

RECLAMAÇÃO 71.111 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
RECLTE.(S) : _____
ADV.(A/S) : RAFAEL DE ALENCAR ARARIPE CARNEIRO E
OUTRO(A/S)
RECLDO.(A/S) : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO
ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
BENEF.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE
SÃO PAULO

DECISÃO: Trata-se de reclamação constitucional com pedido de medida liminar, proposta por _____, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Processo nº 0007042-13.2010.8.26.0047, bem como de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AREsp nº 1.148.316.

O reclamante sustenta, em síntese, a necessidade de aplicação da orientação firmada por esta Corte no ARE-RG 843.989 (tema 1.199), para assegurar a aplicação retroativa das alterações trazidas pela Lei 14.230/2021. Aponta, ainda, o desrespeito ao que restou decidido por esta Corte no julgamento da ADI 6.678/DF, dada a suspensão de seus direitos políticos.

Consta dos autos o seguinte contexto fático:

“Trata-se, originalmente, de Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra _____, então Presidente da Câmara Municipal de Assis/SP, ora Reclamante, e outros, em decorrência de suposta irregularidade no certame licitatório voltado à contratação de empresas de comunicação e publicidade, qual seja, a inadequada divisão do objeto da licitação (Doc. 4).

No 1º grau, apesar de o Tribunal de Contas do Estado não ter verificado qualquer irregularidade, a sentença julgou

procedente a ação de improbidade com base no art. 10, VIII, da Lei nº. 8.429/1992, sem mencionar a palavra dolo em sua fundamentação e reconhecendo expressamente a ausência de dano ao erário (...)

No Tribunal de Justiça de São Paulo (“TJSP”), a condenação e as penalidades foram mantidas, porém, com fundamento na violação genérica aos princípios da administração pública (art. 11 da LIA), mais uma vez, sem mencionar ou individualizar dolo do Reclamante e afirmando inexistir superfaturamento dos preços (...)

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”), foi dado provimento ao Recurso Especial interposto pelo Reclamante para julgar improcedente a ação de improbidade administrativa, especialmente ante à falta de dolo, má-fé e lesão aos cofres públicos.

(...)

Na sequência, no entanto, ao julgar o recurso interposto pelo órgão ministerial, a Primeira Turma do STJ deu provimento para reestabelecer a condenação com base no art. 11, *caput*, da LIA e no dolo genérico do Reclamante. (...)

A presente Reclamação, como antecipado, tem como parâmetro de controle as decisões proferidas por esse STF na ADI nº. 6.678/DF e no ARE nº. 843.989/PR, com repercussão geral (Tema nº. 1.199), ambos de imperiosa aplicação no caso vertente.

No paradigma da ADI nº. 6.678/DF, foi suspensa, com efeito prospectivos, a vigência da expressão ‘suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos’ constante do inciso III do art. 12 da Lei nº. 8.429/1992.

(...)

Por sua vez, no julgamento do ARE nº. 843.989/PR, com repercussão geral (Tema 1.199), este Supremo Tribunal Federal,

determinou a incidência imediata das alterações da Lei nº. 14.230/2021 aos casos sem trânsito em julgado, como o presente feito.” (eDOC 1; ID: ff53af3b)

Nesses termos, o reclamante afirma que sua condenação por improbidade administrativa deu-se sem demonstração do dolo específico, embora este não seja mais admitido para os tipos previstos no art. 11 da Lei 8.429/92, após as alterações da Lei 14.230/2021.

Diante disso, requer a concessão de liminar para suspender os efeitos advindos da suspensão dos direitos políticos. No mérito, requer que esta ação seja julgada procedente para o fim de assegurar a retroatividade da norma mais benéfica, que promoveu alterações no art. 11 da Lei 8.429/92, bem como para afastar a penalidade de suspensão de seus direitos políticos.

É o relatório.

Decido.

Assiste razão ao reclamante.

