



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Processo nº: 024.08.000018-5

Requerente: Ministério Público do Estado do Espírito Santo

Requeridos: Sebastião Maciel de Aguiar e Serviço Empresarial de Comunicação Ltda - SECOM

SENTENÇA

Vistos etc.

Trata-se de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo *Ministério Público do Estado do Espírito Santo* em face de *Sebastião Maciel de Aguiar e Serviço Empresarial de Comunicação Ltda – SECOM*, relatando em síntese a existência de irregularidades supostamente cometidas pelo Ex-Secretário de Cultura, Sr. Sebastião Maciel de Aguiar em relação ao “Projeto Opera Guarani”, para o qual foi destinada a verba de R\$ 1.315.000,00 (um milhão e trezentos e quinze mil), dos quais R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil) foram enviados pelo MEC e o restante custeado pelo Estado do Espírito Santo. Segundo o Requerente os serviços de cenário, direção geral, assistente de direção, som, material de divulgação e coquetel foram contratados sem licitação.

Aduz, que o réu contratou a segunda Requerida, SECOM – Serviço Empresarial de Comunicação Ltda, para a assessoria de imprensa, também sem procedimento licitatório e que foram observadas notas com os serviços ilegíveis, sendo que não houve prestação de contas dos gastos referidos.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

Em sede de liminar requereu a indisponibilidade de todos os bens móveis e imóveis dos Requeridos e ao final que seja julgada procedente a ação, condenando-os nas sanções do artigo 12, incisos I, II e III pela prática dos atos de improbidade administrativa descritos nos artigos 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

A inicial veio acompanhada dos documentos de folhas 17/429.

Decisão que deferiu a medida liminar determinando a indisponibilidade dos bens dos Requeridos (fls. 431/8).

Informações prestadas pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo com cópia do TC nº 1666/2002 e manifestação proferida pela Controladoria Técnica por meio da Instrução Técnica Conclusiva – ITC nº 6464/2009, opinando pela regularidade das dispensas de licitação dos valores de R\$24.000,00 (vinte e quatro mil reais) pagos ao Presto Opera Produções e R\$8.000,00 (oito mil reais) pagos ao Centro Cultural Porto de São Mateus em razão das hipóteses estarem abarcadas pelos artigos 23, inc. II e 24, inc. II da Lei nº 8.666/93, que dispensa a licitação, oferecendo ao final o parecer: “*Neste sentido, estando encartados os valores contratados dentre aqueles permitidos pelo ordenamento jurídico como dispensados da prévia licitação, nada de irregular há na contratação objurgada*” (fl. 622) e todos os documentos (fls. 504/1893).

Defesa Preliminar apresentada pelo Requerido Sebastião Maciel de Aguiar, alegando, que: tudo quanto foi apontado pelo Ministério Público importa na quantia de R\$252.150,85 (duzentos e cinquenta e dois mil, cento e cinquenta reais e oitenta e cinco centavos), mas apresentou como cálculo do prejuízo o total de R\$1.315.000,00 (um milhão e trezentos e quinze mil); que apenas o montante de R\$174.150,85 (cento e setenta e quatro mil, cento e cinquenta reais e oitenta e cinco centavos) foi contratado sem procedimento licitatório em razão do permissivo legal do artigo 25, inciso III da Lei nº



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

8.666/93; que pediu exoneração do cargo de Secretário de Estado da Cultura e Esporte em 29 de junho de 2001. Requereu o acolhimento da prescrição, vez que a ação foi ajuizada em 28 de dezembro de 2007, mais de seis anos após sua exoneração; Relata a falsidade dos documentos ofertados pelo Ministério Público, bem como a supressão de documentos pelo Sindipúblicos; que foi requerida indisponibilidade dos seus bens, sem indicar quais. Requereu, ante seus argumentos, a improcedência da ação (fls. 1961/2142).

