

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DÉCIMA CÂMARA CÍVEL
APELAÇÕES CÍVEIS
AUTOS N.º 0003882-08.2012.8.19.0078**

**Apelantes: 1. ANDRE GRANADO NOGUEIRA DA GAMA
2. ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA COUTINHO
3. NATALINO GOMES DE SOUZA FILHO e HERON ABDON
SOUZA**

Apelado: O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Relator: Desembargador CELSO LUIZ DE MATOS PERES

Apelações cíveis. Ação civil pública por improbidade administrativa. Município de Armação dos Búzios. Ilicitude na terceirização de agentes de saúde, mediante contratação de pessoa jurídica de direito privado para prestação de serviços de gestão, assessoria e controle das atividades desenvolvidas pelo Programa Saúde da Família no âmbito municipal, sem procedimento licitatório. Prejuízo ao erário e violação aos princípios fundamentais da Administração Pública. Inaplicabilidade da Súmula 418 do STJ por desarrazoada e contrária ao princípio do amplo acesso à justiça. Ausência de ratificação recursal que não justifica o desconhecimento do primeiro apelo, por se tratar de embargos declaratórios ofertados por parte distinta. Prejudicial de prescrição já afastada, bem como outras preliminares, por ocasião do julgamento dos agravos de instrumentos nº 0011708-57.2014.8.19.0000 e 0038272-73.2014.8.19.0000. Preliminar de ilegitimidade passiva que se confunde com o mérito causal, à luz da Teoria da Asserção. Inexistência de qualquer mácula aos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e do contraditório. Corretude que apresenta o julgamento antecipado da lide, considerando-se que a prova documental já havia sido oportunamente produzida e não havia qualquer necessidade da produção de prova oral em audiência. Conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1.114.398/PR, sob a égide do artigo 543-C antigo Código de Processo Civil, inexistente cerceamento de defesa no julgamento antecipado quando os elementos documentais são suficientes ao julgamento dos pontos controvertidos. Inexistência de qualquer irregularidade capaz de inquinar de nulidade a ação civil pública. Elementos de suspeição do Magistrado não demonstrados e que, ademais, desafiariam o procedimento adequado. Polo passivo ocupado pelo Prefeito, Secretários de Administração e de Saúde, Consultor Jurídico, Procurador-Geral, a ONG contratada e seu presidente. Contexto probatório suficiente a demonstrar um caminho repleto de ilicitudes, atribuível a todos os réus.

Dispensa irregular de licitação. Violação ao artigo 37, XXI, da CRFB e aos artigos 2º, 3º e 24, XIII da Lei n.º 8.666/93. Ausência de pesquisa ou real justificativa quanto ao preço do contrato e seu aditivo. Contrariedade ao artigo 26, parágrafo único, inciso III da Lei de Licitações. Ausência de projeto básico. Planilhas não datadas, apresentadas pela contratada, que se mostravam genéricas e inconsistentes quanto aos quantitativos e preços unitários. Afronta ao artigo 7º, §2º, I e II, e §4º da legislação de regência. Impossibilidade de qualquer controle administrativo para assegurar o cumprimento e a economicidade do contrato. Estatuto social genérico. Entidade privada flagrantemente inidônea, por sequer inexistente o endereço de sua sede social. Inobservância das formalidades essenciais mínimas para habilitação jurídica e técnica da contratada, em descumprimento ao artigo 27, I e II, da Lei nº8.666/93. Pagamentos baseados em relatórios de produção emitidos unilateralmente pela própria contratada, sem medições do Poder Público acerca do serviço efetivamente prestado, violando-se não somente os artigos 67, §1º e 73, inciso I, ambos da Lei nº 8.666/93, como também o artigo 63, §2º, III, da Lei nº 4.320/64. Omissões dolosas que devem conduzir a um natural reconhecimento do dano ao erário in re ipsa. Precedentes do STJ. Prejuízo equivalente ao valor do contrato. Decisões do TCE quanto à impossibilidade de apuração do quantum que não ostenta caráter vinculativo. Natureza dos serviços descritos no documento fiscal que não correspondiam aos serviços contratados. Afronta ao artigo 63, §2º, I da Lei nº 4.320/64. Notas "frias" que põe em dúvida a real existência dos serviços, considerando-se que o Município de Armação dos Búzios, ao mesmo tempo em que arcava com vultosos custos de terceiros para administrar pessoal em seu nome, também mantinha estrutura remunerada para este fim. Terceirização ilícita de mão de obra mediante interposta pessoa. Violação do artigo 37, inciso II da CRFB. Extrato contratual publicado somente quando extinto o contrato. Ato secreto como indicativo dos ilícitos. Indevida inclusão das despesas orçamentárias sob a rubrica "outros serviços terceirizados - pessoa jurídica" e não em "outras despesas de pessoal". Afronta aos artigos 18, §1º, e 19, inciso III, ambos da Lei Complementar n.º 101/2000. Impossibilidade da utilização de recursos oriundos dos royalties de petróleo no pagamento do pessoal de área de saúde, conforme a proibição contida no artigo 8º da Lei nº 7.990/89. Atual Prefeito Municipal que, à época dos fatos, exercia a função de Secretário Municipal de Saúde, e deu ensejo à abertura do processo administrativo em análise, solicitando a contratação do serviço, além de inúmeras outras transgressões legais e principiológicas. Anterior Prefeito que, na qualidade de ordenador de despesas, detinha o poder-dever de supervisionar todos os atos praticados pelos membros de sua equipe, e poderia, inclusive, anular os atos ilegais perpetrados por seus subordinados.

Consultor Jurídico e Procurador Geral do Município que elaboraram pareceres jurídicos que conferiram aparência de legalidade à contratação direta e à minuta de termo aditivo ao contrato. Possibilidade de responsabilização de pareceristas por improbidade administrativa, desde que configurada sua atuação com dolo ou má-fé ao emitirem pareceres técnicos favoráveis à dispensa de licitação manifestamente ilegal, como ocorrido. Entendimento pacificado pela Corte Nacional. Condenação de reconstituição integral do patrimônio lesado, no valor contratado, à perda de cargo ou função pública, multa civil correspondente a 100 (cem) e 80 (oitenta) vezes o valor do subsídio à época dos fatos, bem como a suspensão dos direitos políticos por oito (08) anos aos quatro réus. Penalidades corretamente impostas a todos os apelantes. Sucumbência exclusiva dos réus. Pedido de Gratuidade de Justiça manejado pelo ex-Prefeito que não merece prosperar e se apresenta risível por constituir verdadeira afronta a tão belo instituto, direcionado a pessoas humildes, como aquelas que provavelmente ficaram sem escola, saúde e outros serviços básicos locais, que fazem parte do mínimo existencial para uma vida digna, destacando-se que tal benefício não se direciona a quem participa de fraudes milionárias e lesa o bem comum. Julgado recorrido que merece mínimo reparo, pelo fato de que o afastamento provisório da função pública previsto no artigo 20, parágrafo único da Lei 8.429/92, possui natureza cautelar, com a peculiaridade de apresentar finalidade eminentemente probatória. Efeitos da cautelar que somente poderiam durar até o fim da instrução probatória, não tendo qualquer correlação com a sanção de perda da função pública, prevista no caput do mesmo dispositivo legal, que somente poderá produzir efeitos em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória e jamais poderá operar em sede de antecipação dos efeitos da tutela, como já decidido pela Corte Nacional na MC 15.679/SP. Primeiro e terceiro apelos parcialmente providos, resultando improvido o segundo recurso.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos tombados sob o nº **0003882-08.2012.8.19.0078**, em **Apelações Cíveis** que alvejam a sentença de fls.457/576, oriunda da **2ª Vara da Comarca de Armação dos Búzios**, em que são apelantes **Andre Granado Nogueira da Gama, Antonio Carlos Pereira da Cunha Coutinho, Natalino Gomes de Souza Filho e Heron Abdon Souza**, sendo apelado o **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**.