Conforme disposto na Constituição Federal, compete ao STF processar e julgar originariamente reclamação para a preservação de sua competência, garantia da autoridade de suas decisões e da observância das Súmulas Vinculantes (arts. 102, I, “I”, e 103-A, § 3º da CF/88). Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 também regulamentou a matéria e assentou as seguintes hipóteses de cabimento da reclamação:

“Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

- I - preservar a competência do tribunal;
- II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;
- III - garantir a observância de enunciado de súmulavinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- IV - garantir a observância de acórdão proferido em

juízo de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência. (...)”.

O § 4º do mesmo artigo esclarece que as hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondem.

Verifica-se, ainda, nos termos do § 5º, que é inadmissível reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, exceto quando comprovado o esgotamento das instâncias ordinárias, com a devida interposição e julgamento do agravo interno, previsto no art. 1.030, § 2º, do CPC, e a demonstração da teratologia da decisão.

Nesses termos, a reclamatória proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida somente será cabível quando presentes os seguintes pressupostos necessários e cumulativos, quais sejam: o esgotamento da instância de origem e a plausibilidade na tese de aplicação equivocada do entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado na repercussão geral pelo Juízo a quo, a indicar teratologia da decisão reclamada.

Na espécie, o reclamante aduz o descumprimento do que restou decidido nos autos do ARE-RG 843.989 (tema 1.199).

No ponto, cumpre registrar que o STF reconheceu a repercussão geral da matéria em discussão nos presentes autos, no julgamento do tema 1.199, cujo paradigma é o ARE-RG 843.989, Rel. Min. Alexandre de Moraes, tendo o Plenário desta Corte julgado o mérito, assentando as seguintes teses:

“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". (DJe 2.9.2022)

Confira-se a ementa do referido julgado:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199. 1.

A Lei de Improbidade Administrativa, de 2 de junho de 1992, representou uma das maiores conquistas do povo brasileiro no combate à corrupção e à má gestão dos recursos públicos. 2. O aperfeiçoamento do combate à corrupção no serviço público foi uma grande preocupação do legislador constituinte, ao estabelecer, no art. 37 da Constituição Federal, verdadeiros códigos de conduta à Administração Pública e aos seus agentes, prevendo, inclusive, pela primeira vez no texto constitucional, a possibilidade de responsabilização e aplicação de graves sanções pela prática de atos de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF). 3. A Constituição de 1988 privilegiou o combate à improbidade administrativa, para evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, na clássica obra REPÚBLICA, a punição e o afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretendem fixar uma regra proibitiva para que os servidores públicos não se deixem 'induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado'. 4. O combate à corrupção, à ilegalidade e à imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos os órgãos constitucionalmente institucionalizados. 5. A corrupção é a negativa do Estado Constitucional, que tem por missão a manutenção da retidão e da honestidade na conduta dos negócios públicos, pois não só desvia os recursos necessários para a efetiva e eficiente prestação dos serviços públicos, mas também corrói os pilares do Estado de Direito e contamina a necessária legitimidade dos detentores de cargos públicos, vital para a preservação da Democracia representativa. 6. A Lei 14.230/2021 não excluiu a natureza civil dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, pois essa 'natureza civil' retira seu substrato normativo diretamente do texto constitucional, conforme reconhecido pacificamente por essa SUPREMA CORTE (TEMA 576 de Repercussão Geral, de minha relatoria, RE nº 976.566/PA). 7. O ato de improbidade administrativa é um ato

