



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GABINETE DO DES. OSWALDO TRIGUEIRO DO VALLE FILHO

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0001188-73.2013.815.0941.

Origem : Vara Única da Comarca de Água Branca.

Relator : Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho.

Apelante : José Ribamar da Silva.

Advogado : Avani Medeiros da Silva (OAB/PB 5.918).

Apelado : Ministério Público do Estado da Paraíba.

APELAÇÃO CÍVEL DO RÉU. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO DE CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CONDUTAS IRREGULARES ATRIBUÍDAS AO PREFEITO MUNICIPAL. INAPLICABILIDADE DO MÍNIMO EXIGIDO DOS RECURSOS DO FUNDEB NA REMUNERAÇÃO DO MAGISTÉRIO. REALIZAÇÃO DE DESPESA DO PODER LEGISLATIVO SUPERIOR AO LIMITE ESTABELECIDO NO ART. 29-A. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ABERTURA E UTILIZAÇÃO DE CRÉDITOS ADICIONAIS SEM FONTES PARA COBERTURA. REALIZAÇÃO DE MAIS DE ¾ DAS DESPESAS SEM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, INCLUSIVE NOS CASOS CUJA LICITAÇÃO ERA OBRIGATÓRIA. INAPLICABILIDADE DO MÍNIMO EXIGIDO NA SAÚDE E EDUCAÇÃO. DESPESAS REALIZADAS SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE. CONDUTAS PREVISTAS NOS ARTS. 10, INCISOS I E XI E 11 DA LEI Nº 8.429/92. CARACTERIZAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO EX-GESTOR. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO APELO.

- Para que ocorram os atos de improbidade disciplinados pela legislação supracitada, é indispensável que

reste demonstrado o dolo ou a culpa nas condutas do administrador público. Nesse passo, a configuração da improbidade administrativa pressupõe a identificação do elemento subjetivo da conduta do agente, ou seja, o ânimo de agir contra os princípios inerentes à Administração Pública, em violação a algum dos tipos previstos nos arts. 9º, 10 ou 11 da Lei n.º 8.429/92.

- O art. 7º da Lei nº 9.424/96, que dispõe a respeito do FUNDEF, preceitua o seguinte: *“Os recursos do Fundo, incluída a complementação da União, quando for o caso, serão utilizados pelos Estados, Distrito Federal e os Municípios, assegurados, pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público”*.

- Considerando que restou comprovado nos autos que o ex-gestor público não empregou o percentual mínimo dos recursos do FUNDEF na Remuneração e Valorização do Magistério, entendo que houve violação, de maneira clara e inequívoca, os princípios da Legalidade e Moralidade que regem a Administração Pública, ferindo o §1º, do art. 37 da CF e o artigo 11, I, da Lei nº 8.429/92. Ressalte-se que não há que se falar em ausência de dolo na hipótese, porquanto a não utilização do montante mínimo das verbas já é apta a caracterizar o ato como improbo, vez que ao ex-alcaide não é dado alegar o desconhecimento de regras legais que lhe são impostas e conhecidas.

- O art. 29-A, inciso I, da Constituição Federal, vigente ao tempo do exercício financeiro de 2008, estabelecia que *“o total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000): I – oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes”*. Dessa forma, existindo comprovação de repasse realizado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo no percentual de 8,64% da receita tributária mais as transferências do exercício anterior, entendo houve descumprimento ao disposto no dispositivo supratranscrito.

- Da mesma forma, há comprovação de abertura de crédito adicional sem a fonte de custeio, em total desrespeito ao art. 167, inciso V, da Constituição, de

modo que sua conduta feriu os princípios da legalidade e da eficiência como também pode ser enquadrada no art. 10, inciso XI, da Lei de Improbidade Administrativa, devido a má gestão da máquina pública, com claro descontrole de receitas e despesas do Município e liberação de verba pública sem a observância dos ditames pertinentes.

- No mais, como é sabido, a regra geral que disciplina as contratações públicas tem como premissa a obrigatoriedade da realização de licitação para a aquisição de bens e a execução de serviços e obras. Entrementes, a Lei de Licitações dispõe sobre as hipóteses nas quais a obrigatoriedade da regra licitatória estará afastada. In casu, o recorrente deixou de realizar procedimento licitatório em mais de 3/4 do que deveria ser licitado e nos mais diversos serviços e produtos necessários ao serviço público, de modo que desrespeitou os princípios da administração pública, caracterizando, pois, em ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, da Lei n 8.429/1992.