A C O R D A M, os Desembargadores da **Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, em votação **unânime**, **DAR PARCIAL PROVIMENTO ao primeiro e terceiro recurso e NEGAR PROVIMENTO ao segundo apelo**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

1. Recorrem tempestivamente **Andre Granado Nogueira da Gama, Antônio Carlos Pereira da Cunha Coutinho, Natalino Gomes de Souza Filho e Heron Abdon Souza**, alvejando a sentença de fls.457/576, prolatada pelo **Juízo da 2ª Vara da Comarca de Armação dos Búzios**, em ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada pelo **Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, que julgou procedente o pedido e reconheceu a prática de atos ímprobos pelos réus, aplicando-lhes variadas sanções. **Como sanção única, condenou todos os sete réus solidariamente ao ressarcimento integral do dano causado ao Município de Armação dos Búzios, consubstanciado no valor de R\$2.022.189,44** (dois milhões, vinte e dois mil, cento e oitenta e nove reais e quarenta e quatro centavos), correspondente ao valor histórico do contrato administrativo em discussão, montante que deverá ser atualizado monetariamente desde a ordenação das despesas ilegais e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação, na forma do artigo 12, inciso II da Lei nº 8.429/92, destinado exclusivamente à Secretaria Municipal de Saúde de Armação dos Búzios.

2. Especificamente com relação ao **primeiro réu, Antônio Carlos Pereira da Cunha, que exercia o cargo de Prefeito Municipal por ocasião dos fatos**, condenou-o, ainda, ao pagamento de multa civil correspondente a **100 (cem) vezes** o valor de seu subsídio à época, acrescida dos juros moratórios legais a contar da citação, em prol da Secretaria Municipal de Educação de Armação dos Búzios, decretando a perda dos seus direitos políticos pelo período de **oito anos**, bem como de qualquer cargo, função ou emprego público que porventura esteja exercendo, conforme inciso o artigo 12, inciso II da Lei nº 8.429/92.

3. No que se refere ao **segundo réu, Raimundo Pedrosa Galvão**, na qualidade de Secretário Municipal de Administração, condenou-lhe ao pagamento de multa civil correspondente a **40 (quarenta) vezes** o valor do seu subsídio à época dos fatos, acrescida dos juros moratórios legais a contar da citação, em prol da Secretaria Municipal de Educação de Armação dos Búzios, além da perda dos seus direitos políticos pelo período de **seis anos**, bem como de qualquer cargo, função ou emprego público, que esteja exercendo, conforme o artigo 12, inciso II da Lei nº 8.429/92.

4. Quanto ao **terceiro réu, André Granado Nogueira da Gama**, que ocupava o cargo de Secretário Municipal de Saúde, ao pagamento de multa civil correspondente a **100 (cem) vezes** o valor de seu subsídio à época dos fatos, acrescida dos juros moratórios legais a contar da citação, em prol da Secretaria Municipal de Educação de Armação dos Búzios, bem como na perda de seus direitos políticos pelo período de **oito anos** e igualmente do mandato eletivo de Prefeito do Município de Armação dos Búzios, conforme inciso II do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

5. Em relação ao **quarto réu, Natalino Gomes de Souza Filho**, que atuava como Consultor Jurídico Municipal, condenou-o também ao pagamento de multa civil correspondente a **30 (trinta) vezes** o valor do seu subsídio à época dos fatos, acrescida dos juros moratórios legais a contar da citação, em prol da Secretaria Municipal de Educação de Armação dos Búzios, bem como na perda dos seus direitos políticos pelo período de **cinco (05) anos** e igualmente de qualquer cargo, função ou emprego público que porventura esteja exercendo, conforme inciso II do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

6. O **quinto réu, Heron Abdon Souza**, que à época exercia as funções de Procurador-Geral do Município, ao pagamento de multa civil correspondente a **80 (oitenta) vezes** o valor do seu subsídio naquele período, acrescida de juros moratórios legais a contar da citação, em prol da Secretaria Municipal de Educação de Armação dos Búzios, bem como na perda dos seus direitos políticos pelo período de **oito (08) anos** e igualmente de cargo, função ou emprego público, que esteja exercendo, conforme inciso II do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

7. Quanto ao sexto e sétimo réus, respectivamente, **o Instituto Nacional de Desenvolvimento de Políticas Públicas — INPP e José Marcos Santos Pereira**, seu representante legal, além da condenação solidária de ressarcimento dos danos, proibiu-os de contratar com o Poder Público pelo prazo de **cinco (05) anos**, bem como de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, na forma do artigo 12, inciso II da Lei nº 8.429/92, pelo mesmo prazo.

O sétimo réu – **José Marcos Santos Pereira** - também foi condenado à perda dos seus direitos políticos pelo prazo de **cinco (05) anos** e igualmente de qualquer função pública que porventura estivesse exercendo, conforme o artigo 12, inciso III da Lei nº 8.429/92.

8. A sentença destacou que os prazos de suspensão dos direitos políticos dos réus começariam a fluir da declaração confirmatória do julgado por órgão colegiado em razão do efeito devolutivo, ou por seu trânsito em julgado, o que ocorresse primeiro, nos moldes dos artigos 1º, inciso I, ítem "1" da Lei complementar nº 64/90, com a redação determinada pela Lei complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) e do artigo 20 da Lei nº 8.429/92.

9. Por fim, **em sede de antecipação dos efeitos da tutela, determinou o imediato cumprimento da sanção de perda de cargo ou função pública imposta no julgado quanto ao 1º, 2º, 4º e 5º réus, além do afastamento do exercício do mandato eletivo do 3º demandado - André Granado Nogueira da Gama - atual Prefeito do Município de Armação dos Búzios, tudo no prazo de dez (10) dias,** esclarecendo que tais medidas não comportariam rompimento definitivo dos liames existentes entre os demandados e a Administração Pública até o trânsito em julgado da decisão. Ainda em sede de antecipação dos efeitos da tutela, determinou o imediato cumprimento da obrigação de ressarcimento ao erário, imputada a todos os réus, solidariamente, bem como o cumprimento das penalidades proibição de contratação com o Poder Público e de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, em dez (10) dias, aos dois últimos réus.

10. Por consequência, condenou cada um dos réus ao pagamento dos ônus da sucumbência, com honorários sucumbenciais arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

11. O primeiro apelante – **ANDRÉ GRANADO NOGUEIRA DA GAMA** - suscita a **nulidade do julgado por cerceamento de defesa e violação aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, salientando que a sentença extrapolou os pedidos, ao deferir a antecipação dos efeitos da tutela.** Questiona a parcialidade do Magistrado condutor do procedimento, destacando que a presunção de culpabilidade para afastá-lo do cargo público pelo simples fato de responder a outras ações, demonstraria o seu impedimento para o conhecimento do mérito causal. **No mérito,** acrescenta que o motivo originador do inquérito civil não se sustenta, destacando que o procedimento de tomada de contas foi arquivado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Sustenta a falta de lesividade ao erário, bem como a ausência de qualquer atividade dolosa ou ao menos culposa nos eventos em tela. Pretende a anulação ou a reforma da sentença, inclusive, com a atribuição do efeito suspensivo ativo recursal quanto à determinação de afastamento do cargo público e do pagamento antecipado da multa cominada.