ilícito civil qualificado – ‘ilegalidade qualificada pela prática de corrupção’ – e exige, para a sua consumação, um desvio de conduta do agente público, devidamente tipificado em lei, e que, no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas (artigo 9º da LIA) ou gerar prejuízos ao patrimônio público (artigo 10 da LIA), mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, apesar de ferir os princípios e preceitos básicos da administração pública (artigo 11 da LIA). 8. A Lei 14.230/2021 reiterou, expressamente, a regra geral de necessidade de comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação do ato de improbidade administrativa, exigindo – em todas as hipóteses – a presença do elemento subjetivo do tipo – DOLO, conforme se verifica nas novas redações dos artigos 1º, §§ 1º e 2º; 9º, 10, 11; bem como na revogação do artigo 5º. 9. Não se admite responsabilidade objetiva no âmbito de aplicação da lei de improbidade administrativa desde a edição da Lei 8.429/92 e, a partir da Lei 14.230/2021, foi revogada a modalidade culposa prevista no artigo 10 da LIA. 10. A opção do legislador em alterar a lei de improbidade administrativa com a supressão da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa foi clara e plenamente válida, uma vez que é a própria Constituição Federal que delega à legislação ordinária a forma e tipificação dos atos de improbidade administrativa e a gradação das sanções constitucionalmente estabelecidas (CF, art. 37, §4º). 11. 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 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. 12. Ao revogar a modalidade culposa do ato de

improbidade administrativa, entretanto, a Lei 14.230/2021, não trouxe qualquer previsão de ‘anistia’ geral para todos aqueles que, nesses mais de 30 anos de aplicação da LIA, foram condenados pela forma culposa de artigo 10; nem tampouco determinou, expressamente, sua retroatividade ou mesmo estabeleceu uma regra de transição que pudesse auxiliar o intérprete na aplicação dessa norma – revogação do ato de improbidade administrativa culposo – em situações diversas como ações em andamento, condenações não transitadas em julgado e condenações transitadas em julgado. 13. A norma mais benéfica prevista pela Lei 14.230/2021 – revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa –, portanto, não é retroativa e, conseqüentemente, não tem incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes. Observância do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal. 14. Os prazos prescricionais previstos em lei garantem a segurança jurídica, a estabilidade e a previsibilidade do ordenamento jurídico; fixando termos exatos para que o Poder Público possa aplicar as sanções derivadas de condenação por ato de improbidade administrativa. 15. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela INÉRCIA do próprio Estado. A prescrição prende-se à noção de perda do direito de punir do Estado por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo. 16. Sem INÉRCIA não há PRESCRIÇÃO. Sem INÉRCIA não há sancionamento ao titular da pretensão. Sem INÉRCIA não há possibilidade de se afastar a proteção à probidade e ao patrimônio público. 17. Na aplicação do novo regime prescricional – novos prazos e prescrição intercorrente –, há necessidade de observância dos princípios da segurança jurídica, do acesso à Justiça e da proteção da confiança, com a IRRETROATIVIDADE da Lei 14.230/2021, garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa. 18. Inaplicabilidade dos prazos prescricionais da nova

lei às ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa, que permanecem imprescritíveis, conforme decidido pelo Plenário da CORTE, no TEMA 897, Repercussão Geral no RE 852.475, Red. p/Acórdão: Min. EDSON FACHIN. 19. Recurso Extraordinário PROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199: "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". (ARE 843.989, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe 12.12.2022)

Pois bem.

No caso dos autos, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação de improbidade administrativa em face de _____, ora reclamante, bem como do Diário de Assis Ltda., do Jornal de Assis Ltda. e da Gráfica e Editora Voz da Terra Ltda., pela suposta ilicitude na abertura de licitação para contratação de empresa jornalística para publicação de

coluna de veiculação de publicidade do Disk Câmara, Ouvidoria e Urna do Povo.

Consta da petição inicial da ação de improbidade que as três empresas jornalísticas foram convidadas e apresentaram propostas, tendo sido classificadas, razão pela qual foram celebrados contratos, já que todas foram vencedoras. Afirma que restou evidenciada a combinação de preços e a frustração do caráter competitivo da licitação, diante da forma como foi ofertado o objeto da licitação e dos preços apresentados pelas empresas participantes. (eDOC 3; ID 92124006)

O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo MPSP, concluindo que o reclamante teria praticado o ato de improbidade administrativa descrito no art. 10, VIII, c/c 12, II, ambos da Lei 8.429/92. Confirmam-se trechos da sentença:

“No mérito, o pedido é parcialmente procedente.