- É cediço que os Municípios são obrigados a aplicar o percentual mínimo de 15% de seus recursos nos serviços básicos de saúde (art. 77, ADCT), ao passo que deverá também aplicar o mínimo de 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, da Constituição Federal). No presente caso, não tendo o ex-gestor comprovada a aplicação do mínimo constitucionalmente exigido na educação e saúde, verifica-se que houve um abalo financeiro por má gestão do dinheiro público, mesmo tendo conhecimento da necessidade de cumprimento das exigências constitucionais e, portanto, sua conduta desrespeitou os princípios da administração pública.

- No caso em disceptação, vislumbra-se que foram realizadas despesas em quantia vultuosa sem a devida comprovação da sua destinação pelo ex-gestor municipal, inclusive durante o trâmite processual, de sorte que sua conduta deve ser enquadrada no art. 10, XI, da Lei de Improbidade Administrativa.

- Não vislumbrar que, na hipótese, inexistiu ofensa aos princípios que regem a Administração Pública e causou lesão ao erário é dar azo à confirmação da sensação de impunidade política propiciada pelo mascaramento de uma verdade que, *in casu*, é não só real, mas igualmente robustamente comprovada, configurando uma interpretação que abala a própria credibilidade do Poder Judiciário.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos. **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, **negar provimento ao recurso apelatório**, nos termos do voto do relator, unânime.

Trata-se de **Apelação Cível** interposta por **José Ribamar da Silva** (fls. 369/380), desafiando sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Água Branca nos autos da “**Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa**” ajuizada pelo **Ministério Público do Estado da Paraíba**.

Na peça de ingresso (fls. 02/23), o *Parquet* relatou que o promovido, quando no exercício do mandato de Prefeito do Município de Imaculada/PB no ano de 2008, teria praticado atos de improbidade, quais sejam:

a) repasse ao Poder Legislativo acima do que estabelece o art. 29-A, da Constituição Federal;

b) abertura de créditos suplementares sem fonte recurso para cobertura;

c) realização de despesas sem procedimento licitatório no importe total de R\$ 754.166,20 (setecentos e cinquenta e quatro mil, cento e sessenta e seis reais e vinte centavos);

d) inaplicabilidade do mínimo previsto em lei na remuneração dos profissionais do magistério;

e) não aplicação do mínimo constitucional das receitas tributárias e transferências na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental e em ações e serviços públicos de saúde;

f) excesso na aquisição de combustível no valor de R\$ 290.506,68 (duzentos e noventa mil, quinhentos e seis reais e sessenta e oito centavos);

g) despesas não comprovadas com a aquisição de merenda escolar, no valor de R\$ 21.194,05 (vinte e um mil, cento e noventa e quatro reais e cinco centavos);

h) despesas não comprovadas com assessoria e consultoria em engenharia no montante de R\$ 14.400,00 (quatorze mil e quatrocentos reais) e

i) despesas não comprovadas com aquisição de livros no valor de R\$ 4.950,00 (quatro mil novecentos e cinquenta reais).

Após discorrer sobre cada conduta praticada pelo ex-gestor municipal e enquadrá-las no art. 10, incisos IX e XI e art. 11, todos da Lei de Improbidade Administrativa, requereu a procedência do pedido com a condenação do promovido nas sanções previstas no art. 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/1992.

O Município de Imaculada apresentou habilitação nos autos

(fls. 303).

Apesar de notificado, o promovido não apresentou defesa preliminar (certidão de fls. 305).

Despacho de recebimento da inicial e citação do demandado (fls. 306).

Contestação apresentada pelo promovido (fls. 307/319), alegando a inexistência de ato de improbidade administrativa e de enriquecimento ilícito, ressaltando a impossibilidade de condenação com base em indícios. Defendeu a existência de congruências entre os dados numéricos da auditoria e do setor contábil da prefeitura, o que demonstra o repasse ao Poder Legislativo dentro do limite constitucional.