12. O segundo apelante, **ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA COUTINHO,** por sua vez, questiona sua legitimidade para figurar no polo passivo, afirmando que por haver editado os Decretos n.º 02/2005, 211/2006 e 241/ 2006, delegou competência aos Secretários Municipais e aos titulares de órgãos equivalentes da estrutura administrativa do Poder Executivo nos limites das dotações consignadas, a ordenar despesas no âmbito das respectivas unidades orçamentárias, não existindo quaisquer indícios da prática de atos ímprobos por ele praticados. **No mérito,** repete tais argumentos quanto à ausência de atribuição como ordenador de despesas, pretendendo a modificação do julgado e pugnando pela concessão da Gratuidade de Justiça.

13. Os demais apelantes – **NATALINO GOMES DE SOUZA FILHO e HERON ABDON SOUZA** - destacam que somente a indisponibilidade de bens foi pretendida em sede de antecipação dos efeitos da tutela, de forma que as demais providências determinadas a tal título pelo julgado recorrido devem ser consideradas nulas, principalmente porque o afastamento do cargo público possui caráter meramente cautelar. Aduzem **preliminarmente** a ausência de participação nas investigações promovidas pelo ***Parquet*** nos autos do inquérito civil público e igualmente no processo de tomada de contas junto ao Tribunal de Contas do Estado, destacando que o julgamento antecipado da lide lhes causou prejuízo processual. **No mérito**, sustentam que as imputações contra eles dirigidas não foram claras e objetivas em descrever, discriminar e tipificar suas condutas, invocando a ausência de documentos que possam conter indícios suficientes da existência do ato de improbidade. Questionam os laudos elaborados pelo Tribunal de Contas, tecendo argumentos favoráveis à dispensa licitatória em análise, à regularidade do objeto social da contratada, bem como à ausência denexo causal capaz de conduzir a sua responsabilização. Salientam que seus pareceres, quanto ao contrato principal e seu aditivo, foram meramente opinativos, não decisórios e não vinculantes, restritos à assessoria jurídica, estando ausente qualquer caracterização inequívoca de vontade de fraude a Lei ou mesmo culpa grave a afrontar princípios inerentes à Administração Pública. Eventualmente, amparam-se em Parecer do Tribunal de Contas para classificar como inexistente o prejuízo ao erário e, conseqüentemente, como iliquidáveis os danos constantes dos autos. Qualificam como desproporcionais as penalidades impostas, questionando sua condenação nos ônus da sucumbência, considerada a parcial procedência dos pedidos.

14. O INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS e o seu representante legal – JOSÉ MARCOS SANTOS PEREIRA – respectivamente o sexto e sétimo réus, não apelaram.

15. Contrarrazões às fls.791/808, com parecer da Procuradoria de Justiça, às fls.914/963, **pelo não conhecimento do primeiro apelo, diante da ausência de sua ratificação após o julgamento dos embargos declaratórios** e pelo desprovimento dos demais recursos.

É O RELATÓRIO.

V O T O

16. Ação civil pública que ostenta por **objeto a análise da licitude na terceirização dos agentes de saúde, mediante contratação direta de pessoa jurídica de direito privado para prestação de serviços de gestão, assessoria e controle** das atividades desenvolvidas pelo Programa Saúde da Família no Município de Armação dos Búzios, fundamentada em prejuízo ao erário e violação dos princípios fundamentais da Administração Pública.

17. De início, não merecem prosperar as alegações da Procuradoria de Justiça de Justiça quanto ao não conhecimento do primeiro apelo, em razão da falta de sua ratificação após o julgamento dos embargos declaratórios. **A aplicação analógica da Súmula 418 da Corte Nacional, considerada a ausência de modificação, integração ou supressão do julgado anterior, e tendo em vista que os declaratórios foram opostos por parte diversa, seria desarrazoada e contrária ao princípio do amplo acesso à justiça. Sobre tal temperança, veja-se o RE 680.371 AgR/SP, prolatado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.**

18. A prejudicial de prescrição já foi devidamente analisada por este Relator nos autos dos agravos de instrumento n.º 0011708-57.2014.8.19.0000 e 0038272-73.2014.8.19.0000, onde se considerou que o direito de ajuizar a ação é regulado pelo princípio da actio nata, segundo o qual, o prazo prescricional só começa a correr a partir do momento que o ato ímprobo é conhecido por aquele que detém o poder-dever de determinar a apuração integral dos fatos, o que pode ocorrer com as conclusões de um inquérito policial, com a data de publicação jornalística noticiando os fatos apurados ou com o término da apuração, no âmbito administrativo, do objeto da ação de improbidade, o que é o caso dos autos.

19. Logo, considerando-se que ainda no ano de 2008 os contratos objeto da presente ação estavam sofrendo análise pelo Tribunal de Contas do Estado, para posteriormente render ensejo à deflagração do competente inquérito civil, não há que se falar em fluência do prazo fatal quinquenal, observando-se que a ação foi ajuizada ainda no ano de 2012.

20. Também inexistem nulidades em razão de possível afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, considerando-se que a matéria referente à apresentação da defesa prévia já foi devidamente apreciada nos já citados agravos de instrumento n.º 0011708-57.2014.8.19.0000 e 0038272-73.2014.8.19.0000.

21. Quanto à contestação de que trata o artigo 17, §9º da Lei de Improbidade, extrai-se de toda a marcha procedimental que o réu **ANDRÉ GRANADO NOGUEIRA DA GAMA**, citado em 06/05/2014 (fls.173/174), apresentou-a em 03/06/2014, **antecipando-se ao termo para a realização do ato**, considerando-se que somente em agosto de 2014 acabaria o prazo para todos os litisconsortes, como normatizava o artigo 241, III do antigo Código de Processo Civil. **Assim o fez de forma espontânea, renunciando tacitamente ao restante do prazo e chamando para si os efeitos da preclusão.**

22. Além disso, **embora tenha efetivado pedido devolução de prazo em 04/06/2014 (fls.258), já havia confeccionado e protocolizado sua peça defensiva no dia anterior (fls.259/272)**, o que demonstra a suficiente existência de elementos para que a materializasse de forma ampla, tanto que assim o fez, exercendo e consumando seu direito subjetivo processual.

23. Os argumentos quanto à **existência de uma contrafé deficiente**, pelos mesmos fundamentos, carecem de substrato jurídico, **principalmente porque sequer foram indicados com precisão quais os documentos obrigatórios que não teriam acompanhado o mandado citatório, e considerado o respeitável lapso temporal que lhe foi disponibilizado, segundo as regras do litisconsórcio, para apresentação da defesa.** E mesmo que assim não o fosse, a declaração de possíveis nulidades no processo, segundo o princípio da instrumentalidade das formas, depende da efetiva demonstração de prejuízo à defesa do direito invocado pelas partes, como se infere da máxima "***pas de nullité sans grief***", o que sequer foi ventilado na época própria.

24. No que se refere a uma **possível nulidade do inquérito civil por falta de participação de alguns dos réus, o que poderia contaminar o presente procedimento, a questão também foi alvo dos agravos de instrumento acima mencionados.** Como lá afirmado, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o **REsp n.º 1.119.568/PR**, já decidiu que *“eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não é capaz de inquinar de nulidade a ação civil pública, assim como ocorre na esfera penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.”*

25. Pelos mesmos motivos, o controle externo legislativo promovido pelo Tribunal de Contas do Estado, **em sua vertente exclusivamente preparatória**, traduz a independência entre as instâncias, **sendo imperioso notar que aos réus foi conferido amplo conhecimento da existência de tais procedimentos neste processo judicial, onde lhes foi facultado combater todo o seu conteúdo, o que, por si, garante o exercício postergado do contraditório e da ampla defesa. Além disso, não é demais lembrar que tais apurações sequer possuem caráter vinculante**, a teor do que dispõe o artigo 21, II, da Lei n.º 8.429/92.

