



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2024.0000463198

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002908-80.2018.8.26.0584, da Comarca de São Pedro, em que são apelantes ----, ----, ----, ----, ----, ---- e ----, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após as sustentações orais dos(as) Drs(as). Pedro Victor Porto Ferreira e Adilson Donizeti Mira, deram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MARIA LAURA TAVARES (Presidente), HELOÍSA MIMESSI E FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 27 de maio de 2024

MARIA LAURA TAVARES

RELATORA

Assinatura Eletrônica

VOTO N ° 33.920

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1002908-80.2018.8.26.0584

COMARCA: SÃO PEDRO

APELANTES: ----

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Juiz(a) de 1ª Instância: Luis Carlos Martins

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES – Inocorrência de inépcia da inicial – Legitimidade passiva dos requeridos para figurarem no polo passivo Ausência de nulidades na r. sentença - Alterações dadas pela Lei nº 14.230/2021 à Lei nº 8.429/1992 – Tema 1.199, do STF - Tese: “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



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

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.” – MÉRITO – Pretensão do reconhecimento de nulidade de contratações para a publicação de atos oficiais do Município de Santa Maria da Serra, em virtude de fraude nas licitações Ministério Público que alega prévio ajuste de preço, com ausência de definição de quantitativos (cm² das publicações) e formulação de requerimentos genéricos dos serviços, com aditamentos não justificados e sobrepreço que ocasionaram lesão ao erário público – Contratação por valor fixo que é prática da Municipalidade há anos, sendo que os valores impugnados não destoam do histórico de contratações - Atos de improbidade administrativa descritos no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 que resultam em lesão ao Erário Público – Lesão aos cofres públicos que representa eixo da improbidade administrativa e sua inexistência resulta em ausência de tipo - Lei nº 14.230/2021 que conferiu tratamento mais rigoroso ao estabelecer o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa – Lesão ao erário e dolo dos réus não identificados nos autos Inabilidade do agente público não é suficiente à configuração do ato ímprobo – Sentença reformada –

VOTO Nº 2/22

Recursos dos réus providos.

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra ----, na qual o “Parquet” narra que o réu ---- exerceu o cargo de Prefeito do Município de Santa Maria da Serra, em dois mandatos consecutivos, de 2009 a 2016, tendo ocorrido fraude na contratação de jornais para a publicação de atos de publicidade oficial. O autor ministerial assevera que houve licitação fraudulenta, mediante o prévio ajuste de preço, com ausência de definição de quantitativos (cm² das publicações) e com formulação de requerimentos genéricos dos serviços, além do injustificável reajuste dos valores contratados e da apresentação de parecer genérico para justificar os aditamentos.

Consta da inicial que, no procedimento licitatório realizado em 2009, as empresas ---- e ---- foram contratadas, respectivamente, para publicação de atos oficiais e para a publicação de publicidade institucional, e obtiveram seus contratos prorrogados até 2014 (Carta Convite nº 19/2009 – fls. 512/878), quando realizada nova licitação. Na oportunidade do novo certame, foi contratada apenas a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

empresa ----, para ambos os objetos, sendo que o representante legal e sócio administrador da empresa é o mesmo da empresa ----, qual seja, ----.

O Ministério Público sustenta que a participação dos requeridos ----, ----, ---- e ---- no esquema fraudulento de licitação foi essencial para o êxito da empreitada.

Alega que o réu ----, à época chefe de divisão de compras e contratação de serviços, e o então assessor jurídico, ----,

VOTO Nº 3/22

subscreveram manifestações padronizadas nos procedimentos de aditamento do valor da contratação, endossando a possibilidade do aumento do preço sem qualquer justificativa. Em relação aos requeridos ---- e ----, o "Parquet" justifica que ambos integraram a comissão de licitações na qualidade de presidentes, endossando as referidas contratações.

Adicionalmente, o Ministério Público afirma que a fraude foi praticada para permitir a contratação dos serviços com sobrepreço, pois sob o comando da nova administração que assumiu no ano de 2017 renovaram-se, mediante aditamento, os mesmos contratos, com redução do preço total pelos dois serviços para o valor de R\$ 30.000,00, o que representa uma redução de 62% (sessenta e dois por cento). Aduz que os atos de improbidade representariam um prejuízo total de R\$ 260.236,80 ao erário público.