Asseverou a realização de procedimentos licitatórios necessários, destacando que houve apenas um percentual ínfimo de despesas não licitadas e os valores foram cobrados com base no preço de mercado, o que não gerou prejuízos ao erário.

Arguiu ter aplicado o percentual de 60,66% dos recursos do FUNDEB na valorização do magistério público e 27,98% da receita tributária e transferências na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, cumprindo, portanto, o mínimo legal e constitucional.

Em seguida, enfatizou o cumprimento do mínimo constitucional das receitas tributárias e transferências em ações e serviços públicos de saúde, bem como ressaltou a ausência de excesso de combustível, visto que, além dos carros oficiais, existem os veículos contratados.

Doravante, alegou que estão devidamente comprovadas as despesas com a aquisição de merenda escolar e livros e com os serviços de assessoria e consultoria de engenharia. Finalmente, asseverou a inexistência de conduta impropria e de prejuízos ao erário, devendo ser julgado improcedente o pedido autoral.

Posteriormente, o magistrado, novamente, prolatou decisão de recebimento da inicial e determinou a citação da parte demandada (fls. 322/323), oportunidade na qual foi apresentada contestação (fls. 330/345) com os mesmos argumentos anteriormente expostos.

Os litigantes foram intimados para especificação de provas, 347), tendo o Ministério Público pugnado pelo julgamento antecipado da lide (fls. 348), ao passo que o promovido aduziu que a prova a ser produzida era a indicada nos autos, ou seja, a documental e a testemunhal (fls. 353).

Despacho do magistrado a quo, concluindo que o processo encontrava-se pronto para julgamento, tendo em vista que a parte promovida não indicou na peça de defesa a prova testemunhal a ser produzida (fls. 355/356).

Fazendo a entrega da prestação jurisdicional, o magistrado de primeiro grau rejeitou a questão preambular e, no mérito, julgou parcialmente procedente o pedido contido na peça póstica (fls. 359/367), consignando os

seguintes termos na parte dispositiva:

“Diante de todo o exposto, JULGO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, por ausência de interesse processual, nos termos do art. 267, VI, do CPC c/c art. 17, § 11, da Lei de Improbidade Administrativa, o pedido de condenação ao ressarcimento do dano ao erário, porquanto já existente título executivo extrajudicial contemplando tal pleito (Acórdão APL-TC n. 1127/2010, emanado do Processo TC n. 3430/09).

Outrossim, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES AS PRETENSÕES INICIAIS PARA CONDENAR JOSÉ RIBAMAR DA SILVA, já qualificado, como incurso nas penas do art. 12, II e III da Lei n. 8429/92, impondo-lhe as sanções de suspensão dos direitos políticos por 07 (sete) anos, perda da função pública que porventura exerça ao tempo do trânsito em julgado, proibição de 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 05 (cinco) anos e multa civil de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a ser revertida para o fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7347/1985.

Condeno o promovido ao pagamento das custas processuais. Incabível a condenação em honorários, eis que intentada a ação pelo Ministério Público”.

Inconformado, o promovido interpôs Recurso Apelarório (fls. 369/380), alegando a ausência de prática de ato de improbidade administrativa e ressaltando a inexistência de enriquecimento ilícito. Defende o repasse ao Poder Legislativo em percentual abaixo do que estabelece o art. 29-A, da Constituição Federal.

Seguindo suas argumentações, argui que a abertura dos créditos suplementares foi efetivada com a respectiva fonte de custeio, bem como que realizou todos os procedimentos licitatórios necessários e tudo com preço de mercado, não havendo dano ao erário. Destaca que somente 7,97% das despesas não foram licitadas e tal percentual encontra-se dentro da plausibilidade.

Enfatiza ter aplicado o percentual mínimo legal dos recursos do FUNDEB na remuneração do magistério municipal. Ressalta a aplicação do percentual mínimo em serviços de saúde e educação, destacando que a auditoria do TCE não considerou as despesas nos serviços de MDE empenhadas com fonte de recursos ordinários, como também desconsiderou as transferências automáticas para a conta do FUNDEB.

Defende a ausência de dolo e de ato capaz de caracterizar improbidade administrativa, não violando, portanto, os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, razão pela

qual deve ser dado provimento ao recurso com a improcedência do pedido.

Contrarrazões apresentadas (fls. 383/392).

A Procuradoria de Justiça opinou pela manutenção da sentença, tendo em vista a comprovação da prática de ato de improbidade administrativa (fls. 396/402).

É o relatório.

VOTO.

Tendo a decisão sido publicada quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, com base nos requisitos deste deve ser realizado o juízo de admissibilidade recursal. E mais, consoante Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, *“somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”*.

Assim sendo, preenchidos os pressupostos de admissibilidade do apelo, deste conheço, passando à análise de seus argumentos e frisando, de antemão, que não será cabível a majoração por força dos honorários recursais, consoante aplicação do Enunciado Administrativo nº 7 acima transcrito.

Como pode ser visto do apelo do promovido, a controvérsia a ser apreciada pela instância revisora consiste na análise do acerto da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido contido na exordial, reconhecendo a prática dos atos de improbidade administrativa consubstanciado em: realização de despesa do Poder Legislativo Municipal superior ao limite estabelecido no art. 29-A, da Constituição Federal; abertura de créditos adicionais sem fontes para cobertura; despesas não lícitas no valor total de R\$ 2.586.506,03 correspondente a 75,67% da despesa lícita do exercício de 2008; ausência de aplicação do mínimo estabelecido em lei na remuneração dos profissionais do magistério; ausência de aplicação dos percentuais mínimos em serviços de saúde e educação básica e inexistência de comprovação de despesas no valor de R\$ 331.050,73, enquadrando-as nos arts. 10 e 11, I, ambos da Lei nº 8.429/1992.

Conforme é cediço, a Constituição Federal de 1988, com vistas a salvaguardar a moralidade administrativa, previu no § 4º do art. 37 o cabimento de sanções políticas e civis aos agentes que viessem a causar dano ao erário, na forma e gradação previstas em lei. Visando regular o referido dispositivo constitucional, foi editada a Lei n.º 8.429/92, que passou a prever os atos de improbidade administrativa e as penalidades deles decorrentes.

A referida lei disciplinou os atos incurso em improbidade em três aspectos, quais sejam: atos que importam enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º); atos que acarretam em prejuízo ao erário (art. 10º); e os atos que atentam contra os princípios que regem a Administração Pública (art. 11º da lei). Em seguida listou, em diversos incisos, exemplificativamente, hipóteses caracterizadoras da dita improbidade.

Contudo, para que ocorram os atos de improbidade

disciplinados pela legislação supracitada, é indispensável o atingimento de um dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento, ou seja, transparece que o objetivo primordial da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto (ou particulares que induzam ou concorram para o ato do art. 2º da Lei nº 8.429/92), desde que, efetivamente, reste demonstrado o dolo ou a culpa em suas condutas improbas, bem como, o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.

Nesses termos, Wallace Paiva Martins Júnior (in *Probidade Administrativa*, 2ª ed., p. 115, São Paulo, Saraiva, 2002) exemplifica que:

“A Constituição Federal de 1988 é o marco divisor de uma nova mentalidade institucional da repressão à improbidade administrativa e da tutela da moralidade administrativa e do patrimônio público. (...). As sanções delineadas à improbidade administrativa no art. 37, § 4º, estabelecem punições que não visam exclusivamente à recuperação dos valores patrimoniais, senão à preservação dos valores morais, direcionadas, agora, ao resgate do autêntico interesse social, com a previsão de graves, severas e adequadas punições àqueles que são moralmente inidôneos para o exercício de uma função pública, o que, certamente, adquire maior eficácia social pela natureza da censura jurídica aplicável. A improbidade administrativa (ou imoralidade administrativa qualificada) exige sanções mais compatíveis e coerentes com a tutela do bem jurídico violado e que transcendem o cunho patrimonial da lesão, nem sempre existente. E essa qualidade é devida ainda em outras disciplinas jurídicas que, de uma forma ou de outra, tutelam a probidade administrativa (direito penal, processual penal, eleitoral, administrativo, financeiro, tributário, societário etc.)”.

Outrossim, consoante entendimento uníssono na doutrina e jurisprudência, do STJ, para a caracterização do ato ímprobo, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, sendo indispensável a verificação da ocorrência de dolo ou culpa na conduta do agente. Nos casos previstos nos arts. 9º e 11º da supracitada norma, exige-se a comprovação do dolo para a tipificação da conduta. Já na situação disposto no art. 10º, necessária a caracterização de culpa grave.

