



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA
GAB. DESEMBARGADOR LEANDRO DOS SANTOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0003070-49.2004.815.0371

RELATOR : Desembargador LEANDRO DOS SANTOS

APELANTE : João Marques Estrela e Silva

ADVOGADO : Francisco Lamartine de F. Bernardo

APELADO : Ministério Público do Estado da Paraíba

ORIGEM : Juízo da 5ª Vara da Comarca de Sousa

JUIZ : Algacyr Rodrigues Negromonte

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. SENTENÇA PROLATADA EM REGIME DE MUTIRÃO. MÉTODO QUE VISA A AGILIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. ACÓRDÃO DO TCE QUE REPROVOU A PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESVIO DOS RECURSOS PÚBLICOS DO FUNDEB. DOLO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PARA O ÓRGÃO COMPETENTE. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. DANO AO ERÁRIO QUE SUPERA A CIFRA DOS TRÊS MILHÕES DE REAIS. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

– A Corte Superior de Justiça entende que “não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz, salvo se importar em violação ao contraditório e à ampla defesa (AgRg no Ag 758.243/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011).

– Não demonstrando o Apelante que prejuízo concreto sofreu é inviável o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

– O Apelante reconhece que houve uma “inadequação contábil de despesa” relativa ao

FUNDEB. Ora, o dolo genérico ocorre quando há malversação dos recursos públicos do FUNDEB, fato este devidamente analisado pelo Tribunal de Contas, em procedimento dotado de contraditório e ampla defesa. Ao assumir que houve inabilidade na Administração, tem-se clara a conduta dolosa, tipificada como ato ímprobo. Ademais, o desvio de recursos do FUNDEB ou a utilização incorreta, com percentual diverso do previsto na lei, certamente não se coadunam com os conceitos de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. O elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa, previsto pelo art. 11 da Lei nº 8.429/1992, é o dolo eventual ou genérico.

– É sabido que a omissão no recolhimento de contribuição previdenciária, sem a demonstração de dolo ou má-fé na conduta do agente público, não caracteriza ato de improbidade. Entretanto, no caso em tela, o Apelante confirma que fez a retenção para os cofres municipais (embora sem provar), mas não demonstrou que fez o recolhimento da contribuição patronal. Deste modo, entendo como caracterizada a má-fé.

– Os fatos declarados pelo TCE gozam de presunção legal de certeza, exceto se a parte conseguir provar o contrário.

– As sanções aplicadas são proporcionais aos danos causados e são decorrentes de despesas sem comprovação fiscal, pagamentos fictícios de folha de pessoal, aquisições fictícias, doações sem comprovação do recebimento pelos beneficiários, má arrecadação e aplicação dos recursos de contribuições sociais, percepção de diárias não comprovadas, não aplicação dos recursos oriundos do FUNDEF, verbas da Educação e Saúde que não atingiram o percentual constitucional mínimo, despesas infundadas com publicidade, despesas sem licitação, gastos com pessoal acima do limite legal, dentre outros. Portanto, a dosimetria das penalidades impostas pelo magistrado respeitou os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que pautada na extensão do dano causado, no proveito patrimonial obtido pelo agente e na verificação de ofensa aos princípios da moralidade e legalidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos acima identificados:

ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, em **DESPROVER** a Apelação, nos termos do voto do Relator e da certidão de julgamento de fl. 601.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por João Marques Estrela e Silva contra a sentença de fls.540/547 que julgou procedente a Ação de Improbidade Administrativa, determinando o ressarcimento integral do dano, pagamento da multa civil, suspensão dos direitos políticos por cinco anos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber incentivos fiscais ou creditícios, direta e indiretamente pelo prazo de cinco anos.

Em seu recurso de fls.551/558, requereu, preliminarmente, a nulidade da sentença por ofensa ao princípio do juiz natural, já que a ação foi distribuída para a 5ª Vara Mista da Comarca de Sousa e a sentença foi prolatada pelo magistrado do 1º Juizado Auxiliar da Família da Comarca de João Pessoa.

No mérito, afirma que o uso dos recursos do FUNDEF em despesas incompatíveis com o disposto na Lei nº 9.424/96 não é ato doloso e não gerou nenhum prejuízo. Em relação à arrecadação e aplicação dos recursos previdenciários, alega que todas as contribuições foram recolhidas ao próprio Tesouro Municipal que se responsabilizava pelo pagamento dos benefícios.