Defesa Preliminar apresentada pelo Requerido Serviço Empresarial de Comunicação Ltda – SECOM, alegando: a prescrição, pois o prazo entendido pela jurisprudência é de cinco anos, e somente foi citado em novembro de 2011, tendo seu contrato se encerrado em 2004; que seu contrato é oriundo da concorrência pública nº 1/2000 realizada pelo Estado do Espírito Santo, por meio da Secretaria de Comunicação Social, da qual sagrou-se vencedora; que não houve desvio de valores. Requereu, ante seus argumentos, a extinção do processo, em decorrência da prescrição ou a improcedência da ação. (fls. 2152/2203)

Decisão que acolheu a preliminar de prescrição em relação as sanções de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamentos de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, prosseguindo apenas em relação ao ressarcimento ao erário. A inicial foi recebida em face de todos os requeridos (fls. 2205/2211)

Agravo de Instrumento nº 2012.00.172.787 interposto pelo Requerente contra a decisão que acolheu a prescrição com pedido de efeito suspensivo. (fls. 2213/2227).

Agravo de Instrumento nº. 2012.00.457.475 interposto pelo Requerido SECOM contra a decisão de folhas 2205/2211, pugnando pelo acolhimento integral da prescrição, inclusive em relação ao pedido de ressarcimento ao



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

erário e, conseqüente arquivamento do feito (fls. 2237/2256).

Contestação apresentada pelo Requerido Sebastião Maciel de Aguiar, com conteúdo semelhante à defesa preliminar, pugnando pela improcedência e revogação da medida constritiva de seus bens (fls. 2261/2284)

Contestação apresentada pelo Requerido SECOM, pelo acolhimento integral da prescrição, ausência do ato de improbidade, ausência de dano ao erário, impossibilidade de ressarcimento ao erário e ao final a improcedência da ação (fls. 2291/2316).

Réplica apresentada pelo Ministério Público (fls. 2319/2351).

Decisão que determinou a devolução dos autos a vara de origem, qual seja, a 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual, tendo em vista o reconhecimento da prescrição relativa às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, tornando-se a presente apenas uma ação de ressarcimento ao erário. (fl. 2352)

Agravo de Instrumento nº 2012.01.461.371 interposto pelo MP contra a decisão de fls. 2352 (fls. 2356/2385) .

Decisão Monocrática do E. TJES, convertendo o agravo de instrumento nº 2012.00.172.787 (interposto pelo Requerente em face da decisão que acolheu a prescrição) em agravo retido (fls. 449/451).

É o que de importante tinha a relatar.

DECIDO.

A questão é de direito, sendo suficiente ao seu deslinde a prova documental já produzida, razão pela qual conheço diretamente do pedido, julgando antecipadamente a lide, nos termos do artigo 330 do Código de Processo Civil.

DA COMPETÊNCIA DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.

A Resolução nº 5 de 2 de Fevereiro de 2012 autorizou a instalação da Terceira Vara dos Feitos da Fazenda Pública Estadual de Vitória, com competência exclusiva para conhecer, processar e julgar, em todo o Estado do



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

Espírito Santo, as ações civis de improbidade administrativa, as ações civis públicas por ato de improbidade administrativa e as ações populares.

Em seguida a Resolução nº 8/2012 delimitou a competência como exclusiva da Comarca da Capital de Entrância Especial, integrada pelos Juízos de Vitória, Vila Velha, Cariacica, Serra e Viana .

Em razão disso, todos os processos de improbidade administrativa foram encaminhados a esta Vara, com o objetivo de imprimir maior celeridade e eficiência nas ações que importem em dano ao erário.

Na lição do doutrinador José Afonso da Silva *"A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). 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(...)." ¹*

Em sede de preliminar foi acolhida a prescrição das sanções impostas pela Lei de Improbidade e determinado o prosseguimento da ação, somente quanto ao ressarcimento ao erário (fls. 2205/2211).

Em que pese a r. Decisão do douto magistrado, entendo que é pressuposto do eventual ressarcimento ao erário o reconhecimento da prática do ato de improbidade, que merece ser analisado e declarado na própria ação de improbidade.

1- SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

A hipótese já foi submetida a exame pelo Superior Tribunal de Justiça, que manifestou-se pela necessidade do reconhecimento do ato de improbidade, senão vejamos:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**. IMPRESCRITIBILIDADE. ART. 37, § 5º, DA CF. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRAZO QUINQUENAL. DIES A QUO. TÉRMINO DO MANDATO DE PREFEITO. RECURSO PROVIDO.

1. "As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança" (art. 23 da Lei 8.429/92).

2. "...se o ato ímprobo for imputado a agente público no exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, o prazo prescricional é de cinco anos, com termo a quo no primeiro dia após a cessação do vínculo" (REsp 1.060.529/MG).

3. In casu, não há falar em prescrição, de forma que subsiste para o ora recorrente o interesse em ter o mérito da ação civil pública analisado.

4. O art. 37, § 5º, da CF estabelece a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento ao erário em decorrência de ilícitos praticados.

5. O comando constitucional não condicionou o exercício da ação à prévia declaração de nulidade do ato de improbidade administrativa.

6. **Certamente, só há falar em ressarcimento se reconhecida, concretamente, a ilicitude do ato praticado.** Entretanto, esse reconhecimento não prescinde de declaração de nulidade, conforme entendeu o Tribunal a quo. Assim fosse, tornar-se-ia letra morta o conteúdo normativo do art. 37, § 5º, da CF se não ajuizada no prazo legal a ação. (...)

9. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à primeira instância para análise do mérito.

(REsp 1028330/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010)

Assim, diante da necessidade de se declarar a ocorrência ou não do ato de improbidade permanece competente a 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Vitória, bem como, para eventual aplicação da obrigação de ressarcimento ao erário.

Nestes termos, revogo a r Decisão de folhas 2352, por entender competente a 3ª Vara da Fazenda Pública Estadual.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

DA PRESCRIÇÃO

Apesar de ter sido reconhecida a prescrição para aplicação das sanções de improbidade administrativa na r. Decisão de folhas 2205/2211, foi interposto agravo de instrumento pelo Ministério Público e pelo segundo Requerido.

O primeiro pugnou pelo não acolhimento da prescrição, enquanto que, o segundo pelo acolhimento da prescrição na sua integralidade, inclusive, quanto a eventual imposição de ressarcimento ao erário.

Em relação ao primeiro recurso de nº 024.129.002.663 foi proferida decisão monocrática que converteu o agravo de instrumento em agravo retido, por entender que a decisão não é suscetível de causar a parte lesão grave e de difícil reparação.

O segundo agravo de nº 024.12.00663-1 foi conhecido parcialmente, embora tenha lhe sido negado provimento.

Assim, ante a conversão do agravo de instrumento em retido passo a enfrentar a questão da prescrição.

O Ministério Público ajuizou a ação em 2 de janeiro de 2008 contra os supostos atos de improbidade cometidos pelo Secretario de Estado da Cultura e Esporte e Serviço Empresarial de Comunicação Ltda – SECOM.

A Lei de Improbidade dispõe de regramento específico, em que o prazo prescricional conta-se a partir do término do mandato do agente improbo.

Destarte, afastam-se as regras comuns de prescrição do Código Civil, para aplicação da regra especial do artigo 23, inciso I, que reza:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I – **até cinco anos após o término do mandato, de cargo em comissão** ou de função de confiança;”

Da interpretação do artigo é possível extrair que o legislador imprimiu maior rigor para sancionamento das condutas de improbidade. Assim, o prazo deverá ser contado não a partir do fato gerador, mas sim, a partir do



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

desligamento do agente contado o prazo de 5 anos.

Considerando que o vínculo existente entre o órgão e o agente se encerrou com a exoneração em 29 de junho de 2001, há muito encontrava-se prescrito o direito quando do ajuizamento da ação.

Nesse sentido a jurisprudência do STJ:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE: PRESCRIÇÃO.

1. A Lei 7.347/85, disciplinadora da ação civil pública, não contém prazo prescricional, diferentemente da Lei 8.429/92, que estabelece prescrição quinquenal (art. 23).

