



ESTADO DE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO**Número Único:** 0021168-06.2010.8.11.0041**Classe:** APELAÇÃO CÍVEL (198)**Assunto:** [Dano ao Erário, Modalidade / Limite / Dispensa / Inexigibilidade]**Relator:** Des(a). EDSON DIAS REIS**Turma Julgadora:** [DES(A). EDSON DIAS REIS, DES(A). GRACIEMA RIBEIRO DE CARAVELLAS,**Parte(s):**

[MPEMT - CUIABÁ - PATRIMÔNIO E IMPROBIDADE (APELADO), LUIZ ANTONIO PAGOT - CPF: [REDAZIDO] (APELANTE), ELLY CARVALHO JUNIOR - CPF: [REDAZIDO] (ADVOGADO), AFONSO DALBERTO - CPF: [REDAZIDO] (APELANTE), THIAGO DE ABREU FERREIRA - CPF: [REDAZIDO] (ADVOGADO), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (CUSTOS LEGIS), MPEMT - CUIABÁ - PATRIMÔNIO E IMPROBIDADE (APELADO), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (APELADO), JOSE EDUARDO POLISEL GONCALVES - CPF: [REDAZIDO] (ADVOGADO), JACKSON FRANCISCO COLETA COUTINHO - CPF: [REDAZIDO] (ADVOGADO)]

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência DES(A). MARIA APARECIDA RIBEIRO, por meio da Turma Julgadora, proferiu a seguinte decisão: **POR UNANIMIDADE, EXERCEU PARCIALMENTE O JUÍZO DE RETRATAÇÃO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

E M E N T A**E M E N T A**

JUÍZO DE RETRATAÇÃO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ADEQUAÇÃO DO JULGADO COM O ENTENDIMENTO SEDIMENTO NO ARE N. 843.989/PR - TEMA 1.199 DO STF - DOLO ESPECÍFICO CARACTERIZADO - CONDENAÇÃO POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MANTIDA - READEQUAÇÃO DA SANÇÃO IMPOSTA - ART. 12, III, DA LIA - IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS - JUÍZO DE RETRATAÇÃO PARCIALMENTE POSITIVO.

1. No julgamento do ARE 843.989/PR, afetado como representativo de controvérsia (Tema 1.199), o STF adotou o entendimento de que as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 devem ser aplicadas às causas sem trânsito em

julgado.

2. Quanto ao dolo específico, a nova redação do artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que, para a configuração do ato ímprobo, é necessária a comprovação da vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado.

3. A conduta dos apelantes, de forma clara e consciente, em burlar o processo licitatório e conferir ares de legalidade à contratação direta realizada meses antes do procedimento licitatório, caracterizam os elementos subjetivos necessários, a teor do que dispõe o art. 11 da Lei n. 8.429/1992, razão pela qual a condenação dos apelantes envolvidos no ato de improbidade é medida que se impõe.

5. Se não mais persiste a possibilidade de sanção com a suspensão dos direitos políticos em relação aos atos de improbidade tipificados no art. 11 da LIA, essa deve ser afastada.

2. Juízo de retratação parcialmente exercido.

RELATÓRIO

**APELANTE(S): LUIZ ANTONIO PAGOT
AFONSO DALBERTO**

APELADO(S): MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

RELATÓRIO

EXMO. SR. DR. EDSON DIAS REIS

Egrégia Câmara:

Trata-se de reapreciação da apelação nº 0021168-06.2010.8.11.0041, devolvido pela Vice-Presidência deste Sodalício, com fulcro no art. 1.030, II do CPC, para o exercício de juízo de retratação antes da admissibilidade do recurso especial, em face da aparente desconformidade com o entendimento do STF exarado no recurso paradigma (Tema 1.199).

É o relatório.

Edson Dias Reis

Juiz de Direito Convocado

VOTO RELATOR

V O T O

EXMO. SR. DR EDSON DIAS REIS (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Como visto do relatório, a Vice-Presidência deste Sodalício restituiu os autos a esta Câmara, por força do art. 1.030, II, do CPC, para o exercício de juízo de retratação em virtude do acórdão supostamente estar em desconformidade com o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal no recurso paradigma (Tema 1.199 do STF).

No caso, tenho que há necessidade de retratação em parte single do acórdão, por se encontrar parcialmente em dissonância ao entendimento recente do Supremo Tribunal Federal firmado em julgamento do recurso paradigma do ARE n. 843.989/PR.

Os referidos recursos de apelação cível foram interpostos contra sentença proferida em sede de Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, que havia julgado procedente o pleito inicial para condenar os apelantes às sanções previstas no art. 12, II e III da Lei n. 8.429/1992.

O acórdão combatido proveu parcialmente aos recursos, tão somente para excluir a condenação de ressarcimento integral do dano em razão da ausência de comprovação da lesão ao erário. Colhe-se a seguinte ementa:

“RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - INEXISTÊNCIA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA - AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DANOS AO ERÁRIO NÃO COMPROVADOS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Não há imposição para formação de litisconsórcio passivo entre todos os agentes públicos que participaram do ato de improbidade quando não for possível constatar um liame subjetivo entre eles.
2. A Lei 8.429/92, que define os atos de improbidade administrativa, prevê como tais, àqueles que geram o enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, bem como os atos que atentam contra os princípios da administração, conforme prescreve o caput do art. 11.
3. O processo licitatório tem por finalidade garantir a melhor proposta à Administração, respeitando os princípios constitucionais. Desse modo, o ato de ausência de licitação ou justificativa de sua dispensa e, ainda, realização tardia, ofende os princípios da administração pública, caracterizando-se como ato de improbidade.
4. Competia à parte autora demonstrar que os efetivos danos causados ao erário público. Não o tendo feito, afasta-se a pretensa condenação com base no artigo 10, da Lei 8.429/92, e, nas sanções previstas no art. 12, inciso II da mesma Lei.
5. Recursos de apelação parcialmente providos.”

De outro lado, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, por oportunidade do julgamento do ARE 843.989/PR, afetado como representativo de controvérsia (Tema 1.199), firmou as seguintes teses em relação à retroatividade da Lei nº 14.230/2021:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;
- 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;
- 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

É importante destacar que os julgamentos proferidos em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal têm efeito vinculante.

Cumprе ressaltar que a publicação do acórdão ocorreu em 19/08/2021, ou seja, anteriormente à vigência da Lei n. 14.230/2021.

Como se verifica das teses elencadas, o STF adotou o entendimento de que as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 devem ser imediatamente aplicadas às causas sem trânsito em julgado, bem como de que é necessária a constatação do dolo específico para a tipificação da improbidade administrativa.

Quanto ao dolo específico, a nova redação do artigo 1º, §§ 1º e 2º da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que, para a configuração do ato ímprobo, é necessária a comprovação da vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado.

Além disso, dispõe o artigo 1º, §3º da lei que *“o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.”*

A respeito da necessidade da presença do elemento subjetivo (dolo) para a caracterização do ato ímprobo, no julgamento do ARE 843.989/PR, o Relator, Ministro Alexandre de Moraes, destacou em seu voto:

“(…) Essa premissa é importante por não permitir qualquer hipótese em que o autor da ação aponte genericamente condutas de agente público ou dos demais réus sem a imputação do necessário elemento subjetivo do tipo e sem qualquer indicação que mostrasse a intenção de praticar ato de corrupção, caracterizando a acusação tão somente responsabilidade objetiva do réu, por exercer determinado cargo ou função pública (...)”

(STF - ARE: 843989 PR, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 18/08/2022, Tribunal Pleno, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-251 DIVULG 09-12-2022 PUBLIC 12-12-2022)

No mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira sintetizam:

“Em suma, com a Reforma da LIA, a improbidade administrativa somente restará caracterizada se comprovado o dolo específico do agente público ou terceiro, inexistindo, portanto, a modalidade culposa de improbidade, ainda que a culpa seja “grave” ou o erro seja “grosseiro”.

(Improbidade Administrativa – Direito Material e processual / Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. - Rio de Janeiro: Forense, 2022, pág. 10)

Nessa perspectiva, a Vice-Presidência devolveu os autos para verificação de possível desconformidade do julgamento com o tema 1.199 do STF em razão da ausência de dolo específico.

Todavia, o acórdão consignou a existência do dolo específico, ainda que não tenha resta consignado de forma expressa o referido termo.

Para melhor visualização, colaciono os trechos do voto condutor do acórdão, *in verbis*:

“Após análise minuciosa dos autos, é certo que os Apelantes violaram o princípio da legalidade ao não observarem o disposto no artigo 2º da Lei 8.666/1993.

Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. (...).