A r. sentença de fls. 2.806/2.819, cujo relatório é adotado, julgou parcialmente procedente a ação para:

"A) DECLARAR a nulidade dos contratos firmados entre o MUNICÍPIO DE SANTA MARIA DA SERRA e as empresas ----, ---- e ----, bem assim os respectivos aditamentos, relacionados na petição inicial, em ofensa aos princípios da legalidade, da moralidade e da competitividade no procedimento licitatório;

B) CONDENAR os requeridos ----, de forma solidária, a ressarcirem integralmente os danos aos cofres públicos, no valor de R\$ 524.537,50, acrescido de correção monetária pela Tabela Prática do TJSP e juros de mora de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

1% ao mês a partir do efetivo desembolso pelo Município, devendo a apuração ser realizada no cumprimento de sentença; observando-se, porém, conforme constou na fundamentação supra, que a responsabilidade solidária dos requeridos ---- é limitada aos contratos/comissão de licitação que participaram, o que será apurado em cumprimento de sentença quanto à reparação dos danos ao erário;

VOTO Nº 4/22

C) CONDENAR os ---- por infração ao artigo 10, incisos V, VIII, IX e XII da Lei n. 8.429/92, nas seguintes sanções previstas no artigo 12, II, do mesmo diploma:

a) pagamento de multa civil equivalente ao valor do prejuízo causado ao erário, corrigido desde então, observando-se, porém, que com relação aos requeridos --- - é limitada aos contratos/comissão de licitação que participaram, o que será apurado em cumprimento de sentença quanto à reparação dos danos ao erário;

b) suspensão dos direitos políticos por 5 anos (apenas dos requeridos pessoas físicas);

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 seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

Outrossim, DECRETO a perda da função pública em relação aos requeridos que porventura ainda ocupem cargos na Administração Municipal.” (fl. 2.819)

Os réus ---- interpuseram o recurso de apelação de fls. 2.876/2.885 em que alegam, preliminarmente, nulidades da r. sentença. Afirmam a ilegitimidade passiva da ré ----, pois não participou dos eventos apontados como irregulares na inicial, vinculados à licitação de 2009, vindo a contratar com a municipalidade de Santa Maria da Serra apenas em 06/10/2014, em processo licitatório distinto. Ademais, alegam a ilegitimidade passiva de todos os requeridos pela ausência de litisconsortes passivos necessários. No mérito, asseveram a inépcia da inicial no tocante à falta de justificativa de sobrepreço. Discorrem a respeito de erros no cálculo do preço. Afirmam a ausência de dolo ou culpa. Requerida a concessão da gratuidade judiciária à ré ----.

O réu ----- apresentou o recurso de apelação de fls. 2.931/2.976 para alegar, preliminarmente, a nulidade da r. sentença por parcialidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do juízo pela manutenção de adversário político do réu ----- como testemunha, pela abertura de prazo para novas alegações finais somente ao

VOTO Nº 5/22

Ministério Público e negativa de pedido do "Parquet" para a celebração de acordo de não persecução cível (ANPC). No mérito, aponta a inexistência de prova de ato irregular e/ou ilegal, e que na condição de parecerista, não há como lhe imputar o desvirtuamento de fatos, notadamente porque segundo o que constava nos autos do procedimento administrativo, o prazo contratual ainda não havia expirado de fato; o saldo contratual já havia sido integralmente utilizado e a ainda havia necessidade das publicações. Afirma a inexistência de prova de dolo e de dano ao erário. Destaca a falta de individualização da pena e de exame da relevância do ato do recorrente para a prática da improbidade e a necessidade de revisão nas sanções aplicadas ao Recorrente é o erro na tipificação do ato de improbidade.

Os réus -----

interpuseram, respectivamente, os recursos de apelação de fls. 2.979/3.007, 3.008/3.036 e 3.037/3.067, em que afirmam, preliminarmente, a parcialidade do juízo, que concedeu reabertura de prazo somente ao Ministério Público para complementação das alegações finais, em razão das alterações da Lei de Improbidade Administrativa dadas pela Lei nº 14.230/2021, pretendendo, assim, anular a r. sentença. Alegam, também, a imparcialidade do juízo em razão de não ter oportunizado a possibilidade de ANPC. No mérito, os réus ----- asseveram que somente participaram do julgamento dos envelopes da Carta Convite nº 19/2009, não agindo de modo doloso, e que os valores contemplados na contratação estavam em consonância com os preços praticados nos anos anteriores. Destacam que os serviços foram efetivamente prestados e que não houve a individualização das condutas dos requeridos. Por sua vez, o réu -----, no mérito, relata que não agiu com dolo, inexistindo sobrepreço no caso, e que a falha formal por parte dos condutores do processo licitatório, não pode, de "per si" transformar-se em ato de má-fé ou conduta dolosa. Reitera que os serviços foram prestados e que não houve individualização da conduta atribuída ao ex-Prefeito. O réu ----- afirma que não há qualquer prova nos autos de que o Convite nº 23/2014 possui vício em sua realização, tampouco em seus preços, tendo sido julgado nulo com base apenas nos argumentos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

formulados pelo Ministério Público. No caso de manutenção da r. sentença, os réus -
---- requerem a

VOTO Nº 6/22

readequação das sanções impostas. Prequestionam dispositivos.

O réu ----- interpôs o recurso de apelação de fls. 3.068/3.096 em que alega, preliminarmente, a nulidade da r. sentença em virtude da ausência de chamamento ao processo dos responsáveis pela elaboração do edital, pesquisas de preços e condução do processo de convite e o julgamento das propostas. Afirma a parcialidade do juízo ante a reabertura do prazo de alegações finais somente para o Ministério Público e em razão da ausência de determinação de manifestação quanto à possibilidade de celebração de ANPC. No mérito, narra que assumiu o cargo de Chefe da Divisão de Compras e Contratações de Serviços em 20 de setembro de 2010, sendo que o processo licitatório foi deflagrado em 06/04/2009. Assim, não teve participação na elaboração, não confeccionou edital, tampouco cotações e pesquisas de preços, nem acompanhou a abertura dos envelopes, sequer do primeiro aditivo. Alega que não restou demonstrado o sobrepreço e nem a individualização da conduta atribuída ao requerido, além de que os serviços foram efetivamente prestados. Também argumenta que não há prova nos autos de que o Convite nº 23/2014 possui qualquer vício em sua realização, tendo sido julgado nulo com base somente nos argumentos trazidos pelo *Parquet*. No caso de manutenção da decisão, pretende a sua reforma para conferir proporcionalidade às sanções impostas.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pela manutenção da r. sentença (fls. 3.160/3.194).

Proferido despacho para regularização processual (fls. 3.278/3.279), de modo que o Município de Santa Maria da Serra apresentou as contrarrazões de fls. 3.296/3.314.

Os recursos preencheram os requisitos de tempestividade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

e regularidade, foram instruídos com as contrarrazões (fls. 2.890/2.929 e 3.097/3.139) e são ora recebidos em seus regulares efeitos.

Os apelantes se opuseram ao julgamento virtual (fls.

VOTO Nº 7/22

3.151, 3.154 e 3.157).

É o relatório.

i. Preliminares

a) Gratuidade de justiça e adiantamento de preparo

De início, defiro o pedido de gratuidade de justiça requerido pela ré -----, acolhendo o argumento de hipossuficiência com fundamento no documento de fl. 1.961.

Ademais, defiro os pleitos formulados no sentido de pagamento de custas, preparo e demais despesas ao final da ação, nos termos do artigo 23-B, da Lei de Improbidade Administrativa, estando preenchidos os requisitos de tempestividade e de regularidade dos recursos.

b) Inépcia da inicial e ilegitimidade passiva

Os apelantes ----- alegam a ilegitimidade passiva do réu ---, pois não há irregularidade na contratação realizada em 2014. Também afirmam a ilegitimidade passiva de todos os requeridos em virtude da negativa de chamamento ao processo de demais participantes do processo administrativo da Carta Convite nº 19/2009.

Os pedidos devem ser rejeitados.

Não há que se considerar a ilegitimidade passiva do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

requerido -----, porquanto celebrou contrato com a Administração local, cuja legalidade e regularidade são ora questionadas pelo Ministério Público.

VOTO Nº 8/22

No mais, o argumento de ilegitimidade passiva de todos os requeridos por conta de suposto litisconsórcio passivo necessário não prospera, tendo sido bem decidido pelo d. juízo "a quo", na decisão de fls. 1.822/1.828:

De início, rejeito a preliminar de existência de litisconsórcio passivo necessário entre todos os participantes do processo de licitação, uma vez que na presente demanda objetiva-se a apuração de condutas consideradas ímprobas, conforme tipificação dos artigos 9º a 11, todos da Lei nº 8.429/92, logo, somente deve fazer parte do polo passivo aquelas pessoas físicas ou jurídicas que concorreram com culpa (lato sensu) para a consecução das condutas supostamente ímprobas. Assim, não tendo o Ministério Público vislumbrado qualquer indício de conduta culposa ou dolosa por parte dos demais envolvidos no processo de licitação, não há que se falar em sua inclusão no polo passivo da ação (CPC, art. 114 e 116). (fl. 1.826)

Neste sentido, inclusive, a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS E HOSPEDAGEM. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ENTENDEU PELA AUSÊNCIA DE LIAME EXISTENTE ENTRE OS ATOS DOS AGENTES DAS AGÊNCIAS DE TURISMO E A CONDUTA ÍMPROBA PRATICADA PELO REQUERIDO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO EM AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA DISPENSA DE LICITAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. CULPA GRAVE. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E O DESPROVER.

(...)

IV - Aliás, o entendimento jurisprudencial dominante nesta Corte é no sentido de que, em ação civil de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

improbidade administrativa, não se exige a formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados ou participantes, por falta de previsão legal e de relação jurídica entre as partes que se obrigue a decidir de modo uniforme a demanda. Precedentes: REsp n. 1.782.128/RJ, Rel.

VOTO Nº 9/22

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 11/6/2019, DJe 1º/7/2019; REsp n. 1.696.737/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/11/2017, DJe 19/12/2017; e AgRg no REsp n. 1.421.144/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 10/6/2015.

V - Também importa revolvimento fático-probatório a análise das justificativas apresentadas pelo recorrente para a dispensa de licitação, em vista da suposta configuração da hipótese do art. 24, V, da Lei n. 8.666/1993, na medida em que o Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos e das provas, concluiu que houve indevido fracionamento dos valores contratados.

VI - No que tange ao art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, verifico que o acórdão recorrido considerou como requisito para a configuração da improbidade administrativa descrita no referido dispositivo legal a presença da culpa grave, em sintonia com a jurisprudência desta Corte.

VII - Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e o desprover.

(AREsp n. 1.579.273/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 10/3/2020, DJe 17/3/2020.)

Do mesmo modo, acolhe-se o entendimento proferido pelo d. Magistrado no tocante à alegação de inépcia da inicial formulada pelos requeridos:

Não prospera, também, a alegação de inépcia da petição inicial, pois o pedido é certo e está escorado em início de prova documental, permitindo-se aos requeridos a apresentação de defesa preliminar, sendo que dos fatos decorre de forma lógica do pedido. Ademais, o Ministério Público sustenta que os atos praticados pelos requeridos teriam causado lesão ao patrimônio público e violação dos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

princípios da Administração Pública. Os requeridos igualmente alegam a inépcia da inicial. (fl. 1.826)

c) Nulidade absoluta por falta de intimação

Em preliminar de contrarrazões, o Município de Santa Maria da Serra pretende a nulidade absoluta dos autos a partir da decisão de fls. 2.275, pois o Município não foi intimado na pessoa de seu procurador à época.

VOTO Nº 10/22

A Municipalidade discorre ter sofrido prejuízo processual, elencando os atos dos quais não participou.

A respeito do tema, a Lei de Improbidade Administrativa em sua redação anterior conferia a possibilidade de o ente interessado integrar a lide como litisconsorte facultativo e a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça orienta que a ausência de citação do Município não acarreta a nulidade do processo (AgInt no AREsp n. 1.592.282/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 19/3/2021).

No caso, o Município não indica o concreto prejuízo, de modo que o *“fato de a pessoa jurídica não ter participado do processo como litisconsorte deve ser entendido à luz do espírito da Lei de Improbidade e do interesse público protegido. Não há nulidade porque inexistente prejuízo para o ente público quando ato de improbidade praticado em seu detrimento vem a ser punido sem a sua participação. Prejuízo, aliás, haveria na hipótese contrária, ou seja, se condenação por improbidade fosse anulada por a pessoa jurídica lesada não ter participado do processo”* (REsp n. 1.283.253/SE, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 9/8/2016, DJe de 10/10/2016).

Assim, não é o caso decretação da nulidade absoluta dos autos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

d) Nulidades da r. sentença

Todos os recursos afirmam a nulidade da r. sentença sob o argumento de parcialidade do juízo sentenciante.

Não se verifica dos autos parcialidade do Magistrado capaz de ensejar a declaração de nulidade da decisão.

Conforme a orientação do C. Superior Tribunal de Justiça

VOTO Nº 11/22

"no que tange à contradita de testemunha, 'não se pode olvidar que o 'princípio do livre convencimento motivado', confere ao magistrado a liberdade para formar seu convencimento, valorando as provas dos autos, bem como a possibilidade de indeferir a contradita de testemunhas, sem que isso implique vício processual ou cerceamento de defesa'" (AgRg no AREsp n. 464.049/MG, de minha relatoria, Quinta Turma, DJe de 10/8/2016).

Com relação à reabertura de prazo de alegações finais somente para o Ministério Público no tocante às alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/2021, os réus não demonstraram que as "novas" alegações trouxeram prejuízo real à demanda, sendo que os requeridos tiveram anteriormente a oportunidade de apresentar alegações finais, invocando-se o brocardo "pas de nullité sans grief", acolhido pelo E. Superior Tribunal de Justiça (AgInt nos EDcl no REsp n. 1.683.053/AM, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 1/12/2021).

Por fim, quanto à falta de possibilidade de celebração de acordo de não persecução cível (ANPC), é certo que o instrumento consensual é uma faculdade do Ministério Público e não um direito subjetivo do réu (RtPaut nos EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp n. 1.341.323, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 26/08/2020).

Em casos como o dos autos, o ANPC deve ser celebrado



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

entre o Ministério Público e o demandado, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir na discricionariedade do "Parquet" para a sua propositura.

Ademais, quanto ao procedimento do ANPC, a Nota Técnica nº 02/2020-PGJ/CAOPP emitida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo indica que *"a iniciativa para a celebração do ANPC caberá ao Ministério Público ou ao responsável pelo ilícito, hipótese em que a proposta poderá ser apresentada isolada, por um ou mais investigados, ou conjuntamente, por todos os*

VOTO Nº 12/22

*envolvidos"*¹, **sendo também uma faculdade do próprio demandado propô-lo.**

Desse modo, também não são acolhidos os argumentos de nulidade da r. sentença.

II. Irretroatividade da Lei nº 14.230/2021

No tocante à aplicação retroativa das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/21 à Lei nº 8.429/1992, esta Relatora tece breves comentários antes de adentrar ao mérito da presente ação.

A questão já alcançou o C. Supremo Tribunal Federal no ARE nº 843.989 (Tema 1.199), tendo sido definido que *"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*

¹ Disponível em: https://biblioteca.mpsp.mp.br//PHL_img/PGJ/002-nt%202020.pdf

VOTO Nº 13/22



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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”.

Prevaleceu, no referido julgamento, o voto do Ministro Relator Alexandre de Moraes, para quem a ação de improbidade administrativa tem natureza civil, sendo independente e distinguindo-se do direito penal, de forma que não se aplica o princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Como já vinha se posicionando esta Magistrada, a equiparação do direito administrativo sancionador ao direito penal é uma construção de parte da doutrina, não havendo qualquer previsão legal neste sentido no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao contrário, o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, ao instituir o princípio da vedação à proteção deficiente, com a previsão de sanções política, administrativa e civil dos atos de improbidade administrativa, distingue a esfera civil da esfera penal (“*sem prejuízo da ação penal cabível*”), o que por si só já indica a não confluência de princípios e regras entre ambos os sistemas.

O próprio artigo 1º na redação conferida pela Lei nº 14.230/2021 refere-se ao “*sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa*”, o que reforça a sua natureza de ação civil, com independência das demais esferas de responsabilidade (penal e administrativa).

Embora tanto o direito penal quanto o direito administrativo sancionador tenham mecanismos de responsabilização e de aplicação de penalidades aos agentes infratores, verifica-se que há evidente distinção entre ambos, o que impede a aplicação irrestrita e automática dos princípios do direito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

penal ao direito administrativo. Não é demais lembrar, além disso, a ausência de qualquer previsão na legislação pátria a respeito da observância das regras criadas para o direito penal no direito administrativo.

Nesse sentido, manifestou-se o E. Ministro Relator Alexandre de Moraes, destacando-se:

Na impossibilidade de aplicação do Direito Penal ao sistema de improbidade, por expressa determinação constitucional que prevê responsabilidades diversas (CF, art. 37, §4º), a nova lei optou, expressamente, por estabelecer a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no âmbito do sistema de improbidade administrativa, reforçando a natureza civil do ato de improbidade.

VOTO Nº 14/22

E o fez, para garantir um maior rigor procedimental nas investigações e uma maior efetividade na aplicação do contraditório e ampla defesa.

Na presente hipótese, portanto, para a análise da retroatividade ou irretroatividade não da norma mais benéfica trazida pela Lei 14.230/2021 – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – o intérprete deverá, obrigatoriamente, conciliar os seguintes vetores:

- (1) A natureza civil do ato de improbidade administrativa definida diretamente pela Constituição Federal;***
- (2) A constitucionalização, em 1988, dos princípios e preceitos básicos, regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos, dando novos contornos ao Direito Administrativo Sancionador (DAS);***
- (3) A aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador ao sistema de improbidade administrativa por determinação legal;***
- (4) Ausência de expressa previsão de "anistia geral" aos condenados por ato de improbidade administrativa culposo ou de "retroatividade da lei civil mais benéfica";***
- (5) Ausência de regra de transição.***

A análise conjunta desses vetores interpretativos nos conduz à conclusão de que o princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal ("a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu") não tem aplicação automática para



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador.

Dessa forma, não é possível aplicar o princípio da retroatividade da lei mais benéfica na improbidade administrativa, por não se coadunar com seus princípios, objetivos, bens tutelados e conteúdo constitucional.

No entanto, conforme a tese firmada pela Corte Suprema, *“a nova Lei nº 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”*, de modo

VOTO Nº 15/22

que, **no caso concreto**, cumpre avaliar eventual conduta dolosa perpetrada pelos réus.

III. Mérito

Cuida-se de ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público para discutir potencial fraude no processo de contratação de empresas para a publicação oficial de atos do Município de Santa Maria da Serra, em contratações realizadas nos anos de 2009 e 2014.

O “Parquet” afirma que houve (i) licitação fraudulenta, mediante o prévio ajuste de preço, com ausência de definição de quantitativos (cm² das publicações) e com a formulação de requerimentos genéricos dos serviços; (ii) injustificável reajuste dos valores contratados, com a apresentação de parecer genérico para justificar os aditamentos; (iii) dolo/culpa dos requeridos em causar prejuízo ao erário, permitindo-se a contratação dos serviços com sobrepreço.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

No que diz respeito aos valores, o autor narrou:

A primeira contratação, de 2009, ocorreu ao preço de R\$ 30.000,00 para cada um dos contratados, totalizando R\$ 60.000,00 para a publicação dos atos oficiais e publicidade institucional. Em março de 2011 cada um dos contratos recebeu um aditamento com o aumento injustificado de R\$ 7.500,00, elevando o preço das duas contratações para o total de R\$ 75.000,00. Depois, houve aditamento que elevou o valor de cada contrato para R\$ 39.543,75, totalizando R\$ 79.087,05, em 2013.

Em 2014, novo procedimento licitatório redundou na contratação da empresa ----- para os dois objetos (atos oficiais e publicidade institucional), pelo valor de R\$ 79.050,00 (fl. 1059 do IC). Um ano depois, em 2015, o contrato foi aditado para reduzir o valor da contratação para R\$ 70.050,00 (fl. 1066 do IC). Em 2016 dois aditivos prorrogaram o contrato por períodos menores (fls. 1068 e 1070 do IC).

Finalmente, já sob a gestão do novo prefeito municipal, o contrato foi aditado para redução do preço para R\$

VOTO Nº 16/22

30.000,00 pelo período de 12 meses (fl. 1072 do IC), mantendo-se as demais cláusulas e os dois objetos (atos oficiais e publicidade institucional). Uma redução na ordem de 62% sobre o valor inicialmente contratado! (fl. 10)

O Ministério Público, então, requereu a condenação dos requeridos nos termos do artigo 10, incisos V, VIII, IX e XII da Lei de Improbidade Administrativa.

A respeito das condutas do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, a Lei nº 14.230/2021 trouxe as seguintes modificações:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)
(...)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

(...)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...)

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

No tocante aos ilícitos previstos no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, a doutrina alerta que:

VOTO Nº 17/22

O art. 10 estabelece que o dano ao erário pode consumarse sob diversas modalidades. Rigorosamente, bastaria aludir à perda patrimonial. Mas o caput do dispositivo se refere também às hipóteses de desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação. A redação ampla destinase a abranger diversas situações que conduzam a perda patrimonial, mesmo que tal não seja acompanhado da apropriação indevida do valor por um particular. A fórmula ampla prevista no caput do art. 10 evidencia que essa modalidade de improbidade não depende da obtenção por um sujeito privado de benefícios indevidos. Esse efeito até pode ocorrer – e, aliás, apresentar relevância jurídica. O tipo do art. 10 é centrado no fenômeno da perda patrimonial. (JUSTEN FILHO, Marçal. Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022)

A discussão dos autos cinge-se à verificação de dano ao erário municipal a partir das contratações realizadas.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

No ponto, o Ministério Público questiona o fato de as contratações terem ocorrido por preço fixo, com a realização de aditamentos posteriormente para aumentá-las e, com relação à contratação do ano de 2014, ocorreram aditamentos que reduziram o valor contratado.

Sucedo que, como esclarecido pelas empresas réis, em contestação, o Município de Santa Maria da Serra possui cerca de 6.000 (seis mil) habitantes, e pelas peculiaridades do município, o conteúdo oficial veiculado no jornal é o que atrai os leitores-municípios e demanda a participação de empresas locais, as quais estão inseridas em um cenário econômico contido.

As empresas requeridas narram que pelo menos desde 1997 a contratação de publicidade oficial do Município de Santa Maria da Serra é realizada por preço fixo ou global (fl. 1.919).

No tocante aos valores, os requeridos esclareceram que os valores empregados em contratações semelhantes em anos anteriores não destoam dos valores ora impugnados.

VOTO Nº 18/22

A partir dos documentos de fls. 1.614/1.640, referentes aos pagamentos realizados pela Municipalidade, os requeridos informam que no exercício de 2005 ocorreu um gasto anual de R\$ 50.123,45, que seguiu para R\$ 84.963,17 em 2006, R\$ 45.507,00 em 2007 e R\$ 52.209,60 em 2008.

Observa-se, assim, que os valores despendidos com as contratações de 2009 e 2014 não destoam do histórico do Município.

Inclusive, a requerida ----- indicou às fls. 1.962/1.970 que, em 2009, publicou mais do que recebeu da Administração, de forma que, se o valor de R\$ 5,40/cm² tivesse sido considerado, a empresa teria direito a R\$ 47.955,90 em oposição aos R\$ 31.000,00 efetivamente pagos pela Municipalidade.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Desse modo, não restou comprovado nos autos o dano ao erário, uma vez que os valores impugnados não apresentam discrepância real do que vinha sendo praticado pela Municipalidade.

Em verdade, o que se apura dos autos é a inabilidade da Administração local em executar essa forma de contratação e *“para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.”* (REsp n. 1.849.513/RO, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 18/12/2020).

Logo, na espécie, além da ausência da efetiva demonstração do dano ao erário, não restou evidenciado o elemento subjetivo necessário (dolo), estando bem demonstrado, em verdade, a inabilidade dos agentes públicos.

No ponto, colaciona-se o entendimento deste E. Tribunal

VOTO Nº 19/22

de Justiça:

***“Apelação – Ação civil pública por ato de improbidade administrativa – Alienação de imóvel pertencente ao Município de Queluz, antecedida de leilão, por preço inferior ao de avaliação – Hipótese que exige a modalidade concorrência, nos termos do art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 – Ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/1992 – Não configuração – Bem arrematado por valor superior ao encontrado pelo perito judicial em ação cautelar prévia promovida pelo Ministério Público para este fim – Por outro lado, segundo orientação consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça antes das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, para a caracterização do ato ímprobo não basta a constatação de uma ilegalidade, exigindo-se ainda a demonstração do elemento volitivo consubstanciado pelo dolo, em relação aos tipos previstos no artigo 9º a 11 e pela culpa no tocante às condutas arroladas no artigo 10*”**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

da Lei nº 8.429/1992, sendo certo que, a partir do advento do referido diploma, todas as espécies passaram a reclamar a presença de dolo – Elementos nos autos que não informam qualquer má-fé, conluio ou desídia repreensível

– Sentença de improcedência – Recurso desprovido, para manter a r. sentença recorrida, também por seus próprios e jurídicos fundamentos.” (Apelação Cível 0000010-16.2015.8.26.0488; Des. Rel. Osvaldo Magalhães; 4ª Câmara de Direito Público; j. 22/08/2022)

“Apelação Improbidade administrativa – Ofensa a regras fiscais Sentença de procedência da demanda – Necessidade de reforma – Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, para a caracterização do ato ímprobo exige-se a demonstração do elemento volitivo consubstanciado pelo dolo, em relação aos tipos previstos nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, e pela culpa, no tocante às condutas arroladas no artigo 10, sendo que, para as condutas arroladas no artigo 11 basta a comprovação de dolo genérico – Alterações promovidas pela Lei nº 14.320/2021 que, ademais, impõem a necessidade de demonstração do dolo nas condutas ímprobas – No caso em exame, inobstante demonstrado o elemento objetivo, não restou evidenciado dolo por parte do agente público – Mera imperícia do agente que não é suficiente à configuração do ato ímprobo – Sentença reformada – Recurso da ré provido.” (Apelação Cível 1000303-55.2018.8.26.0102; Des. Rel. Osvaldo Magalhães; 4ª Câmara de Direito Público; j. 22/08/2022)

“APELAÇÃO – Ação de Improbidade Administrativa – Tomada de Preços n.º 01/12 – Aquisição de combustível – Alegação de superfaturamento – Cerceamento de

VOTO Nº 20/22

acusação – Rejeição – No mérito, pretensão de reconhecimento de dano causado ao erário – Descabimento - Não comprovado dolo, nem má-fé dos corréus, tampouco dano ao erário – Manutenção da r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos – Inteligência do art. 252 do RITJ - Recurso desprovido.” (Apelação Cível 1002899-74.2017.8.26.0319; Des. Rel. Silvia Meirelles; 6ª Câmara de Direito Público; j. 25/07/2022)

“Apelação – Improbidade administrativa – Prorrogação irregular de contrato administrativo – Sentença de procedência da demanda – Necessidade de reforma – Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, para a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

caracterização do ato ímprobo, exige-se a demonstração do elemento volitivo consubstanciado pelo dolo, em relação aos tipos previstos nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, e pela culpa, no tocante às condutas arroladas no artigo 10, sendo que, para as condutas arroladas no artigo 11, basta a comprovação de dolo genérico – Alterações promovidas pela Lei nº 14.320/2021 que, ademais, impõem a necessidade de demonstração do dolo nas condutas ímprobas – No caso em exame, os documentos acostados demonstram que o agente administrativo não promoveu a regularização da situação, mediante a confecção de termo aditivo contratual – Mera imperícia do agente que não é suficiente à configuração do ato ímprobo – Ausente, outrossim, a comprovação do prejuízo ao erário e do enriquecimento ilícito do agente – Sentença reformada – Recurso do réu provido.” (Apelação Cível

1007126-44.2018.8.26.0361; Des. Rel. Osvaldo Magalhães; 4ª Câmara de Direito Público; j. 26/07/2022)

No espírito das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 e da orientação jurisprudencial, constatada a falta de demonstração nos autos de lesão ao erário municipal e de conduta dolosa dos réus, de rigor o provimento das apelações dos réus para julgar improcedente a presente ação de improbidade.

Para fins de prequestionamento, consigne-se inexistir ofensa às normas legais.

Pelo exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos dos réus.

VOTO Nº 21/22

Eventuais recursos interpostos contra este julgado estarão sujeitos a julgamento virtual, devendo ser manifestada a discordância quanto a essa forma de julgamento no momento da interposição dos recursos.

Maria Laura de Assis Moura Tavares



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Relatora

VOTO Nº 22/22