De fato, há violação aos princípios constitucionais da Administração, mormente no que toca à concorrência e competitividade nas contratações, no que diz respeito especificamente das publicações do Disk Câmara, Ouvidoria e Uma do Povo.

Segundo o requerido _____, o interesse era o de aumentar a concorrência e ainda diminuir os preços, de modo que o maior número de objetos possibilitava tal mister.

O termo ‘competitividade’ utilizado pelo requerido implica uma linha tênue do que vem a ser um procedimento licitatório competitivo, mas que obedeça aos critérios de legalidade e constitucionalidade da Administração.

O critério de licitação escolhido foi o de convite, ou seja, o presidente da comissão de licitação sabia exatamente quais seriam as empresas convidadas a estimarem os preços de seus serviços.

Ao mesmo passo, a prestação de serviço de publicidade fora cingida em três, o que possibilitaria perfeitamente atender aos critérios de preços e que cada empresa jornalística pudesse contratar com a administração.

Diferentemente seria se a contratação fosse feita com um objeto único, com o melhor preço total, e contratação de apenas uma empresa, o que evitaria suspeitas quanto a coincidência do número de objetos a serem publicados e o número de empresas convidadas.

O fato de não ter sido apurada qualquer irregularidade formal pelo Tribunal de Contas do Estado não afasta o fato de que o objeto da licitação tenha sido dividido em três, com contratação das únicas três empresas jornalísticas da cidade.

Segundo o Tribunal de Contas, não houve indício de superfaturamento. E, 'no que toca à possibilidade de combinação de preços entre as convidadas esta fiscalização não ter condição de analisar a procedência de possível conluio entre os licitantes (...)'. Em nenhum momento o Tribunal de Contas se manifestou no sentido de que não houve combinação de preços, mas apenas que não houve superfaturamento.

Ainda que assim não fosse, a cognição em esfera jurisdicional tem o objeto mais amplo que a verificação da matéria pelo Tribunal de Contas, o que serve para garantir a inafastabilidade do Poder Judiciário em questões apreciadas em esferas administrativas (art. 5º, XXXV, CF).

Com efeito, a denúncia relatada na inicial não diz respeito à hipótese de superfaturamento, mas, sim, ao conluio em que todas as empresas pudessem contratar parte de um objeto, a fim de que todas mantivessem um contrato de publicidade com a Câmara Municipal.

Se a subdivisão das publicidades da Ouvidoria, Disk Câmara e Urna do Povo tivesse se dado, porém com a adoção de

outra espécie de licitação, por exemplo, concorrência com maior amplitude de concorrentes, certamente a aparência de três vencedores, mediante habilitação de mais concorrentes serviria pra obstar a alegação de conluio. Todavia, a realidade posta na inicial da ação civil pública indica claramente que houve um acerto para que, às vésperas das eleições, todas as empresas de jornalismo da cidade pudessem manter com a Câmara um contrato administrativo.

Logo, em tendo a cognição de um processo judicial maior amplitude do que a submetida ao Tribunal de Contas, neste processo se faz possível a aferição de elementos que possam ser formalmente legais, mas não o sejam em sua completude, visualizando-se todo o sistema constitucional em que o ato administrativo deve se amparar, dentre eles princípios constitucionais da transparência e moralidade administrativa.

No caso apresentado, houve a cisão de uma licitação convite em três objetos distinto, com três convidadas, sendo que cada uma delas ofertou um lance mais benéfico, o que poderia dar contornos de legalidade, já que não houve superfaturamento. Todavia, não havia qualquer justificativa para que houvesse a cisão dos objetos, mormente porque o número de objetos cindidos foi o mesmo número de convidados, o que não dá aparência de moralidade administrativa necessária ao ato.

Deste modo, entendo que no caso em tela foi frustrada a licitude do procedimento licitatório, por infração aos princípios constitucionais das contratações pelo Estado, de sorte que a licitação convite n.º004/2007 deva se declarada nula, assim como os contratos administrativos 05/2007, 006/2007 e 007/2007, pela existência de conluio, a fim de que todas as empresas jornalísticas participassem da licitação, a via de consequência, tivesse a oportunidade de manter contrato com a Câmara Municipal.