É de se notar que resta devidamente comprovado que a reforma da Escola Estadual Nilza de Oliveira Pipino, prevista no procedimento licitatório na modalidade de Tomada de Preços nº 10/2004, foi iniciada e realizada antes da instauração do procedimento licitatório que se destinava para este fim.

Analisando detidamente os documentos acostados aos autos, tem-se que as obras da reforma iniciaram em 19/01/2004 (Id. 8391286) e o procedimento licitatório de abertura dos envelopes da Tomada de Preços ocorreu em 15/04/2004 (Id. 8391210).

A testemunha Luiz Otávio Gonçalves Preza, consultor técnico da empresa Construtora Village, ao ser ouvido em juízo, afirmou que as obras de reforma da Escola Estadual Nilza Oliveira Pipino, situada no município de Sinop/MT, foram iniciadas em janeiro de 2004, mas que a licitação só foi realizada em abril de 2004, com a contratação imediata, em razão da urgência.

O sócio da Construtora e Metalúrgica Ricco Ltda., Sr. Aldo José, ao ser ouvido na Promotoria de Justiça (Id. 8391286), afirmou que “a reforma da Escola Estadual Nilza de Oliveira Pipino começou em 19/01/2004, bem como que falou com o secretário Luiz Antônio Pagot que autorizou verbalmente a iniciar a obra”.

Declarou, ainda, “que a obra era pra ser realizada sem licitação já que havia urgência, entretanto, posteriormente, foi aberto um procedimento licitatório para a contratação da empresa que realizaria a obra; que a empresa vencedora foi outra que não a do declarante; que o declarante e o proprietário da empresa vencedora firmaram contrato de prestação de serviço de empreitada global, que diante disso continuou a obra”.

É cediço que o ato de improbidade exige a intenção de o agente obter vantagem indevida, conduta desonesta e má-fé do agente, consistente na ação consciente de praticar o ato. Não é suficiente sua imperícia na condução das suas funções a fundamentar a condenação nas penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Ou seja, a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, sendo certo que, para sua configuração, é indispensável que a conduta do agente seja dolosa, exigindo-se ao menos dolo genérico para a tipificação das condutas delineadas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou ao menos eivada de culpa grave, nas do art. 10.

Nesse sentido é o entendimento uníssono do STJ:

"não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente.

Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011).

Com efeito, nas contratações da Administração Pública, a regra é a realização de prévia licitação. Os casos de dispensa e inexigibilidade são exceções e exigem justificativa fundamentada do gestor público. (STJ - REsp: 1205605 SP2010/0142113-

5, *Relator*: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento:15/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA).

Inegavelmente, o atuar dos Apelantes não se pautou pelos princípios da moralidade, legalidade e eficiência que devem nortear a Administração Pública.

Ora, o processo licitatório tem por finalidade garantir a melhor proposta à Administração, respeitando os princípios constitucionais. **Desse modo, o ato de ausência de licitação ou justificativa de sua dispensa e, ainda, realização tardia, ofende os princípios da administração pública, caracterizando-se como ato de improbidade.**

Diante desses fatos, tenho que o processo licitatório em questão encontra-se totalmente despedido de fidedignidade, não havendo dúvidas de que os Apelantes se uniram para conduzir a licitação da forma que melhor lhes aprouveram, infringindo, para tanto, vários comandos legais.

Não prospera a alegação do Apelante Afonso Dalberto de que não concorreu para a fraude à licitação, uma vez, em que pese ter tomado posse como Secretário Adjunto de Obras Públicas 10 (dez) dias após a publicação do edital de tomada de preços, tinha conhecimento do início das obras antes da conclusão do procedimento licitatório e mesmo assim permaneceu inerte, tampouco acompanhou as obras quando já era Secretário de Obras.

Além disso, segundo a testemunha Luiz Otávio Gonçalves Preza, consultor técnico da empresa Construtora Village, impôs que a empresa vencedora da licitação subcontratasse a Construtora Ricco para finalizar a obra, afrontando aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

Desta feita, os atos praticados pelos Apelantes encontram-se classificados no rol daqueles de improbidade administrativa, portanto, não merece guarida a sua alegação de que não praticou nenhum ato ilícito ou ação ou omissão, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

[...]

É de ordem pública a orientação no sentido de que para o bom funcionamento da administração, de maneira proba é necessária a obediência aos preceitos legais, zelo pelos princípios da administração que estão descritos na Carta Magna, precisamente, no artigo 37.

É indispensável que o agente público e seus partícipes tenham como norte e finalidade a coisa pública.

