo de prestação de contas oriundo do Tribunal de Contas Estadual, o qual realizou consulta sobre a idoneidade da vencedora do certame, que a contratada possui volume de movimentação de entrada incompatível com o de operações de vendas descritas nas notas emitidas ao município licitante, razão pela qual concluiu-se que as notas emitidas para a prefeitura são fictícias, e a empresa emissora é considerada de “fachada”.

Os atos acoimados de ilícitos teriam provocado um débito no valor de R\$ 441.970,97 (quatrocentos e quarenta e um mil novecentos e setenta reais e noventa e sete centavos).

Neste contexto, o *Parquet* requereu a aplicação das penalidades previstas no art. 10, V, da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Devidamente notificado, o Réu apresentou defesa prévia (fls.47/69).

Na decisão de fls. 530, a inicial foi recebida, sendo determinada a citação do

Demandado.

Contestação apresentada (fls. 533/555).

Impugnação à Contestação (fls. 556/560).

Perícia contábil realizada às fls. 1813/1828.

Na sentença de fls. 1859/1867, por entender que houve despesas irregularmente realizadas em desconformidade com a lei e sem atendimento ao interesse público, caracterizando ato ímprobo, o Douto Juiz de Direito julgou procedente o pedido inicial, condenando o Promovido ao ressarcimento do erário no valor de R\$ 441.970,97 (quatrocentos e quarenta e um mil novecentos e setenta reais e noventa e sete centavos), suspensão dos direitos políticos pelo período de cinco anos, pagamento de multa no valor de cinco vezes a remuneração percebida quando prefeito e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos pelo prazo de cinco anos, além das custas processuais.

Insatisfeito, o Demandado interpôs Apelação Cível (fls. 1869/1917), alegando, preliminarmente, a inadequação da via eleita, ante a impossibilidade de processamento das autoridades políticas segundo a Lei nº 8.429/92, bem como o cerceamento de defesa, por ausência de intimação para se manifestar sobre a perícia contábil e pelo indeferimento implícito da produção de outros meios de prova, além da violação ao princípio da identidade física do juiz.

Quanto ao mérito, alega que o laudo pericial judicial obteve conclusões diversas das constatações apuradas pelo TCE, todavia o Juiz *a quo* desconsiderou tal fato, inclusive condenando-o ao ressarcimento de valor superior ao encontrado pelo perito.

Ademais, assevera que o Gestor não pode ser responsabilizado pelas irregularidades da empresa contratada quando adotou todos os critérios legais exigíveis

para a realização do certame licitatório, cabendo aos órgãos fiscalizadores e emissores das competentes certidões certificar qualquer ato irregular ou fraudulento porventura existente, o que não ocorreu na hipótese, já que a vencedora estava regular quando da participação da licitação, tornando-se inidônea somente em época posterior.

Ressalta que todos os materiais contratados foram fornecidos, bem como suscita a ausência de dolo a configurar a improbidade administrativa.

Ao final, requer o acolhimento das questões prévias ou, caso ultrapassadas, pugna pela reforma da sentença.

Contrarrazões (fls. 1922/1939).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso apelatório (fls. 1944/1950).

É o breve relatório.

V O T O

Antes de adentrar no mérito do recurso, passo à análise das preliminares.

DA PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Sustenta o Apelante que a Ação Civil Pública seria meio inadequado para dirimir qualquer responsabilidade dos Agentes Políticos, pois o Sr. José Francisco Régis, na época, era Prefeito do Município de Cabedelo, não podendo ser processado através da presente lide, e sim, por crime de responsabilidades previsto no Decreto 201/1967.

Nesse prisma, analisando a Lei de Improbidade Administrativa, Lei 8.429/92, infere-se que a mesma se aplica aos agentes políticos, pois foi bem abrangente quando especificou que recairia contra qualquer agente público, seja ele ocupante de cargo, função, mandato, emprego ou mesmo os que transitoriamente exerçam alguma atividade

pública, ainda que sem remuneração e por qualquer meio de investidura, atingindo, inclusive, o particular que favorece ou participa do ato de improbidade.

Dessa forma, basta a simples leitura de seus dispositivos para se perceber que a citada legislação engloba todos os agentes públicos, senão veja-se:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Pois bem, o Supremo Tribunal Federal em recente julgado tratou do assunto nos seguintes termos:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento implícito. Impossibilidade. Alegada existência de ofensa direta a normas constitucionais, a permitir o conhecimento do recurso. Decisão atacada que apreciou adequada e exhaustivamente as questões em debate nos autos. Eventuais ofensas concernentes ao plano infraconstitucional. Precedentes. 1. Não admite a Corte a existência de prequestionamento implícito. Se a análise das alegadas violações às normas constitucionais em que fundamentado o recurso

Desembargador José Ricardo Porto

extraordinário depende, para sua verificação, da apreciação de normas infraconstitucionais e dos fatos em debate nos autos, tal como aqui ocorre, cuida-se de ofensa meramente reflexa, de insuscetível constatação, em recurso extraordinário. 2. A ação de improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429/92, também pode ser ajuizada em face de agentes políticos. Precedentes. 3. A análise da legalidade de ato administrativo pelo Poder Judiciário não implica a violação do princípio da separação de poderes, sendo certo que a apreciação de contas de detentor de mandato eletivo pelo órgão do Poder Legislativo competente não impede o ajuizamento de ação civil pública com vistas ao ressarcimento de danos eventualmente decorrentes desses mesmos fatos. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (STF- AI 809338 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 29/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-057 DIVULG 21-03-2014 PUBLIC 24-03-2014)

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou no mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS SEM EMPENHO E AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS SEM O REGULAR PROCEDIMENTO LEGAL. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. POSSIBILIDADE. ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. SANÇÕES APLICADAS COM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que a Lei n. 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos; nesse sentido, vide: Rcl 2790/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 4/3/2010.