2. O termo a quo da prescrição, para a hipótese de falta de ocupantes de cargos eleitos, em comissão ou em função de confiança, **é o término do exercício do mandato ou afastamento do cargo.**

3. Recurso especial improvido.

(REsp 457.723/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/06/2003, DJ 25/08/2003, p. 282)”.

Na lição de Benedicto de Tolosa Filho: *“Os que exercem cargos eletivos, os nomeados para exercer cargo em comissão e os que exercem função pública somente podem ser demandados em até cinco anos, contados do término do mandato, da exoneração ou da dispensa, enquanto os que exercem cargo de provimento efetivo e emprego público ficam subornados ao prazo prescricional fixado em lei (federal, estadual ou municipal, conforme o caso) para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público²”.*

Portanto, ratifico a decisão de acolhimento da prescrição, no tocante as sanções de improbidade, já que se encontra em perfeita sintonia com a jurisprudência e doutrina, não merecendo qualquer reparação.

DO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO

Considerando o reconhecimento da prescrição relativa às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, passo a analisar o mérito restritivamente sob o ângulo do pretense ressarcimento ao erário.

2 - TOLOSA FILHO, Benedicto de. Comentários à Lei de Improbidade Administrativa. Rio de Janeiro: Forense, 2003..



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

Aponta o Ministério Público a existência de irregularidades supostamente cometidas pelo ex-Secretário de Cultura, Sr. Sebastião Maciel de Aguiar e a empresa SECOM, referente ao evento “Projeto Presto Ópera Guarani”.

O primeiro Requerido foi nomeado para o cargo de Secretario de Estado de Cultura e Esportes em 28 de fevereiro de 1997, conforme Decreto nº 110-P e exonerado a pedido em 29 de junho de 2001, por meio do Decreto nº 697-S (fls. 1985/7).

Para realização do “Projeto Presto Ópera – O Guarani” foi celebrado o Convênio/MINC/SMAC/FNC nº 45/2000 entre a União Federal, por meio do Ministério da Cultura e a Secretaria de Estado da Cultura e Esporte do Espírito Santo com a concessão de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) (fls. 1991/6).

O segundo convênio foi firmado entre a Fundação Nacional de Artes – FUNARTES e a Secretaria de Estado da Cultura e Esportes do Espírito Santo para produção da montagem da ópera “O Guarani”, instrumentalizado pelo Termo nº 1002/2001, que concedeu o valor de R\$60.000,00 (sessenta mil reais) (fls. 1998/2002).

A Secretaria de Estado da Cultura e Esportes do Espírito Santo celebrou contrato de prestação de serviços de publicidade com a SECOM – Serviços Empresariais de Comunicação com o objetivo de “*estudar, planejar, criar, produzir, distribuir para veiculação e controlar os serviços de divulgação e publicidade dos programas e campanhas promocionais e /ou institucionais da Secretaria de Estado da Cultura e Esportes*”, regularmente publicado no D.O no dia 24/10/2000 (fls. 2068/2077).

A produção do espetáculo “Projeto Presto Ópera Guarani” ficou a cargo do Centro Cultural Porto de São Mateus em parceria com a Secretaria de Estado da Cultura e Esporte.



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

A peça estreou no dia 7 de abril de 2001 em São Mateus com a participação de 280 pessoas em cena e, em 23 de maio de 2001 na Praça do Papa em Vitória.

A apresentação contou com a narração do renomado locutor Cid Moreira e alcançou um público em torno de 40.000 pessoas em São Mateus (fl. 2017) e 80.000 pessoas em Vitória, de acordo com declarações da Guarda Civil (fl. 2019).

Restou comprovada a repercussão nacional da ópera que foi divulgada pela revista *Época*, de âmbito nacional (fls. 2024/5), tendo recebido elogios do Ministro da Cultura Francisco Weffort, do Vice-Presidente da República Marco Maciel (fl. 2029) e cumprimentos de Governadores de vários Estados (fls. 2032/2052)

O *parquet* em sua inicial afirma que a peça também foi apresentada nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, no entanto, após o exame detalhado de toda documentação, não há qualquer comprovação do fato alegado.