Em relação às demais irregularidades apontadas pelo Ministério Público, tais como, despesas sem comprovação e sem apresentação de notas fiscais, despesas com emissoras de radiodifusão, despesas com doações, aquisição de bens sem o devido tombamento, ausência de licitação, gastos acima do limite previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, dentre outras, aduz que não teve acesso aos documentos que embasaram os acórdãos do Tribunal de Contas e que grande parte da documentação foi queimada pela Prefeitura em meados de 2004. Assim, entende que lhe é impossível produzir provas para sua defesa.

Contrarrazões às fls.562/582.

Instada a se pronunciar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls.588/593).

É o relatório.

VOTO

DA PRELIMINAR

Aduz o Apelante que há nulidade da sentença por ofensa ao princípio do juiz natural, já que a ação foi distribuída para a 5ª Vara Mista da Comarca de Sousa e a sentença foi prolatada pelo magistrado do 1º Juizado Auxiliar da Família da Comarca de João Pessoa.

A Corte Superior de Justiça entende que “não se reveste de caráter absoluto o princípio da identidade física do juiz, salvo se importar em violação ao contraditório e à ampla defesa (AgRg no Ag 758.243/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 28/06/2011).

No mesmo sentido:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. CIRURGIA ORTOPÉDICA. PACIENTE QUE FICOU TETRAPLÉGICA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE POR ESTA CORTE. SENTENÇA PROLATADA POR JUIZ DISTINTO DAQUELE QUE ACOMPANHOU OS ATOS INSTRUTÓRIOS. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ (ART. 132 DO CPC). REGIME DE EXCEÇÃO/MUTIRÃO. POSSIBILIDADE. PREJUÍZO NÃO EVIDENCIADO. NULIDADE DA SENTENÇA NÃO CONFIGURADA.

1. Hipótese em que se alega, além de divergência jurisprudencial, violação aos princípios do devido processo legal (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal) e da identidade física do juiz (artigo 132 do Código de Processo Civil), ao argumento de que a sentença foi prolatada por magistrado distinto daquele que colheu as provas periciais e testemunhais, o que teria gerado enormes prejuízos ao recorrente. Pretende-se a determinação de retorno dos autos à primeira instância a

fim de ser proferida outra sentença, desta vez, pelo juiz titular da vara que acompanhou a instrução do processo.

2. A insurgência referente à suposta violação do princípio do devido processo legal, constante do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, envolve matéria estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial, disposto no artigo 105, inciso III, da Carta da República.

Tal irresignação tem como via adequada de revisão, em matéria constitucional, o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, de forma, que, nesse particular, não merece ser conhecido o apelo especial.

3. Na forma do art. 132 do Código de Processo Civil, o magistrado que concluir a audiência só não julgará a lide se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que a passará ao seu sucessor.

4. Sob esse enfoque, a Corte Especial deste Tribunal, por ocasião do julgamento do AgRg no Ag 624.779/RS, de relatoria do Min. Castro Filho, **firmou entendimento no sentido de que o princípio da identidade física do juiz não tem caráter absoluto, podendo o juiz titular ser substituído por seu sucessor nas hipóteses previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil, entre as quais está incluída a expressão "afastado por qualquer outro motivo", a partir da qual pode-se considerar o afastamento do magistrado em decorrência do regime de exceção/mutirão, que visa a agilização da prestação jurisdicional.** Precedentes.

5. Além disso, **a jurisprudência entende que a simples alegação de afronta ao referido dispositivo legal não tem o condão de acarretar a nulidade da sentença, porquanto imperioso ventilar qual o prejuízo efetivamente sofrido.**

6. No caso em foco, verifica-se da leitura dos fundamentos do acórdão recorrido que, indubitavelmente, foram levados em consideração os elementos probatórios produzidos nos autos, dentre eles, documentos, prova testemunhal e pericial, de modo que, em assim sendo, não há como vislumbrar qualquer prejuízo ao recorrente. E, sem prejuízo, não há nulidade.

7. Com efeito, desde que não haja prejuízo para nenhuma das partes, consoante ocorre na espécie, o princípio do juiz natural pode ser flexibilizado, a fim de conferir efetividade ao Judiciário, como nas hipóteses de mutirões.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido. (REsp 380.466/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 22/10/2009).

Não demonstrando o Apelante que prejuízo concreto sofreu é inviável o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do *pas de nullité sans grief*.

Diante do exposto, rejeito a preliminar arguida.

DO MÉRITO

DOS RECURSOS DO FUNDEB

Afirma o Apelante que o uso dos recursos do FUNDEF em despesas incompatíveis com o disposto na Lei nº 9.424/96 não é ato doloso e não gerou nenhum prejuízo.

O Acórdão APL - TC – 654/01 (fl.24) constatou irregularidades relativas a aplicação das verbas do FUNDEB e determinou a devolução da quantia de R\$ 74.147,29 (setenta e quatro mil, cento e quarenta e sete reais e vinte e nove centavos).

Como sabido, as verbas acima referidas destinam-se ao Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, sendo regido pelas normas da Lei nº 11.494/07, que revogou a Lei 9.424/96 do antigo FUNDEF.

O Apelante reconhece que houve uma “inadequação contábil de despesa” relativa ao FUNDEB.

Ora, o dolo genérico ocorre quando há malversação dos recursos públicos do FUNDEB, fato este devidamente analisado pelo Tribunal de Contas, em procedimento dotado de contraditório e ampla defesa. Ao assumir que houve inabilidade na Administração, tem-se clara a conduta dolosa, tipificada como ato ímprobo. Ademais, o desvio de recursos do FUNDEB ou a utilização incorreta, com percentual diverso do previsto na lei, certamente não se coadunam com os conceitos de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

O elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa, previsto pelo art. 11 da Lei nº 8.429/1992, “é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da

administração pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo” (STJ - AGRG no ARESP 73.968/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02/10/2012, DJE 29/10/2012).

O FUNDEB, tem como característica a sua vinculação à realização de determinados objetivos e serviços, conforme inteligência da lei nº 11.494/2007. Assim, ocorrendo a aplicação de maneira irregular, conforme apontado pelo TCE, ofende o então gestor o princípio da legalidade, uma vez que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Ressalte-se, ainda, que o regime jurídico-administrativo possui como um dos pilares básicos a supremacia do interesse público, sendo a gestão financeira dos recursos aspecto de grande relevância, sobretudo diante do princípio da eficiência, consagrado na Constituição Federal em seu art. 37, “caput”.

Ademais, o Apelante não juntou aos autos qualquer documentação capaz de elidir as alegações quanto a possíveis irregularidades na gestão de recursos do FUNDEB e, portanto, não se desincumbiu do ônus que a ele caberia de contrapor as referidas alegações.

DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Em relação à arrecadação e aplicação dos recursos previdenciários, alega que todas as contribuições foram recolhidas ao próprio Tesouro Municipal que se responsabilizava pelo pagamento dos benefícios. Destaca, deste modo, que não ocorreu prejuízo aos cofres públicos.

O Tribunal de Contas (fls.26/27 e fl.263) observou que não houve retenção nem recolhimento das contribuições previdenciárias aos órgãos competentes.

O art.10, inc. X, da Lei nº 8.429/92, prescreve que “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: (...) X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público”.

A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa.

É dever do gestor efetuar os devidos descontos. No caso, o Ministério Público alega que o Município arrecadou para um instituto de previdência que não existia as contribuições dos servidores, mas não fez o recolhimento da contribuição patronal. O Tribunal de Contas confirmou, à fl.27, que não houve “recolhimento de contribuições previdenciárias do empregador sobre remunerações pagas a todos os servidores efetivos do Município”.

O Apelante, por sua vez, alega que todas as contribuições foram recolhidas ao próprio Tesouro Municipal, mas não trouxe provas nesse sentido (fl.293).

É sabido que a omissão no recolhimento de contribuição previdenciária, sem a demonstração de dolo ou má-fé na conduta do agente público, não caracteriza ato de improbidade. Entretanto, no caso em tela, o Apelante confirma que fez a retenção para os cofres municipais (embora sem provar), mas não demonstrou que fez o recolhimento da contribuição patronal. Deste modo, entendo como caracterizada a má-fé.

Ademais, a falta do devido repasse ao órgão competente é fato tão grave que é tipificado no Código Penal como crime de apropriação indébita (art.168-A do CP).

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, XI, DA LEI Nº 8.429/92. EX-PREFEITO. OMISSÃO NO REPASSE DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. GRAVIDADE DA CONDUTA. PENALIDADES IMPOSTAS. ART. 12, II, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Comprovada a conduta do ex-gestor municipal, capitulada no art. 10, XI, da Lei nº 8.429/92, consistente na omissão em repassar à previdência social os valores recebidos a título de contribuição previdenciária, retidos na fonte de pagamento dos servidores públicos do município. 2. O repasse das contribuições previdenciárias ao INSS não é apenas formalidade da pública administração, mas requisito ao atendimento da moralidade e legalidade administrativas. 3. Caracterizada a má-fé. O administrador público não atendeu ao chamado das autoridades competentes para a prestação de contas dos recursos não repassados à previdência social. 4. Materialidade consubstanciada no ato omissivo do ex-prefeito, que realizou a retenção das contribuições previdenciárias sobre o valor pago aos servidores municipais e não as repassou ao INSS. 5. Incabível a aplicação da penalidade de ressarcimento do dano causado ao erário quando já há cobrança judicial para o INSS reaver o valor devido, em face do não repasse das contribuições que lhe eram devidas, de sorte que constitui bis in idem determinar a devolução da mesma verba duas vezes. 6. As sanções impostas na sentença (Pagamento de multa civil, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, ambas pelo prazo de 5 (cinco) anos) foram aplicadas em obséquio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. 7. A imposição da pena de multa nas ações de improbidade administrativa destina-se a coibir a afronta ao princípio da moralidade ou probidade, revestindo-se de caráter punitivo do agente ímprobo e intimidativo sobre os demais componentes do grupo social quanto à prática de novas infrações, além de representar um fator de renda para o ente público prejudicado. 8. Afigura-se adequada a medida de indisponibilidade de bens para garantir a efetividade das sanções de multa civil e ressarcimento ao erário, situação do caso vertente. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. 9. Apelação da parte requerida a que se nega provimento (TRF 1ª R.; AC 0000063-04.2007.4.01.3302; BA; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Ney Bello; Julg. 16/09/2014; DJF1 26/09/2014; Pág. 588)

Em relação às demais irregularidades apontadas pelo Ministério Público, tais como, despesas sem comprovação e sem apresentação de notas fiscais, despesas com emissoras de radiodifusão, despesas com doações, aquisição de bens sem o devido tombamento, ausência de licitação, gastos acima do limite previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal, dentre outras, o Apelante aduz que não teve acesso aos documentos que embasaram os acórdãos do Tribunal de Contas e que grande parte da documentação foi queimada pela Prefeitura em meados de 2004. Assim, entende que lhe é impossível produzir provas para sua defesa.

As alegações não merecem respaldo.

O dano ao erário observado pela Corte de Contas supera os três milhões de reais (fl.30).

O TCE afirmou que os documentos solicitados pelo Apelante foram fornecidos pelo Prefeito. Outrossim, informou que o Promovido teve acesso a todos os documentos, utilizados como fundamento do acórdão, mas que não apresentou defesa administrativa (fl.27).

Os fatos declarados pelo TCE gozam de presunção legal de certeza, exceto se a parte conseguir provar o contrário.

A mera alegação de que queimaram a documentação para prejudicar o Apelante não denota ofensa ao contraditório e ampla defesa, ao contrário, parecem apenas uma desculpa de quem nada tem a dizer, nada tem a provar e não pode desconstituir o parecer do órgão de controle externo por documentos. Aliás, o TCE destacou que não existiam documentos capazes de provar as despesas públicas, razão pela qual houve a reprovação da prestação de contas.

Vê-se, portanto, que é desnecessário debater cada uma das ilicitudes apontadas pelo Ministério Público, porquanto o Apelante não levantou outro argumento senão a impossibilidade de produzir provas para sua defesa porque os documentos foram queimados.

As sanções aplicadas são proporcionais aos danos causados e são decorrentes de despesas sem comprovação fiscal, pagamentos fictícios de folha de pessoal, aquisições fictícias, doações sem comprovação do recebimento pelos beneficiários, má arrecadação e aplicação dos recursos de contribuições sociais, percepção de diárias não comprovadas, não aplicação dos recursos oriundos do FUNDEF, verbas da Educação e Saúde que não atingiram o percentual constitucional mínimo, despesas infundadas com publicidade, despesas sem licitação, gastos com pessoal acima do limite legal, dentre outros.

Portanto, a dosimetria das penalidades impostas pelo magistrado respeitou os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, uma vez que pautada na extensão do dano causado, no proveito patrimonial obtido pelo agente e na verificação de ofensa aos princípios da moralidade e legalidade. Neste último caso, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa, censurada nos termos do artigo 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico. Nos demais casos, restou plenamente provado a liberação de verbas públicas sem a estrita observância das normas pertinentes, a realização de operação financeira sem verificação das normas legais, a dispensa indevida de processo licitatório e a lesão ao erário.

Diante de todos os fundamentos expostos, **desprovejo o recurso apelatório.**

É o voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Senhor Desembargador José Ricardo Porto. Participaram do julgamento, além do Relator, Excelentíssimo Senhor Desembargador **Leandro dos Santos**, o Excelentíssimo Senhor Dr. **Ricardo Vital de Almeida** (Juiz convocado para substituir a Exma. Desa. Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti) e o Excelentíssimo Senhor Desembargador **José Ricardo Porto**.

Presente à sessão a douta representante do Ministério Público, Dra. **Janete Maria Ismael da Costa Macedo**. Promotora de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 24 de março de 2015.

Desembargador LEANDRO DOS SANTOS
Relator