2. Nos termos do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, as sanções por atos de improbidade, conforme o caso, devem levar em consideração a extensão do dano causado, o proveito patrimonial obtido pelo agente e a gravidade do fato.

3. No caso, a conduta descrita pelo acórdão recorrido denota que o réu menospreza os princípios constitucionais aos quais deve obediência no exercício do múnus público que lhe foi outorgado, demonstrando não ter a moralidade necessária àqueles que devem ocupar ou permanecer em cargos públicos.

4. Nesse contexto, a pena de suspensão dos direitos políticos não se mostra desproporcional, mas, ao contrário, necessária, porquanto, além de efetivamente obstar que o agente político possa voltar à prática de atos de improbidade em eventual caso de tentativa de reeleição, após o trânsito em julgado da decisão condenatória, cumpre importante finalidade pedagógica, mormente diante do fato de a sociedade não aceitar agentes políticos que não observam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições a que servem.

Recurso especial improvido.

(STJ- REsp 1424418/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS,

SEGUNDA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 19/08/2014)

Por fim, esta Corte não destoa desse raciocínio:

APELAÇÕES CÍVEIS. PRELIMINAR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA POR AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PARA AGENTES POLÍTICOS. PACÍFICA POSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. PRECEDENTES DO STF E STJ. REJEIÇÃO. MÉRITO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS SEM A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. VALOR MÓDICO. INEXISTÊNCIA DE DOLO OU PREJUÍZO AO ERÁRIO. SERVIÇO EFETIVAMENTE PRESTADO. DIFERENCIAÇÃO DE ILEGALIDADE POR MERA IRREGULARIDADE DAS PENAS DE IMPROBIDADE. INOCORRÊNCIA DE DOLO, CULPA GRAVE, DESONESTIDADE OU PREJUÍZO AO ERÁRIO. MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA PARA IMPROCEDÊNCIA. DESPROVIMENTO DO APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PROVIMENTO DOS APELOS DOS PROMOVIDOS. A improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. (resp 1416313/mt, Rel. Ministro napoleão nunes maia filho, primeira turma, julgado em 26/11/2013, dje 12/12/2013). (TJPB; APL 0000018-85.2009.815.0301; Primeira Câmara Especializada Cível; Rel^a Des^a Vanda Elizabeth Marinho Barbosa; DJPB 05/11/2014; Pág. 21)

Ante o exposto, **rejeito a presente preliminar.**

DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Ressalta o insurgente, ainda, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa, ao argumento de que inexistiu intimação para se manifestar sobre o laudo pericial, mas tão somente a notificação do *Parquet*, autor da ação.

Todavia, há que ser desacolhida tal alegação.

O fato de o recorrente não ter sido intimado para falar sobre o laudo pericial não retira a idoneidade da análise técnica.

Importante consignar, ainda, que inexistente violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, a configurar cerceamento, eis que em

nenhum momento o apelante foi obstado de discutir a questão ou mesmo se rebelar contra o laudo, tendo exercido regularmente o direito de devolver a matéria ao exame deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ademais, não há que se alegar nulidade quando esta não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa, em direta aplicação do brocardo "*pas de nullité sans grief*".

Frise-se, outrossim, que os elementos acostados ao caderno processual são destinados ao Julgador, para a formação do seu entendimento, cabendo a este verificar a necessidade de realização de novas provas, quando a matéria de que trata a pretensão não lhe parecer **suficientemente esclarecida**.

Assim, quando o Magistrado entende pelo não cabimento de provas testemunhais, pois a matéria nos autos trata-se eminentemente de direito, privilegia a celeridade e economia processuais.

Neste azo, é o entendimento jurisprudencial:

*AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. MEDICAMENTOS. OMISSÃO. SÚMULA 284/STF. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. SÚMULA 7/STJ. 1. Alegações genéricas quanto às prefaciais de afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil não bastam à abertura da via especial pela alínea "a" do permissivo da Constituição, a teor da Súmula 284 do STF. 2. **A decisão pela necessidade, ou não, da produção de prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá avaliar se há nos autos elementos e provas suficientes para formar sua convicção.** 3. É inviável a discussão sobre cerceamento de defesa e possibilidade de julgamento antecipado da lide quando o aresto recorrido fundamenta seu convencimento em elementos constantes nos autos do processo, conforme o enunciado da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1191569/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 27/11/2009)*

*AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. OITIVA DE TESTEMUNHAS DISPENSADA. DILIGÊNCIA PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO. I – **O Supremo Tribunal tem decidido no sentido de que o indeferimento de diligência probatória, tida por desnecessária pelo juízo a quo,***

Desembargador José Ricardo Porto

não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. II – A exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe que seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento. III - Agravo regimental improvido.(AI 737693 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe-227 DIVULG 25-11-2010 PUBLIC 26-11-2010 EMENT VOL-02439-01 PP-00266)

Assim, não se consumou a restrição ao direito de defesa, porquanto a pendência se entrevê, no caso, apenas à valoração dos fatos trazidos ao processo. Sem propósito e inútil maior dilação probatória, além da já realizada, ao desate da lide.

Por todas essas razões, **deve ser desacolhida a presente prefacial.**

DA PRELIMINAR DA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

Aduz o recorrente a violação ao princípio da identidade física do juiz, considerando que o magistrado prolator da decisão diferiu daquele que participou da instrução probatória.