Abaixo colaciono ementa do voto do Min. Teori Albino Zavascki, em julgamento realizado em 2011, junto ao STJ, cuja questão restou bastante clara:

“AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECIONAL

NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE.

(...)

2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. 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 artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10.

(...)

4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92).

Pois bem, há de se analisar se os atos levados a cabo pelo réu se consubstanciam em ilícitos revestidos da qualificadora da improbidade administrativa.

No caso em liça, infere-se que o promovido foi condenado pela prática de condutas improbas enquadradas nos arts. 10 e 11, I, da Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam: a) realização de despesa do Poder Legislativo Municipal superior ao limite estabelecido no art. 29-A, da Constituição Federal; b) abertura de créditos adicionais sem fontes para cobertura; c) despesas não licitadas no valor total de R\$ 2.586.506,03 correspondente a 75,67% da despesa licitável do exercício de 2008; d) ausência de aplicação do mínimo estabelecido em lei na remuneração dos profissionais do magistério; e) ausência de aplicação dos percentuais mínimos em serviços de saúde e educação básica e f) inexistência de comprovação de despesas no valor de R\$ 331.050,73.

Relativamente a não utilização de, pelo menos, 60% da verba do FUNDEF na remuneração dos profissionais do magistério, entendo que os fatos narrados na inicial encontram-se escorados em farta comprovação documental, como bem analisado pelo juiz de primeiro grau.

O art. 7º da Lei nº 9.424/96, que dispõe a respeito do FUNDEF, preceitua o seguinte: “*Os recursos do Fundo, incluída a complementação da União, quando for o caso, serão utilizados pelos Estados, Distrito Federal e os Municípios, assegurados, pelo menos, 60% (sessenta por cento) para a remuneração dos profissionais do magistério, em efetivo exercício de suas atividades no ensino fundamental público*”.

Neste ponto, os autos demonstram que, no exercício de 2008, o réu não empregou o percentual mínimo dos recursos do FUNDEF na Remuneração e Valorização do Magistério, tal como se colhe da análise procedida pela Auditoria do Tribunal de Contas do Estado (fls. 15), onde se constata que apenas 46,01% foram aplicados, ou seja, R\$ 1.213.696,97. Ora, a própria Auditoria, ao analisar a defesa apresentada no Tribunal de Contas, pontuou que parte das despesas apresentadas pelo defendente foram pagas com outras fontes de recursos, ou seja, com o MDE, o que não afasta a

comprovação de ausência de aplicação do mínimo legal na remuneração do magistério.

Por outro lado, o promovido, ora recorrente, não colacionou ao encarte processual qualquer elemento probatório que contrariasse a conclusão do Tribunal de Contas, limitando-se a afirmar que não foram levadas a cabo os valores pagos ao MDE com recursos do FUNDEB. Contudo, não trouxe, repita-se, prova no sentido de cumprimento dos ditames legais, inclusive o relatório contábil a que faz alusão no seu recurso apelatório.

A toda evidência, tem-se que o recorrente/promovido desrespeitou a determinação legal de aplicação de percentual mínimo dos recursos na remuneração dos profissionais do magistério, violando, de maneira clara e inequívoca, os princípios da Legalidade e Moralidade que regem a Administração Pública, ferindo o §1º, do art. 37 da CF e o artigo 11, I, da Lei nº 8.429/92.

Ressalte-se que não há que se falar em ausência de dolo na hipótese, porquanto a não utilização do montante mínimo das verbas já é apta a caracterizar o ato como improbo, vez que ao alcaide não é dado alegar o desconhecimento de regras legais que lhe são impostas e conhecidas.

Com relação à realização de despesa do Poder Legislativo Municipal superior ao limite estabelecido no art. 29-A, da Constituição Federal, também entendo que restou devidamente comprovada. Isso porque o art. 29-A, inciso I, da Constituição Federal, vigente ao tempo do exercício financeiro de 2008, estabelecia que *“o total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000): I – oito por cento para Municípios com população de até cem mil habitantes”*.

Ademais, o §2º do mesmo dispositivo constitucional, rezava que o desrespeito aos limites estabelecidos no artigo mencionado resultaria em crime de responsabilidade do Prefeito Municipal, de modo que a violação da regra constitucional em comento não é apenas enquadrada em prática de ato de improbidade administrativa.

Colhe-se dos autos que a Auditoria de Gestão Municipal do Tribunal de Contas concluiu que *“o repasse realizado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo correspondeu a 8,64% da receita tributária mais as transferências do exercício anterior não cumprindo o disposto no dispositivo supracitado”* (fls. 19). Além do mais, como bem destacado pela Auditoria na análise de defesa no Tribunal de Contas do Estado, os dados da base de cálculo utilizados pelo setor foram colhidos do sistema Sagres e na prestação de contas efetivada pelo gestor municipal, não tendo o recorrente, durante o trâmite processual, trazido qualquer documento comprobatório em sentido contrário, razão pela qual a sentença não merece reforma neste ponto.

No que tange à abertura de crédito adicional sem a fonte de custeio no importe de R\$ 94.484,12 (noventa e quatro mil, quatrocentos e

oitenta e quatro reais e doze centavos), em total desrespeito ao art. 167, inciso V, da Constituição, concebo que também foi acertado o entendimento adotado pelo juiz *a quo*. Isso porque, inobstante a alegação de que “*ficou devidamente esclarecido nos autos que não correu a referida abertura de crédito sem fonte de cobertura*”, o recorrente não colacionou ao encarte processual qualquer documentação comprobatória, limitando-se a apresentar somente argumentos desprovidos de provas.

Nesse contexto, considerando que a despesa pública necessita ser realizada dentro dos parâmetros legais, não podendo ser realizada despesa sem prévia autorização legislativa e sem a indicação dos recursos correspondentes, entendo que o recorrente, ao desrespeitar a imposição constitucional, sem sombra de dúvidas, feriu os princípios da legalidade e da eficiência como também pode ser enquadrada no art. 10, inciso XI, da Lei de Improbidade Administrativa, porquanto sua conduta consubstancia-se numa verdadeira má gestão da máquina pública, com claro descontrole de receitas e despesas do Município e liberação de verba pública sem a observância dos ditames pertinentes.

No mais, verifica-se que o recorrente, na condição de gestor público no exercício de 2008, realizou despesas sem o prévio procedimento licitatório no importe total de R\$ 2.586.506,03, correspondente a 75,67% da despesa licitável, conforme relatório da análise de contas de fls. 13/14. Ora, como é sabido, a regra geral que disciplina as contratações públicas tem como premissa a obrigatoriedade da realização de licitação para a aquisição de bens e a execução de serviços e obras. Entrementes, a Lei de Licitações dispõe sobre as hipóteses nas quais a obrigatoriedade da regra licitatória estará afastada.

São as hipóteses de licitação **dispensada** (o administrador não pode licitar, visto que já se tem a definição da pessoa com quem se firmará o contrato), **dispensável** (o administrador tem a faculdade de realizar o procedimento ou não) e **inexigibilidade** (casos em que o administrador não tem a faculdade para licitar, em virtude de não haver competição ao objeto a ser contratado, condição imprescindível para o procedimento licitatório).

Dessa forma, os casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação encontram-se previstas em lei, não podendo o agente público deixar de realizar o procedimento licitatório nos casos legalmente exigíveis, sob pena de favorecer determinado e específico fornecedor e/ou acarretar prejuízo ao erário, infringindo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e deixando a selecionar o contrato mais adequado e vantajoso à Administração.

Centrando-se nos casos de inexigibilidade de licitação, tem-se que tal hipótese, só é possível quando inviabilizada a possibilidade de competição, seja pela ausência de alternativas, seja pela ausência de mercado concorrencial, ou, ainda, pela ausência de objetividade na seleção do objeto. Assim, não obstante inexigível, deverá o procedimento observar os princípios que regem a Administração, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, buscando a seleção do contrato mais adequado e vantajoso à Administração.

Assim, preceitua a Lei nº 8.666/93:

“Art.25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

*II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de **natureza singular**, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;*

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Analisando-se a relação de contratação de serviços e a aquisição de produtos sem o prévio procedimento licitatório (fls. 13/14), observa-se, por exemplo, que foi contratado o serviço de assessoria jurídica no importe de R\$ 11.880,00 e de contabilidade no valor de R\$ 48.600,00 (fls. 13).