Neste norte, entendo que a conduta dos Apelantes afronta o princípio da probidade administrativa, pois dotada de dolo, da supremacia do interesse público sobre o particular, da moralidade, o que justifica a adoção das penalidades insertas tipificada no art. 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa.

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

[...]

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Ressalto, por oportuno, que não vislumbro prejuízo ao erário público, uma vez que a obra foi devidamente concluída e não houve comprovação de superfaturamento ou enriquecimento ilícito. Logo, não há que se falar em condenação de ressarcimento ao erário.

Porém, ausência de prejuízo ao erário não afasta a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade, pois, nos termos do art. 21, as sanções independem da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento." (id. 93468486) (g.n.)

Observa-se do acórdão que houve a realização de um procedimento licitatório tão somente para maquiagem uma contratação direta e que já se encontrava em execução antes mesmo da conclusão do procedimento licitatório, existindo atos impositivos por parte dos apelantes que ofenderam aos princípios da Administração Pública, em conduta tipificada pelo art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Como consignado pelo acórdão, houve imposição por parte dos apelantes para que a empresa vencedora da licitação subcontratasse a Construtora Ricco, a qual já realizava a obra antes da conclusão do procedimento licitatório.

Nos termos do acórdão, essa conduta configura comportamento doloso. Ainda que não reste de forma expressa o enquadramento como “dolo específico”, não há como se interpretar a atuação dos apelantes como “dolo genérico”, pois houve nítida intenção e prática de atos para burlar o procedimento licitatório e suprimir uma ilegalidade anteriormente praticada.

Tal situação ofende aos princípios da imparcialidade e da legalidade e que resta tipificada na atual redação do inciso V do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa, por frustrar o caráter concorrencial de procedimento licitatório para benefício direto ou indireto de terceiros.

Como bem fundamentado pela sentença, *“a escolha da empresa Construtora Ricco se deu sem qualquer justificativa. Dispensou-se, por completo, a necessária avaliação de capacidade técnica e regularidade junto à Administração Pública, o que é demasiado grave em qualquer obra, ainda mais no caso vertente, que se trata de uma escola. A ausência do prévio processo licitatório também impediu que se verificasse a devida concorrência pela proposta mais vantajosa”*.

A frustração do procedimento licitatório de forma dolosa, quando em ofensa à imparcialidade e legalidade, configura ato de improbidade administrativa.

No tocante às sanções impostas, é certo que houve alteração nos tipos de sanções impostas a cada hipótese de improbidade administrativa. Como o acórdão manteve a condenação pela ofensa ao art. 11 da LIA, devem ser adotadas as novas penas impostas.

Tem-se seguinte dosimetria adotada pela sentença e mantida pelo acórdão:

- a) Suspensão de direitos políticos pelo período de três (03) anos;
- b) Multa civil no valor correspondente a cinco (05) vezes a remuneração recebida pelos requeridos à época dos fatos, acrescidos de juros moratórios de um (1%) por cento ao mês e correção monetária pelo INPC/IBGE, ambos incidindo a partir da data da sentença, a ser destinado ao erário Estadual;
- c) 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 sejam sócios majoritários, pelo prazo de três (03) anos.

Ocorre que o inciso III do art. 12 da LIA, conforme redação dada pela Lei n. 14.230/2021, estipula que serão condenados os responsáveis pelo ato de improbidade administrativo da seguinte forma: *“III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos”*.

Como se vê, não mais é possível a suspensão dos direitos políticos nos casos de condenação por atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública, razão pela qual o acórdão deve ser retificado nesse ponto.

De outro lado, a multa civil imposta e a proibição de contratar encontram-se em conformidade com a nova redação do supracitado artigo, devendo ser mantidas.

Ante o exposto, **exerço o juízo de retratação parcialmente positivo**, tão somente para readequar as sanções impostas e afastar a suspensão dos direitos políticos dos apelantes, mantida as demais condenações em face da constatação pelo acórdão da existência da conduta dolosa.

Comunique-se à Vice-Presidência para prosseguimento da admissibilidade recursal.

É como voto.

Data da sessão: Cuiabá-MT, 15/08/2023

 Assinado eletronicamente por: EDSON DIAS REIS
25/08/2023 17:34:28
<https://clickjudapp.tjmt.jus.br/codigo/PJEDBVBCWSZZR>
ID do documento: 179789190



PJEDBVBCWSZZR

IMPRIMIR

GERAR PDF