Razão também não lhe assiste.

Com efeito, é cediço que a vinculação do juízo ao processo, para fins de prolação da sentença, ocorre quando há a coleta de provas em audiência, situação em que o magistrado se torna íntimo dos fatos, sendo recomendável a utilização de tais conhecimentos sobre as peças processuais no momento da distribuição da justiça.

No caso presente, observa-se que a única prova apresentada aos autos, além dos documentos interpostos pelas partes, foi a pericial. Logo, não havendo provas produzidas em audiência, e nem a produção de qualquer outro elemento além daqueles encartados pelos litigantes, não há vinculação do juízo ao processo, já que a questão é meramente de direito, bastando a análise da documentação presente no caderno processual, inexistindo, portanto, danos ao réu.

O STJ não destoa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA (CPC, ART. 535). PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (CPC, ART. 132). AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MANDATO. LIBERAÇÃO DE VALORES. AUSÊNCIA DE PODERES. SÚMULAS 5 E 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos da decisão são suficientes para motivar a conclusão adotada, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte ou a reportar-se de modo específico a determinados preceitos legais.

2. O princípio da identidade física do juiz não possui caráter absoluto. Se não ficar caracterizado prejuízo às partes, sobretudo no tocante aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não é viável reconhecer-se a nulidade do decísium apenas por ter sido prolatado por julgador diverso do que presidiu a instrução do feito.

3. O Tribunal a quo concluiu, com base na análise do instrumento de mandato e das circunstâncias do caso concreto, que o mandatário não detinha poderes de representação do mandante perante o banco, sobretudo para receber elevadas importâncias. Para alterar essas conclusões, faz-se necessário proceder a uma nova interpretação das cláusulas do contrato de mandato, bem como do contexto fático-probatório, o que é vedado na via estreita do recurso especial (Súmulas 5 e 7/STJ).

4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ-REsp 1441749/BA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 09/04/2014)

Ademais, argui o apelante que “*tamanha a impropriedade da sentença recorrida que a mesma fez menção em sua fundamentação a fatos alheios aos presentes autos.*”

Analisando o decreto sentencial, vê-se que, de fato, existiu erro material em seu conteúdo, todavia, sem acarretar nulidade, uma vez que o dispositivo sentencial (a parte da sentença que forma coisa julgada) e boa parte da fundamentação, se referiram especificamente ao caso dos autos.

Rejeito, pois, a questão prévia.

Passo ao exame meritório.

O cerne da questão se restringe em analisar se houve ato de improbidade que conduza à aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92.

Argui o recorrente que não pode ser penalizado pela inidoneidade da empresa contratada em procedimento licitatório regular. Aduz, nesse sentido, que caberia aos órgãos fiscalizadores e responsáveis por fornecer certidões, como a Receita Federal ou o Fisco, apurar e se pronunciar sobre as possíveis irregulares dos estabelecimentos, a fim de impedi-los de participar das licitações realizadas pelos Municípios.

Ademais, assevera que todos os bens adquiridos através da SMC Albuquerque foram devidamente entregues, não havendo que se falar em despesa não comprovada, ou dano ao erário, considerando, inclusive, que a perícia técnica mostrou valor destoante das conclusões obtidas pelo Tribunal de Contas do Estado (cujo acórdão serviu como objeto para a interposição da presente ação de improbidade), fragilizando a decisão proferida pela Corte de Contas.

Ressalta, ainda, a inexistência do dolo específico ou má-fé em suas ações, imprescindíveis aos tipos contidos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei de Improbidade.

Para se caracterizar o ato ímprobo, essencial a demonstração do elemento subjetivo dolo ou culpa e o prejuízo ao erário (Lei n. 8.429/92), que devem ser devidamente provados para a definição do ilícito administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça entende que:

“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 eivada 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.

Desembargador José Ricardo Porto

3. *Agravo regimental não provido.*” (STJ. AgRg no AREsp 44773 / PR. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima. **J. em 06/08/2013**). Grifei.

Pois bem. Conforme trazido à baila na exordial, durante a sua gestão na prefeitura de Cabedelo, José Francisco Régis realizou despesas irregulares (sem comprovação) gerando um prejuízo ao erário no montante de R\$ 441.970,97, relacionado aos bens adquiridos (fardamentos, utensílios de cozinha e mobiliários) junto à Empresa SMC Albuquerque, contratada através de prévia licitação pública.

Com efeito, em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, ficou constatado que “ ***a documentação fornecida pelo FISCO Estadual (fls. 3822/3825) demonstra que as empresas: América Construções e Serviços Ltda, SMC Albuquerque e DMS Comércio de Materiais em Geral possuem volume de operações de venda incompatíveis com a movimentação de entrada. Esse fato, por si só, demonstra que houve irregularidade na aquisição de bens por parte da Prefeitura de Cabedelo. Vale salientar que o Ofício nº 330/2009/MPF/PRM/CG/PB (doc. Fls. 7332/7333) comunica fatos apurados em operação investigatória criminal realizada pela Polícia Federal, da qual resultou Denúncia formulada pelo Ministério Público Federal (doc. Fls. 7334/7388). (...) Não se pode olvidar que esta Auditoria toma por base investigação criminal e procedimentos fiscais dotados de fé pública promovidos por órgãos públicos (federais e estaduais), dos quais comprovou-se que empresas não têm legitimidade para prestarem serviços e fornecerem materiais.***” (fls. 17/18).

Ademais, restou concluído que: “***Em consulta formulada sobre a idoneidade da empresa e as notas emitidas o FISCO informou que a movimentação de entrada da SMC Albuquerque é incompatível com o volume de operações de venda descrito em notas fiscais emitidas ao município de Cabedelo, razão pela qual conclui-se que as notas emitidas para a prefeitura são fictícias. Saliente-se também que o endereço informado como sendo sede da empresa é uma residência, conforme constatação da auditoria in loco e, que segundo informações dos vizinhos, nenhuma empresa atua naquele endereço. Quanto à comprovação do recebimento de mercadorias, houve a comprovação parcial entre aquilo que foi comprado, conforme notas fiscais e o que foi efetivamente comprovado como***

recebido pelos setores, tal diferença totaliza R\$ 441.970,97.” (fls. 25)

Tal situação gerou a condenação do gestor junto ao TCE, entre outras penalidades, à devolução do valor relativo às despesas não comprovadas com a aquisição de bens, quando da análise da sua prestação de contas do exercício de 2008. (vide acórdãos APL-TC nº 0120/2010 e 0941/2010, fls. 30 e 37).

Em primeiro lugar, esclareço que as decisões administrativas de mérito oriundas do Tribunal de Contas não vinculam o Poder Judiciário (art. 21, II, da Lei 8.429/92). Contudo, nada impede que os fatos tidos por irregulares por aquele Órgão Fiscalizador possam ser considerados para o reconhecimento de atividade ilícita punível com uma das sanções estabelecidas na Lei de Improbidade Administrativa.

Em outras palavras, o comando emanado pela Corte de Contas pode, perfeitamente, servir de substrato probatório para firmar o convencimento do Magistrado em ação de improbidade, tanto para condenar quanto para absolver o réu.

No caso dos autos, extraio da sentença de fls. 1859/1867, que o promovido causou danos ao erário, ultrapassando os limites dos princípios morais e probos da Administração Pública, devendo sobre si recair as sanções pertinentes.

Analisando detidamente o caderno processual, vê-se que a ilicitude está demonstrada.

Ora, além das apurações obtidas pelo Tribunal de Contas, percebe-se, através do laudo pericial de fls. 1813/1828, que a lesão ao patrimônio público restou evidenciada.

Segundo as conclusões periciais, com relação aos fardamentos e utensílios de cozinha adquiridos junto à SMC Albuquerque, tomando por base as notas fiscais emitidas pela empresa e a documentação de entrada de mercadorias no almoxarifado ou secretarias municipais, verifica-se que todos os itens supostamente pagos pela Prefeitura foram integralmente entregues.

Todavia, quando se refere aos mobiliários, verificou-se que os produtos adquiridos não foram recebidos pela Edilidade, gerando uma perda patrimonial no montante de R\$ 271.467,77 (duzentos e setenta e um mil quatrocentos e sessenta e sete reais e setenta e sete centavos).

Assim, estão mais do que demonstrados os danos ao erário, a configurar a prática da improbidade administrativa.

Vê-se que o Gestor Municipal, além de contratar com empresa de “fachada”, a qual emitiu “notas frias”, conforme alega o Tribunal de Contas e o Ministério Público, ainda causou prejuízos aos cofres públicos exorbitantes, estando devidamente evidenciado o dolo na sua conduta.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA. LEI Nº. 10.628/02. INCONSTITUCIONALIDADE. DECLARAÇÃO PLENÁRIA DO STF. ADI 2797/DF. JUÍZO COMPETENTE. PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (ART. 97 DA CF). DESNECESSIDADE. Art. 481, parágrafo único, do CPC. Não obstante a Lei Federal nº. 10.628/02 tenha acrescido o § 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, criando uma espécie de foro privilegiado para as ações de improbidade administrativa, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2797/DF, cuja relatoria coube ao eminente Min. Sepúlveda Pertence, considerou inconstitucional a referida alteração legislativa por entender que a legislação infraconstitucional não pode criar hipóteses de competência originária, posto que essa matéria é reservada à Constituição. Os órgãos fracionários dos tribunais não submetem ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (art. 481, parágrafo único, do CPC). PROCESSUAL CIVIL. Apelação Cível. Preliminar. Sentença. Extra petita. Inexistência. Congruência entre decisão vergastada e os fatos narrados na inicial. Rejeição. Não existe decisão. Extra petita. quando o Magistrado decide com base em fundamento legal diverso do fornecido na inicial, desde que baseado em fatos ligados ao fato-base. PROCESSUAL CIVIL. Apelação Cível. Preliminar. Nulidade da sentença. Cerceamento de defesa. Desnecessidade de dilação probatória. Princípio do livre convencimento motivado do