Friso, por oportuno, que não houve prejuízo ao erário, razão porque deixo de fixar condenação aos requeridos em termos de ressarcimento. Todavia, condeno-os pela prática de ato de improbidade administrativa.

Os atos praticados, quer pelo requerido _____, quer pelas co-requeridas empresas jornalísticas, incidem em tipificação do inciso VIII, do art. 10, da Lei 8429/92: *frustrar licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente*. (grifo nosso).

Logo, a todos os co-requeridos devem ser aplicadas as penalidades previstas no art. 12, inciso II, da referida Lei de Improbidade Administrativa. Para o requerido _____, determino a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de cinco anos. Para as empresas jornalísticas condeno à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de cinco anos.

Deixo de apreciar o pedido de indenização por danos morais difusos, tendo em vista a abrangência do conceito e a impossibilidade de mensurá-lo.

Ante o exposto e de tudo o mais que dos autos consta, JULGO PARCIALIVIEN1E PROCEDENTE o pedido (...)” (eDOC 4; ID dc6f73e6)

Ao apreciar o recurso de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a condenação. Confirmam-se a propósito, os seguintes trechos do acórdão:

“Resta inequívoco a ocorrência de irregularidades no Procedimento Licitatório, na modalidade Convite, menor preço por item, nº 004/2007 (fls. 30/41), realizado pelo Município de Assis - SP, em abril de 2007, ‘para a contratação de empresa

jornalística, instalada no Município, com circulação regular de no mínimo cinco dias por semana, para publicação, em preto e branco e colorido até 4.000 centímetros de coluna e veiculação de publicidade do Disk Câmara, Ouvidoria e Urna do Povo'.

(...)

Com efeito, a maneira como se deu o procedimento licitatório mostra de forma bastante consistente um intuito de beneficiar as licitantes, todas empresas jornalísticas da cidade de Assis.

Ora, revela-se bastante conveniente que o objeto do contrato tenha sido dividido exatamente pelo número de participantes convidadas para a licitação, e que estas tenham apresentado valores muito aproximados em cada um dos lances, com cada uma consagrando-se vencedora em um item.

Atente-se que o fato de não ter existido superfaturamento dos preços não afasta a prática de improbidade administrativa, sendo que a falta de efetiva concorrência no certame já atenta conta os princípios administrativos.

Destarte, tem-se que a r. sentença deve ser integralmente confirmada.” (eDOC 12, pp. 54 e 57; ID e1a449e1)

Os embargos de declaração opostos contra o mencionado acórdão restaram desprovidos (eDOC 12, pp. 163-167).

Foram então interpostos recurso especial e recurso extraordinário, que tiveram o seguimento negado (eDOC 16, pp. 159-160 e 164-165).

Interposto agravo, os autos foram remetidos ao STJ e distribuídos à relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho (ARESP 1.148.316), que conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, julgando improcedente a pretensão veiculada na ação de improbidade administrativa, ante a ausência de demonstração de dolo, má-fé e lesão aos cofres públicos. Confira-se trecho da decisão:

“11. Na espécie, o então Presidente da Câmara Municipal de Assis/SP e Empresas Jornalísticas foram acionados, uma vez que o referido Chefe do Poder Legislativo teria praticado fraude em procedimento licitatório ao fracionar o objeto de contratação. Segundo o libelo, a providência teria sido dolosamente engendrada para favorecer três empresas, conduta essa que se apartaria dos mais caros princípios administrativos.

12. Contudo, o Tribunal Estadual deixou de efetuar crucial distinção, para o caso concreto, entre o que seria improbidade administrativa e condutas irregulares.