Pelo contrário, o ofício nº 70/08 da lavra da Secretária de Estado da Cultura Sra. Dayse Maria Oslegher Lemos, afirma que não encontrou em seus arquivos nenhum processo referente a apresentação naqueles Estados (fl. 2088).

Em outro ponto, o Requerente alega que foi destinado ao projeto o valor de R\$1.315.000,00 (um milhão e trezentos e quinze mil reais), montante que também não encontra suporte probatório nos autos, sequer pela soma de todas as despesas descritas na inicial.

Conforme a Certidão nº 6/2008 expedida pelo Tribunal de Contas, os gastos dispendidos pelo Estado do Espírito Santo para realização do projeto totalizaram o valor de R\$605.727,42 (Seiscentos e cinco mil, setecentos e vinte e sete reais e quarenta e dois centavos) (fl. 2090), sendo que os outros valores



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

foram oriundos dos convênios firmados com a Funarte no total de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e com o Ministério da Cultura no valor de 60.000,00 (sessenta mil reais).

Somando-se os valores investidos pelo Estado, os provenientes dos repasses da União Federal e da FUNARTES é possível chegar ao montante de R\$815.727,42 (oitocentos e quinze mil, setecentos e vinte e sete reais e quarenta e dois centavos), ainda assim, aquém do valor apresentado pelo *parquet*.

Noutro tópico o Requerente argui despesas provenientes de 4 notas fiscais em nome de Almerinda Dias Barbosa, no valor de R\$11.000,00 (onze mil reais) cada e 4 notas fiscais em nome da Banda Magia Tropical, no valor de R\$88.000,00 (oitenta e oito mil reais)

A redação nos faz crer que tais despesas estão vinculadas ao Projeto Guarani, quando na verdade, tais valores foram gastos em razão de outro projeto do Governo.

Tal fato é comprovado por meio do Decreto nº 41-R, de 6 de abril de 2000, que se refere ao “Projeto Governo da Gente”, publicado no Diário Oficial no dia 21 de junho de 2000 justificando a dispensa de licitação (fls. 2084/6).

Em que pese algumas incongruências da inicial, durante a execução do “Projeto Opera Guarani” houve dispensa de licitação em alguns casos, porém, dentro das hipóteses listadas na Lei nº 8.666/93.

Um deles ocorreu para a contratação da soprano e diretora operística Amarilis de Rebuá, no valor de R\$24.000,00 (vinte e quatro mil reais), que teve edital de inexigibilidade publicado no Diário Oficial no 27 de julho de 2000 (fl 2064). O mesmo ocorreu para contratação de cenário, no valor de R\$8.000,00 (oito mil reais) pelo Centro Cultural de São Mateus (fl. 2080).

Outra hipótese foi a contratação de bandas de músicas e/ou profissionais do setor artístico, que teve a inexigibilidade publicada no D.O. no



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

dia 29 de maio de 2000 (fl. 2082).

Tais situações enquadram-se nas hipóteses descritas nos artigos 24, inciso III e 25, inciso III da Lei 8.666/93, por tratarem de compra de baixo valor e de contratação artística.

No tocante as despesas com a empresa Poltrona Plus Viagens e Turismo Ltda de R\$31.161,68 (trinta e um mil cento e sessenta e um reais e sessenta e oito centavos), referem-se a compra de 53 passagens, hospedagem, alimentação e cachês para trazer profissionais, artistas e músicos de outros Estados.

Conforme alega o Requerente, na época não havia orquestra sinfônica no Município de São Mateus e, em razão disso, a orquestra de Vitória foi convocada e ainda outros músicos contratados de diversos Estados para complementá-la.

Para cobrir tais despesas foi iniciada licitação por intermédio do processo nº 172610031, que por questões burocráticas não foi encerrada. Considerando o prejuízo que o adiamento ou cancelamento do espetáculo causaria, a Secretaria de Cultura optou pela hipótese do artigo 24, IV da Lei Federal nº 8666.93, realizando o procedimento de tomada de preços.