26. Também não existe qualquer nulidade a sanar quanto ao julgamento antecipado da lide, **considerando-se que a prova documental já havia sido oportunamente produzida e não havia qualquer necessidade da produção de prova oral em audiência.** Conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o **REsp 1.114.398/PR**, sob a égide do artigo 543-C antigo Código de Processo Civil, **inexiste cerceamento de defesa no julgamento antecipado quando os elementos documentais são suficientes ao julgamento dos pontos controvertidos.**

27. Logo, não há que se falar em violação ao contraditório e ampla defesa, tendo em vista que as partes tiveram amplo conhecimento das provas produzidas, de todos os elementos embasadores da pretensão coletiva, lhes sendo assegurada substancial oportunidade para se manifestar e produzir contraprova.

28. Quanto à argumentação recursal no sentido de que a sentença teria extrapolado os pedidos, ao deferir **a antecipação dos efeitos da tutela não pretendida pela parte autora, a melhor doutrina a respeito do tema defende a ausência de uma adstrição qualitativa e quantitativa em pedidos envolvendo improbidade administrativa.**

29. Sobre o tema, Rogério Pacheco Alves assim leciona:

*"(...) E se o fizer, nas duas situações acima aludidas, não estará o juiz vinculado ao pedido tal como formulado, dele podendo desprender-se em sua sentença, porque: a) os direitos difusos, tais como o de tutela do patrimônio público, são indisponíveis, vendando a lei a possibilidade de transação, acordo ou conciliação (art. 17, §1º, da Lei n.º 8.429/92); b) a obrigatoriedade e a indisponibilidade do atuar dos legitimados, meros substitutos processuais, exclui a tese de adstricção do órgão jurisdicional a uma possível delimitação do pedido, cabendo ao autor deduzir a pretensão, genérica, de que sejam aplicadas as sanções adequadas à causa de pedir por ele narradas na inicial. A bem de ver, o princípio da obrigatoriedade funciona como uma inafastável ferramenta de acesso dos direitos difusos à justiça; c) os parâmetros sancionatórios, qualitativa e quantitativamente, já foram previamente fixados pelo legislador, não se constituindo a dosimetria da pena num momento de "arbitrariedade judicial", o que afasta qualquer possível comprometimento da imparcialidade do julgador no momento em que se desvincula do pedido restritivo formulado pelo autor." (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, *Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 6ª ed., 2011, p.960)*

30. De qualquer forma, o inconformismo dos apelantes será analisado com melhor profundidade por ocasião do julgamento do próprio mérito causal, momento em que se fará a necessária distinção entre o conteúdo passível de antecipação dos efeitos da tutela e aquele somente provido de natureza cautelar.

31. Igualmente não prosperam as afirmações acerca de uma possível suspeição do Magistrado condutor do procedimento, considerando-se que o inconformismo da parte quanto à sentença condenatória desfavorável, as determinações nela contidas ou com os meios com os quais valorou as provas, não o tornam o prolator suspeito. Ademais, nunca é demais lembrar que o procedimento demandaria o manejo de incidente específico, como regia o artigo 138, §1º do antigo Código de Processo Civil.

32. Por fim, é importante observar que as condições da ação, dentre as quais se insere a legitimidade **ad causam**, são verificadas sob o aspecto abstrato, tomando-se por verdadeiras as assertivas do demandante na petição inicial. Como bem explica Alexandre Freitas Câmara, "*a verificação da presença das condições da ação se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo in status assertionis, isto é, à vista do que se afirmou. Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação*" (*in* Lições de Direito Processual Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 10ª ed., p.129).

33. Revela-se descabida, portanto, a preliminar de ilegitimidade arguida pelo réu **ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA COUTINHO**, tendo em vista que a análise quanto à legitimidade de parte, também conhecida como pertinência subjetiva da ação, deve ter em vista somente a relação jurídica afirmada pela parte demandante em sua peça inicial, cuja titularidade se presume, sendo certo que a apreciação dos fatos constitutivos do direito invocado, confunde-se e adentra no próprio mérito da causa, à luz da mencionada Teoria da Asserção.

34. Passando-se ao mérito causal, torna-se imperioso frisar, neste aspecto, haver restado suficientemente claro, da análise de todo o contexto probatório produzido nos autos, **um caminho repleto de ilicitudes, atribuível a todos os réus**, que será devidamente esmiuçado, **objetivando a utilização da estrutura administrativa para fins indevidos, causadores de substancial prejuízo ao erário, bem como inúmeras transgressões a dispositivos legais e aos princípios regentes da Administração Pública.**

35. Tudo tem início quando o **Município de Armação dos Búzios**, representado pelo Sr. Raimundo Pedrosa, à época Secretário Municipal de Administração, e a pessoa jurídica denominada como **INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS (INPP)**, representado pelo réu **JOSÉ MARCOS SANTOS PEREIRA**, ente jurídico cuja própria existência formal carece de indícios materiais, tendo em vista que o endereço de sua sede social, constante do estatuto, do alvará de licença para estabelecimento e da certidão eletrônica do Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, sequer existe (fls.105), celebraram contrato administrativo para prestação dos serviços de gestão, assessoria e controle das atividades desenvolvidas pelo Programa Saúde da Família, com dispensa de licitação nos termos do artigo 24, XIII da Lei n.º 8.666/93.

36. O contrato firmado em 21/03/2007 possuía inicialmente o valor de R\$1.733.305,22 (um milhão e setecentos e trinta e três mil e trezentos e cinco reais e vinte e dois centavos), com duração de seis (06) meses. Entretanto, em 21/09/2007, o réu **André Granado** determinou sua prorrogação por mais 30 (trinta) dias, majorando o valor em R\$ 288.884,22 (duzentos e oitenta e oito mil reais e oitocentos e oitenta e quatro reais e vinte e dois centavos).

37. O réu **André Granado**, à época Secretário Municipal de Saúde, apresentou ao Prefeito Municipal inúmeras razões, como já apurado, para a contratação direcionada do **INSTITUTO NACIONAL DE POLITICAS PÚBLICAS - INPP**, inclusive, com a reserva de valores pré-determinados, em indiscutível afronta ao princípio da impessoalidade, como consta do anexo processo administrativo 2231/07, destacando-se os seguintes argumentos:

"Com o objetivo de promover a melhoria no atendimento aos usuários do Programa Saúde da Família, encaminho para a apreciação de Vossa Senhoria a proposta do Instituto que tem por objetivo desenvolver um processo de trabalho determinado por adoção de rotinas e procedimentos que aperfeiçoarão a resolutividade, permitindo uma melhor avaliação, divulgação, acompanhamento e supervisão do Programa Médico da Família. O Projeto Saúde Total apresentado pelo INPP visa reestruturar, acompanhar e monitorar as atividades do PSF, melhorando os índices de produtividade e humanização no atendimento da população."

38. É fácil constatar que a contratação em análise se deu através de uma dispensa irregular de licitação, com violação ao artigo 37, XXI da Constituição da República e aos artigos 2º, 3º e 24, XIII, todos da Lei n.º 8.666/93.