Diante deste cenário, cumpre reprimir o que dispõe o inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“II- para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação”

Por sua vez, o conceito de serviço técnico consta do artigo 13 da Lei 8.666/93, que dispõe, *in verbis*:

“Art.13.Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II - pareceres, perícias e avaliações em geral;

*III - **assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;***

IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII -restauração de obras de arte e bens de valor

histórico.”

Ademais, para a caracterização da inexigibilidade de licitação prevista neste inciso a lei exige, ainda, a **singularidade** do objeto da contratação e a **notória especialização**.

Trago a baila, por oportuno, as Súmulas 252 e 039 do Tribunal de Contas da União:

*“A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: **serviço técnico especializado**, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, **natureza singular** do serviço e **notória especialização** do contratado.”*

“A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993.”

Assim, diante de tais ilações, concluo inexistir nos autos qualquer documento capaz de demonstrar que os profissionais gozassem de notória especialização como também não constar nos autos provas da inviabilidade de competição e da natureza singular dos serviços prestados (assessoria jurídica e contabilidade).

Assim, não vislumbro qualquer “singularidade” dos serviços. Via de consequência, tenho que a concorrência não encontrava-se de forma alguma obstada. Ao contrário, a realidade é que muitos técnicos nas áreas foram prejudicados pela inexigibilidade licitatória que claramente favoreceu os profissionais ali relacionados (fls. 13).

Nesse sentido, trago julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÕES. DISPENSA E INEXIGIBILIDADE. INVIABILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO. ANÁLISE DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CONTRATAÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. REGRA: LICITAÇÃO. JUSTIFICATIVA PARA DISPENSA. ÔNUS DO GESTOR PÚBLICO. ART. 333 DO CPC NÃO VIOLADO. ENQUADRAMENTO NO ART. 11 DA LIA. DOSIMETRIA DA PENA. MULTA CIVIL. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E

PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da parte recorrente demanda o reexame de provas (Súmula 7/STJ). 2. Nas contratações da Administração Pública, a regra é a realização de prévia licitação. Os casos de dispensa e inexigibilidade são exceções e exigem justificativa fundamentada do gestor público. Art. 333 do CPC não violado. 3. Modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ). 4. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.”
(STJ, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

Não bastasse tais constatações, merece destaque ainda a contratação do serviço de engenharia sem licitação na quantia de R\$ 44.488.42 (quarenta e quatro mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e quarenta e dois centavos), quando, na verdade, a Lei de Licitação permite a dispensa de licitação para “*obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente*” (art. 24, inciso I, da Lei nº 8.666/93).

Ora, somente obras e serviços de engenharia de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) é dispensável o procedimento licitatório, de modo que o gestor municipal violou os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, encontrando-se, pois, inserida do art. 11 da Lei de Improbidade. Conforme já elucidado acima, nos casos previstos nos arts. 9º e 11º da supracitada norma, exige-se a comprovação do dolo para a tipificação da conduta, sendo irrelevante, contudo, a ocorrência de dano ao erário.

Nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OFENSA AO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DESNECESSIDADE DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS E REGIMENTAIS.

1. O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário).

2. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992

dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ.

3. A ausência de cotejo analítico, bem como de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigmas, impede o conhecimento do recurso especial pela hipótese da alínea "c" do permissivo constitucional.

4. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 135.509/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013)

Dito isso, com base nos exemplos acima citados, sem contar com as demais contratações de serviços e aquisições de produtos elencados às fls. 13/14, observa-se que, como bem destacado pelo julgador de primeira instância, o recorrente deixou de realizar procedimento licitatório em mais de 3/4 do que deveria ser licitado e nos mais diversos serviços e produtos necessários ao serviço público (fls. 12/14), de modo que desrespeitou os princípios da administração pública, caracterizando, pois, em ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, da Lei n 8.429/1992.

No mais, como é cediço, os Municípios são obrigados a aplicar o percentual mínimo de 15% de seus recursos nos serviços básicos de saúde (art. 77, ADCT), ao passo que deverá também aplicar o mínimo de 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferência, na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212, da Constituição Federal).