Noutro ponto o MP alega a ausência de licitação para contratação da empresa SECOM. No entanto, a segunda Requerida venceu a concorrência pública nº 1/2000, na qual firmou contrato de prestação de serviços de publicidade com o Estado do Espírito Santo, por intermédio da Secretaria de Estado da Cultura e Esportes.

A partir de 24 de Outubro de 2000 (data da publicação no D.O.) todas as campanhas promocionais e institucionais passaram a ser executadas com exclusividade pela Requerida, inclusive os serviços necessários ao projeto "O Guarani".



**ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL**

Assim, as despesas com som, material de divulgação, coquetel e assessoria de empresa no valor de R\$15.598,83 (quinze mil quinhentos e noventa e oito reais e oitenta e três centavos) estavam incluídas no contrato de prestação de serviços firmado entre a SECOM e a Secretaria de Cultura na concorrência pública nº 1/2000.

Da mesma forma as despesas referentes a mídia nacional de rádio, TV, outdoor, dentre outros veículos de comunicação, no valor de R\$113.404,92 (cento e treze mil, quatrocentos e quatro reais e noventa e dois centavos) abrangidas pelo contrato de prestação de serviços.

Apesar dos argumentos do Requerente, houve prestação de contas de todos os valores investidos no Projeto e as poucas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação foram precedidas de publicação no diário oficial, conforme determina a Lei de Licitações.

Saliento que o Ministério da Cultura, patrocinador do evento, por meio do Ofício nº 161/08 aprovou a prestação de contas do Convênio nº 45/2000, "*cuja conclusão da análise técnica e financeira evidenciou que os recursos repassados obtiveram boa e regular aplicação*" (fl. 2058).

No mesmo sentido, a Fundação Nacional de Arte – FUNARTE informou que a prestação de contas do Convênio nº 1002/2001 foi aprovada e baixada no SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal em 31/12/2001 (fl. 2060).

Também houve aprovação do Tribunal de Contas do Estado, por meio da Certidão nº 48/2010, estando todos os processos saneados e devidamente quitados no período de 1997 a 2001 (fl. 2062)

Não restou comprovada qualquer burla a Lei de Licitações ou a Lei de Improbidade Administrativa, tampouco, qualquer conduta dolosa ou culposa dos Requeridos, que subsidie o pedido de condenação ou ressarcimento.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

A Lei nº 8.429/92 impôs sanções para aquelas pessoas que, na qualidade de agente público, pratiquem atos de improbidade administrativa. Tais sanções estão previstas no artigo 12 e incisos I, II e III da lei e são: (I) o ressarcimento do dano; (II) multa civil; (III) perda dos valores ilicitamente incorporados ao patrimônio do agente, (IV) perda da função pública; (V) proibição de contratar com o poder público e (VI) suspensão dos direitos políticos.

Entretantes, não se pode desconhecer que as penalidades deverão ser aplicadas obedecendo a parâmetros de proporcionalidade entre a natureza do ato de improbidade e a extensão do dano causado à coletividade, sob pena de serem rotuladas de inconstitucionais.

No que diz respeito à sanção de ressarcimento integral do dano, deve ser ressaltado que, para sua aplicação, nos termos do que preceitua o art. 21, I, segunda parte é necessária a efetiva comprovação de dano ao patrimônio público.

Neste pensar, é a lição dos doutrinadores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: *“Em razão do princípio da presunção de não-culpabilidade, constitucionalmente consagrado (art. 5º, LVII) e aplicável, modus in rebus, ao campo da improbidade, a dúvida sobre a ocorrência dos fatos imputados ao réu deve levar o magistrado à prolação de sentença de improcedência (in dubio pro reo), não parecendo razoável a incidência das graves sanções previstas no art. 12 a não ser diante de prova firme da ocorrência da improbidade”*³

Diante da conduta do Requeridos não é possível aferir qualquer responsabilidade, vez que as determinações legais para dispensa ou inexigibilidade de licitação foram obedecidas.

3 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco, Improbidade Administrativa, 6ª ed., Rio de Janeiro, Lumen lures, 2011, p. 964.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Assim, não estando comprovada a ocorrência do ato doloso ou culposo de improbidade, bem como, em razão da efetiva prestação do serviço, não há qualquer reparação a ser feita ao erário.

Pela impossibilidade de condenação nos casos de não comprovação do dolo ou culpa do servidor, manifestou-se o STJ em diversas oportunidades:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. **AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ (DOLO)**. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA INDEMONSTRADA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada cum granu salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). 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



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem(...)." in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

5. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, in casu, inexistente, por isso que a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito dos demandados, tendo em vista a efetiva prestação dos serviços, consoante assentado pelo Tribunal local à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção imposta à parte, ora recorrente, máxime porque não restou assentada a má-fé do agente público, ora Recorrente, consoante se conclui do voto condutor do acórdão recorrido: "Baliza-se o presente recurso no exame da condenação do Apelante em primeiro grau por ato de improbidade, em razão da contratação de servidores sem a realização de concurso público. Com efeito, a tese do Apelante está adstrita ao fato de que os atos praticados não o foram com dolo ou culpa grave, mas apenas decorreram da inabilidade do mesmo, além de não terem causado prejuízo ao erário (..)" (...)

(REsp 909.446/RN, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 22/04/2010)

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. **CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS SEM LICITAÇÃO.** EMISSORA DE TELEVISÃO. DIVULGAÇÃO DE COMUNICADO. DIREITO DE RESPOSTA. RESSARCIMENTO DE DANO ERÁRIO. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. **AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE MÁ-FÉ DO AGENTE PÚBLICO.** APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizada *cum granu salis*, máxime porque **uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a**



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.

3. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.

4. À luz de abalizada doutrina: "A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). 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(...)." in José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p-669.

5. **O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, in casu, inexistente, por isso que a contratação da emissora de televisão, à míngua de procedimento licitatório, foi precedido de parecer do Departamento Jurídico do Município de Diadema, o qual opinou pela inexigibilidade de licitação** (art. 12, parágrafo único, do Decreto-lei 2.300/86), consoante se infere de excerto do voto condutor do acórdão recorrido: "(...) De outra parte, , com relação a có-ré Márcia Pelegrini, não denota ter contribuído "decisivamente" para a contratação em tela. Vale anotar que ao final de seu pronunciamento escrito acostado às fls. 14/vº, expressou: "é nosso parecer". Ora, se sua contribuição isto significou, não possibilitando nenhum ato vinculante, dele não pode repercutir responsabilidade, de molde a tipificar conduta ímproba. O senhor prefeito não estava adstrito ao citado parecer, apenas serviu o mesmo de subsídio (...)" fl. 649 6. A título de argumento obiter dictum sobreleva notar que: "O Departamento Jurídico opinou pela contratação de outra emissora, ante a inexigibilidade de licitação (art. 12, parágrafo único, do Decreto-lei 2.300/86), noticiando, ainda, que o Sistema Brasileiro de Televisão - SBT estaria colocando entraves à veiculação do referido "direito de resposta".

7. Consectariamente, **o Tribunal local incidiu em error in iudicando ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo.**

8. A lei de improbidade administrativa prescreve no capítulo das penas



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

que na sua fixação o “juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.” (Parágrafo único do artigo 12 da lei nº 8.429/92).

9. In casu, a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito do agente público, em razão da efetiva prestação de serviços, reconhecidos pelo Tribunal local à luz do contexto fático delineado nos autos, revelam a desproporcionalidade da sanção econômica imposta à parte, ora Recorrente, a uma: porque o elemento subjetivo, essencial à caracterização da improbidade administrativa, revela-se inexistente na hipótese em exame, por isso que a contratação da emissora de televisão, à míngua de licitação, foi precedida de parecer do Departamento Jurídico do Município de Diadema, fato que denota error in judicando do Tribunal local ao analisar o ilícito somente sob o ângulo objetivo; a duas: em razão do afastamento pelo Tribunal local da responsabilidade dos demais agentes públicos demandados Secretário de Obras do Município de Diadema-SP e da Procuradora Municipal, subscritora do parecer jurídico embasador da contratação in foco; Precedentes do STJ:REsp 626.204/RS, DJ 06.09.2007; MS 10.826/DF, DJ 04.06.2007; REsp 717375/PR, DJ 08.05.2006 e REsp 514820/SP, DJ 06.06.2005. (...)