13. Com efeito, as Instâncias Ordinárias registraram que houve efetivo desempenho do serviço jornalístico licitado e que não se praticou lesão aos cofres públicos quanto à veiculação de publicidade do Disk Câmara, Ouvidoria e Urna do Povo, fato confirmado pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

14. Só com essa assertiva, é possível ver que não há notada má-fé do Chefe do Poder Legislativo na realização do processo licitatório. Não há fato típico, portanto. Verifica-se uma certa utilização das regras vigentes, atinentes à formulação dos editais de licitação e dos contratos.

15. Na espécie, a cisão dos elementos a serem licitados, referentes a tópicos em publicidade, não pode ser considerada ímproba, pois diz respeito a objetos distintos, isto é, o Disk Câmara, a Ouvidoria e a Urna do Povo. Ao que se evidencia, são serviços distintos que poderiam ser desempenhados por empresas diferentes, cuja licitação poderia ser efetuada por Carta-convite, uma vez que o valor, segundo o acórdão, esteve limitado ao valor previsto na Lei de Licitações.

16. Dessa forma, de improbidade não cuida a espécie, até porque houve a contratação de variadas empresas para os respectivos objetos, sem qualquer indicação de sobrepreço ou deficiência na realização do serviço. Não há sequer informação

de que o então Presidente tenha praticado atos de privilégios a determinadas empresas, até porque houve pluralidade de contratados.

17. Esses aspectos factuais e probatórios, que foram represados no julgado recorrido e já não podem ser objeto de simples reexame em sede de recorribilidade extraordinária, foram amiúde expostos pelo Tribunal de origem, que não separou o que seriam atos ímprobos daqueles atos irregulares.

(...)

18. Portanto, por deixar de evidenciar a exatíssima distinção entre atos irregulares e atos ímprobos, o aresto não representa o estado da arte da compreensão jurídico-científica acerca do que é a improbidade administrativa, razão pela qual houve violação alguma do julgado recorrido ao art. 11 da Lei 8.429/1992; o acórdão merece ser reformado.

19. Mercê do exposto, conhece-se dos Agravos dos Implicados e dá-se provimento aos Recursos Especiais, em ordem a julgar improcedente a pretensão vertida na ACP, sem condenação do autor em verba honorária de advogado, contudo". (eDOC 17, p. 85-88).

Ao apreciar o agravo interno interposto pelo MPSP, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça deu-lhe provimento para, desde logo, não conhecer do recurso especial. Eis a ementa:

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA VISANDO A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO MODALIDADE CONVITE E, CONSEQUENTEMENTE, O RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DOS PAGAMENTOS DECORRENTES DESSES

CONTRATOS E CONDENAÇÃO DE EX-PREFEITO PELA PRÁTICA DE ATOS ÍMPROBOS. ACÓRDÃO QUE CONSIGNA O ELEMENTO SUBJETIVO APTO A CARACTERIZAR O ATO ÍMPROBO. REVISÃO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES.

1. Com relação ao enquadramento da conduta prevista no artigo 11 da Lei n. 8.429/1992, para a configuração do ato ímprobo, faz-se necessário a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo genérico, dispensando-se a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou o enriquecimento ilícito do agente (dolo específico). Precedentes.

2. Na origem, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra réu e empresas jornalísticas, visando a declaração de nulidade do procedimento licitatório, modalidade convite, e, conseqüentemente, o reconhecimento da ilegalidade dos pagamentos decorrentes desses contratos, bem como condenar os réus, solidariamente, ao ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público.

3. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, após ampla análise do conjunto fático-probatório, asseverando que, no caso dos autos: *'resta inequívoco a ocorrência de irregularidades no Procedimento Licitatório'*, pois *'o presidente da comissão de licitação sabia exatamente quais seriam as empresas convidadas a estimarem os preços de seus serviços'*; que *'não havia qualquer justificativa para que houvesse a cisão dos objetos, mormente porque o número de objetos cindidos foi o mesmo número de convidados, o que não dá aparência de moralidade administrativa necessária ao ato'*.

4. Dessa forma, acolher a tese recursal segundo o qual *'não teve a intenção deliberada de fraudar a lei'*, a fim de alterar os fundamentos do acórdão recorrido e afastar sua condenação pela

prática de ato de improbidade administrativa, demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Precedentes.

