



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

23 de janeiro de 2018

3ª Câmara Cível

Apelação - Nº 0802307-72.2014.8.12.0007 - Cassilândia

Relator – Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelante : Jesus Barbosa Ferreira

Advogado : Luiz Fernando de Souza Oliveira (OAB: 12121/MS)

Apelante : Carlos Augusto da Silva

Advogado : Félix Jayme Nunes da Cunha (OAB: 6010/MS)

Advogado : Eduardo Guimarães Mercadante (OAB: 12262/MS)

Apelado : Ministério Público Estadual

Prom. Justiça : Adriano Lobo Viana de Resende

Interessado : Elciomar Paulo de Menezes

Advogado : Ricardo Cruvinel Cardoso (OAB: 16646/MS)

Advogado : Leandro Moraes Gonçalves (OAB: 15888/MS)

Interessado : Eder Paulo de Menez

Advogado : Ricardo Cruvinel Cardoso (OAB: 16646/MS)

Advogado : Leandro Moraes Gonçalves (OAB: 15888/MS)

Interessado : Eder Paulo de Menez ME

Advogado : Ricardo Cruvinel Cardoso (OAB: 16646/MS)

Advogado : Leandro Moraes Gonçalves (OAB: 15888/MS)

Apelado : Município de Cassilândia

Proc. Município : Matheus Ramos Moura (OAB: 15761/MS)

E M E N T A – APELAÇÕES CÍVEIS E AGRAVO RETIDO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SUPOSTO DESVIO DE RECURSOS PÚBLICOS DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE DESTINADOS À MERENDA ESCOLAR – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL AFASTADA – AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA REJEITADA – MÉRITO – COMPROVAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE – DESVIO DE VERBAS PÚBLICAS – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DE PARTICULAR EM DETRIMENTO AO ERÁRIO MUNICIPAL – FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

I - A Justiça Federal somente é competente para o processamento das ações de improbidade administrativa que envolvam imputações de desvio de verbas do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE quando, havendo repasse de recursos federais para complementação do fundo, a União integrar a lide (como autora, ré ou assistente), ou for a ação proposta pelo Ministério Público Federal, situação diversa do que ocorre na hipótese dos autos.

II - Levando-se em conta ser o juiz, destinatário da prova, que tem a incumbência de decidir sobre a necessidade ou não de dilação probatória mais ampla ou,



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

ao invés, julgar antecipadamente a lide, verifica-se que no caso em que foi oportunizada a ampla dilação probatória, não há falar-se em nulidade do julgado.

III - A probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, afastar as preliminares, negar provimento ao agravo retido, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2018.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

R E L A T Ó R I O

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Jesus Barbosa Ferreira e Carlos Augusto da Silva, inconformados com a sentença proferida nos autos da ação civil pública por ato de improbidade (feito nº 0802307-72.2014.8.12.0007, da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia/MS) ajuizada pelo **Ministério Público Estadual**, que os condenou "a) à perda da função pública que exerce de Prefeito Municipal; b) suspensão dos direitos políticos por 08 (oito) anos; c) de forma solidária, o ressarcimento integral do dano, no valor de 333.868,03 (trezentos e trinta e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais e três centavos); d) de forma solidária, o pagamento de multa civil igual ao valor do acréscimo patrimonial, ou seja, de R\$ 333.868,03 (trezentos e trinta e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais e três centavos); 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 10 (dez) anos" (f. 2.971), interpuseram recurso de apelação (f. 2.977-2.989 e 2.990-3.017).

O primeiro recurso defende que o apelante Jesus Barbosa Ferreira não agiu culposamente ou dolosamente com a intenção de fraudar ou desviar recursos públicos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, destinados, exclusivamente para merenda escolar.

Sustentou que sua função limitava-se a elaborar planilha de alimentos, sob a orientação de nutricionista, argumentando que o fornecimento dos produtos era realizado diretamente pelo supermercado aos órgãos públicos (creches) e recebidos pela merendeiras.

Afirmou que a conduta do servidor público que somente elaborava planilha interna, sem obrigação funcional de acompanhar, fiscalizar e receber os produtos (atos externos), não pode configurar como crime, especialmente com base em depoimento prestado pelo apelante em procedimento investigatório preliminar do Ministério Público, quando não há a devida observância do contraditório (f. 113-114).

Referiu que a confissão naquele extraída não foi ratificada em juízo, razão por que defende que não pode ser utilizada para embasar uma condenação.

Dispôs que o modelo de fornecimento dos produtos era antigo e, se as merendeiras que recebiam os produtos, estas é quem deveriam, pelo contato diário, conferir a qualidade do produto, mostrando-se injusta a responsabilização do apelante que trabalhava internamente.

Alegou que inexistem indícios de que houve uma ilegalidade proposital na conduta do apelante, na qualidade de servidor público municipal.

Sob outro enfoque, expôs que o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE é uma autarquia federal que atende política nacional de educação, provendo recursos e executando ações, sendo que pelo



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

procedimento investigatório do órgão ministerial as verbas oriundas do referido fundo é que foram desviadas pelos demandados.

Nesta toada, defendeu que há interesse da União em fiscalizar a aplicação dos recursos federais, deduzindo que a malversação de verbas oriundas do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, integrante do Fundo Nacional de Desenvolvimento Escolar - FNDE, enseja o interesse da União, visto que é necessária a prestação de contas a órgão federal, aplicando-se à espécie a Súmula 208/STJ, razão pela qual pleiteia a nulidade do procedimento investigatório e do processo judicial, por absoluta falta de competência do Ministério Público Estadual e, por consequência, da Justiça Estadual para investigar e julgar eventuais desvios de verbas dos programas do FNDE.

Subsidiariamente, esclareceu que os depoimentos das merendeiras das creches foram uníssonos em afirmar que o apelante nunca fora o responsável pela fiscalização pessoal da entrega das carnes, cuja atribuição era adstrita às cozinheiras e merendeiras.

Mencionou que restou comprovada a ausência de má-fé do apelante, razão pela qual defende não haver possibilidade deste ser condenado por improbidade administrativa.

Aduziu que o ato ímprobo não pode ser presumido e a ofensa aos princípios da administração pública não admite interpretação extensiva, defendendo que a conduta só pode ser caracterizada como ímproba se revestida de dolo.

Discorreu sobre a ausência de nomeação do apelante para efetuar a fiscalização do contrato administrativo, conforme o teor das cláusulas quarta dos contratos administrativos dos exercícios de 2013 e 2014 a obrigação de nomeação de servidor específico para fiscalização dos contratos administrativos.

Sustentou que do minucioso exame fático dos autos, não se vislumbra qualquer traço de desonestidade no comportamento do apelante, mas meras irregularidades administrativas decorrentes da desorganização administrativa do setor.