15. Embargos de Declaração acolhidos para sanar a omissão e dar provimento ao Recurso Especial, afastando a sanção imposta a José Augusto da Silva Ramos, ora Recorrente. (EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 23/06/2010)

Conforme se depreende dos julgados acima transcritos é indispensável a comprovação de dolo ou culpa por parte dos servidores, para eventual condenação nas sanções por atos de improbidade.

Na execução do “Projeto Opera Guarani” não foi possível aferir qualquer ilegalidade, vez que os poucos atos de dispensa ou inexigibilidade de licitação foram previamente publicados no Diário Oficial, além de terem sido aprovados pelo Ministério da Cultura, Funarte e Tribunal de Contas.

Ademais há de se considerar que o serviço foi prestado com excelência e não causou qualquer prejuízo ao erário, não havendo qualquer responsabilidade a ser imputada aos Requeridos.



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

Prova disso é a apresentação pelo primeiro Requerido da sua declaração de renda, bem como, de todos os valores recebidos durante o período em que esteve a frente da Secretaria (fls. 297/376) e de sua esposa (fls.377/390), demonstrando a regularidade de suas contas.

Contrariamente as afirmações do Requerente, não há qualquer imóvel rural em nome do Requerido e sua esposa, o que se prova pelas certidões negativas dos cartórios de registro de imóveis juntadas às folhas 391/3.

Ressalto que em nenhum momento houve comprovação de dolo ou culpa dos Requeridos ou de qualquer vantagem advinda das contratações realizadas, não sendo suficiente a sua presunção.

Ao contrário do alegado pelo *parquet* as notas fiscais foram apresentadas tempestivamente, as dispensas foram publicadas e as contas foram prestadas, não havendo qualquer irregularidade a ser sanada.

Pela necessidade de comprovação do prejuízo, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“TJES - PROCESSO CIVIL . APELAÇÃO CÍVEL . AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESVIO DE FINALIDADE APLICAÇÃO DA PENA.LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1 A aplicação da pena, em improbidade administrativa, deve ser empregada de forma que seja considerada a gravidade do ilícito, a extensão do dano e o proveito patrimonial obtido

2 Agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política.

3 O desvio de finalidade do ato administrativo, consiste no AFASTAMENTO DO ESPÍRITO DA LEI, onde: desvirtuando se o fim, desnatura-se o ato.

4 O pedido condenatório, demanda a comprovação do prejuízo, ainda que imaterial, experimentado pelo Poder Público.

5 .Se o autor da demanda pretende condenar o réu a ressarcir o erário, deverá fazer prova concreta da lesão. Como se sabe, o pressuposto da indenização é o desfalque patrimonial causado por



ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PODER JUDICIÁRIO
3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL

ação ou omissão dolosa ou culposa. PRECEDENTES DO STJ - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37 DA CF/88 E DA LEI Nº 8.429/92 . RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (52030003280 ES 052030003280, Relator: RONALDO GONÇALVES DE SOUSA, Data de Julgamento: 26/08/2008, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/09/2008)

Ante a ausência de comprovação de qualquer ato de improbidade administrativa cometido pelos Requeridos, a ausência de dolo ou culpa, a efetiva prestação dos serviços e a inexistência de prejuízo, incabível a sanção de ressarcimento ao erário.

Face o exposto julgo **IMPROCEDENTES** os pedidos autorais. Em consequência, determino a imediata revogação da medida liminar de folhas 431/438. Finalmente, **RESOLVO** o processo com apreciação de mérito, com fulcro no artigo 269, I do Código de Processo Civil.

Não há condenação em custas e honorários.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, archive-se com as cautelas de praxe.

Vitória-ES, 17 de Dezembro de 2012.

JORGE HENRIQUE VALLE DOS SANTOS

Juiz de Direito