

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL

EMBARGANTE: JOSÉ JOAQUIM DE SOUZA FILHO

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

Número do Protocolo: 59863/2019

Data de Julgamento: 16-09-2020

E M E N T A

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO - CARGO EM COMISSÃO – FUNÇÃO DE CONFIANÇA – NOMEAÇÕES SEQUENCIAIS E NÃO CONTINUADAS – QUEBRA DO VÍNCULO – PERÍODOS QUE DEVEM SER COMPUTADOS DE FORMA AUTÔNOMA – RECONHECIMENTO PARCIAL DA PRESCRIÇÃO – APLICAÇÃO DO INCISO I, ART 23 DA LIA – MÉRITO - VÍCIOS DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE SANADOS – SITUAÇÃO QUE REPERCUTE NA EXCEPCIONALIDADE DE SE ATRIBUIR EFEITO INFRINGENTE - EMBARGOS ACOLHIDOS E PROVIDOS.

1 - O inciso I, do art. 23, da LIA, prevê que a prescrição para a ação de improbidade se dá no prazo de 05 (cinco) anos, após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou função de confiança. Assim, mesmo que tendo havido nomeações sequenciais para o cargo, se houve descontinuidade e relevante lapso temporal entre uma e outra nomeação, devem ser considerados períodos autônomos, para efeito da contagem do prazo prescricional.

2 - Embora os embargos de declaração não se prestem para suscitar a reavaliação do conjunto probante dos autos, uma vez constatado que os vícios de contradição, obscuridade e omissão apontados pelo embargante estão atrelados a fatos determinantes da condenação, a análise pontual se impõe.

**SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO N° 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL**

3 – É sabido que existe total independência e não vinculação do entendimento do Tribunal de Contas do Estado em relação ao julgamento dos atos do agente público pelo Poder Judiciário. Todavia, a análise da regularidade das contas serve de baliza, sobretudo quando se trata de pretensão ressarcitória por supostos danos patrimoniais causados ao Erário. É o caso de ponderação com coerência e razoabilidade.

4 – Não há ato de improbidade administrativa quando ausente prova do dolo para os tipos previstos no artigo 11 a Lei 8.429/92 e, ao menos, da culpa, nas hipóteses do artigo 10 da mesma lei. Assim, não é suficiente à condenação do gestor público a constatação de inaptidão ou irregularidades na prestação de contas pelo TCE, mormente quando posteriormente são retificadas as irregularidades pela própria Corte de Contas.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

EMBARGANTE: JOSÉ JOAQUIM DE SOUZA FILHO
EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

Egrégia Câmara:

Trata-se de embargos de declaração opostos por **José Joaquim de Souza Filho**, em face do acórdão que julgou parcialmente procedentes os pedidos postos na inicial da ação de improbidade administrativa, proposta pelo **Ministério Público**, para condenar o requerido, ora embargante, nas penas do art. 12, II e III, da LIA, pela prática dos atos tipificados no art. 10 e art. 11, *caput*, da mesma lei.

O embargante alega nas razões dos declaratórios que o acórdão incorreu em contradição e obscuridade, na medida em que, embora tenha afirmado a desvinculação do entendimento do TCE/MT ao julgamento pelo Judiciário, nos fundamentos do voto condutor limitou-se a reproduzir tão somente a parte do relatório técnico preliminar do TCE/MT, para lhe imputar a prática de atos de improbidade.

Em outro ponto, alega que os vícios de contradição e obscuridade também restaram configurados quando da análise dos elementos que estariam a configurar ato de improbidade por violação à Lei de Licitação, em relação à obra de terraplenagem executada pelo Município de Marcelândia-MT; quanto ao fundamento de manutenção da dosimetria das sanções.

No mesmo contexto, o embargante sustenta vícios na análise contextual do conjunto probante.

Argumenta, ademais, que o acórdão também incorreu em vício de omissão quanto à análise de teses da defesa, que, no seu entender, seriam pontuais, para demonstrar a inexistência da prática de ato ímprobo.

Na sequência, ratifica argumentos postos no apelo e, finaliza alegando a ocorrência da prescrição para a propositura da ação de improbidade e externa sua pretensão de prequestionamento para viabilizar recursos aos Tribunais Superiores.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

Pugna, por fim, que sejam providos os embargos, a fim de sanar os vícios apontados, acolhendo a tese que neles se afirma, com a atribuição de efeito infringente.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 1342-1345-TJ, pugnando pelo desprovemento dos embargos.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça foi pela ratificação das contrarrazões (fl. 1351-TJ).

É o relatório.

P A R E C E R (ORAL)

O EXMO. SR. DR. FLÁVIO CEZAR FACHONE
(PROCURADOR DE JUSTIÇA)

Ratifico o parecer escrito.

V O T O PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO

EXMO. SR. DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Embora o embargante não tenha arguido a prescrição em sede de preliminar, por ser prejudicial de mérito, será analisada nesta condição.

Pois bem.

Não houve arguição do instituto e sobre ele não houve qualquer apreciação no recurso. Todavia, por se tratar de matéria de ordem pública e, portanto, passível de arguição a qualquer momento, não há óbice para análise, de forma que há de ser admitida, mesmo em sede de embargos de declaração.

Com efeito, alega o embargante que, no caso em apreço aplica-se o disposto no inciso I, do art. 23, da LIA, onde prevê que o prazo de 05 (cinco) anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou função de confiança, considerando que são atribuídos a ele fatos parcialmente ocorridos quando ocupava o

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

cargo de Secretário de Estado de Esportes e Lazer de Mato Grosso.

Argumenta que o dispositivo em questão impõe o termo inicial da contagem de prazo prescricional para o caso o término do exercício do cargo que ensejou os fatos. E, no caso, sustenta que não se trata de período ininterrupto, mas sim de períodos intercalados em que ocupou o cargo público em questão.

De fato, consta dos autos que o embargante, embora tenha ocupado por longo período, não ficou ininterruptamente no cargo, posto que entre os anos de 2004 e 2010 foi nomeado e exonerado 03 (três) vezes, sendo elas a saber:

- I) Primeiro período: nomeado Secretário de Estado de Esporte e Lazer em 01/01/2004 e Exonerado em **01/06/2004**;
- II) Segundo período: nomeado Secretário de Estado de Esporte e Lazer em **18/10/2004** e Exonerado em **31/03/2006**;
- III) Terceiro período: nomeado em 01/01/2007 e exonerado em **31/03/2010**.

A ação foi protocolada em 10/12/2012.

O que se verifica, pois, é que, embora não passe despercebido que houveram três nomeações sequenciais, não se pode falar que foram sucessivas, posto que entre elas ocorreram lapsos temporais de 04 (quatro) meses, entre o primeiro e segundo período e, depois, de 09 (nove) meses do segundo para o terceiro período. Logo, houve, na hipótese, a interrupção do vínculo e, portanto, devem ser considerados individualmente, para efeito da contagem da prescrição dos atos tidos como ímprobos e a condenação nas sanções, exceto no que diz respeito ao ressarcimento ao Erário, por já ser pacífica a tese de imprescritibilidade.

Vejamos.

Para o primeiro período, o prazo inicial para a contagem da prescrição deve ser contado a partir do dia 01/06/2004 – quando ocorreu a primeira exoneração e, portanto, a cessação do vínculo; para o segundo período, a data referência

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

para a prescrição deve ser 31/03/2006 (quando se deu a segunda exoneração) e, para o terceiro período, a data de 31/03/2010. Logo, considerando que a ação foi proposta somente em 10/12/2012, e que, segundo o inciso I, do art. 23, da LIA, **“as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança,** forçoso é reconhecer que, para àqueles atos imputados ao embargante no período até 31/03/2006, ocorreu a prescrição para a sanção nos termos da Lei de Improbidade Administrativa.

Neste sentido é a jurisprudência do STJ, que é pacífica nesta orientação, senão, vejamos:

“Com efeito, é de se ter claro que a pretensão da Administração de apurar e punir irregularidades cometidas por seus agentes em conluio ou não com particulares não é absoluta, encontrando limite temporal no princípio da segurança jurídica, de hierarquia constitucional, pela evidente razão de que os Agentes Públicos e administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instável eventualidade do Poder Sancionador do Estado. 11. Por isso, ao referido direito, aplica-se o instituto da prescrição, que, nos dizeres do Mestre ANTÔNIO LUÍS DA CÂMARA LEAL, tem por efeito direto e imediato extinguir ações, em virtude do seu não-exercício durante um certo lapso de tempo. Sua causa eficiente é, pois, a inércia do titular da ação, e seu fator operante o tempo (Da Prescrição e da Decadência. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 8); o objeto da prescrição é a extinção da pretensão da parte, que, no caso em comento, consubstancia-se no poder coercitivo, conferido à Administração pelo ordenamento jurídico, para impor ao particular as penalidades enumeradas pela Lei 8.429/92, a depender da tipificação e comprovação da conduta do recorrente. 12. Portanto, o fluir irreparável do tempo, somado à inércia do titular do direito de ação (neste caso, o Poder Público), extingue o direito de punir aquele que supostamente transgrediu as normas administrativas, praticando a alegada improbidade. 13. Caso contrário, estar-se-ia reconhecendo a titularidade, pela Administração, de um poder absoluto e o império da incerteza, com a consequente insegurança nas relações de direito, a vulnerar a tranquilidade da ordem jurídica.

14. Na seara do Direito Sancionador Administrativo, o art. 23

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

da Lei 8.429/92 instituiu o princípio da absoluta prescritebilidade das sanções administrativas, nos seguintes termos: Art. 23 - As ações destinadas a levar efeito as sanções previstas nesta Lei podem ser propostas: I - até 5 (cinco anos) após o término do exercício de mandato, de cargo de confiança ou função de confiança;

(...) Como visto, estou em que a Lei de Improbidade deve ser interpretada de modo a associar o início do prazo prescricional ao término do vínculo temporário do agente com a Administração Pública, que, no caso, será o fim do segundo mandato eletivo do ex-Prefeito. (...).(STJ - REsp: 1760368 RN 2018/0207629-3, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 13/12/2018) (destaquei)

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OMISSÃO. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO TÉRMINO DO MANDATO.***

1. Não há violação do art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido fundamenta claramente seu posicionamento de modo a prestar a jurisdição que lhe foi postulada.

*2. **O prazo prescricional, na ação de improbidade administrativa ajuizada contra agente público, é de 5 (cinco) anos contados do primeiro dia após o fim do exercício no cargo.** A mesma regra deve ser estendida aos particulares litisconsortes passivos. Precedentes. 3. Recurso especial a que se dá parcial provimento.*

(STJ - REsp: 1374373 MG 2013/0078615-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 03/10/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2017) (destaquei)

A partir dessa premissa, deve ser acolhida parcialmente a alegação de prescrição, posto que o último vínculo do embargante com a Administração (01/01/2007 a 31/03/2010) não foi afetado pela prescrição, posto que a ação foi protocolada em 10/12/2012, logo, dentro do prazo e, assim sendo, os atos tidos como ímprobos a ele imputados neste período, poderiam perfeitamente ser objeto da ação proposta pelo Ministério Público.

Isso posto, acolho em parte a preliminar arguida, para declarar prescritos somente os atos imputados ao embargante nos primeiros dois

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

períodos em que esteve à frente da Secretaria de Esporte e Lazer do Estado.

U N Â N I M E

V O T O

EXMO. SR. DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI (RELATOR)

Egrégia Câmara:

No mérito, importa analisar se o acórdão embargado incorreu nos vícios de contradição, obscuridade e omissão alegados pelo embargante.

Para tanto, embora os embargos não se prestem para rejulgar a causa, se há alegação da possibilidade de reconhecer a atribuição do efeito infringente, vejo como imprescindível uma breve retrospectiva dos fatos e elementos processuais, de forma a contextualizar o julgamento.

Pois bem.

O Embargante interpôs o recurso de apelação em face da decisão de primeiro grau, que julgou procedente a denúncia de improbidade administrativa de autoria do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, e tem em seu escopo, a acusação em síntese, de que, durante o período de 2004 até 2008, instalou-se na Secretaria de Estado de Esporte e Lazer de Mato Grosso, um esquema de desvios de verbas públicas, através de simulações de adiantamentos para servidores, visando desviar recursos públicos do Fundo de Desenvolvimento Desportivo do Estado de Mato Grosso – FUNDED, supostamente presidido pelo denunciado naquele período.

Na apelação, o Embargante arguiu a preliminar de ilegitimidade passiva de determinados períodos em que foi condenado, alegando que não era secretário da pasta, não era presidente do fundo e não tinha qualquer ligação com o órgão e nem ocupava qualquer função pública. E, sobre estas alegações, sustentou que não houve análise no recurso de apelação.

Argumenta que sustentou a improcedência da denúncia, sob a

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

alegação que nos poucos casos de irregularidades ocorridas nos períodos em que presidiu o fundo, as irregularidades apontadas foram tão somente de ordem formal, sem nenhum prejuízo para os cofres públicos, bem como, ausência de dolo.

Em outro ponto, disse que defendeu a improcedência da acusação de improbidade administrativa da parte que versa sobre a dispensa de licitação da obra de terraplenagem em Marcelândia – MT, em razão de que, restou comprovado nos autos e confirmado pela magistrada *a quo*, que a obra realmente foi realizada, e mesmo assim, manteve a condenação tão somente por ter sido contratado sem processo de licitação, sem observar, no entanto, que o valor da obra, é dispensável de licitação, por expressa permissão da Lei 8.666/1993, fato este, que, segundo ele, igualmente, não foi observado pelo Relator e acompanhado pelos demais membros do colegiado.

Nos embargos, fez alegações pontuais sobre os vícios de contradição, obscuridade e omissão, elencando como salutar o fato de que, o voto condutor ressaltou a não vinculação do entendimento do TCE-MT, mas se ateu ao relatório, para sustentar a conclusão pelos atos de improbidade.

A contradição, de fato, se verifica, inclusive porque se o entendimento é de que para o julgamento não há vinculação com o entendimento da Corte de Contas, deveria ter sido feita uma análise conjunta de todo o conteúdo probatório constante dos autos, e, se o entendimento fosse contrário, também haveria que constar as decisões posteriores da Corte de Contas, que revisaram o relatório técnico, o que não foi observado.

Digo isto porque o relatório preliminar, exarado em 2008, após o devido processo legal, contraditório e ampla defesa exercida pelo Embargante, foi reformado, sendo afastada a restituição aos cofres públicos por ausência de danos ao erário, conforme consta do Acórdão 7227/2012 (fls. 1.215 – 1219). Ou seja, forçoso é reconhecer que passou a ser contraditório o entendimento exarado no acordão, na medida em que pautou a condenação no relatório preliminar do TEC-MT, mas não considerou o relatório final.

Também há de ser reconhecido que razão assiste ao embargante

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

quanto ao fato de lhe ter sido atribuído fatos em período que, efetivamente não estava à frente da Secretaria (conforme consta da certidão de vida funcional do Embargante, às fls. 284-287), o que retira o fundamento da responsabilidade da gestão na homologação de despesas.

Verifica-se que, embora reconhecida a prescrição da ação nos primeiros períodos, como dito, esta não ocorre para o ressarcimento do dano. Logo, se faz imprescindível averiguar, em cotejo com as alegações do Embargante, quais as despesas que ensejaram possibilidade de ressarcimento.

Assim, tem-se que, **no primeiro período**, o Embargante foi nomeado Secretário de Estado de Esportes e Lazer em 01/01/2004 e Exonerado em 01/06/2004. Nesse período, foi alegada a concessão de R\$ 14.500,00 (quatorze mil e quinhentos reais) de adiantamento de viagens autorizadas, Ocorre, entretanto, que nenhum destes processos de adiantamentos constam dos autos, bem como, não constam no relatório técnico preliminar do TCE/MT, o que leva à conclusão de que não apresentaram nenhuma irregularidade, ainda que de ordem formal.

No segundo período, O Embargante foi nomeado Secretário de Estado de Esportes e Lazer em 18/10/2004 e Exonerado em 31/03/2006. Consta que, neste período, foram concedidos R\$ 54.600,00, entre 18/10/2004 até 31/12/2004; R\$ 45.000,00 entre 01/01/2005 até 31/12/2005 e nenhum adiantamento entre 01/01/2006 até 31/03/2006, totalizando R\$ 99.600,00 (noventa e nove mil e seiscentos reais) de adiantamentos de viagens. Entretanto, do total de adiantamento concedidos no período, foram objeto de apontamento de irregularidades constantes do relatório técnico preliminar do TCE/MT, o valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais) do ano de 18/10/2004 até R\$ 31/12/2004. Destes, conforme consta do relatório técnico preliminar do TCE/MT (fls. 115, 122-127 e 131, respectivamente), não foi constatada adulteração/fraude em NFs, mas somente erros de natureza formal.

Quanto aos adiantamentos concedidos no ano de 2005, (R\$ 45.000,00), todos eles constam no relatório técnico preliminar do TCE/MT, entretanto, dentre 33 (trinta e três) processos de adiantamentos à servidores, foram apontados

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

supostas adulterações nos valores de NFs., apenas em 06 (seis), que totalizam o valor de R\$ 5.585,00 (cinco mil quinhentos e oitenta e cinco reais).

No ano de 2006, durante o período em que o Embargante esteve no cargo, não foram concedidos nenhum adiantamento.

No terceiro período, o Embargante foi nomeado em 01/01/2007 e foi exonerado em 31/03/2010. Deste período, foram realizados um total de 19 processos de adiantamentos de viagens a servidores, perfazendo um valor total de R\$ 68.500,00 (sessenta e oito mil e quinhentos reais), sendo que, destes, foram analisados conforme relatório técnico preliminar do TCE/MT, o total de R\$ 44.000,00 (quarenta e quatro mil reais), conforme consta às fls. 188-193, **não sendo apontado, nenhum caso de adulteração de NFs., mas apenas erros de ordem formal.**

Com efeito, a despeito de, aparentemente, estar havendo reavaliação das provas, em sede de embargos declaratórios, fato é que é imprescindível a demonstração destes pontos documentados, porquanto a alegação de contradição e omissão do Embargante tem direta relação com estes apontamentos.

A título de exemplo dos equívocos perpetrados no voto condutor do acórdão, que se evidencia de forma clara é o fato de que, conforme consta do relatório SIPLAN, juntado pelo Ministério Público às fls. 453, durante o ano de 2007, foram concedidos somente R\$ 68.500,00 de adiantamentos de viagens para servidores. Entretanto, constou no relatório técnico preliminar, equivocadamente, o valor de R\$ 136.600,00 (cento e trinta e seis mil e seiscentos reais), o que também não foi analisado.

Esse erro do relatório foi, no entanto, corrigido no âmbito do regular processamento administrativo perante a Corte de Contas, mas, em razão da motivação da condenação, não foi observado pelo Ministério Público e foi reproduzido no julgamento.

Fato é que, se mantido o equívoco, haveria condenação de ressarcimento de recursos que sequer foram contabilizados.

Indo além dos limites dos relatórios do TEC-MT, verifica-se, ainda, obscuridade no voto, no ponto que reconheceu a existência do elemento subjetivo

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

dolo, pautado no fato de que o agente (Embargante) é conhecedor da lei, ressaltando que: “[...] Acrescento que não poderia ser diferente, já que revela-se presente o elemento subjetivo, isto é, o dolo do agente, que na qualidade de Secretário de Estado é conhecedor de leis. (destaquei).

Ora, o fato de o agente ser conhecedor da lei e agir de forma contrária, não induz, necessariamente, atos de improbidade administrativa. A conclusão da ilegalidade é diversa da improbidade.

Na sequência, impõe-se também reconhecer a contradição no fato de que, ao mesmo tempo em que se admite no julgado que as irregularidades foram falhas na gestão, admite-se a condenação por atos de improbidade. Vejamos: “[...] verifica-se de toda auditoria que foram diversas as irregularidades decorrentes dos maus atos de gestão do apelante, quando à frente do Fundo de Desenvolvimento Desportivo do Estado de Mato Grosso/FUNDED. [...] (destaquei).

Sobre esta situação, a jurisprudência é uníssona no entendimento de que não há que se confundir a má-gestão ou irregularidades contábeis com atos de improbidade.

Em outras palavras, o que se tem é que, inobstante se reconheça a existência de irregularidade, não há como atribuir ao gestor a prática de atos de improbidade administrativa tão somente pela constatação da má prestação de contas, que, diga-se, ainda não prevaleceu, pois que revisto ao final. É neste sentido, aliás, a jurisprudência, senão, vejamos:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – IMPROCEDÊNCIA POR AUSÊNCIA DE PROVAS DOS ATOS DE IMPROBIDADE IMPUTADOS A PREFEITO MUNICIPAL – CONVÊNIO PARA MANUTENÇÃO DE CRECHES MUNICIPAIS – DESVIO DA VERBA PÚBLICA REPASSADA POR TAL AJUSTE CONSTATADA EM AUDITORIA REALIZADA PELO MÉTODO DE AMOSTRAGEM PELO TRIBUNAL DE CONTAS – DOCUMENTO QUE NÃO PODE, ISOLADAMENTE, SUBSIDIAR A CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DOLO OU CULPA

**SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI**

**DO GESTOR NÃO DEMONSTRADOS PELO PARQUET –
OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO – AUSÊNCIA DE
COMPROVAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE MERA
PRESUNÇÃO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO
CARACTERIZADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO
DESPROVIDO.**

1. Conquanto seja válido o uso de amostragem estatística nas auditorias realizadas pelo Tribunal de Contas, é certo que este método, só por si, não pode subsidiar a condenação do agente público pela prática de ato de improbidade, pois as penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 são muito severas, somente tendo aplicação quando comprovada, a toda evidência, a conduta ímproba do Administrador Público.

2. Ademais, para a configuração da improbidade administrativa é necessário que o agente público tenha agido com má-fé, propósitos maldosos ou desonestidade na condução dos negócios públicos, não bastando para tanto a prática de ilegalidade ou erro, se estes não vêm acompanhados daqueles predicados negativos.

3. Ausente comprovação segura no caderno processual de que o suposto desvio de verba de convênio celebrado pelo ente municipal tenha sido efetuado por má-fé ou em proveito próprio do Prefeito à época dos fatos, não há falar-se na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, cuja incidência requer a demonstração inequívoca de conduta dolosa ou ao menos culposa do Administrador em detrimento do Poder Público.

4. De igual modo, tendo sido imputado ao então Prefeito a prática de ato de improbidade que causa lesão ao erário municipal (art. 10, XI, da Lei n. 8.429/92), era imperiosa a demonstração de efetivo prejuízo àquele ente, prejuízo esse que, consoante jurisprudência pátria, não pode ser presumido ou hipotético. (N.U 0060089-89.2012.8.11.0000, , MARIA APARECIDA RIBEIRO, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 14/05/2013, Publicado no DJE 22/05/2013) (destaquei)

APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Ministério

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

Público que, após irregularidades apuradas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no bojo de contrato firmado pelo Serviço de Água e Esgoto de Porto Ferreira (SAEF) com o Consórcio SCS/Actaris "visando maximizar as medições dos volumes de água fornecido pelo CONTRATANTE aos consumidores, com fornecimento e montagem de equipamentos, peças, acessórios e serviços necessários", objetivou a condenação pela prática de atos de improbidade administrativa do referido Consórcio e dos superintendentes responsáveis pela contratação – Não comprovação do elemento subjetivo com que teriam atuado os apelados - Irregularidades que caracterizam má gestão do dinheiro público e falta de técnica, mas não desonestidade ou má-fé dos corréus, elemento subjetivo que qualifica a ilegalidade administrativa como improbidade (que, em casos deste jaez, se infere da pretensa falta de prestação dos serviços contratados ou de eventual conluio fraudulento no certame licitatório ou na relação contratual) – Sentença que julgou os pedidos improcedentes que merece subsistir – Apelação e remessa necessária não providas. (TJ-SP - APL: 10029418620168260472 SP 1002941-86.2016.8.26.0472, Relator: Marcos Pimentel Tamassia, Data de Julgamento: 28/01/2020, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/01/2020) (destaquei)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade administrativa – Município de Pitangueiras – Irregularidades apuradas pelo Tribunal de Contas do Estado – Prefeito Municipal – Dolo ou culpa – Prova – Ausência – Condenação – Impossibilidade: - Não há ato de improbidade administrativa quando ausente prova do dolo para os tipos previstos no artigo 11 a Lei 8.429/92 e, ao menos, da culpa, nas hipóteses do artigo 10 da mesma lei. (TJ-SP 00082488720108260459 SP 0008248-87.2010.8.26.0459, Relator: Teresa Ramos Marques, Data de Julgamento: 05/02/2018, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 28/02/2018)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE FUNDAMENTADA EM RELATÓRIO DO TCE DE CONTAS JULGADAS IRREGULARES – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFES DIANTE DO

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

*JULGAMENTO ANTECIPADO – REJEITADA – PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS NA MODALIDADE CARTA CONVITE – FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO EM DESACORDO COM AS FORMALIDADES DA LEI 8.666/93 – IRREGULARIDADES – **INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE PREJUÍZO AO ERÁRIO, SUPERFATURAMENTO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO – NÃO CONSTATAÇÃO DE MA-FÉ OU DOLO – CONDENAÇÃO PELO ART. 11 DA LIA – NECESSIDADE DA PRESENÇA DE DOLO** - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA.*

O julgamento antecipado da lide não caracteriza automaticamente o cerceamento de defesa, mormente quando as partes juntaram farta prova documental, não houve requerimento de produção de outras provas na contestação, bem como os fatos alegados dependem exclusivamente da prova documental.

***A ação tem por base unicamente acórdão, parecer técnico e julgamento das contas anuais de 2008 pelo Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, no qual consta que não se vislumbrou prejuízo ou dano ao erário, ao patrimônio público, não se constatou o fracionamento intencional de licitações. Ausente a demonstração da presença de dolo não pode persistir a condenação por ato de improbidade do art. 11 da LIA, eis que a irregularidade somente constitui conduta ímproba do art. 11 da Lei 8.429/92 quando presente o dolo, a má-fé do gestor.** (Ap 147267/2015, DRA. VANDYMARA G. R. P. ZANOLO, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Julgado em 21/11/2016, Publicado no DJE 30/11/2016) (destaquei)*

No mesmo sentido é o entendimento exarado pelo Superior

Tribunal de Justiça, em casos tais, confira-se:

*“ (...) 2. **A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade.** A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10. (...) (AgRg no*

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92). **ELEMENTO SUBJETIVO (CONDUTA DOLOSA) NÃO AFIRMADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REQUISITO INDISPENSÁVEL. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

(...)

4. *Por outro lado, **a configuração da conduta improba violadora dos princípios da administração pública (art. 11 da LIA), não exige a demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, não prescindindo, em contrapartida, da demonstração de dolo, ainda que genérico.** Nesse sentido, os seguintes precedentes: AgRg no AREsp 432.418/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 24.3.2014; Resp 1.286.466, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 3.9.2013. (...)*

6. *Assim, **embora tenha afirmado a ilegalidade na conduta da parte recorrente, não reconheceu a presença de conduta dolosa indispensável à configuração de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, mas tão somente a modalidade culposa, o que afasta o ato ímprobo.** 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1459417/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015)*

*“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONVÊNIO CELEBRADO COM O GOVERNO FEDERAL – CONSTRUÇÃO DE CRECHE – VERBA FEDERAL INCORPORADA AO PATRIMÔNIO DE MUNICÍPIO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – SÚMULA 209 DO STJ – ALEGADA OMISSÃO OU RETARDO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS – **INEXISTÊNCIA** –*

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

APROVAÇÃO DAS CONTAS EM SEDE DE JULGAMENTO
DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL PELO TCU – ATO
DE IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADO –
IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – SENTENÇA
RATIFICADA.

*A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem assentado o entendimento de que a ação contra prefeito acusado de malversação de verbas federais transferidas aos municípios deve tramitar perante a Justiça Estadual, no caso de incorporação do repasse ao patrimônio da municipalidade, nos termos da Súmula nº. 209 do Superior Tribunal de Justiça [“Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal”]. **Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, “para a configuração do ato de improbidade previsto no art. 11, inc. VI, da Lei n. 8.429/92, não basta o mero atraso na prestação de contas, sendo necessário demonstrar a má-fé ou o dolo genérico na prática de ato tipificado no aludido preceito normativo”** [AgInt no AREsp 953.949/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018] (destaquei)*

A este respeito, interessante notar que a jurisprudência do STJ vem defendendo que **“o dolo exigido para configuração de ato de improbidade administrativa não se presume”** (Nesse sentido, por exemplo, os seguintes julgados: STJ, AgRg no AREsp n. 184.923/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 02/05/2013; STJ, REsp n. 1.365.529/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, j. 05/03/2013; STJ, REsp n. 939.118/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 15/02/2011), **dado o caráter punitivo da lei e a gravidade das sanções nela previstas.**

Verifica-se, pois, que toda a orientação pacificada na jurisprudência é no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, ao menos o dolo genérico” (AgInt no REsp n. 876.248/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe: 29/09/2016). Assim, uma vez que a ação foi calcada somente nas irregularidades das

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

contas, mas o dolo, ainda que na modalidade do dolo genérico, não foi evidenciado na conduta do gestor, de fato, torna-se contraditória a condenação por atos de improbidade administrativa.

Ademais, em que pese a não vinculação de entendimento do TCE-MT, a questão do ressarcimento, uma vez que não prescreve, deve estar atrelada à demonstração contábil e enriquecimento ilícito do agente. E, também neste aspecto, ficou claro do acórdão do TCE-MT sobre a aprovação das contas que:

*“[...] A par dessas explanações e, partindo da consolidação de alguns fatos, quais sejam, **este Plenário, por maioria, decidiu julgar as contas regulares (...) a condenação de restituição que foi imposta deve ser excluída.***

*Com base nos princípios basilares do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica, esse tipo de sanção deve prevalecer somente quando houver provas concretas da autoria do dano e, como visto, este fato declaradamente não corresponde ao caso concreto, tanto é que **houve determinação de procedimento específico para a devida apuração das responsabilidades, o que só conforma a essencialidade de excluir determinação de restituição, sob pena de prevalecerem decisões contraditórias.***

***Há fortes suspeitas de terceiros (empresas, funcionários, presidentes de clube e associações) serem os responsáveis pelos danos causados.** [...] (destaquei)*

Este entendimento foi assim ementado pela Corte de Contas do

Estado:

*“ACORDAM os Senhores Conselheiros do Tribunal de Contas, nos termos do artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **por unanimidade, acompanhando o voto do Relator e sugestão do Conselheiro Waldir Júlio Teis, no sentido de excluir os encaminhamentos de cópias ao Ministério Público Estadual e à Delegacia Especializada de Crimes Fazendários e de acordo, em parte, com o Parecer nº 3.268/2012 do Ministério Público de Contas, em dar PROVIMENTO PARCIAL, ao Recurso Ordinário de fls. 998 a 1128-TC, interposto pelo Sr. José Joaquim de Souza Filho, ex-gestor do Fundo de Desenvolvimento Desportivo do Estado de Mato Grosso - FUNDED, em face da decisão proferida por meio do***

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

*Acórdão nº 3.174/2009, referente as contas anuais de gestão do exercício de 2008 do citado Fundo, **no sentido de excluir a determinação de ressarcimento do valor de R\$ 353.852,90 (adiantamentos irregulares), equivalente a 11.061,36 UPFs/MT; e, ainda, alterar parcialmente a irregularidade do item 2, em razão da exclusão dos seguintes valores: a) R\$ 1.060,00 (irregularidade 5 – contas anuais); b) R\$ 2.138,00 (irregularidade 6 contas anuais); e, c) R\$ 220,00 (irregularidade 12 contas anuais); e, por fim, revogar a suspensão de repasses financeiros e celebrações de novos convênios, com todos os clubes e associações mencionados e envolvidos na referida denúncia, até nova deliberação deste Tribunal, determinação do item 4; mantendo-se inalterados os demais termos da decisão recorrida, conforme consta das razões do voto do Conselheiro Relator. O responsável por estas contas e os integrantes da sindicância administrativa deverá ficar ciente no sentido de que a imprescindibilidade, caso ainda não tenha sido feito, de concluir urgentemente esse procedimento no prazo estipulado que, com base nas regras processuais, começa a contar a partir da publicação desta decisão**”.(destaque).*

Sendo assim, ainda que haja a incontestável independência de jurisdição; que a decisão dos Tribunais de Conta não vinculem ou inibam a judicialização dos atos tidos como ímprobos, elas servem de baliza e requerem a coerência jurídica, a razoabilidade e a prudência que deve estar afeta ao julgador, sobretudo quando o tema é ressarcimento do dano imputado ao agente.

Isso porque, os Tribunais de Contas, guardiões das contas públicas, têm inarredável papel no combate à corrupção e à má aplicação dos recursos do povo. É, neste contexto que lhes compete, em apoio à Justiça, investigar, apurar e declarar se irregular ou não as contas públicas, cuja conclusão serve para aferir o suposto dano patrimonial ao Erário.

Na hipótese, como visto do acórdão do Tribunal de Contas, em relação às contas afetas ao embargante, foi excluída a determinação de ressarcimento. Assim, seria desarrazoado que se mantivesse esta condenação perante o Judiciário, ressalvada situação futura, que possa concluir de forma diferente sobre um ou outro

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

valor que possa estar sendo apurado, ainda.

Certo é que, sanando os vícios apontados, que direcionam à conclusão da não comprovação de dolo; da retificação do relatório preliminar do Tribunal de Contas, que decidiu pela exclusão da determinação da restituição dos valores, a priori tidos como irregulares, e, ainda, pelo reconhecimento de parcial prescrição dos ato imputados ao agente, ora embargante, impõe sejam ACOLHIDOS e PROVIDOS os embargos, para, atribuindo-lhes efeito infringente, dar como improcedentes os pedidos postos na ação de improbidade.

É como voto.

**SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
REC. EMB. DECLARAÇÃO Nº 59863/2019 (OPOSTO NOS AUTOS DO(A)
APELAÇÃO 38368/2017 - CLASSE: CNJ-198) COMARCA CAPITAL
RELATOR: DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI**

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI (Relator), DR. MARCIO APARECIDO GUEDES (1º Vogal convocado) e DESA. MARIA APARECIDA RIBEIRO (2ª Vogal), proferiu a seguinte decisão: **À UNANIMIDADE, ACOLHEU OS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Cuiabá, 16 de setembro de 2020.

DOUTOR GILBERTO LOPES BUSSIKI - RELATOR