Por fim, ressaltou a impossibilidade de se punir um cidadão inocente, sem a devida e robusta comprovação que afaste, de forma inequívoca, a alegada inocência, sendo defeso a aplicação de sanções baseadas em meros indícios, sem comprovação da autoria ou materialidade do ilícito, mediante a comprovação da má-fé e do dolo.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja reconhecida a nulidade absoluta da sentença, face a competência do juízo federal em analisar suposto desvio de recursos federais (FNDE) ou, por ausência de tipificação da conduta do apelante, seja o pleito autoral julgado improcedente, com a reforma da sentença recorrida.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Carlos Augusto da Silva, também interpôs recurso de apelação (f. 2.990-3.017), em que, preliminarmente, ratifica o agravo retido interposto à f. 2.782-2.785, para pleitear o reconhecimento de cerceamento de defesa.

No mérito, o apelante sustentou a ausência de comprovação de qualquer conduta dolosa e danosa ao erário público que lhe possa ser atribuída nos três fatos alegados pelo *Parquet*, mencionando que o Município de Cassilândia possuía em seus quadros de funcionário um servidor destinado apenas para chefiar o setor da alimentação escolar, sendo defeso, por isso, imputar-lhe qualquer conduta pela suposta compra de carnes de inferior qualidade destinadas à merenda escolar.

Salientou, sob outro enfoque, que não existe prova irrefragável e sob o crivo de contraditório de que a mercadoria em sua integralidade era de má qualidade, imputando dúvidas sobre a veracidade das provas colhidas na fase de inquérito.

Argumentou que os únicos atos praticados pelo apelante, como Prefeito do referido Município, na questão da merenda escolar, foi determinar e autorizar a abertura de procedimento visando melhorar a qualidade da merenda escolar, além de homologar o certame precedido dos procedimentos legais, sustentando que a execução, fiscalização e demais atos posteriores, ficaram afetos às respectivas pastas ocupadas pelos demais requeridos .

Ressaltou que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento no sentido de que a configuração do ato de improbidade administrativa necessita da presença do dolo (para os artigos 9 e 11) ou, no mínimo, da culpa (para o artigo 10), o que, segundo aduz, incorre no caso.

Asseverou que não restou comprovada a alegada fraude no direcionamento das compras administrativas em detrimento da empresa vencedora de licitação, procedendo-se suposto pagamento superior ao valor licitado.

Declarou que, não obstante ter exercido o cargo de prefeito municipal, nunca possuiu qualquer ingerência dentro da secretaria de administração municipal e secretaria de receitas, especialmente no que tange a comissão de licitação, que efetivava as contratações e respectivos pagamentos devidos pelo Município de Cassilândia.

Concluiu que o apelado não logrou êxito em comprovar qualquer ato (doloso ou culposo) que possa ser atribuído ao apelante quanto à alegada irregularidade da referida contratação, pugnando, assim, pela reforma da sentença neste aspecto.

Por fim, acerca do último fato imputado pelo apelado, qual seja, suposta fraude em licitação, diante do impedimento de o requerido Elciomar Paulo de Menezes de contratar com a administração pública, em decorrência de condenação transitada em julgado por ato de improbidade, alegou que inexistiu qualquer ato que lhe



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

possa ser imputável.

Repisou argumentos no sentido de que "exercia o cargo apenas de prefeito municipal, sem qualquer ingerência na comissão licitante ou junto à secretaria de administração, antes de passar pelo crivo de qualquer chefe de secretaria, obrigatoriamente, passa por uma análise da procuradoria do município, a qual ateste a regularidade e legalidade do procedimento, cabendo apenas ao Chefe do Executivo, a autorização de abertura e homologação com a assinatura do contrato, precedidos dos atos técnicos e jurídicos dos setores competentes" (f. 3.006).

Aduziu que a sentença recorrida merece ser reformada também neste aspecto, por ausência de demonstração de ato de improbidade que lhe possa atribuir conduta culposa ou dolosa em detrimento do erário público.

Salientou a ausência de comprovação de qualquer benefício pessoal ou pecuniário a favor do ora apelante com os fatos narrados na exordial, sendo defeso, segundo argumenta, qualquer alegação de suposto enriquecimento ou desvio praticado por este.

Subsidiariamente, caso mantida a condenação do apelante por ato de improbidade, pleiteou-se a reforma do julgado quanto à condenação pelas sanções de perda da função pública, inelegibilidade, proibição de contratar com o poder público, a multa civil e ressarcimento do dano, por manifesta ofensa ao parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 8.420/92 e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Aduziu que se procedendo uma interpretação do referido dispositivo legal, não há obrigatoriedade de cumulação das sanções, sob o argumento de que a pena deve ser proporcional e razoável, considerando-se a conduta do agente, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido pelo agente, a fim de que não haja disparidade entre o dano causado, o ato praticado e a sanção imposta.

Defendeu que não houve prova de nenhuma vantagem indevida auferida pelo apelante, em razão dos atos apontados pelo apelado, não merecendo, por isso, ser condenado a todas as sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

Mencionou que a ausência de dano deverá sempre militar em prol do acusado, impedindo a aplicação de penalidade em seus graus mais elevados, sustentando, por isso, que a sentença recorrida fere o princípio da proporcionalidade e o disposto no parágrafo único do artigo 12 da LIA.

Asseverou que o apelante não pode ser punido pela entrega de carnes "supostamente" de baixa qualidade ou mesmo por eventual afastamento ou preterição de empresa vencedora de licitação, diante da ausência de ingerência junto à secretaria responsável pela aquisição de bens e serviços a favor do Município, em que figurou como prefeito.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Concluiu, ainda, que a ausência de prova de dano ao erário deve militar a favor do apelante, obstando a eficácia da condenação imputada pela sentença recorrida.

Ao final, requer o prequestionamento da matéria alegada e, ainda, o conhecimento e provimento do recurso, inclusive do agravo retido.

O apelado apresentou resposta aos recursos dos réus (f. 3.022-3.077), oportunidade em que pleiteou a manutenção da sentença recorrida.

A PGJ manifestou no feito (f. 3.100-3.116), opinando pelo conhecimento, afastando da preliminar de nulidade do julgado por cerceamento de defesa, bem como de incompetência da Justiça Estadual e, no mérito, pelo não provimento dos recursos dos réus, mantendo-se na íntegra a sentença recorrida.

Com o fito de evitar futura alegação de nulidade, diante das argumentações acerca da suposta incompetência da Justiça Estadual, determinou-se a intimação da União para manifestar eventual interesse no feito (f. 3.123), a qual, devidamente intimada (f. 3.126), ficou-se inerte (f. 3.127).

Diante da constatação de que o Município de Cassilândia deixou de ser intimado da sentença e, ainda, dos recursos interpostos nos autos, determinou a conversão do julgamento em diligência (f. 3.129), o que deu ensejo à manifestação do referido Município, pela qual este protestou pela manutenção da sentença (f. 3.139).

V O T O

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Tratam-se de recursos de apelação interpostos por **Jesus Barbosa Ferreira e Carlos Augusto da Silva**, inconformados com a sentença proferida nos autos da ação civil pública por ato de improbidade (feito nº 0802307-72.2014.8.12.0007, da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia/MS) ajuizada pelo **Ministério Público Estadual**, que os condenou "a) à perda da função pública que exerce de Prefeito Municipal; b) suspensão dos direitos políticos por 08 (oito) anos; c) de forma solidária, o ressarcimento integral do dano, no valor de 333.868,03 (trezentos e trinta e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais e três centavos); d) de forma solidária, o pagamento de multa civil igual ao valor do acréscimo patrimonial, ou seja, de R\$ 333.868,03 (trezentos e trinta e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais e três centavos); d) 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 10 (dez) anos" (f. 2.971).

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

I. Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da sentença quanto às interposições dos recursos foram realizadas na vigência deste novel *Codex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo dos recursos, pela ordem de admissibilidade.

II. Efeitos legais da apelação e Juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, existem dois recursos de apelação interpostos contra sentença de procedência de pleito formulado em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Acerca da matéria, o art. 20 da Lei 8.429/1992 (LIA) determina que a imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos apenas sejam concretizadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Por outro lado, em relação às penalidades de ressarcimento ao erário, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelo período de cinco anos, não existe na Lei de Improbidade Administrativa a mesma previsão, sendo omissa o diploma quanto a esse aspecto.

Com efeito, à luz de precedente do Superior Tribunal de Justiça, deve-se aplicar subsidiariamente à ação de improbidade administrativa a Lei nº 7.347/85, que estabeleceu a ação civil pública, porquanto a primeira é uma modalidade da segunda, na defesa da moralidade administrativa.

A propósito:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECURSO DE APELAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. EXCEÇÃO. 1. Cinge-se a questão a saber se, ante a omissão da Lei de Improbidade Administrativa no que se refere aos efeitos atribuídos ao recurso de Apelação, deve-se aplicar subsidiariamente as regras previstas na Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) ou no Código de Processo Civil. 2. Nos termos do art. 20 da Lei 8.429/1992 - LIA, a imposição das sanções de perda da função pública e de suspensão de direitos políticos apenas se dá com o trânsito em julgado da sentença condenatória. 3. Por outro lado, em relação às penalidades de ressarcimento ao erário, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

incentivos fiscais ou creditícios, pelo período de cinco anos, não existe na Lei de Improbidade Administrativa a mesma previsão, sendo omissa o diploma quanto a esse aspecto. 4. Deve-se aplicar subsidiariamente à Ação de Improbidade Administrativa a Lei 7.347/1985, que estabeleceu a Ação Civil Pública, porquanto a primeira é uma modalidade da segunda, na defesa da moralidade administrativa. 5. Por se tratar de Ação Civil Pública, portanto, não se aplica a norma do art. 520 do CPC/1973 (art. 1.012/CPC/2015), uma vez que esta é regra geral em relação àquela, que é norma de caráter especial. 6. A concessão do efeito suspensivo, em tais casos, somente ocorrerá em situações excepcionais, quando demonstrada a possibilidade de dano irreparável ao réu, conforme dispõe o art. 14 do referido diploma legal: "O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte". 7. Recurso Especial provido. (REsp 1523385/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 07/10/2016)

Portanto, tratando-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa não se aplica a norma do art. 1.012 do CPC, uma vez que esta é regra geral em relação àquela, que é norma de caráter especial, razão pela qual a concessão do efeito suspensivo, em tais casos, somente ocorrerá em situações excepcionais, quando demonstrada a possibilidade de dano irreparável ao réu, conforme dispõe o art. 14 da Lei nº 7.347/85¹.

In casu, no que tange o apelo interposto por Jesus Barbosa Ferreira, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais dos recursos, o qual detém meramente efeito devolutivo por força de lei (art. 14 da Lei nº 7.347/85), recebo o recurso apenas no efeito devolutivo.

Outrossim, no recurso de apelação interposto por Carlos Augusto da Silva há expresso requerimento para que o apelo seja recebido no duplo efeito (f. 2.990), razão pela qual o recebo também no efeito suspensivo (art. 14 da Lei nº 7.347/85).

Outrossim, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço de ambos os apelos e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

III. Preliminarmente – Nulidade da sentença – Competência do juízo federal – Interesse da União por suposto desvio de recursos oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Escolar - FNDE

Conforme relatado, o réu e apelante Jesus Barbosa Ferreira que alegou que o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação FNDE é uma autarquia federal que atende política nacional de educação, provendo recursos e executando ações, sendo que pelo procedimento investigatório do órgão ministerial as verbas oriundas do referido fundo é que foram desviadas pelos demandados.

¹ Art. 14. O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Nesta toada, defendeu que há interesse da União em fiscalizar a aplicação dos recursos federais, deduzindo que a malversação de verbas oriundas do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, integrante do Fundo Nacional de Desenvolvimento Escolar - FNDE, enseja o interesse da União, visto que é necessária a prestação de contas a órgão federal, aplicando-se à espécie a Súmula 208/STJ, razão pela qual pleiteia a nulidade do procedimento investigatório e do processo judicial, por absoluta falta de competência do Ministério Público Estadual e, por consequência, da Justiça Estadual para investigar e julgar eventuais desvios de verbas dos programas do FNDE.

Acerca da matéria, há precedente deste Tribunal², à luz da orientação do Superior Tribunal de Justiça³, no sentido de que a Justiça Federal somente é competente para o processamento das ações de improbidade administrativa que envolvam imputações de desvio de verbas do FUNDEF (atual FUNDEB) quando, havendo repasse de recursos federais para complementação do fundo, a União integrar a lide (como autora, ré ou assistente), ou for a ação proposta pelo Ministério Público Federal, situação diversa do que ocorre na hipótese dos autos.

In casu, inexistente interesse de atuação da União que justifique o deslocamento para a Justiça Federal para o processamento e julgamento da presente ação civil pública por improbidade administrativa, porquanto no momento em que as verbas decorrentes do Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE, integrante do Fundo Nacional de Desenvolvimento Escolar - FNDE, foram repassadas ao Município de Cassilândia, MS, do qual os apelantes integravam o quadro de funcionários, sendo Jesus Barbosa Ferreira como Auxiliar de Serviços Obras e Pavimentação (f. 3.087) e Carlos Augusto da Silva, chefe do Poder Executivo (Prefeito), incorporou-se ao patrimônio do referido ente público municipal.

Não fosse isso, como bem ponderou o i. Procurador de Justiça atuante nesta instância recursal, *ainda que se comprovasse que o fundo em questão seja composto por verbas provenientes de recursos federais, nota-se que, nesse caso, tais verbas, repassadas por força de convênio aos demais entes federados por força da norma legal referida, já foram creditadas e incorporadas à municipalidade, razão pela qual está ausente o interesse da União no julgamento do feito* (f. 3.107).

Portanto, pertinente ao caso a aplicação do enunciado Sumular nº 209 do STJ⁴.

Neste sentido, segue mais um precedente do STJ, que tratou exatamente sobre suposto desvio de recursos repassados a um Município por intermédio

² Apelação nº 0000509-26.2008.8.12.0038 – Nioaque. J. 14/05/2015.

³ CC 107.166/PI, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 13/10/2009. CC 51.782/PA, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, DJ 10/04/2006. CC 48.239/AL, Rel. Min. Eliana Calmon, 1ª Seção, DJ 07/11/2005. CC 45.206/BA, Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 28.03.2005.

⁴ Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, como ocorre no caso:

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE JUÍZOS ESTADUAL E FEDERAL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO AJUIZADA POR MUNICÍPIO EM FACE DE EX-PREFEITO. MITIGAÇÃO DAS SÚMULAS 208/STJ E 209/STJ. COMPETÊNCIA CÍVEL DA JUSTIÇA FEDERAL (ART. 109, I, DA CF). COMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA PESSOA. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. No caso dos autos, o Município de Riachão do Jacuípe/BA ajuizou ação de reparação de danos ao patrimônio público contra o espólio de Valfredo Carneiro de Matos (ex-prefeito do município), em razão de irregularidades na prestação de contas de verbas federais decorrentes de convênio firmado entre a União (por meio do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE) e o município autor. 2. A competência para processar e julgar ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa relacionadas à eventuais irregularidades na utilização ou prestação de contas de repasses de verbas federais aos demais entes federativos tem sido dirimida por esta Corte Superior sob o enfoque das Súmulas 208/STJ ("Compete à Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal") e 209/STJ ("Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal"). 3. O art. 109, I, da Constituição Federal estabelece, de maneira geral, a competência cível da Justiça Federal, delimitada objetivamente em razão da efetiva presença da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes na relação processual. Estabelece, portanto, competência absoluta em razão da pessoa (ratione personae), configurada pela presença dos entes elencados no dispositivo constitucional na relação processual, independentemente da natureza da relação jurídica litigiosa. Por outro lado, o art. 109, VI, da Constituição Federal dispõe sobre a competência penal da Justiça Federal, especificamente para os crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesse da União, entidades autárquicas ou empresas públicas. Assim, para reconhecer a competência, em regra, bastaria o simples interesse da União, inexistindo a necessidade da efetiva presença em qualquer dos polos da relação jurídica litigiosa. 4. A aplicação dos referidos enunciados sumulares, em processos de natureza cível, tem sido mitigada no âmbito deste Tribunal Superior.

A Segunda Turma afirmou a necessidade de uma "distinção (distinguishing) na aplicação das Súmulas 208 e 209 do STJ, no âmbito cível", pois "tais enunciados provêm da Terceira Seção deste Superior Tribunal, e versam hipóteses de fixação da competência em matéria penal, em que basta o interesse da União ou de suas autarquias para deslocar a competência para a Justiça Federal, nos termos do inciso IV do art. 109 da CF". Logo adiante concluiu que a "competência da Justiça Federal, em matéria cível, é aquela prevista no art. 109, I, da Constituição Federal, que tem por base critério objetivo, sendo fixada tão só em razão dos figurantes da relação processual, prescindindo da análise da matéria discutida na lide" (excertos da ementa do REsp 1.325.491/BA, Rel.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014). No mesmo sentido, o recente julgado da Primeira Seção deste Tribunal Superior: (CC 131.323/TO, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2015, DJe 06/04/2015). 5. Assim, nas ações de ressarcimento ao erário e de improbidade administrativa ajuizadas em face de eventuais irregularidades praticadas na utilização ou prestação de contas de valores decorrentes de convênio federal, o simples fato das verbas estarem sujeitas à prestação de contas perante o Tribunal de Contas da União, por si só, não justifica a competência da Justiça Federal. 6. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que o fato dos valores envolvidos transferidos pela União para os demais entes federativos estarem eventualmente sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas da União não é capaz de alterar a competência, pois a competência cível da Justiça Federal exige o efetivo cumprimento da regra prevista no art. 109, I, da Constituição Federal: (RE 589.840 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/05/2011, DJe-099 DIVULG 25-05-2011 PUBLIC 26-05-2011 EMENT VOL-02530-02 PP-00308). 7. Igualmente, a mera transferência e incorporação ao patrimônio municipal de verba desviada, no âmbito civil, não pode impor de maneira absoluta a competência da Justiça Estadual. Se houver manifestação de interesse jurídico por ente federal que justifique a presença no processo, (v.g. União ou Ministério Público Federal) regularmente reconhecido pelo Juízo Federal nos termos da Súmula 150/STJ, a competência para processar e julgar a ação civil de improbidade administrativa será da Justiça Federal. 8. Em síntese, é possível afirmar que a competência cível da Justiça Federal, especialmente nos casos similares à hipótese dos autos, é definida em razão da presença das pessoas jurídicas de direito público previstas no art. 109, I, da CF na relação processual, seja como autora, ré, assistente ou oponente e não em razão da natureza da verba federal sujeita à fiscalização da Corte de Contas da União.

9. No caso dos autos, não figura em nenhum dos pólos da relação processual ente federal indicado no art. 109, I, da Constituição Federal, e a União, regularmente intimada, manifestou a ausência de interesse em integrar a lide, o que afasta a competência da Justiça Federal para processar e julgar a referida ação. 10. Sobre o tema: AgRg no CC 109.103/CE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 13/10/2011; CC 109.594/AM, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 22/09/2010; CC 64.869/AL, Rel. Min. ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 12.2.2007; CC 48.336/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 13.3.2006; AgRg no CC 41.308/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 30.5.2005. 11. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Estadual. (CC 142.354/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2015, DJe 30/09/2015)

Por fim, cumpre salientar que na hipótese, por diligência, não obstante nenhum dos entes federais, indicados no art. 109, I, da Constituição Federal, figurem nos polos da relação processual *sub judice*, intimou-se a União para manifestar eventual interesse no feito, que, regularmente intimada (f. 3.126), ficou-se inerte, o



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

que afasta a competência da Justiça Federal para processar e julgar a referida ação.