5. Por fim, acerca da afirmação de que *‘não se enriqueceu ilicitamente e tampouco ocasionou qualquer prejuízo ao erário público’*, cabe reafirmar que, consoante jurisprudência desta Corte Superior, para a configuração do ato de improbidade basta apenas a comprovação dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico, ou seja, dano para a Administração Pública ou o enriquecimento ilícito do agente.

6. Agravo interno do Ministério Público do Estado de São Paulo provido, para conhecer do agravo em recurso especial e, desde logo, não conhecer do recurso especial do particular, pedindo as mais respeitosas vênias do Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.”. (eDOC 17, pp. 145-146; ID ed903c8f)

Opostos embargos de declaração, restaram desprovidos (eDOC 17, pp. 204-208; ID ed903c8f).

Em face desse acórdão foi interposto recurso extraordinário, o qual teve o seguimento negado, com fundamento no art. 1.030, I, *a*, do CPC, conforme a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. TEMA 339/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 105, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. TEMA 181/STF. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. SEGUIMENTO NEGADO.”.

(eDOC 17, p. 271).

Seguiu-se a interposição de agravo interno, cujo provimento também foi negado pelo Superior Tribunal de Justiça. Confira-se a ementa:

“AGRAVO INTERNO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. TEMA 339/STF. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 181/STF. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. As decisões judiciais devem ser fundamentadas, ainda que de forma sucinta, não se exigindo análise pormenorizada de cada prova ou alegação das partes, nem que sejam corretos os seus fundamentos (Tema 339/STF).

2. A insurgência quanto ao preenchimento dos pressupostos de admissibilidade de recurso de competência deste Superior Tribunal de Justiça tem natureza infraconstitucional, sem repercussão geral (Tema 181/STF).

3. Agravo interno não provido.”. (eDOC 17, p. 326; ID ed903c8f)

Em seguida, o reclamante opôs embargos de declaração sob a alegação de que deve ocorrer, na espécie, o afastamento das sanções impostas, diante da superveniência da Lei 14.230/2021. Todavia, o STJ assentou que não seria hipótese de conformação do caso concreto ao tema 1.199, pois as instâncias ordinárias teriam assentado a existência de dolo do agente, a saber:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO

RETROATIVA DA LEI N. 14.230/2021. TEMA N. 1.199/STF. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA DOLOSA. PRESCRIÇÃO. IRRETROATIVIDADE. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. O STF, no julgamento do Tema n. 1.199, consignou a necessidade da configuração do elemento subjetivo doloso para a caracterização dos atos de improbidade administrativa em geral, destacando que as condenações ainda não transitadas em julgado, com base na prática de condutas culposas ou sem afirmação expressa do dolo, sejam reapreciadas pelas instâncias de origem, a fim de que haja a identificação ou não de dolo do agente.

2. **No caso dos autos, porém, o órgão julgador concluiu pela existência de conduta dolosa do agente, o que impossibilita o reexame da condenação.**

3. Além disso, o STF afirmou a irretroatividade do regime prescricional instituído pela nova legislação, estabelecendo que os marcos temporais constantes do art. 23, §§ 4º e 5º, da LIA apenas sejam aplicáveis a partir da publicação da Lei n. 14.230/2021, o que ocorreu em 26/10/2021. Nesse contexto, considerando-se o termo inicial que foi definido pela Corte Suprema, não ocorreu a prescrição.

4. Desse modo, deve ser mantida a negativa de seguimento do recurso extraordinário.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos." (eDOC 17, pp. 379-380; ID ed903c8f; grifo nosso)

Opostos novos embargos de declaração, restaram rejeitados (eDOC 18, pp. 27-34; ID 68d91b29)

Daí o ajuizamento da presente reclamação.

Pois bem.