39. O procedimento foi autorizado pelo Prefeito Municipal, **o qual, inclusive, já teria se utilizado de outras pessoas jurídicas, identificadas como Mens Sana e Organização Nacional de Estudos e Projetos, com o fim de proceder à terceirização ilícita de trabalhadores na área da saúde pública.**

40. Observe-se que **não houve qualquer pesquisa ou real justificativa quanto ao preço do contrato e seu aditivo, o que contraria o comando constante do artigo 26, parágrafo único, inciso III da Lei n.º 8.666/93. Também inexistiu projeto básico, sendo certo que as planilhas apresentadas pela contratada, não datadas, eram lacônicas, genéricas, inconsistentes quanto aos quantitativos e preços unitários, violando o artigo 7º, §2º, I e II, e §4º da já citada Lei de Licitações, o que impossibilitaria qualquer controle administrativo para assegurar a economicidade do contrato, evitando superfaturamento da proposta.**

41. Além disso, o procedimento de dispensa de licitação não observou as formalidades essenciais para a habilitação jurídica e técnica da contratada, em descumprimento ao que determina o artigo 27, incisos I e II da Lei n.º 8.666/93. Inclusive se pode constatar do estatuto social do **INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – INPP** - e do seu amplo objeto, que já se desenhava uma inquestionável farsa em detrimento da probidade, considerando-se a previsão do desempenho de quaisquer atividades nas áreas de educação, cultura, ensino, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, gestão pública, privada e organizacional, integração entre as instituições de ensino, empresas e comunidades, pesquisa, qualificação, treinamento, meio ambiente, assistência social, seguridade, previdência, informática, saúde, social, tecnológico e em todas as áreas abrangidas pelos setores públicos, privados e organizacionais, **o que, por razões óbvias, põe em dúvida a capacidade técnica para tão grandiosa gama de serviços.**

42. E frise-se, por oportuno, que o **INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – INPP** - já estava envolvido em vários outros esquemas de corrupção e desvio de verbas públicas, de forma que tal inidoneidade, por si, afastaria qualquer possibilidade de contratação com a Administração Pública.

43. É até importante transcrever parte da fundamentação do julgado recorrido:

*"Não é demasiado asseverar que um dos Inquéritos Cíveis Públicos que deram azo a esta demanda coletiva também fora iniciado a partir de representação oferecida pela Deputada Estadual da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, Cidinha Campos, nos idos de 2008. Assim, na representação oferecida pela referida parlamentar cuja peça se encontra no anexo do Inquérito Cível Público nº 13/2006, já instaurado para apurar outras ilegalidades e irregularidades praticadas na caótica gestão do primeiro réu à frente da Chefia do Poder Executivo Municipal de Armação dos Búzios, **noticiava-se que o Instituto Nacional de Desenvolvimento Político — INPP já era suspeito de outras práticas irregulares envolvendo a Prefeitura do Município de Magé. Deste modo, segundo apurado na investigação denominada "Operação Uniforme Fantasma", que fora deflagrada pelo Ministério Público Estadual e pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro para apuração de crimes perpetrados na Administração Pública daquele Município, o referido instituto estaria também envolvido. Conforme noticiado no Jornal Extra em 25 de janeiro de 2008 naquela investigação pelo menos 12 empresas e sete organizações não governamentais foram identificadas como sendo de pessoas acusadas de desviar dinheiro público em prefeituras do Estado do Rio. Assim, conforme noticiado pela Imprensa à época, sete ONGs tiveram, nos últimos anos antecedentes a 2008, contratos milionários com as prefeituras e o governo do Estado do Rio de Janeiro. Num levantamento feito pelo Jornal O Globo na época no Tribunal de Contas do Estado (TCE), essas ONGs tinham pelo menos R\$ 26,9 milhões em contratos, a maioria sem licitação. Uma das ONGs suspeitas consoante amplamente divulgado pelos grandes organismos de imprensa à época era justamente o Instituto Nacional de Desenvolvimento de Políticas Públicas (INPP), que seria ligado ao empresário Arley Pereira, um dos presos naquela operação. O INPP era uma das 12 ONGs citadas que receberam R\$ 254 milhões do governo do estado entre 2005 e 2006."** (grifos nossos)*

44. O que também resulta incrível, é que os pagamentos ao INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – INPP - foram realizados sem que a Administração Pública pudesse comprovar efetivamente a regularidade da liquidação de empenho e, conseqüentemente, o adimplemento do contrato celebrado. Certamente, pagamentos baseados em relatórios de produção emitidos unilateralmente pela própria contratada, sem medições do Poder Público acerca do serviço efetivamente prestado, violam não somente os artigos 67, §1º e 73, inciso I, ambos da Lei nº 8.666/93, como também o artigo 63, §2º, III, da Lei nº 4.320/64, tornando mais do que suspeita a emissão da ordem de pagamento emitida pelo réu **André Granado**.

45. E mais, no lugar dos serviços de gestão assessoria e controle de atividades desenvolvidas para o Programa de Saúde da Família, foram liquidadas despesas com uniformes/crachás de identificação, caracterizando despesa com mão-de-obra operacional e não com serviços de gestão, assessoria e controle, o que caracteriza flagrante afronta ao artigo 63, §2º, I, da já citada Lei nº 4.320/64, e total despreocupação com a finalidade pública do pacto, considerando-se que a natureza dos serviços descritos no documento fiscal não correspondiam aos serviços contratados.

46. Por certo, a documentação inidônea apresentada pela contratada jamais poderia conduzir a um pacto válido, sendo certo que a obtenção de uma proposta, que não era a mais vantajosa para a administração, através da indevida dispensa de licitação, já é fato suficiente a caracterizar o dano ao erário, que em casos como o presente, ocorre ***in re ipsa***.

47. **É indubitável que o direcionamento da licitação conduziu a propostas fora da realidade, sendo que no caso em apreço, não há em todo o procedimento, sequer uma pesquisa de preços capaz de justificar tal vultosa contratação, ainda mais sem licitação, o que caracteriza omissão dolosa dos envolvidos, que preferiam secretamente guardar o contrato e seu aditivo.**

48. E conforme salientou o Tribunal de Contas do Estado nos autos do procedimento n.º 006.826-0/08, **o pagamento das despesas era efetuado mediante relatórios emitidos pela própria contratada, não havendo qualquer controle por parte da Administração, que poderia estar pagando por serviços que não foram prestados, parcial ou integralmente.** Faltaram as medições exigidas pelo já mencionado **artigo 67, §1º** da Lei de Licitações.

49. Acresça-se a isto tudo, o fato que o Município de Armação dos Búzios, **ao mesmo tempo em que arcava com vultosos custos de terceiros para administrar pessoal em seu nome, também mantinha estrutura remunerada para este fim, a Secretaria de Administração, Departamento de Recursos Humanos**, de forma que somente o projeto básico, a planilha de quantitativos e custos unitários, também dolosamente omitidos, poderiam ter esclarecido os administradores e administrados acerca da real vantagem em contratar. **Por consequência, não há dúvidas de que o valor integral do pacto “fantasma” deve ser a base de cálculo para o arbitramento do ressarcimento ao erário.**

50. Frise-se que a decisão do Tribunal de Contas do Estado, proferida nos autos do processo nº 201.756/2010, além de não vincular de qualquer maneira a ação do Poder Judiciário, como já dito, apenas revela a impossibilidade de análise das contas em sede de inspeção especial, no Fundo Municipal de Saúde, **em virtude do oportuno desaparecimento dos competentes processos administrativos, arquivos de dados e equipamentos de informática**, o que, sem dúvidas, não é capaz de afastar a ocorrência do prejuízo ao erário.

51. O Superior Tribunal de Justiça, em reiteradas decisões a respeito do tema, **já consolidou o entendimento quanto à inerência do prejuízo à própria conduta, quando envolvendo contratos administrativos fraudulentos**, como se depreende do seguinte aresto:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. FRACIONAMENTO DE OBJETO PARA PROVOCAR DISPENSA. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ART. 334, INC. I, DO CPC. FATO NOTÓRIO SEGUNDO REGRAS ORDINÁRIAS DE EXPERIÊNCIA. INQUÉRITO CIVIL. VALOR PROBATÓRIO RELATIVO. CARGA PROBATÓRIA DE PROVA DOCUMENTAL. AUTENTICIDADE DOS DOCUMENTOS OBTIDOS NA FASE PRÉ-JUDICIAL NÃO QUESTIONADA. SUFICIÊNCIA DOS ELEMENTOS PROBANTES. (...) 5. No mais, é de se assentar que o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação). 6. Além disto, conforme o art. 334, incs. I e IV, independem de prova os fatos notórios. 7. Ora, evidente que, segundo as regras ordinárias de experiência (ainda mais levando em conta tratar-se, na espécie, de administradores públicos), o direcionamento de licitações, por meio de fracionamento do objeto e dispensa indevida de procedimento de seleção (conforme reconhecido pela origem), levará à contratação de propostas eventualmente superfaturadas (salvo nos casos em que não existem outras partes capazes de oferecerem os mesmos produtos e/ou serviços).

8. Não fosse isto bastante, toda a sistemática legal colocada na Lei n. 8.666/93 e no Decreto-lei n. 2.300/86 baseia-se na presunção de que a obediência aos seus ditames garantirá a escolha da melhor proposta em ambiente de igualdade de condições.

9. Dessa forma, milita em favor da necessidade de procedimento licitatório precedente à contratação a presunção de que, na sua ausência, a proposta contratada não será a economicamente mais viável e menos dispendiosa, daí porque o prejuízo ao erário é notório. Precedente: REsp 1.190.189/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 10.9.2010.

10. Despicienda, pois, a necessidade de prova do efetivo prejuízo porque, constatado, ainda que por meio de inquérito civil, que houve indevido fracionamento de objeto e dispensa de licitação injustificada (novamente: essas foram as conclusões da origem após análise dos autos), o prejuízo é inerente à conduta. Afinal, não haveria sentido no esforço de provocar o fracionamento para dispensar a licitação se fosse possível, desde sempre, mesmo sem ele, oferecer a melhor proposta, pois o peso da ilicitude da conduta, peso este que deve ser conhecido por quem se pretende administrador, faz concluir que os envolvidos iriam aderir à legalidade se esta fosse viável aos seus propósitos.(...) **12. Recurso especial parcialmente provido.”(REsp 1280321 / MG - Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES - SEGUNDA TURMA - DJe 09/03/2012)”**

52. Também é importante demonstrar que a contratação direta, sem concurso público, de agentes de saúde cujas atividades são típicas da área pública de saúde, viola a regra do concurso público prevista no artigo 37, inciso II da Constituição Federal e aflora a falsidade ideológica do pacto, que materializou terceirização ilícita de mão de obra mediante interposta pessoa.

53. Não se pretendia a prestação de serviços de apoio, assessoria e controle das atividades desenvolvidas pelo Programa Saúde da Família, e sim o fornecimento de empregados da área de saúde ao Município de Armação dos Búzios, para execução de atividade-fim do Poder Público, sendo salutar a lembrança de que a contratação de trabalhadores por interposta pessoa, além de ilegal, no caso dos autos é inconstitucional.

54. Outro flagrante indicativo da trama para lesar a Administração Pública, consiste na ocorrência de atos secretos, já que os extratos dos instrumentos contratuais não foram publicizados oportunamente, o que afronta o princípio da publicidade previsto no *caput* do artigo 37, da Carta Magna, bem como os artigos 26, *caput*, e 61, parágrafo único da Lei de Licitações, condicionando sua eficácia e, principalmente, deixando sob as sombras a real intenção dos agentes, os quais, através de uma omissão dolosa, certamente não tinham interesse em garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e tampouco selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

55. Conforme bem lembrado pela Procuradoria de Justiça, embora o pacto tenha sido celebrado em 21/03/2007, a

ratificação da dispensa de licitação e o extrato do contrato administrativo somente foram publicados no Boletim Oficial do Município em 19/10/2007, ou seja, **a publicação do extrato contratual somente ocorreu após expirado o próprio termo natural do pacto e o termo aditivo ao contrato sequer foi publicado**, como se vê dos autos do inquérito administrativo.

56. É indiscutível que a inclusão das despesas orçamentárias sob a rubrica "**outros serviços terceirizados - pessoa jurídica**", e não em "**outras despesas de pessoal**" foi indevida, **com o nítido propósito de burlar o sistema de controle dos limites de gastos com despesa de pessoal**, o que viola o comando dos artigos 18, §1º e 19, inciso III, ambos da Lei Complementar n.º 101/2000. A legislação de responsabilidade fiscal é incisiva ao determinar que as despesas havidas com terceirização de pessoal sejam contabilizadas na rubrica como "**outros serviços de pessoal**", o que não foi observado.

57. Considerando-se que as contratações objeto de análise se referem à mão-de-obra típica do quadro permanente da Administração Pública, **outra prática ilícita foi a utilização de recursos dos royalties de petróleo no pagamento do pessoal da área de saúde, o que afronta ao comando do artigo 8º da Lei nº 7.990/89. A nota de empenho nº 192/2007, bem como a ordem de pagamento de despesa orçamentária, ambas subscritas pelo Sr. André Granado, revelam tal prática.**

58. Passemos, portanto, a análise das condutas ilícitas e ímprobas de cada um dos apelantes. Com relação ao primeiro réu – **ANDRÉ GRANADO NOGUEIRA DA GAMA** - resultou claro que **na qualidade de Secretário Municipal de Saúde da Armação dos Búzios e de Presidente do Fundo Municipal de Saúde Municipal, bem como por sua condição de ordenador de despesas, deu ensejo à abertura do Processo Administrativo em análise, apresentando a proposta de trabalho do INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – INPP - ao Prefeito Municipal, além de solicitar a contratação do serviço. Subscreveu o documento "razão da escolha e justificativa" para embasar a contratação, com argumentos inespecíficos, e ratificou o ato de dispensa de licitação, autorizou a despesa e a emissão do empenho global, além de subscrever a nota de empenho de pagamento.**

59. **Autorizou e subscreveu, ainda, a renovação do contrato com o INPP e a emissão do correspondente empenho,** fatos suficientes, conforme os argumentos acima mencionados, a demonstrar suas ações voluntárias e conscientes a ensejar perda patrimonial, o desvio, a apropriação, o malbaratamento e a dilapidação dos bens e haveres da Administração Pública Municipal, nos termos do artigo 10, ***caput*** e incisos I, II, V, VIII, XI e XII da Lei nº 8.429/92. Não há dúvidas de que o mesmo, na sua anterior função de Secretário Municipal de Saúde, foi o ator principal de todas as ilegalidades e irregularidades ora apuradas em relação à contratação ilegal do **INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – INPP.**

60. Além disso, foram inúmeras as afrontas aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade à municipalidade a qual servia, sendo imperioso notar que, inobstante sua atuação dolosa, **o artigo 11 da Lei n.º 8.429/92 prescinde da demonstração de má-fé do agente, contentando-se com a ocorrência de ato atentatório aos princípios regentes da atividade estatal, não exigindo, para tanto, o intitulado dolo de fraude.**

61. **O dolo exigido pela sistemática jurídica para a configuração das práticas ali previstas configura-se pela conduta voluntária e consciente dirigida ao um resultado ilícito, ou mesmo a aceitação do risco em produzi-lo, em sua vertente genérica,** o que restou devidamente caracterizado na presente hipótese, não somente com a negativa de publicidade aos atos oficiais e igualmente com a prática de ato visando fim proibido ou diverso daquele previsto em Lei.

62. Neste sentido, tem se manifestado a Corte Nacional, conforme o aresto transcrito:

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS PÚBLICOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LIA. DOLO GENÉRICO. ARESTO RECORRIDO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. As condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente. Precedentes." (REsp 1227849 / PR - Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN - Relator(a) p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA - SEGUNDA TURMA - DJe 13/04/2012)"

63. Passamos ao julgamento do **segundo apelo**, manejado pelo réu **ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA COUTINHO**, então Prefeito Municipal do Município de Armação dos Búzios. Como descrito com propriedade na própria peça inicial, **foi o mesmo quem autorizou o prosseguimento do processo administrativo tendente à contratação do INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – INPP – não obstante sua proposta de trabalho e o próprio processo administrativo contivessem inúmeros vícios de fácil observância, como a contratação direta, sem licitação, por exemplo. Por certo, o quadro geral da contratação, de altíssimo vulto para a região em questão, sem orçamentos e sem elementos concretos que demonstrassem o benefício do ato jurídico para a municipalidade, expunha sua total fragilidade e ilicitude, e mesmo assim, as despesas foram autorizadas sem questionamento pelo aludido réu, a quem cabia o poder-dever de agir no estrito cumprimento da lei e dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência administrativa.**

64. Embora teça inúmeros argumentos recursais em torno da ausência de atribuição como ordenador de despesas, já que delegante de atribuições, o Ministério Público, em suas contrarrazões, foi muito feliz em suas argumentações ao dispor que ao responsável pela Administração Superior Municipal não há margem para "optar" pela contratação direta em detrimento do procedimento licitatório, de forma que o Prefeito Municipal foi, no mínimo, omissos em sua administração. **Como ordenador de despesas, a ele cabia, obrigatoriamente, supervisionar todos os atos praticados pelos membros de sua equipe, cabendo-lhe anular os atos ilegais perpetrados por seus subordinados, a fim de assegurar a legalidade e a regularidade das despesas, pelas quais é sempre o responsável inafastável.**

65. Neste sentido, tem se manifestado esta Corte Estadual, como se vê do aresto transcrito:

"Apelação Cível. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Licitação. Fracionamento indevido do objeto da licitação. Ato de improbidade administrativa. Sentença parcialmente procedentes, condenando o Réu ao pagamento de multa civil de 50 vezes sua remuneração como Prefeito, na suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 5 anos, na proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 3 anos, bem como na perda da função pública. Inconformismo. Entendimento desta Relatora quanto à manutenção da sentença vergastada. (...) Escolha de modalidade diversa da indicada pela lei, a impedir que se apure proposta mais vantajosa para a administração pública, viola os princípios do certame público, da igualdade entre os concorrentes, da transparência na escolha dos

vencedores, e caracteriza ofensa à legalidade, moralidade e até mesmo eficiência, cujo dever de obediência possuía, nos termos do art. 4º da Lei 8.429/92. (...) Alegação de ausência de dolo e/ou má-fé, que não merece acolhimento. Condição de Prefeito Municipal que faz inferir a ciência das contratações irregulares. Circunstância suficiente para demonstrar a violação, consciente e voluntária, de normas administrativas e dos princípios de legalidade e moralidade. Responsabilização do apelante, Chefe do Executivo Municipal. Ordenador de despesas, devendo zelar pela boa gestão da coisa pública e se abster de praticar atos que venham a violar preceitos legais e princípios que norteiam a probidade administrativa. Sanções aplicadas, são elas proporcionais e devidamente fundamentadas, encontrando perfeita correlação com a gravidade dos atos de improbidade administrativa praticados pelo apelante, estando em consonância com a previsão do art. 12, III da Lei de improbidade administrativa. Precedentes do STJ e TJERJ. Apelo cujas razões se apresentam manifestamente confrontantes com a jurisprudência do TJERJ. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, na forma do Artigo 557, caput, do CPC.” (Processo: 0001784-94.2005.8.19.0078 - APELACAO - DES. CONCEICAO MOUSNIER - Julgamento: 20/02/2014 - VIGESIMA CAMARA CIVEL)”

66. Portanto, o réu **ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA COUTINHO** aderiu às condutas dos demais réus e manteve-se inerte em seu poder-dever, praticando, desta forma, os atos de improbidade administrativa descritos no artigos 10, **caput** e incisos I, II, V, VIII, XI, XII, e 11, **caput** e incisos I e IV da Lei nº 8.429/92.

67. Com relação ao **terceiro apelo**, ainda que os réus **HERON ABDON SOUZA e NATALINO GOMES DA SOUZA FILHO** sustentem que as imputações ministeriais não tenham sido suficientemente claras e objetivas em descrever, discriminar e tipificar suas condutas, não é o que se vê da peça inicial, **que imputa aos réus a ilegalidade de seus pareceres quanto ao contrato principal e seu aditivo, o que teria culminado com a anuência a todas as ilegalidades daí consequentes e aqui amplamente explanadas.**

68. Resultou suficientemente claro, de todo o acervo probatório produzido, **que os aludidos pareceristas concorreram dolosamente para os atos de improbidade administrativa, considerando-se que elaboraram pareceres jurídicos que conferiram aparência de legalidade à contratação direta e à minuta do termo aditivo ao contrato**, tendo sido muito feliz o Órgão Julgador Monocrático ao salientar, na fundamentação do julgado, **que somente a má-fé explicaria a elaboração de parecer jurídico favorável à contratação direta cravejada por tantas ilegalidades, principalmente porque, como os próprios apelantes fazem questão de expor em sede recursal, são experientes e dotados de notável saber jurídico.**

69. Saliente-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à possibilidade de responsabilização de pareceristas, por improbidade administrativa, desde que atuem com dolo ou má-fé ao emitir parecer técnico favorável à dispensa de licitação manifestamente ilegal. É o que se vê dos seguintes arestos:

"ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ. (...) 3. É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer. (...) Recurso especial improvido." (REsp 1183504 / DF - Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS - SEGUNDA TURMA - DJe 17/06/2010)"

"HABEAS CORPUS. FRAUDE A PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. IMUNIDADE DO ADVOGADO. LIBERDADE DE OPINIÃO. Embora seja reconhecida a imunidade do advogado no exercício da profissão, o ordenamento jurídico não lhe confere absoluta liberdade para praticar atos contrários à lei, sendo-lhe, ao contrário, exigida a mesma obediência aos padrões normais de comportamento e de respeito à ordem legal. A defesa voltada especialmente à consagração da imunidade absoluta do advogado esbarra em evidente dificuldade de aceitação, na medida em que altera a sustentabilidade da ordem jurídica: a igualdade perante a lei. Ademais, a tão-só figuração de advogado como parecerista nos autos de procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de ilícito penal, porquanto, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível o comprometimento ilegal do agir. Ordem denegada e cassada a liminar." (HC 78553 / SP - Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - DJ 29/10/2007 p. 319 RMDPPP vol. 20 p. 115)"

70. Também o Tribunal de Contas da União, ao analisar o tema, já decidiu nos autos do procedimento TC n.º 12.988/2003-6 de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, **que a responsabilidade do parecerista somente pode ser afastada se o parecer estiver devidamente fundamentado, defender teses aceitáveis e encontrar embasamento em lição de doutrina ou jurisprudência.**

71. Não é o caso dos autos, pois além do fato de que os pareceres apresentam como fundamento uma falsa premissa de legalidade na dispensa da licitação, em flagrante dissonância da boa técnica, é bem verdade que os causídicos omitiram-se dolosamente quanto a inúmeros outros detalhes, como a ausência de planilha dos custos unitários, não atentando para a circunstância de inexistir no procedimento de dispensa de licitação qualquer controle interno da Administração Pública quanto à economicidade do contrato e à compatibilidade dos custos apresentados pela contratada ao registro de preços da municipalidade.

72. Também deixaram de analisar a habilitação jurídica e técnica do **INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – INPP** – para a adjudicação do contrato administrativo, nos termos do artigo 27, incisos I e II da Lei n.º 8.666/93, sendo certo que os atestados de capacidade técnica apresentados, excessivamente genéricos, jamais poderiam ser considerados idôneos para fins de habilitação, principalmente porque o INPP já era apontado em inúmeros outros procedimentos investigativos como participante de esquemas ilegais. Ademais, como bem demonstra a Procuradoria de Justiça, os atestados de capacidade técnica indicavam endereços diversos e variados do INPP, todos distintos daquele indicado contratualmente (Rua Barão de Mesquita, n.º 905, Bairro Andaraí, Município do Rio de Janeiro) e sequer existente, como já dito, o que indica sua condição de clandestinidade.

73. E o que é mais grosseiro e mais evidenciador do dolo no atuar dos aludidos pareceristas, é que mesmo após terem ciência das irregularidades e ilegalidades oriundas do contrato primitivo, oficiaram novamente de forma favorável à sua prorrogação.

74. Logo, inexistem argumentos jurídicos aptos a sustentar a tese recursal, no sentido de que os atos opinativos teriam se restringido à assessoria jurídica, considerando-se que, por todo o exposto, a questão não deve ser analisada sob o prisma da independência funcional, e sim levando-se em consideração o elemento volitivo presente no atuar dos agentes, que nem de longe, considerado todo o ***iter***, pode ser considerado como capaz de caracterizar o erro escusável.

75. Desta forma, praticaram atos de improbidade administrativa que causaram prejuízo ao erário, mediante ação e omissão dolosas, nos moldes do artigo 10, ***caput***, e incisos I, II, V, VIII, XI e XII da Lei nº 8.429/92, além de haverem atentado contra os princípios da Administração Pública, mediante ação e omissão dolosas, nos termos do artigo 11, ***caput*** e incisos I e IV da mesma legislação de regência.

76. Quanto às penalidades impostas a todos os apelantes, considerando-se que a sanção deve guardar relação com o ilícito praticado e que as diretrizes para individualização das sanções baseiam-se na intensidade do elemento volitivo que as deflagrou, nas peculiaridades do sujeito ativo, bem como nos reflexos sociais de sua conduta, entende-se cabíveis e perfeitamente razoáveis, a condenação de **reconstituição integral do patrimônio lesado**, no valor contratado, a **perda de cargo ou função pública**, a **multa civil** correspondente a **100 (cem)** e **80 (oitenta)** vezes o valor do subsídio à época dos fatos, sendo a primeira, aplicada aos réus **ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA COUTINHO** e **ANDRE GRANADO NOGUEIRA DA GAMA**, a segunda, aos réus **HERON ABDON SOUZA** e **NATALINO GOMES DA SILVA FILHO**, bem como a **suspensão dos direitos políticos por oito (08) anos** a estes quatro réus, como previsto pela norma de regência.

77. Por fim, da análise dos pedidos elencados às fls.18 da peça inicial, extrai-se não ter havido a alegada sucumbência autoral, de forma que a imposição dos ônus sucumbenciais exclusivamente aos réus, não merece qualquer censura, principalmente porque ainda que houvesse mínima sucumbência autoral, sofreria ela os temperamentos da Teoria da Causalidade.

78. Sobre o pedido de Gratuidade de Justiça manejado pelo réu **ANTONIO CARLOS PEREIRA DA CUNHA COUTINHO**, chega a ser uma afronta a tão belo instituto, direcionado a pessoas humildes, como aquelas que provavelmente ficaram sem escola, saúde, e outros serviços básicos em seu município, que fazem parte do mínimo existencial para uma vida digna. Tal benefício não se direciona a quem participa de fraudes milionárias e lesa o bem comum.

79. Somente em um ponto merece pequeno reparo o julgado recorrido.

80. É que o afastamento provisório da função pública previsto no parágrafo único do artigo 20 da Lei 8.429/92, como também dito nos autos das medidas cautelares originárias em trâmite perante este Órgão Julgador sob os números 0008586-02.2015.8.19.0000 e 0020538-75.2015.8.19.000, ostenta natureza cautelar, com a peculiaridade de ter finalidade eminentemente probatória.

81. Serve para evitar a criação de obstáculos à colheita de provas pelos agentes, **não tendo qualquer correlação com o direito material deduzido em juízo, de forma que jamais poderia ter sido utilizada ou confundida com o instituto da antecipação dos efeitos da tutela**, como o foi.

82. Neste sentido, a doutrina amplamente majoritária expressa o entendimento de que os efeitos da cautelar somente devem durar até o fim da instrução probatória, não tendo qualquer correlação com a sanção de perda da função pública, prevista no *caput* do mesmo dispositivo legal, que somente poderá produzir efeitos em razão do trânsito em julgado da sentença condenatória. Sobre o tema, leiam-se as palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves, que assim leciona:

"Nos termos do art.20, caput, da Lei 8.249/1192, a perda da função pública é sanção, ao lado da suspensão dos direitos políticos, que só pode ser aplicada após o trânsito em julgado, ou seja, em sede de execução definitiva. A gravidade da sanção, aliada a sua provável irreversibilidade prática, motivaram o legislador a valorizar a segurança jurídica para a aplicação dessas sanções, ainda que tal exigência possa tornar a medida ineficaz, em especial em cargos coletivos.

(...)

A doutrina parece tranquila na conclusão de que o afastamento provisório do cargo, emprego ou função previsto no art.20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 tem natureza cautelar. A conclusão parece acertada justamente pela motivação do afastamento presente no dispositivo legal mencionado: permitir a realização regular da instrução probatória. (...) A indiscutível natureza cautelar da medida, entretanto, não deixa espaço para a conclusão de que a medida de afastamento seja uma antecipação da futura condenação, sendo nesse sentido o entendimento pacífico da doutrina." (Manual de Improbidade Administrativa / Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira. – 2ª Ed. Ver., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.217 e 270/271)"

83. Este é, inclusive, o posicionamento da Corte Nacional, que garante a execução de penalidades acessórias, como a presente, **exclusivamente quando se operar o trânsito em julgado do julgado condenatório**, em observância ao princípio da presunção da inocência, como se vê do seguinte aresto:

"MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSIBILIDADE. PERDA DO MANDATO ELETIVO DE PREFEITO MUNICIPAL. CONDENAÇÃO À PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLAUSIBILIDADE DO DIREITO E POSSIBILIDADE DE DANO GRAVE E DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO. CAUTELA CONCEDIDA. 1. Embora os recursos excepcionais não possuam, em regra, efeito suspensivo, a execução das penas acessórias de perda do cargo e inabilitação para o exercício de cargo ou função pública fica condicionada à existência de condenação definitiva. 2. Do mesmo modo, as penas restritivas de direitos, a teor do disposto no art. 147, da Lei de Execução Penal, somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. 3. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal. 4. Medida cautelar concedida para suspender a execução da pena restritiva de direitos e da pena de perda do mandato eletivo até o julgamento do agravo de instrumento interposto contra a decisão que inadmitiu o recurso especial." (MC 15679 / SP - Relator(a) Ministra LAURITA VAZ - QUINTA TURMA - DJe 08/02/2010)

84. Assim sendo, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao primeiro e terceiro apelos**, apenas para tornar sem efeito a parte do dispositivo recorrido que determinou a imediata perda do cargo, efetivo ou eletivo que os réus estivessem exercendo. Por outro lado, **NEGA-SE PROVIMENTO ao segundo apelo**, mantendo-se o julgado recorrido em todos os seus demais termos.

É o voto.

Rio de Janeiro, 01 de junho de 2016.

Desembargador **CELSO LUIZ DE MATOS PERES**
Relator