Portanto, a controvérsia *sub judice* decorrente de suposta malversação na utilização dos referidos recursos (repases da União decorrentes do Fundo Nacional de Desenvolvimento Escolar - FNDE) é de competência da Justiça Estadual.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade do inquérito e ainda deste processo judicial por incompetência da Justiça Estadual.

IV. Preliminarmente – Agravo retido interposto pelo réu- apelante Carlos Augusto da Silva – Nulidade da sentença por cerceamento de defesa

Melhor sorte não socorre o requerido Carlos Augusto da Silva quanto à alegação de cerceamento de defesa, sustentada por intermédio de agravo retido interposto à f. 2.782-2.785, e ratificado neste recurso de apelação.

Segundo o recorrente, o juízo *a quo* não lhe proporcionou a produção das provas por ele expressamente requeridas, razão por que *ficou impossibilitado de juntar aos autos qualquer tipo de documento, situação essa que dificultou, e muito, a comprovação dos fatos alegados em sua peça defensiva* (f. 2784).

Todavia, a despeito desta alegação, tem-se que o juízo *a quo*, a despeito de ter considerado o feito saneado em 28/09/2015 (f. 2.685), cujo *decisum* foi publicado em 06/10/2015 (f. 2.690), designou audiência de instrução e julgamento, realizada em 13/10/2015, em que foram colhidos vários depoimentos de testemunhas e, ainda, informantes (ao todo dezenove), oportunidade em que o apelante deixou de manifestar inconformismo ou mesmo manifestar interesse na dilação probatória (f. 2.719-2.720).

Diante deste cenário e levando-se em conta ser o juiz, destinatário da prova, que tem a incumbência de decidir sobre a necessidade ou não de dilação probatória mais ampla ou, ao invés, julgar antecipadamente a lide, verifica-se que no caso em que foi oportunizada a ampla dilação probatória, não havendo, portanto, falar-se em nulidade do julgado por cerceamento de defesa.

Isto porque, se o julgador já tiver formado seu livre convencimento motivado pelas argumentações e provas constantes dos autos, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão. Ainda, pode o juiz entender, segundo seu arbítrio sobre o conjunto probatório, que as provas requeridas não serão úteis ao processo.

No caso, outrossim, foi dado às partes ampla oportunidade de produção de provas, sendo defeso falar-se em cerceamento do direito de defesa dos requeridos.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Em tais circunstâncias, rejeito a preliminar e passo à análise do mérito das irresignações recursais manifestadas pelos réus, ora apelantes.

V. Breve relato dos fatos que permeiam a demanda

V.a) Notas introdutórias acerca da improbidade administrativa

Antes, porém, de declinar as condutas imputadas em detrimentos dos apelantes, cumpre tecer breves lições acerca da improbidade administrativa.

Pelo que se extrai da Lei nº 8.429/82, a improbidade administrativa refere-se à má qualidade de uma administração, à prática de atos que impliquem em enriquecimento ilícito do agente ou em prejuízo ao erário, ou, ainda, em violação aos princípios que orientam a Administração Pública.

Desse modo, deve-se diferenciar, portanto, as hipóteses de simples irregularidades praticadas pelo administrador daquelas consideradas como improbidade administrativa, mormente diante da gravidade das sanções impostas pela Lei n. 8.429/82.

Logo, é necessário examinar se a conduta dos réus se enquadra entre os atos de improbidade tipificados na Lei n. 8.429/82 e se é possível verificar o elemento subjetivo dos agentes envolvidos.

Segundo a Lei nº 8.429/82, os atos de improbidade subdividem-se em: a) atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos que causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Apenas as condutas tipificadas no art. 10 dispensam a apuração do dolo por parte do agente, pois há previsão expressa na Lei de Improbidade Administrativa de que os fatos ali tipificados admitem a forma culposa.

Sobre as condutas descritas no art. 10 da Lei nº 8.429/92, explicita o professor Mauro Roberto Gomes de Mattos que "*para que haja subsunção na hipótese em tela, a conduta do agente público, ainda que seja omissão, dolosa ou culposa, deverá acarretar prejuízo para o erário, causando-lhe lesão*"⁵.

Quanto às condutas expressas nos arts. 9º e 11, imprescindível a constatação do dolo do agente, ainda que genérico, pois somente assim o ato poderá ser classificado como ímprobo.

⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 264



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Nesta toada, a imposição de uma condenação, por prática de atos de improbidade, deve estar amparada por provas cabais do ilícito qualificado, revestida pela certeza dos fatos alegados, sob pena de, com base em simples presunção, constranger o agente público ou demandado com graves penas.

Logo, para um ato alçar a qualificação de ímprobo, não basta a prática de uma mera antijuridicidade, a conduta deve antes estar direcionada a uma finalidade específica bem definida em lei.

Conforme lições do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, “a probidade administrativa consiste no dever de o 'funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer'. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”⁶.

No mesmo sentido, consoante ensinamentos de Marino Pazzaglini Filho, a ilegalidade não é sinônimo de improbidade, sendo que a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. Confira-se:

"Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública. E essa ausência de honestidade, retidão, integridade na gestão pública, nas hipóteses de ato de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador (dolo). Apenas nos casos de atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário (art. 10) é suficiente, para sua configuração, a ação ou omissão ilícita culposa, ou seja, o descumprimento inescusável de dever de ofício, causador de involuntário dano ao Erário, por não conduzir-se o agente público infrator com a atenção e a diligência reclamadas pela função pública por ele exercida. O atentado a legalidade, segundo Waldo Fazzio Júnior, só adquire, por assim dizer, o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios éticos que, a partir do caput do art. 11 iluminam seus incisos, sobretudo a honestidade, a imparcialidade e a lealdade. Assim, os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não

⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 669.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

configuram improbidade administrativa.”⁷

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça há muito consolidou entendimento de que *"A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador"* (REsp 940.629/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008).

Deste precedente, infere-se uma estreita ligação entre a aplicação das sanções, por atos de improbidade, e a teoria geral do delito, que estabelece, para a imposição de penas, a necessária comprovação, pelo Órgão Acusador, do fato típico e da antijuridicidade.

Nesta trilha, percebe-se que a aplicação de penalidades, nos termos da Lei nº 8.429/92, deve traspasar a verificação, quando exigido pelo modelo legal, da conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, do dano, do nexo de causalidade, bem como da tipicidade. No que se refere a este último requisito, os artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, estabelecem condutas que, abstratamente, tipificam os atos de improbidade administrativa e se fundamentam em hipóteses distintas, a saber: ato que importa em enriquecimento ilícito; que causa lesão ao erário; e que atenta contra os princípios da administração pública. Prescrevem os mencionados dispositivos:

"Art. 9º 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. 1º desta lei, e notadamente:

"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:

"Art. 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:"

Pela dicção dos artigos, percebe-se que a previsão do elemento subjetivo do agente (dolo ou culpa) encontra-se previsto apenas no art. 10, da Lei nº 8.429/92, tudo a indicar, pelo princípio da excepcionalidade dos tipos culposos e da responsabilidade subjetiva que informa, em regra, nosso ordenamento, que as condutas previstas nos outros dois dispositivos (art. 9º e art. 11) só são apenadas em sua forma

⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Editora Atlas S. A. - 2005, pág. 111.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

dolosa. Corroborando este entendimento, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ensinam:

“A Lei 8.429/1992 agrupou a tipologia dos atos de improbidade em três dispositivos distintos. O art. 9º versa sobre os atos que importam em enriquecimento ilícito, o art. 10 sobre aqueles que causam prejuízo ao erário (rectius: patrimônio público) e o art. 11 sobre os atos que atentam contra os princípios administrativos. Somente o art. 10 se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar em “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”, enquanto que os dois outros preceitos nada dispõem a respeito. Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa neste sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade.”⁸

Assim, sintetizando o quanto exposto, para a imposição de sanções por ato de improbidade, mostra-se imperioso verificar o implemento dos mencionados requisitos (conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, dano, nexos de causalidade e tipicidade) para, só então, caracterizada a imoralidade qualificada, passar-se-à dosagem de eventual penalidade, conforme prescrição do art. 12 da Lei nº 8.429/92.

V.b) Imputações do Ministério Público

Na hipótese *sub judice*, extrai-se dos autos que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face de Elciomar Paulo de Menezes, Eder Paulo de Menez, Eder Paulo de Menez – ME, Jesus Barbosa Ferreira e Carlos Augusto da Silva alegando, em síntese, que se constatou a existência de fraude em contratos administrativos celebrados pelo Município de Cassilândia na aquisição de carne destinada à merenda escolar.

A exordial relata que o Município de Cassilândia adquiria da empresa Eder Paulo de Menez - ME, carne especificada como de “primeira”, tipo “patinho, coxão mole e coxão duro”, mas que era efetivamente fornecida carne de “segunda” e até mesmo de “terceira”, as quais possuem pior qualidade e, por isso, têm menor custo.

Argumentou-se que *Há uma diferença média, um sobrepreço decorrente da fraude, na ordem de 33%, comparando-se o que deveria ser entregue com a carne de segunda regularmente fornecida* (f. 07).

Foi relatado, ainda, que *em 2013, outra empresa ganhou a licitação e formalizou contrato para fornecer carne moída, trata-se da empresa Embutidos*

⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.267-268.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Tradição Ltda., da cidade de Campo Grande/MS, pelo valor de R\$ 14,15 o quilo (carne moída de primeira), mas, somente em duas ocasiões foram requisitadas carne moída a mesma. Em verdade, de forma totalmente irregular, sem que fosse apresentada qualquer justificativa, passou-se a requisitar do outro, daquele que fraudava o Município, Eder Paulo de Menez - ME, que fornecesse a carne moída, mas como se estivesse fornecendo carne em peças, e por isso recebia do erário o valor de R\$ 16,45 por quilo, ao invés dos R\$ 14,15 por quilo da carne de primeira conforme contratado com a empresa vencedora do certame.

Foram apontados como requeridos na presente demanda os representantes legais da pessoa jurídica que firmou contratos administrativos com o Município de Cassilândia, MS, além da própria pessoa jurídica, bem como o servidor público municipal detentor da função de Chefe do Setor de Alimentação Escolar e, ainda, o Chefe do Poder Executivo Municipal (Prefeito) à época dos fatos.

Imputou-se três fatos contra os requeridos, quais sejam, fraude na execução de contratos administrativos que ensejaram desvio de verbas públicas; dano ao erário mediante fraude em procedimento licitatório e, por fim, fraude na contratação de empresa em burla às restrições judiciais e legais para contratar com o poder público.

Segundo o juízo sentenciante, os cinco requeridos praticaram ato de improbidade administrativa e, por isso, foram condenados: *a) à perda da função pública que exerce de Prefeito Municipal; b) suspensão dos direitos políticos por 08 (oito) anos; c) de forma solidária, o ressarcimento integral do dano, no valor de R\$333.868,03 (trezentos e trinta e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais e três centavos); d) de forma solidária, o pagamento de multa civil igual ao valor do acréscimo patrimonial, ou seja, de R\$333.868,03 (trezentos e trinta e três mil, oitocentos e sessenta e oito reais e três centavos); 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 10 (dez) anos (f. 2.971).*

Para a resolução da lide, mostra-se, portanto, imprescindível perquirir se a conduta dos requeridos e apelantes devem ser consideradas atos de improbidade, mormente porque, como dito, para um ato alcançar a qualificação de ímprobo, não basta a prática de uma mera antijuridicidade, a conduta deve antes estar direcionada a uma finalidade específica bem definida em lei.

Na hipótese *sub judice* dois, dos cinco requeridos da presente ação civil pública, interpuseram recursos de apelação dirigidos a este e. Tribunal. É o que passamos a analisar separadamente.

VI. Recurso de apelação do réu Jesus Barbosa Ferreira

Conforme relatado, o apelante Jesus Barbosa Ferreira defende que não agiu de forma culposa ou dolosa com a intenção de fraudar ou desviar recursos



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

públicos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, sustentando que sua função limitava-se a elaborar planilha de alimentos, sob a orientação de nutricionista, argumentando que o fornecimento dos produtos era realizado diretamente pelo supermercado aos órgãos públicos (creches) e recebidos pelas merendeiras.

Afirmou que a conduta do servidor público que somente elaborava planilha interna, sem obrigação funcional de acompanhar, fiscalizar e receber os produtos (atos externos), não pode configurar como crime, especialmente com base em depoimento prestado em procedimento investigatório preliminar do Ministério Público, quando não há a devida observância do contraditório (f. 113-114).

Referiu que a confissão naquele extraída não foi ratificada em juízo, razão por que defende que não pode ser utilizada para embasar sua condenação, argumentando que o modelo de fornecimento dos produtos era antigo e, se as merendeiras que recebiam os produtos, estas é quem deveriam, pelo contato diário, conferir a qualidade do produto, mostrando-se injusta a responsabilização do apelante que trabalhava internamente.

Alegou que inexistem indícios de que houve uma ilegalidade proposital na conduta do apelante, na qualidade de servidor público municipal.

Mencionou que restou comprovada a ausência de má-fé do apelante, razão pela qual aduz a impossibilidade de ser condenado por ato de improbidade administrativa.

Por fim, ressaltou a impossibilidade de se punir um cidadão inocente, sem a devida e robusta comprovação que afaste, de forma inequívoca, a alegada inocência, sendo defeso a aplicação de sanções baseadas em meros indícios, sem comprovação da autoria ou materialidade do ilícito, mediante a comprovação da má-fé e do dolo.

Sobre o apelante, o juízo sentenciante concluiu: *restou comprovado que a fraude apenas se concretizou, diante da omissão dolosa do requerido Jesus Barbosa Ferreira, o qual confessa ausência de fiscalização do produto que era entregue e, ainda, que tinha ciência que o produto entregue era de qualidade inferior ao que era devido, pois foi informado disso e omitiu-se, sabendo que o contratante deveria entregar carne de primeira, pois a verba era destinada especificamente para aquisição de carne de primeira, assim como foi licitado.* (f. 2.958)

Nota-se que a condenação determinada pelo juízo *a quo* em desfavor do apelante Jesus decorreu da comprovada omissão dolosa daquele na fiscalização da execução de contratos administrativos de fornecimento de carne que ensejaram desvio de verbas públicas e, por consequência, danos ao erário, além de fraude em procedimento licitatório.

De acordo com o amplo acervo probatório acostado aos autos,



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

mediante depoimentos testemunhais colhidos em prévio procedimento investigatório promovido pelo Ministério Público e, ainda, em juízo, inclusive laudo pericial sobre as carnes entregues a várias instituições educacionais do Município de Cassilândia, MS (f. 146-169), restou comprovado que a totalidade das carnes bovinas entregue no período de 2012 a 2014 foi classificada como de "segunda" (acém, músculo, paleta, pescoço, peito e paleta com músculo), enquanto a verba encaminhada àquele Município pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento Escolar - FNDE deveria dirigir-se à aquisição de carne de "primeira" (patinho, coxão mole, coxão duro).

O depoimento prestado em juízo pelo servidor Hamilton Barbosa Silva, que trabalhou junto ao setor de compras do Município de Cassilândia, MS, cujo teor consta dos autos em sistema de áudio de vídeo (f. 2.719-2.720), foi claro em informar que, a despeito de não proceder a conferência do produto adquirido e destinado à merenda escolar, havia a especificação na requisição do tipo das carnes, que seriam patinho, coxão mole e coxão duro (carnes de primeira).

No mesmo sentido foi o depoimento prestado por Elciomar Paulo de Menezes, ouvido no procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público (f. 120), denota-se que a requisição das carnes destinadas à merenda escolar do Município de Cassilândia, entregue ou pelo senhor Jesus ou pelo servidor Hamilton, consta que a carne deve ser de primeira, tipo patinho, coxão mole ou coxão duro (carnes de primeira), mas que a diferença de preço eventualmente havida em razão do fornecimento de carnes de segunda, era compensada com outros produtos.

Em Juízo, Carlos Cândido Aquino, motorista que fazia a entrega do produto nas creches, informou que trabalhava como motorista e, algumas vezes, por atraso na entrega, buscava os produtos no mercado "Três Irmãos". Após, constatou que a carne entregue pelo mercado era carne de segunda e terceira e, não, de primeira, como contratado pelo Município (f. 2.719-2.720)

As próprias merendeiras ouvidas em audiência de instrução, Aparecida Donizeth da Silva, Mara Silva Barreto, Marli de Souza Ferreira, Lucilene Freitas da Silva, Rosilda Fagundes Duarte Freitas, Antonia Maria de Souza Moraes, Vania Braz Oliveira da Silva, Rosângela Aparecida de Paula, Lucimeire de Freitas Paulino e Rosicler Ramos da Silva são uníssonas em afirmar que sempre receberam carne do mesmo tipo daquela que se encontrava no momento da fiscalização (f. 2.719-2.720).

Do depoimento da servidora pública municipal, que trabalhou na cozinha de creche do Município de Cassilândia, Sra. Lucilene Fritas da Silva, extrai-se que não existia especificação dos tipos de carnes que eram fornecidas para a merenda escolar, sendo que, outrossim, após o procedimento investigativo instaurado pelo Ministério Público, passou-se a constar a especificação na planilha constante da entrega do alimento.

Verifica-se que o laudo pericial realizado nas carnes bovinas



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

existentes nos estabelecimentos de ensino municipal local nele especificados, constatou que nenhum daqueles tipos de carne foi encontrado, sendo apenas apurada a existência de carnes de segunda, quais sejam, acém, músculo, paleta, pescoço, peito e paleta com músculo (f. 146-169).

Extrai-se dos autos, portanto, que a hipótese demonstra que não ocorreu simples falha do gestor municipal, mas, ao contrário, houve verdadeira desídia na fiscalização do produto entregue ao Município pelo servidor competente para tanto, o que permitiu que, por anos, estabelecimentos educacionais municipais recebessem carnes de valor e qualidade inferiores em relação àquela contratada.

Cumpre consignar que o próprio apelante, quando ouvido pelo órgão ministerial, confessou ter incorrido em conduta omissiva, ao mencionar *que é servidor público municipal há muitos anos, onde ocupa o cargo de chefe do Setor de Alimentação escolar do município de Cassilândia. (...) Cabe ao DECLARANTE verificar se os produtos são corretamente entregues, bem como, cabe ao DECLARANTE assinar a nota fiscal para o fornecedor, a fim de comprovar a entrega da mercadoria. (...) Questionado, destaca que em relação à carne o FNDE exige que seja de primeira, melhor explicando, exige que todos os produtos sejam de primeira qualidade, inclusive o dinheiro enviado para tal finalidade, no caso da carne, só pode ser usado para carne de primeira. Questionado, informa que esporadicamente verifica a qualidade da carne entregue nas escolas e creches, porém, não sabe especificar o tipo de carne que é entregue, mas reconhece que a carne apresentada no auto visivelmente é de segunda. Questionado, afirma que preparou o modelo de planilha de recebimento juntamente com a nutricionista NARA, e sobre o fato de não constar o tipo de carne, afirma que foi esquecimento. Questionado sobre a falta de orientação às merendeiras de qual o tipo de carne a receber, informa que foi uma falha do setor em não orientá-las* (f. 113-114).

Neste aspecto, pertinente mencionar que a argumentação do requerido no sentido de que este depoimento não pode ser considerado por não ter sido ratificado em juízo, não prospera, porquanto, à luz da jurisprudência do STJ, "o inquérito civil, como peça informativa, tem por fim embasar a propositura da ação, que independe da prévia instauração do procedimento administrativo. 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" (REsp 1.119.568/PR, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23/09/2010).

Logo, como no caso foi observado o devido processo legal, oportunizando-se a ambas as partes o devido exercício do contraditório e da ampla defesa, não há falar-se em descon sideração dos depoimentos prestados pelas partes acerca dos fatos controvertidos no âmbito do inquérito civil, que deu ensejo à presente ação civil.

Assim, com relação à participação do apelante Jesus Barbosa Ferreira nos fatos narrados nesta ação civil pública, conclui-se que, embora este



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

ocupasse cargo de chefe do Setor de Alimentação Escolar do Município na época dos fatos, deixou de proceder a devida fiscalização dos atos que lhe competir, sendo, desta forma, conivente com a fraude comprovada neste processo, omitindo-se dolosamente na fiscalização dos produtos entregues.

Restou devidamente demonstrado que a atribuição que incumbia ao apelante Jesus Barbosa Ferreira, no sentido de acompanhar e fiscalizar o fornecimento de produtos de acordo com os contratos firmados, deixou de ser por este cumprida, mesmo após a efetiva ciência de que a carne que estava sendo fornecida não condizia com os padrões estabelecidos em contrato, incidindo, pois, no ato de improbidade disposto no inc. XIII do art. 10 da LIA, concorrendo para que indevidamente pessoas enriquecessem em detrimento do erário público.

Conforme bem ponderou o juízo sentenciante, *no caso, não se trata de uma falha do setor ou um simples esquecimento, houve total descaso na fiscalização do produto entregue pelo fornecedor, pelo servidor competente para tanto, pois, diante de sua conduta, o fornecedor forneceu carne com qualidade inferior por anos* (f. 2.961).

Sob outro enfoque, convém consignar que no que tange à segunda irregularidade, atinente à irregularidade nas contratações supracitadas, observa-se que também restou comprovado o direcionamento ilegal de compras administrativas em detrimento de empresa vencedora de procedimento licitatório para aquisição de insumos alimentícios a serem fornecidos às creches e escolas do Município de Cassilândia, MS, com o objetivo de favorecer a empresa Eder Paulo de Menezes - ME.

Portanto, nego provimento ao recurso de apelação interposto por Jesus Barbosa Ferreira.

VII. Recurso de apelação do réu Carlos Augusto da Silva

O demandado Carlos Augusto da Silva, na qualidade de chefe do poder executivo local há época dos fatos sustentou a ausência de comprovação de qualquer conduta dolosa e danosa ao erário público que lhe possa ser atribuída nos três fatos alegados pelo *Parquet*, mencionando que o Município de Cassilândia possuía em seus quadros de funcionário um servidor destinado apenas para chefiar o setor da alimentação escolar, sendo defeso, por isso, imputar-lhe qualquer conduta pela suposta compra de carnes de inferior qualidade destinadas à merenda escolar.

Salientou, sob outro enfoque, que não existe prova irrefragável e sob o crivo de contraditório de que a mercadoria em sua integralidade era de má qualidade, imputando dúvidas sobre a veracidade das provas colhidas na fase de inquérito.

Argumentou que os únicos atos praticados pelo apelante, como Prefeito do referido Município, na questão da merenda escolar, foi determinar e autorizar a abertura de procedimento visando melhorar a qualidade da merenda escolar, além de homologar o certame precedido dos procedimentos legais, sustentando que a



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

execução, fiscalização e demais atos posteriores, ficaram afetos às respectivas pastas ocupadas pelos demais requeridos .

Ressaltou que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento no sentido de que a configuração do ato de improbidade administrativa necessita da presença do dolo (para os artigos 9 e 11) ou, no mínimo, da culpa (para o artigo 10), o que, segundo aduz, não ocorre no caso.

Asseverou a ausência de comprovação da alegada fraude no direcionamento das compras administrativas em detrimento da empresa vencedora de licitação, procedendo-se suposto pagamento superior ao valor licitado.

Em que pese a argumentação do requerido Carlos Augusto da Silva, extrai-se dos autos que a configuração da prática de ato de improbidade por este praticado não se deu exclusivamente por conta deste ter exercido o cargo de prefeito municipal ou mesmo por, supostamente, segunda alega, nunca possuir qualquer ingerência dentro da secretaria de administração municipal e secretaria de receitas.

Na hipótese, sua responsabilidade pelos fatos controvertidos, decorre de sua posição como ordenador de despesas municipal, por intermédio da qual assinou e ratificou contratos firmados, autorizando pagamentos em favor da empresa investigada, quando, em verdade, incumbia-lhe, por corolário lógico, efetivá-los com outra empresa, que se sagrou vitoriosa na licitação.

Tem-se, portanto, que a preterição da empresa efetivamente vencedora do certame o induz à prática de ato ímprobo, nos termos do que dispõe o art. 10, inc. I da Lei nº 8.429/92, concorrendo, mediante dolo, em detrimento do erário público, para o enriquecimento indevido de particular.

Diante deste descaso, verbas públicas destinadas à alimentação escolar aos alunos da educação básica foram indevidamente desviadas, agraciando-se particulares em detrimento da coletividade, para quem os recursos foram dirigidos, o que implicou, por consequência, dano ao erário.

As provas nos autos neste sentido são abundantes e mais que suficientes para comprovar a conduta ilícita, que se qualifica, sim, como improbidade administrativa.

Deve-se concluir, portanto, que o réu Carlos Augusto da Silva realizou malversação de verbas públicas, provenientes do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE/MEC, em função de desvio de verbas destinadas à merenda escolar, que, como notório, servem às crianças mais carentes, que não possuem condições financeiras de pagar um ensino particular e que, por isso, se valem, muitas vezes, das refeições escolares como única fonte alimentar decente ao longo do dia.



Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Como dito acima, a probidade administrativa consiste no dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício das suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer, sendo que o desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa, o que, no caso, restou demonstrado.

Assim, o chefe do Poder Executivo local, ora apelante, deve ser responsabilizado pelos atos fraudulentos que indevidamente oneraram o erário público, nos termos e moldes fixados pelo juízo sentenciante.

Isto porque, ao contrário do defendido, inexistiu manifesta ofensa ao parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 8.420/92 ou aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, verificando-se que a exasperação da pena mostrou-se escorreita diante da gravidade dos fatos e das condutas dos requeridos comprovados neste processo.

VIII. Dispositivo final

Ante o exposto, com o parecer da PGJ, **conheço** dos recursos de apelação e agravo retido interpostos por Jesus Barbosa Ferreira e Carlos Augusto da Silva, e, afastando as preliminares de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e de incompetência da Justiça Estadual, **nego-lhes provimento**, para manter a sentença recorrida na forma como proferida.

D E C I S ã O

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, AFASTARAM AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile
Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.
Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 23 de janeiro de 2018.

ab