*Magistrado. Rejeição. De regra, o julgamento antecipado da lide (art. 330 do CPC) não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, ante o princípio do livre convencimento motivado do Magistrado. Assim, não havendo necessidade de dilação probatória ou versando a causa sobre matéria exclusivamente de direito, pode o Juiz julgar antecipadamente a lide, sem que isso implique cerceamento de defesa. PROCESSUAL CIVIL. Preliminar. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Procedência. Cabimento de honorários advocatícios. Matéria de fundo. Apreciação conjunta. A presente preliminar, em verdade, possui natureza de defesa de mérito, e com ele deverá ser analisada. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. Apelação cível. **Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ato que causa dano ao erário e atenta contra os princípios da administração pública. Acórdão do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. Despesas sem comprovação. Não aplicação do exigido na manutenção do desenvolvimento do ensino. Emissão de cheques sem fundos. Despesas não licitadas, entre outras. Condenação. Atos graves. Sanções proporcionais à extensão do dano. Multa civil, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário. Desprovemento. Restado provado nos autos que o requerido praticou atos de improbidade administrativa que causam dano ao erário público e que atentam com os princípios da administração pública é de se aplicar as sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, a saber, multa civil, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.** (TJPB; AC 011.2006.000.209-1/001; Cabaceira; Rel. Juiz Conv. Alexandre Targino Gomes Falcão; DJPB 25/11/2008; Pág. 6)*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação proposta visando à responsabilização do Vice-Prefeito de Pedregulho e de seu irmão por terem vencido algumas licitação das quais participaram indevidamente por meio de empresa "laranja", na vigência de condenação que os impediu de contratar com a Administração Pública. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DANO AO ERÁRIO** Reconhecimento de ato de improbidade administrativa que importou em dano ao erário municipal decorrente da fraude nas licitações, com pagamentos por materiais que não foram entregues, tendo os cheques emitidos pela Prefeitura sido depositados nas contas do Vice-Prefeito e de seu irmão **Efetiva participação do agente público demonstrada Prática prevista no artigo 10 da Lei nº 8.429/92. Improbidade caracterizada. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO** Fraude praticada pelo Vice-Prefeito e seu

irmão que importou em violação aos princípios da moralidade, impessoalidade e legalidade Dolo caracterizada Réus incursos no artigo 11 de LIA. SANÇÕES. O art. 37, § 4º, da CF, prevê sanções mínimas e obrigatórias por ato de improbidade administrativa, não excluindo a possibilidade de criação de novas sanções pela legislação pertinente Multa civil e proibição de contratar com o Poder Público aplicáveis ao caso Sentença parcialmente reformada apenas para redimensionar as sanções. Recurso do Ministério Público provido. Recurso dos réus não provido. (TJSP; EDcl 0001966-74.2011.8.26.0434/50000; Ac. 7452897; Pedregulho; Quinta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Leonel Costa; Julg. 13/01/2014; DJESP 07/05/2014)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EXPREFEITO. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO FIRMADO COM A FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ARTIGO 10, I, IX, XI, DA LEI Nº 8.429/1992. DOLO E MÁ-FÉ. CONFIGURADOS. APELO NÃO PROVIDO. 1. Sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele valorar a necessidade ou não da produção de certa prova, em observância ao princípio do livre convencimento motivado, nos termos do art. 130 do código de processo civil. Precedente desta corte. 2. Não há em prescrição, porquanto o prazo prescricional só começa a correr a partir do término do mandato de prefeito, sendo certo que, se este for reeleito, o início do prazo se dará a partir do término do segundo mandato. Precedentes do Superior Tribunal de justiça e desta corte. 3. O relatório de fiscalização n. 123, datado de 28/09/2004, emitido pela controladoria-geral da união, somado às declarações prestadas pelos funcionários da fundação nacional de saúde. Funasa e pelo próprio requerido junto ao ministério público do estado de Minas Gerais, comprovam o descumprimento do convênio 740/98, que visava à construção de 121 (cento e vinte e um) módulos sanitários domiciliares, acarretando prejuízo ao erário. 4. Houve dispensa indevida de processo licitatório, ainda mais por ser a empresa contratada para realizar o objeto estipulado uma empresa de fachada, que fornecia diversas notas frias para vários municípios, inclusive para o de lagoa dos patos/mg. 5. **A contratação de empresa inidônea e a declaração falsa junto à funasa, no sentido de que as obras teriam sido regularmente cumpridas, permitem concluir que o réu agiu dolosamente. 6. Apelação não provida. (TRF 1ª R.; AC 0001410-41.2009.4.01.3807; MG; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Monica Jacqueline Sifuentes; DJF1 28/03/2014; Pág. 929)**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA PDDE. DESEMBOLSO DOS RECURSOS MEDIANTE CHEQUE AO PORTADOR. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO IDÔNEA QUE COMPROVE A AQUISIÇÃO DE MATERIAIS ESCOLARES E DE EXPEDIENTE. NOTAS FISCAIS FRIAS. AUSÊNCIA DE QUALQUER

Desembargador José Ricardo Porto

REGISTRO DO INGRESSO NA PREFEITURA E/OU DISTRIBUIÇÃO ÀS ESCOLAS DOS MATERIAIS SUPOSTAMENTE ADQUIRIDOS. IMPROBIDADE CONFIGURADA. 1. Não se verifica a prescrição quinquenal prevista no art. 23, I, da Lei nº 8429/92 quando o mandato em que se deram os fatos terminou em dezembro de 2004 e a ação de improbidade administrativa foi proposta em 21.03.07. 2. Hipótese em que o apelante malversou recursos federais destinados às escolas municipais (pdde), promovendo o seu desembolso mediante cheque ao portador e apresentando documentação inidônea a demonstrar o destino dos recursos notas fiscais frias e sem o atesto de recebimento. 3. Ausência de qualquer registro de ingresso, na prefeitura, dos materiais supostamente, tampouco de sua distribuição às escolas que deveriam ser beneficiadas. 4. Irrelevância da aprovação das contas pelo fnde, se este o fez com base em documentos cuja inidoneidade foi posteriormente reconhecida pelo tribunal de contas da união. 5. Configuração dos atos de improbidade previstos nos artigos 10, I e XI, e 11 da Lei nº 8.429/92. 6. Apelação não provida. (TRF 5ª R.; AC 0001179-05.2007.4.05.8000; AL; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Fernando Braga; DEJF 16/08/2013; Pág. 237)

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação civil pública. Pagamento de serviços pela Municipalidade, sem a devida contraprestação. Emissão de notas fiscais "frias" por empresas. Conduta tipificada na Lei de improbidade administrativa. Participação efetiva dos réus no evento danoso. Arguição de preliminares de incompetência do juízo monocrático, nulidade da sentença por ausência de fundamentação, inépcia da petição inicial, inadequação da ação civil pública e ilegitimidade ativa do Ministério Público. Pena de ressarcimento do dano que merece ser revista face ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, com a manutenção das demais. Recursos parcialmente providos, com rejeição das preliminares. (TJSP; APL 0003000-66.2005.8.26.0411; Ac. 6892012; Pacaembu; Oitava Câmara de Direito Público; Rel. Des. Ponte Neto; Julg. 31/07/2013; DJESP 13/08/2013)

A conduta do promovido, ora apelante, está expressamente prevista na lei nº 8.429/92, que em seu art. 10, *caput*, diz que constitui ato de improbidade administrativa que cause lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseja perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei. Ocorrido o fato típico, há de ser aplicada sanção, nos termos do art. 12, da lei n. 8.429/92.

Ora, o agente público e o particular que com ele celebra ajustes têm a obrigação de conhecer a lei. Se resta caracterizada a total falta de controle da despesa

pública pela Administração, de um lado, e a fabricação de notas fiscais, pelo particular que com ele contrata, do outro lado, não há como elidir o dolo dos responsáveis pelos atos envolvidos.

Até porque, segundo a jurisprudência, “o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa reflete-se na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas” (STJ- AgReg no REsp n.º 1.214.254/MG, rel. Min. Humberto Martins, j. em 15.2.2011).

Ademais, ainda que assim não fosse, não se faria necessária nem a comprovação do dolo, já que o *caput* do art. 10 da LIA dispõe que a responsabilização poderá se dar a título de culpa.

O Superior Tribunal de Justiça não destoia:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE. LICITAÇÃO IRREGULAR. HOMOLOGAÇÃO. DANO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO. VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 8.429/1992 CONFIGURADA.

1. O Tribunal de origem constatou a irregularidade da licitação, por não ter sido observada a publicidade do edital, e enquadrou a conduta do recorrente no art. 10 da Lei 8.429/1992, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

2. De acordo com a premissa fática do acórdão recorrido, o edital da licitação foi publicado no Diário Oficial, tendo faltado divulgação em jornal de grande circulação. Tal omissão não foi imputada ao recorrente, então prefeito, que apenas homologou o procedimento licitatório.

3. A jurisprudência do STJ rechaça a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 – que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente – e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

4. Na hipótese, os fatos considerados pelo Tribunal a quo podem denotar somente negligência do recorrente por ter homologado a licitação, porém não se constatou dano concreto, tanto que não houve condenação ao ressarcimento. Nesse contexto, mostra-se

equivocada a aplicação do art. 10 da Lei 8.429/1992.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 414.697/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 16/09/2010)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. DANO AO ERÁRIO. CULPA. IMPROBIDADE CONFIGURADA. RESSARCIMENTO. INSUFICIÊNCIA. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PROPRIAMENTE DITAS. NECESSIDADE. DOSIMETRIA A CARGO DO JULGADOR ORDINÁRIO.

1. Cuidam os autos de Ação de Improbidade Administrativa movida contra ex-prefeita do Município de Rio Formoso/PE, com base em apuração feita pelo Tribunal de Contas das seguintes irregularidades: não-aplicação de material adquirido para saneamento básico e recuperação das vias públicas; dispêndios representados pelo excedente embutido nos custos globais de obras; aquisição de insumos por preços maiores que os praticados no mercado na recuperação de casas populares e escolas; e gastos com material de construção e serviços sem destinação definida.

2. A instância ordinária julgou o pedido procedente em parte para condenar a ré ao ressarcimento do Erário no valor de R\$ 25.000,00, deixando, porém, de lhe impor sanções pela prática de improbidade administrativa, ao fundamento de não ter havido comprovação de dolo, mas apenas negligência.

3. O art. 10 da Lei 8.429/1992, que censura as condutas ímprobas por dano ao Erário, admite a modalidade culposa. Precedentes do STJ.

4. O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ.

5. A repercussão do dano, o elemento subjetivo do agente e outras particularidades do caso concreto devem ser avaliados e ponderados pelo julgador ordinário na dosimetria das sanções, aplicáveis cumulativamente ou não, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

6. Recurso Especial provido, com o retorno do processo ao Tribunal de origem.

(REsp 1184897/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 27/04/2011)

Esclarecidas as questões com a tipificação da conduta do recorrente, cumpre aplicar a sanção adequada pela prática do ato de improbidade.

O art. 12 da Lei 8.429/92 prevê as penalidades pelo cometimento de ato de improbidade administrativa. Senão vejamos:

Desembargador José Ricardo Porto

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

No caso em exame, haveriam de ser aplicadas as sanções previstas no inciso II, transcrito acima, eis que a conduta do apelante se enquadra na hipótese do art. 10.

Todavia, observando o dispositivo sentencial, vê-se que o Magistrado *a quo* entendeu que a conduta estava tipificada no art. 11, hipótese que se enquadraria nas sanções previstas no inciso III, do art. 12.

Ora, conforme posição recente do STJ, é vedada a mudança da capitulação jurídica em grau recursal, especialmente porque o Ministério Público, autor da ação, se conformou com o enquadramento da conduta do apelante no art. 11, da Lei nº 8.429/92.

Vejamos julgado a esse respeito:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. PRINCÍPIO DO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 10 DA LEI N. 8.429/92.

1. A origem apreciou a controvérsia sob dois juízos: o juízo de legalidade do contrato administrativo e o juízo de improbidade administrativa. O acórdão da origem, apesar de entender pela ilegalidade dos contratos administrativos, asseverou a inexistência de prejuízo ao erário, mantendo a condenação dos recorrentes em sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

2. Concordo com a origem: houve ilegalidade na confecção de aditamentos (não se trata de vários contratos, mas de aditamentos sucessivos a um mesmo contrato, como deixa claro a instância recorrida em diversas passagens do acórdão alvo dos especiais), que superaram, em muito, o valor admitido legalmente. Também estou de pleno acordo com o que expõe o Ministro Herman Benjamin: os aditivos são ilegais.

3. Nada obstante, entendo escorreita a dicotomia realizada pela origem entre ilegalidade e improbidade, considerando que existem pressupostos específicos que transformam a ilegalidade que conferiu a pecha de nulidade aos contratos administrativos em improbidade administrativa.

4. A leitura atenta da parte final do acórdão recorrido revela que a origem entendeu pela inexistência de prejuízo ao erário (v. penúltima folha do acórdão) e, com base nisto, discutiu a proporcionalidade das sanções por improbidade administrativa, ponderando que a imposição do ressarcimento ao erário (considerado, pela origem, como sanção, entendimento este já desconstruído por esta Corte Superior em inúmeros precedentes) seria indevida, justamente porque não teria havido rombo material nos cofres públicos. No mais, mantiveram-se as outras sanções aplicadas em sentença porque a Lei n. 8.429/92 tem pretensão mais abrangente do que a simples tutela do prejuízo ao erário: ela tutela a própria ordem legal, ainda que exija requisitos subjetivos e objetivos específicos.

5. Na situação ora em comento, o acórdão foi enfático ao asseverar a inexistência de prejuízo. E não se pode reverter esta premissa fática com base em uma construção destinada a suprir lacunas probatórias.

6. Destaco, ainda, que, a meu sentir, não é missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça fazer interpretações que busquem salvar equívocos dos acórdãos recorridos, na tentativa de

Desembargador José Ricardo Porto

justificar posicionamentos que, à toda evidência, não encontram amparo legal.

Não e não.

7. O que o constituinte reservou a esta Corte Superior, em sede de especial interposto com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, foi a uniformização da interpretação da lei infraconstitucional federal e da jurisprudência nela fundada. E isso, não custa pontuar, sem autorizar discussão sobre fatos e provas que não constem do acórdão recorrido (e, portanto, com todas as vênias, recorrer a elementos constantes da sentença, salvo quando expressamente incorporados ao acórdão, estaria de fora das possibilidades do STJ).

8. O que ocorreu nos presentes autos, no acórdão recorrido, foi a expressa afirmação de inexistência de prejuízo ao erário. Por isso, estou convicto de que qualquer menção à incidência do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa está completamente equivocada no âmbito deste julgamento.

9. O ponto que me causa certa estranheza no acórdão recorrido não é a cisão entre os juízos de ilegalidade e improbidade, nem mesmo a questão da inexistência de prejuízo ao erário mas, sim, que a sentença havia se limitado a condenar os recorrentes por improbidade administrativa com base no art. 10 da LIA.

10. Nesta esteira, na apelação, devolveu-se ao Tribunal a revisão da condenação por improbidade administrativa nos exatos termos da sentença, acrescentando-se outras discussões colaterais. Importante salientar, ainda, que o Ministério Público não interpôs apelação.

11. Os membros da Corte recorrida expressamente afastaram a ocorrência de lesão aos cofres públicos, mas mantiveram a aplicação do art. 12 da Lei n. 8.429/92, por entenderem, implicitamente, que, apesar da impossibilidade de enquadrar as condutas descritas na inicial no art. 10 deste mesmo diploma normativo, ficava clara da análise do conjunto fático-probatório carreado aos autos a configuração da improbidade administrativa por ofensa a princípios constitucionais de licitação.

12. Por meio da apelação, os recorrentes devolveram à instância recursal ordinária - e só poderiam mesmo tê-lo feito nestes termos - apenas a matéria que foi apreciada na sentença, ou seja, o prejuízo ao erário e as conseqüências que daí adviessem no plano da improbidade administrativa.

13. Não deixo de considerar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inclusive na esfera penal, vela pelo reconhecimento da tese de que o réu se defende dos fatos, e não de sua capitulação jurídica. Este entendimento ganhou terreno no Direito Administrativo Sancionador porque, onde permanecem as mesmas razões, permanece a mesma compreensão.

14. A mudança da capitulação jurídica não pode se dar em sede recursal, especialmente quando o Ministério Público se conformou com o enquadramento das condutas dos réus no art. 10 da Lei n. 8.249/92. Note-se, ademais, que, no âmbito da Lei n. 8.429/92 é difícil caracterizar a reformatio in pejus de forma tão evidente como o que se dá no âmbito penal (em

que a mera comparação das penas abstratamente impostas já indicam os tipos mais gravosos).

15. Depois que a sentença enquadra os atos impugnados no referido dispositivo, existe uma legítima expectativa processual dos envolvidos de que o que ficou lá posto é o que pautará as demais discussões a serem levadas a cabo. E o art. 10 da LIA traz, em si, o prejuízo ao erário como elemento do tipo.

16. As partes se esforçam para afastar um elemento do tipo claro e relevante, mas a origem, em grau recursal, sem apelação da outra parte ou remessa necessária, desconsidera a sentença e julga a causa com base em outro dispositivo, completamente estranho ao processo àquela altura da discussão.

17. O princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* busca resguardar valores maiores do ordenamento jurídico processual, como o desenvolvimento do processo com base estrita no contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, da Constituição da República vigente).

18. As partes discutiram na apelação o que foi fundamento e objeto de discussão na sentença e delas não era exigível abordar em seu recurso nada além disto, pois seria inviável imaginar toda gama de premissas e linhas de argumentação que poderia vir a ser desenvolvida pela instância recursal - inclusive a que pudesse enveredar pelo enquadramento da conduta considerada ímproba não no art. 10, mas no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

19. Na espécie, ao reconhecer a malversação do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, impossível chegar a outra conclusão que não a improcedência dos pedidos, pois a Corte de origem foi clara ao dizer que incorreu prejuízo ao erário, o que afasta a incidência do art. 10 da Lei n 8.429/92.

20. Recurso especial provido.

(REsp 1086994/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 12/03/2014)

Assim, mantenho a parte da sentença que condenou o recorrente às penalidades do art. 12, III, da LIA.

Impende trazer, também, a posição da Colenda Corte sobre a cominação das penas nos casos de improbidade administrativa:

“Consoante a jurisprudência desta Corte, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação, de acordo com fatos e provas abstraídos dos autos, o que não pode ser feito em sede de recurso especial, diante do óbice da Súmula 7/STJ” (2ª Turma; REsp n.658389 / MG; Min. Eliana Calmon; J. Em 26/06/2007).

Desembargador José Ricardo Porto

“- Ora, a Lei n. 8.429/92 - LIA, em seu art. 12, arrola diversas sanções concomitantemente aplicáveis ao ressarcimento (não sendo este, frise-se, verdadeiramente uma sanção) e são elas que têm o objetivo de verdadeiramente reprimir a conduta ímproba e evitar o cometimento de novas infrações. Somente elas estão sujeitas a considerações outras que não a própria extensão do dano.

- O ressarcimento é apenas uma medida ética e economicamente defluente do ato que macula a saúde do erário; as outras demais sanções é que podem levar em conta, e.g., a gravidade da conduta ou a forma como o ato ímprobo foi cometido, além da própria extensão do dano. Vale dizer: o ressarcimento é providência de caráter rígido, i.e., sempre se impõe e sua extensão é exatamente a mesma do prejuízo ao patrimônio público.

- A perda da função pública, a sanção política, a multa civil e a proibição de contratar com a Administração Pública e de receber benefícios do Poder Público, ao contrário, têm caráter elástico, ou seja, são providências que podem ou não ser aplicadas e, caso o sejam, são dadas à mensuração - conforme, exemplificativamente, à magnitude do dano, à gravidade da conduta e/ou a forma de cometimento do ato - nestes casos, tudo por conta do p. ún. do art. 12 da Lei n. 8.429/92. A bem da verdade, existe uma única exceção a essa elasticidade das sanções da LIA: é que pelo menos uma delas deve vir ao lado do dever de ressarcimento. Retornar-se-á mais adiante ao ponto” (2ª Turma; REsp 622234 / SP; Min. Mauro Campbell Marques; J. em 01/10/2009).

Desse modo, diante das peculiaridades do caso concreto e a gravidade da lesão ao patrimônio público, é possível aplicar, além do ressarcimento do dano, todas as outras penalidades previstas no art. 12, III, assim como decidiu o Juiz *a quo*.

Quanto à devolução ao erário, porém, merece reparos a sentença, em parte.

Observando-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, na fixação das penas aplicáveis aos agentes que praticaram atos de improbidade administrativa, entende-se que a pena de ressarcimento integral do dano foi excessivamente empregada.

Isto porque, o *expert* judicial, em suas conclusões (fls. 1825) apurou que os bens comprovadamente não recebidos pela edilidade corresponderam ao valor de R\$ 271.467,77.

Todavia, verifica-se que o julgador *a quo* entendeu pelo ressarcimento da quantia de R\$ 441.970,97, levando em consideração a quantia obtida pela auditoria do Tribunal de Contas.

Ora, ainda que se considere a idoneidade e legitimidade dos cálculos feitos pela Corte de Contas, no presente caso deve ser considerado o laudo pericial realizado nos autos, cuja veracidade não foi em momento algum rechaçada, bem como porque não se tem no caderno processual a perícia contábil feita pelo TCE.

Registro, por fim, que o dispositivo da sentença, inobstante aplicar as penalidades do art. 12, III, da LIA, condenou o recorrente à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios pelo prazo de cinco anos, ao tempo que o dispositivo legal se refere ao prazo de três anos. Assim, corrijo erro material, devendo constar a proibição pelo lapso temporal trienal.

Ante o exposto, **rejeito as preliminares suscitadas e, no mérito, provejo parcialmente o apelo** para reduzir o ressarcimento ao erário que deve ser suportado pelo apelante ao valor de R\$ 271.467,77 (duzentos e setenta e um mil quatrocentos e sessenta e sete reais e setenta e sete centavos).

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Sr. Desembargador José Ricardo Porto. Participaram do julgamento, além deste relator, o Exmo. Sr. Des. Leandro dos Santos e o Exmº. Dr. Ricardo Vital de Almeida (*Juiz convocado em substituição a Exmª. Srª. Desª. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti*).

Presente à sessão a Promotora de Justiça convocada, Drª. Vanina Nóbrega de Freitas Dias Feitosa.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Especializada Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 03 de março de 2015.

Des. José Ricardo Porto
RELATOR

J/02

J/04(R)