No caso dos autos, conforme já relatado, o reclamante foi condenado pela prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII, da Lei 8429/92, conforme extrai-se do seguinte trecho da sentença:

“Os atos praticados, quer pelo requerido _____, quer pelas co-requeridas empresas jornalísticas, incidem em tipificação do **inciso VIII, do art. 10, da Lei 8429/92: frustrar licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente**”.

Todavia, antes que sobreviesse o trânsito em julgado definitivo da decisão de mérito acerca da pretensão ministerial, houve o advento da Lei nº 14.230/2021, que, dentre outras inovações, passou a exigir a efetiva comprovação do dano ao erário para configuração dos atos de improbidade descritos no artigo 10 da LIA. Confira-se:

“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**”.

No ponto, a sentença condenatória, mantida pelas instâncias superiores, não obstante tenha condenado o reclamante pela prática do ato previsto no art. 10, VIII, da LIA, assentou expressamente que não houve prejuízo ao erário, a saber:

“Friso, por oportuno, **que não houve prejuízo ao erário**, razão porque deixo de fixar condenação aos requeridos em termos de ressarcimento. Todavia, condeno-os pela prática de ato de improbidade administrativa”.

Ressalte-se que no julgamento do ARE 843.989 (Tema 1.199) (Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 9.12.2022), o Plenário do Supremo Tribunal Federal defrontou-se com a questão relativa à eventual retroatividade da Lei nº 14.230/2021 a fatos ocorridos antes da sua entrada em vigência, apreciando a questão, em especial, no que tange à “*necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa*” e à “*aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente*”.

Na oportunidade, foram fixadas as seguintes diretrizes quanto à retroatividade das inovações: **(1) que é necessária a comprovação da presença do elemento subjetivo “dolo” para a tipificação dos atos de improbidade administrativa;** **(2) que a revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa é irretroativa, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada e à processos de execução das penas e seus incidentes;** **(3) que a Lei nº 14.230/2021 aplicase aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;** (4) e que o novo regime prescricional previsto na Lei nº 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.

Definiu-se, portanto, como regra, a irretroatividade da Lei nº 14.230/2021, ressalvados os processos em que não tenha havido condenação transitada em julgado. Dito com outras palavras, **admitiu-se a aplicação das novas disposições da Lei nº 8.429/1992 aos processos em curso, ou seja, no bojo dos quais ainda não tenha sido formada a coisa julgada quanto à condenação pelo ato de improbidade.**

Diga-se que, ainda que tal precedente tenha debatido a retroatividade da Lei nº 14.230/2021 à luz das alterações referentes ao elemento subjetivo e ao prazo prescricional, nota-se uma importante diretriz fixada no julgamento e do qual a presente decisão não pode se afastar, qual seja, a de que as novas disposições da Lei nº 8.429/1992 apenas não interferem nas decisões condenatórias protegidas sob o manto da coisa julgada. Lado

outro, não há qualquer impedimento para que eventuais sentenças cujos recursos contra elas interpostos ainda se encontrem pendentes de julgamento sejam afetadas pelas alterações.

Dessa forma, considerando-se a *ratio decidendi* do Tema 1.199, notadamente quanto à incidência imediata das alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021 aos processos em curso, tem-se como perfeitamente aplicável ao presente feito as novas disposições da Lei nº 8.429/1992.

Assim, considerando a aplicação imediata da norma aos processos ainda não transitados em julgado; o fato de que a condenação do Tribunal de origem foi baseada exclusivamente no art. 10 da Lei nº 8.429/1992, que requer a comprovação do prejuízo efetivo ao erário; e que a sentença expressamente afirmou que, no caso dos autos, não houve dano ao erário; concludo pela impossibilidade da condenação requerida pelo Ministério Público, em razão da ausência de demonstração de um requisito essencial para caracterização do ato de improbidade.

Ante o exposto, **julgo procedente** a reclamação para, desde logo, julgar improcedente a ação de improbidade administrativa com relação ao reclamante, tendo em vista o entendimento firmado no tema 1199 da repercussão geral.

Publique-se.

Brasília, 6 de setembro de 2024.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente