



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.1

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Apelante: RUBENS JOSÉ FRANÇA BOMTEMPO

Apelante: PAULO ROBERTO PATULEA

Apelados: OS MESMOS

Relator: Des. Fernando Foch

Processo Originário: 0000977-12.2010.8.19.0042

Juízo de Direito da 4.^a Vara Cível da Comarca de Petrópolis

ACÓRDÃO

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PROVA DE FATOS ANTERIORES AOS ARTICULADOS. DOCUMENTOS JUNTADOS EM APELO. INADMISSIBILIDADE. CPC/73, ART. 397. CPC/15, ART. 435. INTELIGÊNCIA. PROMOÇÃO PESSOAL DO PREFEITO. ATAQUE PÚBLICO À JUSTIÇA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL ELEITORAL. PRINCÍPIO DA MORALIDADE E DA IMPESSOALIDADE. DEVER DE LEALDADE ÀS INSTITUIÇÕES. MALFERIMENTO. PUBLICAÇÃO PAGA DE PROPAGANDA NA MÍDIA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO. INOBSERVÂNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEVER DE INDENIZAR. MULTA. PERDA DE FUNÇÃO PÚBLICA. PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO. VEDAÇÃO DE BENEFÍCIOS OU INCENTIVOS FISCAIS OU CREDITÍCIOS. SANÇÕES DE APLICAÇÃO INESCUSÁVEL. Ação de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face dos EXMOS. SRS. PREFEITO MUNICIPAL E SECRETÁRIO DE FAZENDA DO MUNICÍPIO DE PETRÓPOLIS. Alegação de prática de atos de improbidade administrativa, a saber, publicação na imprensa local de notas oficiais pagas, sem processo licitatório, em defesa do Prefeito em representação em trâmite na Justiça Eleitoral, com intuito de sua promoção pessoal; e publicação, no

Secretaria da Terceira Câmara Cível
Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.2

mesmo veículo e sem licitação pública, de material de propaganda durante o mesmo exercício, a saber, o de 2008. Pedido de condenação dos réus nas sanções do art. 12, I, II e III da Lei de Improbidade Administrativa. Sentença de parcial procedência, a impor apenas condenações pecuniárias, ao entendimento de que a aplicação das demais feriria o princípio da razoabilidade. Apelo do *parquet* com o objetivo de se reformar a sentença, a fim de que sejam cominadas as punições dos incisos II e III do mesmo dispositivo. Apelo dos réus, em busca da reversão do julgado ou da redução das sanções pecuniárias.

1. Preclusa a decisão que, ao receber a petição inicial, rejeita arguição de ilegitimidade passiva *ad causam* alegada em defesa prévia, não há conhecer da mesma arguição, deduzida em apelo, com igual fundamento, qual seja, a de que, na época dos editais acerca de decisões da justiça eleitoral, o Prefeito estava licenciado e o de que ao Secretário de Fazenda cabe apenas, vinculadamente, mandar proceder a pagamentos autorizados por outros órgãos da Administração.

2. Não se conhece de documentos acostados aos autos com apelo, destinados à prova de fatos anteriores aos articulados, portanto, ao arrepio do art. 397 do CPC/73, vigente na época da interposição do recurso; até deles se poderia conhecer se os apelantes tivessem alegado e provado motivo de força maior impeditivo da obtenção de tal concerto documental no tempo oportuno (CPC/15, art. 435, parágrafo único).

3. Não provado o afastamento do Prefeito por motivo de licença, e dispondo a Lei Orgânica do Município de Petrópolis (arts. 78, XVI, 87, I, e 88) que ele e o Secretário de Fazenda são ordenadores de despesas, avulta a responsabilidade de ambos por pagamento de serviços sem licitação pública ou de inexigibilidade vedada, no caso os de publicidade; tais dispêndios são atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 10 da Lei 8.429/92.

4. Fazer publicar nota, mediante pagamento, de repúdio a decisão judicial eleitoral, a enaltecer as virtudes da Administração, em razão de decisão de



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.3

primeira instância, ainda mais a fazer carga contra o magistrado que a prolatou, tanto quanto a divulgar outra, enaltecendo a decisão do relator que, em segunda instância, suspendera aquela, fere os princípios da moralidade e da impessoalidade, caracteriza deslealdade para com instituição estatal e constitui ato de improbidade administrativa, *ex vi* do art. 11 da Lei 8.429/92.

5. Tais condutas sujeitam os agentes às cominações cumulativas ao ressarcimento do prejuízo causado e ao pagamento de multa civil, tanto quanto de perda de função pública, da suspensão de seus direitos políticos e da proibição de contratar com o Poder Público, tanto quanto de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários.

6. Não fere o princípio da razoabilidade impor sanções além das pecuniárias; ao contrário, o que o fere é não cominá-las.

7. Para efeitos de caracterização de improbidade administrativa tanto faz que o administrador tenha incorrido em culpa ou dolo.

8. Com efeito, ou é assim, ou atos de improbidade administrativa podem ser um “negócio” vantajoso para o gestor público ímprobo, em cujos custos se incluiriam sanções pecuniárias, de acordo com uma equação de mercado, aquela que, antes de qualquer investimento, sopesa custos e benefícios; não é esse perverso fim o que condiz com a *ratio legis* da Lei de Improbidade Administrativa.

9. Multa civil correspondente ao valor do prejuízo não está exasperada, dado que o permissivo legal contempla até o dobro (Lei 8.429/92, art. 12, II).

10. No entanto, impõe-se reduzir o valor do ressarcimento e o da multa se, por erro material, foi o dano quantificado em R\$ 340.000,00, quando, em verdade, é de R\$ 300.000,00.

11. Primeiro apelo ao qual se dá parcial provimento; segundo ao qual se provê *in totum*.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Terceira Câmara Cível



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.4

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042, em que são mutuamente apelantes e apelados, de um lado, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e, de outro, RUBENS JOSÉ FRANÇA BOMTEMPO e PAULO ROBERTO PATULEA.

.ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro por unanimidade, na sessão desta data, em dar integral provimento ao primeiro e prover parcialmente o segundo apelo, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Rio de Janeiro, 30 de março de 2016.

Desembargador FERNANDO FOCH
Relator

Secretaria da Terceira Câmara Cível
Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552

RO/trf





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.5

RELATÓRIO

Trata-se de ação de improbidade administrativa ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em face do EXMO. SR. PREFEITO MUNICIPAL DE PETRÓPOLIS, RUBENS JOSÉ FRANÇA BOMTEMPO, e do EXMO. SR. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FAZENDA, PAULO ROBERTO PATULEA, a buscar a condenação de os réus reporem aos cofres públicos R\$ 40.000,00 pagos pela pessoa política, nos dias 3 e 4 de setembro de 2008, às véspera de eleições municipais, ao jornal Diário de Petrópolis, pela publicação de notas oficiais atinentes a decisão exarada pela Justiça Eleitoral, em representação em face dele movida e, segundo o *parquet*, destinadas a promoção pessoal do chefe do Executivo.

Também pediu fosse imposta aos demandados cominação de reporem ao erário público todos os dispêndios efetuados no mesmo exercício e constatados em inquérito civil público, cada qual de R\$ 40.000,00, todos eles remuneratórios de publicação de atos da administração municipal, para o que a empresa jornalística fora contratada sem licitação.

Busca ainda lhes sejam cominadas as sanções previstas no art. 12, I, II e III da Lei 8.429/92¹.

O ente político municipal se absteve de contestar².

Os réus se manifestaram em defesa prévia, arguindo ilegitimidade passiva *ad causam*³, o que restou preclusamente rejeitado em decisão que receberia a inicial⁴. No mérito, advogaram a legalidade das publicações que, além de gratuitas, não visaram à promoção pessoal do primeiro réu, mas sim ao esclarecimento da interposição de recurso contra decreto de inelegibilidade e posterior concessão de liminar pelo TRE, a suspender o ato. Por fim, alegaram que a menção, na nota de empenho, ao art. 24, II, da Lei 8.666/93 decorreu de erro material, certo ser correto o fundamento do art. 25, II, da mesma lei.

Afastada a preliminar e recebida a petição inicial,⁵ os réus ratificaram em contestação as teses já expendidas.⁶

O processo teve marcha regular, culminando com o julgamento antecipado da lide⁷. A sentença chegou ao seguinte dispositivo:

¹ Pasta 00113.

² Pasta 00124.

³ Pastas 00194 a 00207.

⁴ Pasta 00223.

⁵ Pasta 00223.

⁶ Pasta 00231.



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.6

Isto posto, RESOLVE-SE O MÉRITO, na forma do artigo 269, I, do CPC, julgando-se PROCEDENTE o pedido para, reconhecida a prática de ato de improbidade administrativa, condenar ambos os réus, solidariamente, ao ressarcimento do dano causado ao erário municipal, no valor de R\$ 40.000,00 e 320.000,00, devidamente atualizado a contar de cada pagamento e acrescido de juros de 1% a.m., a contar da citação, também condenados, agora individualmente, ao pagamento de multa civil no valor idêntico à quantia acima mencionada.

Arcarão os réus com o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da condenação.

Cumpra-se a determinação de fl. 07.

P.R.I.

Apela o autor, a buscar sua reforma, de molde a serem impostas aos réus as demais sanções previstas nos incisos II e III da Lei da Improbidade Administrativa, exceção feita à multa calculada sobre subsídios⁸, ao argumento de que (sic)

Incorreu a douta Julgadora em error *in iudicando*, eis que deixou de imputar aos apelados as condenações de perda de função pública, eventualmente exercida, de suspensão dos direitos políticos e de proibição de receber benefícios fiscais e creditícios do Poder Público, ao argumento de que estas penalidades seriam desproporcionais aos atos praticados, sendo, portanto, inadequadas à repressão e à prevenção da improbidade.

A imposição dessas sanções é a pretensão recursal do *parquet*.

Apelam também os demandados⁹. Bisam a preliminar e negam qualquer ilicitude. Nesse passo, reafirmam a ocorrência de erro material na menção ao art. 24, II, da Lei 8.666/93.

Trazendo documentos¹⁰, cuja juntada sustentaram processualmente cabível, afirmam que a nota fiscal n.º 2.526 e o processo administrativo n.º 17.678/07, carreados como recurso, demonstram ter havido processo prévio para

⁷ Pasta 00255.

⁸ Pasta 00265.

⁹ Pasta 00274.

¹⁰ Pastas 00289 a 00299



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.7

contratação. Negaram, por fim, a ocorrência de má-fé ou dolo de lesar o patrimônio público.

Assim, buscam a reversão do julgado ou a redução da verba ressarcimento, bem assim a exclusão da cominação de multa civil.

Ambas as partes ofereceram contrarrazões a prestigiar o julgado na medida de seus interesses.¹¹

A douta 4.^a Procuradoria de Justiça de Tutela Coletiva do *parquet* oficiou pelo provimento do primeiro e desprovimento do segundo apelo¹².

VOTO

Estão presentes os pressupostos de admissibilidade dos recursos.

A sentença se equivoca ao determinar seja cumprida “a determinação de fl. 07”, eis que esta abriga parte da petição inicial. A primeira manifestação judicial está à fl. 201¹³. Vindo a contestação, a secretaria do juízo abriu vista ao autor (fl. 209¹⁴).

Exarado pela serventia (CPC/73, art. 162, § 4.^o¹⁵), seguiu-se despacho a possibilitar que as partes especificassem provas (fl. 213¹⁶).

Em seguida, à fl. 217¹⁷, sobreveio decisão que indeferiu a prova oral pela qual protestara o autor¹⁸ — os réus se abstiveram de especificar meios probatórios, como certificado¹⁹, — deferindo apenas “prova documental suplementar”.

Em seguida, o douto juízo determinou que se certificasse “o cumprimento de fl. 217, item 3” (fl. 221²⁰), mais precisamente a ordem de que fosse “juntada de cópia da fl. 85 dos autos n^o 2008.35061-0 — ação popular

¹¹ Pasta 00304 e 00314.