Após análise da defesa pelo Órgão Auditor do Tribunal de Contas do Estado, foi constatada a aplicação de 14,56% (fls. 90) da receita de impostos, incluídas as transferências, nas ações e serviços de saúde, assim como 20,22% na manutenção do ensino (fls. 89), não tendo o gestor municipal atendido ao mínimo exigido constitucionalmente. Mais uma vez, o recorrente apenas traz valores aleatórios e faz menção a diversas contas cujos montantes, no seu entender, foram aplicados na Saúde e na educação (FUS, FPM, ICMS, IPVA e etc), contudo não traz documento comprobatório de suas assertivas, o que não serve para afastar a ausência de aplicação do mínimo exigido nas ações e serviços de saúde.

Com isso, sem sombra de dúvidas, o ex-gestor municipal praticou as ilegalidades acima, de modo que os serviços essenciais (saúde e educação) tiveram um abalo financeiro por má gestão do dinheiro público, mesmo tendo conhecimento da necessidade de cumprimento das exigências constitucionais e, portanto, sua conduta desrespeitou os princípios da administração pública.

Ademais, colhe-se do encarte processual a realização de despesas na vultuosa quantia de R\$ 331.050,73 sem a devida comprovação da sua destinação pelo ex-gestor municipal, inclusive durante o trâmite processual. Da análise das contas pelo órgão competente, ficou constatado que o recorrente não comprovou o excesso de consumo de combustível no valor de R\$ 290.506,68, tampouco não apresentou provas de despesas com merenda escolar no importe de R\$ 21.194,05. Também constatou-se a realização de despesa insuficientemente comprovadas com assessoria e consultoria de

engenharia e aquisição de livros nas quantias de R\$ 14.400,00 e R\$ 4.950,00, respectivamente (fls. 87/88).

Pelo visto, a conduta acima descrita deve ser enquadrada no art. 10, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, o qual estabelece:

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:

(...)

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

Do conjunto probatório, tenho, portanto, que a sentença deve ser confirmada. Isso porque, inobstante não se desconheça que nem todo o ato irregular configure ato de improbidade, para os fins de aplicação da Lei 8.429/92, considero, diante das peculiaridades, que as ilegalidades cometidas pelo recorrente estão imbuídas de má-fé e da desonestidade que caracterizam o ato ímprobo.

Percebe-se *ictu oculi* que o apelante não deu azo apenas à mera irregularidade, sem intencionalidade lesiva, quando: (a) não aplicou corretamente o percentual mínimo dos recursos do FUNDEF; (b) realizou despesa do Poder Legislativo Municipal superior ao limite estabelecido no art. 29-A, da Constituição Federal; (c) determinou a abertura de créditos adicionais sem fontes para cobertura; (d) deixou de aplicar o mínimo estabelecido em lei na remuneração dos profissionais do magistério; (e) realizou despesas não licitadas no valor total de R\$ 2.586.506,03 correspondente a 75,67% da despesa licitável do exercício de 2008; (f) deixou de aplicar os percentuais mínimos em serviços de saúde e educação básica e (g) deixou de comprovar as despesas no valor de R\$ 331.050,73.

Não vislumbrar que, na hipótese, inexistiu ofensa aos princípios que regem a Administração Pública e causou lesão ao erário é dar azo à confirmação da sensação de impunidade política propiciada pelo mascaramento de uma verdade que, *in casu*, é não só real, mas igualmente robustamente comprovada, configurando uma interpretação que abala a própria credibilidade do Poder Judiciário.

Portanto, diante do que restou até aqui exposto, verifica-se plenamente configurados os atos de improbidade reconhecidos na sentença.

Por tudo o que foi exposto, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO APELATÓRIO**, mantendo-se incólume todos os termos da sentença vergastada.

É como **VOTO**.

Participaram do julgamento, o Exmo. Des. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, relator, o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho em substituição ao Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos que averbou suspeição, e o Exmo. Des. Luís Sílvio de Ramalho Júnior. Presente ao julgamento, a Exma. Dra. Lúcia de Fátima Maia de Farias, Procuradora de Justiça. Sala de Sessões da Segunda Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, João Pessoa, 21 de setembro de 2017.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Desembargador Relator