¹² Pasta 00334

¹³ Pasta 00223.

¹⁴ Pasta00232.

¹⁵ Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

(...)

§ 4.^o Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários.

¹⁶ Pasta 00236.

¹⁷ Pasta 00241.

¹⁸ Pasta 00239.

¹⁹ Pasta 00240.

²⁰ Pasta 00248.





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.8

oferecida em razão do mesmo ato nestes autos impugnado”, o que ocorreu²¹, ensejando, também na forma do art. 162, § 4.º, do CPC hoje em maior parte derogado, nova vista ao demandante²², que viria a se manifestar²³.

Veio, após, despacho a determinar providência cartorária e vista aos réus (fl. 226²⁴), que preferiram silenciar (fl. 226v.⁰²⁵). O ato judicial seguinte foi a sentença.

Em suma, não há nenhuma determinação a cumprir, seja determinada à fl. 7, seja ordenada em qualquer outra.

Cabe, ainda, esclarecer que a ação foi proposta em 19.1.10²⁶. É notório que o primeiro réu já não exercia seu segundo mandato como Prefeito (1.º.1.05 a 1.º.1.09), para o qual, tendo ocupado o cargo no período anterior (a.º.1º.1 a 1.º.1.05), fora reeleito.

Na data do aforamento o Prefeito era Paulo Roberto Mustrangi de Oliveira (1.º.1.09 e 1.º.1.13). Atualmente o primeiro réu exerce a chefia do Executivo local pela terceira vez; tomou posse em 1.º.1.13, tendo o mandato termo final em 1.º.1.17²⁷.

O segundo litisconsorte, PAULO ROBERTO PATULEA, que nos dois primeiros mandatos do EXMO. SR. PREFEITO RUBENS JOSÉ FRANÇA BOMTEMPO, ocupava o cargo de Secretário Municipal de Fazenda, voltou a exercê-lo nesse terceiro mandato²⁸.

Assentadas essas premissas, há outra: o presente recurso foi distribuído em 10.4.14²⁹, portanto, sob vigência do CPC/73. Logo, a juntada de documentos com as razões de apelo há de ser vista à luz do art. 397³⁰ deste último, a sinalizar por sua inadmissibilidade; tal concerto documental refere-se a fatos que, se ocorridos, ocorreram antes dos articulados.

²¹ Pasta 00250.

²² Pasta 00251.

²³ Pasta 00252.

²⁴ Pasta 00253.

²⁵ Pasta 00254.

²⁶ Pasta 00001.

²⁷ Cf. <http://www.petropolis.rj.gov.br/pmp/index.php/prefeitura.html>.

²⁸ Idem.

²⁹ Pasta 00332.

³⁰Art. 397. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.9

Com efeito, depois da inicial e da contestação, só se admite a juntada de *documentos novos* para a prova de fatos havidos depois da fase postulatória ou para fazer frente a estes. Ou seja: não são propriamente os documentos que são novos; novos são os fatos que com eles podem ser provados.

Aliás, é o que, com mais clareza dispõe o art. 435 do CPC/15³¹, especialmente no *caput*, conquanto o parágrafo único contemple hipótese, incorrente na espécie, e que antes até poderia autorizar ação rescisória. Fosse possível aplicar o dispositivo — e não é — isso em nada socorreria os demandados. Eles não alegaram motivo de força maior impeditivo da obtenção do acervo no tempo certo. Logo, não o provaram

Pois bem. Por força de preclusão consumptiva tampouco se pode conhecer da arguição de ilegitimidade passiva *ad causam*, *ex vi* do art. 523, *caput*³², do CPC/73. Não consta dos autos certidão da publicação da decisão judicial que rejeitou a preliminar, ao tempo em que deferiu as citações.

Portanto, diante da lacuna, há de se ter como termo inicial do decêndio de interposição de agravo de instrumento, aliás generosamente benéfico aos réus, a data das juntadas dos mandados citatórios, vale dizer, 08.10.10³³.

Em suma: a intempestividade da arguição é flagrante.

De todo modo, para sustentar ilegitimidade passiva *ad causam* eles se baseiam em que o primeiro réu estava licenciado, quando da publicação das notas oficiais, e que os pagamentos foram autorizados não pelo Secretário Municipal de Fazenda, mas pelo Secretário Municipal de Governo; aquele apenas manda que o Tesouro pague as despesas que os demais órgãos municipais autorizam. Isso, como visto, não é matéria técnica, mas de mérito.

O CPC/73 reflete a adoção da teoria da asserção, aliás, em decorrência da autonomia do Direito Processual. Isso quer dizer que as condições do direito de ação são apreciadas abstratamente, *in status assertionis*,

³¹ Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Parágrafo único. Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5.º.

³² Art. 523. O agravo de instrumento será interposto no prazo de cinco (5) dias por petição, que conterá:

(...)

³³ Pasta 00225.



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.10

como se as afirmações, vale dizer, as assertivas, os assertos, as asserções do autor fossem, em princípio, verdadeiras.

Sob tal prisma, a *legitimatío ad causam* se verifica se houver relação de pertinência subjetiva entre a causa de pedir e a parte.

Na espécie em apreço, a causa de pedir passiva (ou remota) é a ordem jurídica, que impõe ao administrador público o dever de observar certos princípios, como o da impessoalidade e o da licitação; a ativa (ou próxima) é o desrespeito a esses deveres, com o desembolso de despesas irregulares.

Mas, se o *parquet* imputa o comportamento antijurídico ao chefe do Executivo (publicação de notas oficiais em desconformidade com o princípio da impessoalidade) e a este, bem como ao Secretário Municipal de Fazenda, dispêndios em desrespeito ao princípio da licitação, é evidente a relação de pertinência subjetiva de ambos com a *res in iudicium deducta*.

Se o Prefeito Municipal, contudo, não incorreu nessas irregularidades; se o Secretário Municipal de Fazenda nada tem a ver com o ordenamento de despesas públicas, sendo mero cancelador, reles carimbador de ordens de outros órgãos administrativos, a mandar pagar isso ou aquilo a esse ou aquele credor, sem que lhe caiba obstar irregularidades ou ilegalidades — isso é matéria de mérito.

Assim, preliminares de mérito com o mérito jamais se confundem.

É de prudência que se diga: em ação de improbidade administrativa a legitimação ativa para a causa, do Ministério Público, é extraordinária porque a Constituição da República e a Lei de Improbidade Administrativa isso lhe conferem, respectivamente nos arts. 129, III³⁴, e 17, *caput*³⁵. Decorrem desses dispositivos normativos sua relação de pertinência subjetiva com a *causa petendi*.

Considerações acerca do batido tema se mostram necessárias e por certo hão de ser repetidas *ad nauseam* inúmeras vezes mais, felizmente não neste processo. Mas em outros porque a teoria da asserção também está

³⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

(...)

³⁵ Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

(...)





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.11

refletida no novo CPC, que, se renovou o Processo Civil brasileiro, não é dotado de condão capaz de afastar esse mistério profundo que por certo está na raiz de se confundir *legitimatío ad causam* com *meritum causæ*. Se é que isso não seja renitente técnica procrastinatória da entrega da prestação jurisdicional.

Seja como for, e de acordo com os princípios constitucionais fundamentais republicano e da separação dos poderes, o art. 78, XVI, da Lei Orgânica do Município de Petrópolis³⁶, dispõe que o Prefeito é o ordenador das despesas públicas municipais. Sua responsabilidade — eis aqui mais uma vez a necessidade de se dizer o óbvio — é *ex lege*.

A do Secretário Municipal de Fazenda, *idem*. O art. 87, I³⁷, do mesmo diploma, também na esteira dos mesmos princípios constitucionais, reza que os Secretários Municipais são auxiliares diretos do Prefeito. Já o art. 88, I³⁸, dispõe que eles subscrevem atos e regulamentos referentes a seus órgãos. Aliás, o § 3.º, estatui responsabilidade solidária com o chefe do Poder Executivo.

Basta isso para que caia por terra a cândida tese de que o Secretário de Fazenda só manda pagar as despesas que outros órgãos da Administração autorizam, fazendo-o vinculadamente — “Pague-se” ou coisa parecida. Ele seria, assim, um subalterno cumpridor de ordens. Essa linha argumentativa insulta qualquer inteligência acima da oligofrenia.

Ora, autorizar despesas é atribuição do Prefeito, que nisso, dada a afinidade temática, é auxiliado pelo Secretário de Fazenda, por óbvio gestor do erário municipal. Por certo não o serão, por exemplo, o Secretário Municipal de Educação ou o Procurador Geral do Município.

Em verdade, esses pagamentos são atos complexos.

³⁶ Art. 78. Compete ao Prefeito, entre outras atribuições:

(...)

XVI - superintender a arrecadação dos tributos, bem como a guarda e aplicação da receita, autorizando as despesas e pagamentos dentro das disponibilidades orçamentárias ou dos créditos votados pela Câmara;

(...)

³⁷ Art. 87. São auxiliares diretos do Prefeito:

I - os Secretários Municipais e cargos equivalentes;

(...)

³⁸ Art. 88. Além das atribuições fixadas em lei, compete aos Secretários, Diretores e cargos equivalentes:

I - subscrever atos e regulamentos referentes aos seus órgãos;

(...)

§ 3º Os Secretários ou Diretores são solidariamente responsáveis com o Prefeito pelos atos que assinarem, ordenarem ou praticarem.





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.12

Para despesa, ainda por exemplo, da Secretaria Municipal de Educação, o respectivo titular examina a regularidade formal do processo, a oportunidade e a conveniência do dispêndio e o *autoriza* (*rectius*: o recomenda), encaminhando a recomendação ao Secretário de Fazenda, quem, nada o obstando, determinará o desembolso, juntamente com o Prefeito, dado não haver previsão de este delega tal competência àquele.

De outro bordo, os réus não provaram que o primeiro estava licenciado quando da publicação das notas oficiais, em setembro de 2008. Tal prova só lhe aproveitaria quanto a essas despesas e não quanto às demais, durante todo o exercício, atinentes a publicação de atos em órgão da mídia, sem licitação.

Pois bem. Eles insistem na tese de inexistência de ilegalidade, já que as notas oficiais foram elaboradas com o fim de, na forma do art. 37, *caput*, da Constituição da República, prestar esclarecimentos à população acerca de decisões exaradas em processo judicial-eleitoral no qual o primeiro réu, então Prefeito Municipal, figurava no polo passivo. Não houve qualquer intuito de promoção pessoal.

Asseveram que decisão do TSE – Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Especial Eleitoral n.º 35.451 afastou a ocorrência da conduta vedada e que a divulgação foi autorizada pelo TRE/RJ AC 198/2008, certo o juízo eleitoral ter julgado improcedentes demandas que tratavam do mesmo assunto.

Ao contrário do alegado, a decisão proferida no Recurso Especial Eleitoral n.º 35.541 não versa sobre os mesmos fatos que ensejaram a presente ação, mas sobre a utilização e servidor público municipal em campanha eleitoral³⁹.

De qualquer sorte, o afastamento da prática de conduta tendente a afetar a igualdade de oportunidade nos pleitos eleitorais (Lei 9.504/97, art. 73) não implica necessariamente a descaracterização de ato de improbidade administrativa.

A nota oficial publicada no Diário de Petrópolis teve o seguinte teor:

A Prefeitura de Petrópolis vem a público manifestar sua surpresa com a decisão, em primeira instância, da juíza eleitoral Christianne Ferrari contra o prefeito Rubens Bomtempo, numa ação impetrada pela coligação que reúne o PT e o PPS, ambos da oposição.

³⁹ Pastas 00216 a 00220.





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.13

Ao mesmo tempo em que já recorre da decisão, que interferiu diretamente no processo democrático, a Prefeitura de Petrópolis afirma sua plena confiança na Justiça.

A sentença que ora questionamos, contra uma única funcionária da administração pública municipal, configurou-se, ao nosso juízo, como desproporcional e extemporânea, merecendo, portanto, imediata anulação.

Com a convicção de que pautamos estes dois mandatos pela atenção aos menos favorecidos e pelo desenvolvimento social e econômico de nossa Petrópolis, de que sempre tratamos a Administração Pública com seriedade, conforme atestam a opinião pública e diversos organismos que monitoram nossas políticas públicas, de que nos mantemos fiéis aos princípios democráticos que norteiam não apenas a trajetória de Rubens Bomtempo como a do Governo Municipal, apresentamos ao povo petropolitano o presente esclarecimento; na certeza' de que a verdade dos fatos e o Estado Democrático de Direito prevalecerão⁴⁰.

Já a publicada no mesmo periódico, mas no dia seguinte foi esta:

A Prefeitura de Petrópolis comunica à população que o desembargador Luiz de Mello Serra, do Tribunal Regional Eleitoral, suspendeu a decisão da 85.^a Zona Eleitoral e a multa aplicada à Prefeitura, restabelecendo os direitos políticos do prefeito Rubens Bomtempo.

A Prefeitura esclarece que antes mesmo da decisão do TRE, o próprio Ministério Público já havia requerido o arquivamento da ação contra uma única ex-funcionária da administração, movida pelo PT e PPS, partidos que fazem oposição ao governo municipal.

A Prefeitura afirma que sempre confiou na Justiça para garantir a legítima manifestação popular nas eleições e esclarece que a ética, o respeito ao uso dos recursos públicos, e o atendimento aos que mais precisam da Prefeitura pautaram a conduta da administração municipal nesses 8 anos de governo.

⁴⁰ Pasta 00040.





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.14

É de básico conhecimento jurídico que o princípio da publicidade, o qual, por força do art. 37, *caput*, da CRFB, norteia a Administração Pública, giza que seus atos

Devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio proporcionar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem.⁴¹

Portanto, deve-se ater aos atos administrativos e aos atos da Administração, com estrito respeito ao princípio da impessoalidade, o qual, se obtativa, dentre outros escopos, que o da isonomia seja empregado em favor de todos os administrados, também pressupõe que se contorne a impossibilidade de uso de comunicação em proveito pessoal, eleitoral e/ou político dos gestores da coisa pública. É, aliás, o que estabelece o § 1.º do art. 37 da CRFB.

Com efeito, se o *caput* estatui que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, o § 1.º complementa: “A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

Ao comentar o art. 37 da Constituição da República, emérito constitucionalista e hoje Ministro aposentado do STF lembra que, em termos de Administração, há uma dicotomia entre administração pública e administração privada, pela qual

Facilmente se percebe que a administração pública, significando o gerenciamento de tudo o que é de todos, tem por regime jurídico aquilo que os administrativistas costumam designar por “princípio da finalidade” (Celso Antônio à frente, aqui no Brasil): ou seja, os poderes de gerenciamento que são conferidos aos órgãos e entidades estatais, e daí para os respectivos agentes, são para alcance de finalidades que a Magna Carta e as leis venham a qualificar como pertencentes a toda coletividade. Não a

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 13.ª edição, 2005, p. 15.





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.15

esse ou aquele agente público, individual ou corporativamente considerado, tampouco a indivíduos ou grupos de particulares enquanto tais.⁴²

Esses editais são a materialização de abuso de poder. Inconformado com decisão da Justiça Eleitoral em primeiro grau de jurisdição, o primeiro réu, valendo-se do fato de ser Prefeito Municipal, publicou uma nota, aliás, agressiva, desairosa e acintosa, em que a Prefeitura, ou seja, o conjunto de órgãos que compõem o Poder Executivo local, mais do que defendê-lo para além dos limites do processo, ataca a magistrada prolatora da decisão que o desagradou e claramente tenta jogar a opinião pública contra aquela autoridade e contra o Poder Judiciário.

Contente com decisão do relator, que suspendeu a da primeira instância, sapecou outra no mesmo órgão de imprensa, a tecer loas ao magistrado de segundo grau, à Justiça e à própria ética do chefe do Poder Executivo local, mais uma vez tentando pressionar um Juiz de Direito no e pelo exercício da função, logo, o próprio Poder Judiciário, e indispô-los com a opinião pública, ao insinuar que o ato suspenso desrespeitava a vontade popular, a qual, é sabido, não elege a Prefeitura; elege o Prefeito.

Em ambos os casos se trata de abjeta conduta digna de um monarca absolutista, que se adona do que é público. Autoriza que se lembre da célebre sentença de Luís XIV, o Rei Sol, se é que Sua Majestade a emitiu: “L’État c’est moi”.

Também permite que se evoque o grande escritor, dramaturgo e teledramaturgo Dias Gomes, com a novela televisiva “O Bem-Amado”, todopoderoso prefeito de uma emblemática Sucupira, a mesma do romance homônimo e da peça teatral “Odorico, o Bem-Amado ou Os Mistérios do Amor e da Morte” — múltipla obra inspirada por certo em práticas políticas de cidades do interior, o qual não há de ser da França no Século XVIII. Muito menos de Paris da mesma época.

Não o disfarça o provinciano ou, que provinciano não seja, o pueril recurso retórico de substituir o próprio nome por “Prefeitura Municipal”, como se isso tornasse lícito o antidemocrático comportamento que, de resto, fere o princípio constitucional fundamental da separação dos poderes, estabelecido no art. 2.º da Constituição da República.

⁴² BRITTO, Carlos Ayres, in CANOTILHO, j. j. Gomes Canotilho, MENDES, Gilmar Ferreira, SARLET, Ingo Wolfgang, STRECK, Lenio Kuiz (coord.), *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 822. Sublinhei.





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.16

O Judiciário está constitucionalmente acima do jogo político-partidário até porque cabe-lhe julgar atos de políticos e dos demais Poderes, tanto quanto os seus, com a mesma isenção e imparcialidade com que julga toda a qualquer demanda, inclusive as que afetam pessoas estatais políticas e pessoas naturais ou físicas desvalidas ou não, paupérrimas ou riquíssimas, sem excluir os poderosos do momento. Se é certo que decisões judiciais são discutidas no âmbito dos respectivos feitos, não menos correto é que ninguém está acima da lei ou imune à Justiça comutativa. Nem o Prefeito de Petrópolis. Por que não?

Por outro ângulo: é ilícito, constitucionalmente ilícito, pressionar o Poder Judiciário porque ele está acima de qualquer paixão, inclusive, quiçá sobretudo, política.

Na espécie versada sobreleva ainda que ambos os demandados se subsomem tranquilamente ao art. 2.^o⁴³ da Lei 8.429/92 — a da improbidade administrativa. Com esses editais, o primeiro demandado desrespeitou o princípio da impessoalidade e, de quebra, o de lealdade às instituições, na medida em que claramente tentou pressionar e indispor — se é que não indispos — a opinião pública com a Justiça eleitoral de primeiro grau. Sua conduta está claramente tipificada no art. 11, *caput*, certo que os incisos são meramente exemplificativos⁴⁴.

Cabe observar que, em busca de, como se diz, *dividendos eleitorais*, o primeiro réu descumpriu o dever de lealdade às instituições, as quais não são só as que ele entende abarcadas em seu pequeno mundo municipal, senão as do Estado brasileiro. São elas, para quem não sabe, o Poder Executivo e o Poder Legislativo em todas as suas quatro esferas — a da União Federal, a dos Estados-membros, a do Distrito Federal e as municipais; o Poder Judiciário em seus vários círculos de competência jurisdicional e administrativa (STF, STJ, CNJ, Justiças Federais comum e especiais, Justiças Estaduais e do Distrito

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.⁴³

⁴⁴Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente

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

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

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

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Secretaria da Terceira Câmara Cível

Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III

Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010

Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.17

Federal); o Ministério Público; as advocacias públicas e privadas; as Forças Armadas e por aí vai.

Portanto, a sentença mostra-se lapidar quando observa que dos indigitados editais

não se extrai qualquer caráter educativo, informativo ou de orientação social, certo ter havido, na verdade, utilização de verba pública para fins de promoção pessoal.

E para essa conclusão não importa tenha ou não havido enriquecimento ilícito por parte dos beneficiários, já que presente a intenção de sua autopromoção à custa do erário.

Por todo o exposto, conclui-se pela violação ao comando constitucional trazido pelo artigo 37, caput e § 1.º, em benefício do réu Rubens Bomtempo, reconhecida a ofensa à moralidade e impessoalidade administrativas, incidente, pois, a hipótese do artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92.

Malferido restou, ainda, o princípio da moralidade administrativa, que, reduzido ao conceito de moral hoje vigente, de base judaico-cristã, tem como substrato a lealdade. A ideia de governo honesto, direito de todos e dever de quem o exerce, nada mais é do que isso.

Nesse diapasão, tampouco se desabona a conclusão a que chegou a douta sentenciante, no sentido de que também houve violação da ordem jurídica, com ato de improbidade, através do

gasto de verba pública, em publicidade institucional não dirigida à divulgação de atos, programas, obras, serviços ou campanhas do Poder Executivo, e afirmou-se com a indicação de práticas pessoais do Sr. Prefeito e conclusões subjetivas acerca de processo ao qual respondia perante a Justiça Eleitoral.

Fora pouco, as notas foram custeadas com verba pública e, pior, sem licitação, o que inclui pagamento de outras publicações no mesmo periódico, todas ao custo de R\$ 40.000,00 cada uma.

O Processo de Pagamento 16.658/08⁴⁵ se refere a serviço de publicidade, consignando a dispensa de licitação na forma do art. 24, II, da Lei

⁴⁵ Pasta 00089





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.18

8.666/93⁴⁶. Não restou demonstrada, contudo, a realização de prévio procedimento administrativo de dispensa de licitação, exigida no art. 26, parágrafo único, da mesma lei.

Tal documentação foi reclamada pelo demandante antes do ajuizamento da presente demanda⁴⁷ e pelo magistrado *a quo*⁴⁸. Os réus acostaram ofício que dá conta da inexistência do processo administrativo de dispensa de licitação⁴⁹. Calha reafirmar não ser possível, pelas razões expendidas alhures conhecer das cópias do Processo Administrativo 17.678/07 e da nota Fiscal n.º 2.526 acostadas ao recurso de apelação.

De qualquer sorte, ainda que conhecidos, tais documentos não socorreriam os réus, já que alegam que a menção ao art. 24, II — licitação dispensável — decorreu de erro material e asseveram que as publicações se inserem no permissivo do art. 25 da Lei 8.666/93⁵⁰, o qual reza ser “inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição” (*caput*), em especial nas hipóteses exemplificadas nos incisos.

⁴⁶ Pastas 00089 a 00094.

⁴⁷ Pasta 00097 a 00099.

⁴⁸ Pastas 00104 a 00105.

⁴⁹ Pasta 000126.

⁵⁰ Art. 24. É dispensável a licitação:

I - 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 oncomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

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.

§ 1.º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2.º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Secretaria da Terceira Câmara Cível

Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III

Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010

Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.19

A publicação em jornal de atos proferidos do Poder Público não se alberga no dispositivo, sendo inócua a remissão ao art. 13⁵¹, feita no inciso II.

Por outro lado, a ordem de pagamento no valor de R\$ 40.000,00 em favor do Diário de Petrópolis, com liquidação em 04.12.08, foi subscrita pelo segundo réu, então Secretário de Fazenda, e se refere ao mesmo Processo de Pagamento 16.658/08.

Na mesma situação se enquadram os demais valores comprovadamente pagos ao jornal no exercício de 2008, todos ordenados pelo segundo réu. Totalizam R\$ 300.000,00, consoante comprovantes anexados aos autos — R\$ 40.000,00 pagos em 07.8.08 referentes a anúncios e editais em julho de 2008⁵²; R\$ 30.000,00 pagos em 15.2.08 referentes a anúncios da Campanha de IPTU⁵³; R\$ 30.000,00, pagos em 10.3.08 referentes à publicidade de campanha de IPTU⁵⁴; R\$ 40.000,00 pagos em 14.4.08 referentes à publicação e anúncios e editais em março de 2008⁵⁵; R\$ 40.000,00, pagos em 09.5.08 referentes à publicação e anúncios e editais em abril de 2008⁵⁶; R\$ 40.000,00 pagos em dezembro de 2008⁵⁷; R\$ 40.000,00 pagos em 18.6.08 referentes à publicação e anúncios e editais em maio de 2008⁵⁸; R\$ 40.000,00 pagos em 30.9.08 referentes a publicação e anúncios e editais em agosto de 2008⁵⁹.

Não há dúvida, pois: de qualquer ângulo que se aprecie as teses de defesa, não há como afastar a subsunção da conduta dos demandados já agora

⁵¹Art. 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;
- 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.
- VIII - (Vetado).

§ 1.º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2.º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

⁵² Pastas 00128.

⁵³ Pasta 00136.

⁵⁴ Pasta 00147.

⁵⁵ Pasta 00154.

⁵⁶ Pasta 00163.

⁵⁷ Pasta 00172.

⁵⁸ Pasta 00178.

⁵⁹ Pasta 00184.



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.20

ao disposto no art. 10 da Lei 8.429/92⁶⁰, cujos incisos também são meramente exemplificativos.

Quanto à alegação de inexistência de dolo ou culpa, vale lembrar o que consignou o eminente Procurador de Justiça Pedro Elias Erthal Sanglard no judicioso parecer ministerial⁶¹, no sentido de ser

assente na jurisprudência que, para a configuração da responsabilização pelo dano ao erário tanto faz que haja culpa ou dolo, conforme jurisprudência da Corte cidadã abaixo colacionada:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ART. 23, I, DA LEI 8.429/1992. REELEIÇÃO. TERMO INICIAL ENCERRAMENTO DO

⁶⁰ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

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

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

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei;

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei.

⁶¹ Pasta 00334.

Secretaria da Terceira Câmara Cível
Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.21

SEGUNDO MANDATO. ATO ÍMPROBO. ELEMENTO SUBJETIVO CULPA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é assente em estabelecer que o termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade administrativa, no caso de reeleição de prefeito, se aperfeiçoa após o término do segundo mandato.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, para que seja Reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10. isso porque não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.

3. As considerações feitas pelo Tribunal de origem não afastam a prática do ato de improbidade administrativa, uma vez que foi constatado o elemento subjetivo culpa na conduta do agente, o que permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92.

4. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, ao negar provimento à apelação, entendeu que houve dano ao erário. Portanto, modificar o acórdão recorrido, como pretende o recorrente, no sentido de afastar a Existência do dano ao erário, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte, em vista do óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido. ” (Grifos nossos)
(AgRg no AREsp 161.420/TO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2014, de 14/04/2014)

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. CULPA. SÚMULA 83/STJ. ANÁLISE DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ATO DE IMPROBIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. não viola o art. 535 do Código de Processo Civil, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adotou, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa

Secretaria da Terceira Câmara Cível

Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III

Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010

Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.22

(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, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma Lei (enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), os quais se prendem ao elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo.

3. Rever as conclusões do Tribunal de origem sobre a existência de dolo na conduta do agente, bem como os elementos que ensejaram os atos de improbidade implica o reexame dos elementos fático-probatórios, o que não é possível pela via eleita (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental a que se nega provimento. ” (Grifos nossos)

(AgRg no AREsp 374.913/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 11/04/2014)

Ademais, a conduta de autopromoção do agente político referendada pelo Secretário municipal demonstra dolo, ferindo os princípios da moralidade e impessoalidade previstos na Carta Magna, pelo que tanto pela infringência ao art. 10 da Lei 8429/02 (atos que atentam contra o erário público) quanto pela infringência ao art. 11 (atos que atentam contra os princípios da administração merecem os demandados a condenação que lhes foi imputada.

Não há falar em redução do valor da condenação pelo fato de que o *quantum* é, de certo modo, expressivo. Verdade é que a Lei 8.429/92 prevê claramente no art. 12, II e III, o ressarcimento integral do dano.

Redução cabe, no entanto, no que respeita ao total dos dispêndios ilicitamente efetuados, apenas em razão do erro material em que incorreu a sentença. O total dos gastos irregulares com publicação foi de R\$ 300.000,00 e não de R\$ 360.000,00 (isto é, R\$ 40.000,00 somados a R\$ 320.000,00), como disposto no ato judicial em foco.

Considerando que os tetos previstos para multa civil são de duas vezes o valor do dano no caso de conduta descrita no art. 10 e de 100 vezes o valor do dano no caso de conduta descrita no art. 11, não se verifica a alegada desproporcionalidade, não havendo razão objetiva a justificar a redução.

Secretaria da Terceira Câmara Cível
Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.23

Apesar dos pesares, não cabe aplicar aos réus a sanção prevista no art. 12, I⁶², da Lei de Improbidade Administrativa, como pedido na petição inicial, mas não reiterado no apelo ministerial. Assim é porque a toda evidência a conduta dos réus não se subsumiu no art. 9.^o, *caput*⁶³, certo que os incisos são também *numerus apertus*. Não houve enriquecimento ilícito.

Como visto, a conduta de ambos os demandados se subsume tanto no art. 10, quanto no art. 11 da Lei 8.429/92. O primeiro, já visto, se refere a atos de improbidade que causam lesão ao erário; as sanções, dispostas no art. 12, II⁶⁴, são mais severas, o que indica que o ilícito punível é mais grave. As previstas no inciso III do art. 12 são menos drásticas⁶⁵.

Pois bem. No que concerne aos editais de motivação política-eleitoral o dano mais grave não é material. Representa-o o desrespeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade, além de igualmente grave deslealdade às instituições.

Considerando que não houve proveito patrimonial, isto é, com atenção do disposto no parágrafo único do art. 12⁶⁶, com base no inciso II é de se

⁶² Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9.^o, 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;

(...)

⁶³ Art. 9.^o Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1.^o desta lei, e notadamente:

(...)

⁶⁴ Art. 12. (...)

(...)

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;

(...)

⁶⁵ Art. 12. (...)

(...)

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.

(...)

⁶⁶ Art. 12. (...)

Secretaria da Terceira Câmara Cível
Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.24

decretar a perda das funções públicas que os réus exercem e a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de cinco anos; por igual prazo, impõe-se proibi-los de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários.

Quanto à contratação de órgão de imprensa, sem licitação — o que inclui as notas oficiais,— o dano patrimonial é expressivo, apesar de noticiário reiterado de fatos de âmbito nacional indique desvios tão estratosféricos que esses R\$ 300.000,00 parecem resultar de inocente brincadeira de crianças, um folgado pueril, um ingênuo pique-esconde, uma despreziosa amarelinha, uma pelada de ladeira e bola de meia.

Nesse passo, e com fulcro no inciso III, é de se decretar a perda das funções públicas que os demandados exercem e a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de cinco anos; e, por três anos proibi-los de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários.

Seria caso de condená-los a pagar multa por valor equivalente a até cem vezes os subsídios que hoje percebem. Mas disso o Ministério Público não cogitou em apelo.

Quanto a tanto não há como entender ter a sentença dado adequada solução à lide, quando, afastando essas sanções, considerou que,

embora, de fato, tenha se verificado o uso indevido de verba pública, o que impõe a condenação ao ressarcimento integral do dano, no que tange às demais sanções — perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios —, são desproporcionais ao ato praticado, e inadequadas à repressão e à prevenção da improbidade. Já a multa civil se apresenta medida punitiva proporcional e compatível à hipótese, pelo que é aqui aplicada, fixada no valor correspondente ao montante da verba indevidamente utilizada.

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.

Secretaria da Terceira Câmara Cível
Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552



Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.25

Essa conclusão não está cabalmente fundamentada. De outro modo, a questão, contudo, é que com princípios não se pode transigir, muito menos quando envolvem a coisa pública, cuja gestão não é trampolim para conquistas pessoais, para expressão de idiosincrasias — tanto que se pauta pela impessoalidade. Não é bálsamo para leite e prazer. É múnus, é encargo, é dever. É dar; dar empenho, dar exemplo, dar tempo, dar dedicação à causa pública. Não é receber senão os correspondentes subsídios e, se for o caso, o reconhecimento do eleitorado, sem que para isso o homem público enverede por atalhos que o desviem da única senda possível porque lícita, decente, é dizer, conforme a moralidade administrativa: a da retidão de conduta. O resto é cinismo.

Nesse sentido, tem razão o apelante quando afirma que,

Como se sabe, a aplicação de sanções desproporcionais às condutas praticadas, notadamente diante da reconhecida ilegalidade, premia o apelado e frustra seu caráter de prevenir a reincidência.

Não obstante, é de se observar que, em verdade, a única sanção aplicada foi a multa civil, já que o ressarcimento é apenas a necessidade de se restabelecer o *status quo*, como bem ensina Emerson Garcia⁶⁷,

"É inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do status quo".

Nesse sentido, considerando a gravidade do fato de se contratar espaços publicitários em jornal para veicular mensagem de cunho eleitoral, somando-se a dispensa indevida de licitação para realizar tal contratação, que acarretou um prejuízo aos cofres públicos de R\$ 360.000,00, valor em muito superior ao preço de mercado, e tendo como parâmetro a lei de improbidade, é imperioso que sejam aplicadas as demais sanções previstas na lei 8429/92, mormente o caráter pedagógico das penas e o espírito repressor da lei da improbidade.

Com efeito, ou é assim, ou atos de improbidade administrativa podem ser um “negócio” vantajoso para o gestor público ímprobo, em cujos custos se incluiriam sanções pecuniárias, de acordo com uma equação de mercado, aquela

⁶⁷ Nota do apelante, inicialmente de n.º 4, com o seguinte teor: Improbidade Administrativa. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2.ª ed., 2004, p. 538.





Apelação Cível 0000977-12.2010.8.19.0042

FLS.26

que, antes de qualquer investimento, sopesa custos e benefícios; não é esse perverso fim o que condiz com a *ratio legis* da Lei de Improbidade Administrativa.

É de prudência deixar claro que as condenações, conquanto tenham distintas bases legais, são cumulativas e não sucessivas, eis que, se o fosse, implicariam exasperação que a lei não objetivou.

À conta de tais fundamentos, voto no sentido de que a Câmara: **(I)** conheça de ambos os apelos; **(II)** dê parcial provimento ao segundo, isto é, ao interposto pelos demandados, para, reformando a sentença: **(a)** condená-los solidariamente a ressarcirem o dano que impuseram ao erário municipal com o pagamento de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais); **(b)** condenar cada qual ao pagamento de multa civil de igual expressão; **(II)** dê provimento ao primeiro, ou seja, ao interposto pelo autor, para, também reformando a sentença: **(a)** com base no art. 12, II, da Lei 8.429/92: **(1)** decretar a perda das funções públicas que os réus exercem e a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de cinco anos; **(2)** por igual prazo proibi-los de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários; **(b)** com fulcro no inciso III do mesmo dispositivo: **(1)** decretar a perda das funções públicas que os demandados exercem e a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de cinco anos; **(2)** por três anos proibi-los de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários; **(III)** desde logo esclareça que as condenações são cumulativas e não sucessivas; **(IV)** suprima da sentença o comando de que se cumpra a determinação de fl. 7 e, observado o que ora se decide, mantê-la no mais; **(V)** comunique, com o trânsito em julgado, esta decisão ao colendo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro, na pessoa de seu eminente Desembargador Presidente.

Rio de Janeiro, 30 de março de 2016.

Desembargador FERNANDO FOCH
Relator

Secretaria da Terceira Câmara Cível
Rua Dom Manuel, nº 37, sala 532, Lâmina III
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20010-010
Tel.: + 55 21 3133-6003/3133-6293– E-mail: 03cciv@tjrj.jus.br – PROT. 552