



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Justiça de Primeira Instância

Comarca de UBERABA / 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba

PROCESSO Nº: 0142891-24.2012.8.13.0701

CLASSE: [CÍVEL] AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE
ADMINISTRATIVA (64)

ASSUNTO: [Dano ao Erário]

AUTOR: Ministério Público - MPMG

RÉU/RÉ: JORGE MANOEL DA SILVA e outros (5)

SENTENÇA

Vistos.

I - DO RELATÓRIO:

Trata-se de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** para apuração de responsabilidade por ato de **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS** em face de **JORGE MANOEL DA SILVA, ANGÉLICA CRISTINA QUERINO, ANTUELICA KREISEL PELEGRINO, ALZIRA DA MATTA ALMEIDA OLIVEIRA - ME, APARECIDA NAIR CAMILLO PRADO e LUCIANA FRAGOSO MAIA BORGES**, atuando o **MUNICÍPIO DE DELTA** e a **CÂMARA MUNICIPAL DE DELTA** como terceiros interessados.

A presente ação decorre de Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público, com o propósito de apurar possíveis irregularidades no processo licitatório Carta Convite nº 028/2003, processado pelo Município de Delta, bem como irregularidades na execução do respectivo contrato firmado. O mencionado processo licitatório teve como objeto a contratação de empresa para o fornecimento de artefatos de cimento.

Em relatório técnico que instrui o Inquérito Civil, foram apuradas diversas irregularidades no processo licitatório e na execução do respectivo contrato, sendo elas: **1)** a equivocada escolha do tipo de licitação; **2)** somente a empresa Alzira da Matta Almeida apresentou proposta e documentação para participar do certame; **3)** o edital foi datado de 21/05/2003 e o recibo de entrega do edital a empresas proponentes se deu em 07/05/2003; **4)** não foram localizados projetos e/ou planilhas; **5)** a empresa vencedora do certame tem como objeto apenas o comércio varejista de cimento, indicando não possuir capacidade técnica e de recursos humanos ou financeiros para a execução dos serviços contratados; **6)** não foram identificados os locais de utilização dos artefatos de cimento adquiridos, tornando impossível a verificação da real aplicação do material no fim a se destinavam; **7)** o empenho e pagamento das despesas foi realizado em valor 5,93% superior ao valor previsto no contrato, inexistindo temo aditivo que justifique o valor pago a maior; e **8)** as notas de empenho localizadas junto à contabilidade não apresentam o cumprimento da fase de liquidação de despesa, sendo impossível comprovar a efetiva entrega do material solicitado.

Alega o Órgão Ministerial que os atos perpetrados pelos requeridos consistem em improbidade administrativa. À época dos fatos, o requerido Jorge Manoel era Prefeito do Município de Delta, e supostamente contratou mesmo diante das irregularidades apontadas, além de ter permitido a liquidação das despesas sem observar a Lei 4.320/64. Já a requerida Alzira da Matta, consiste na empresa que se supostamente se beneficiou da contratação. Por sua vez, as rés Angélica, Aparecida e Antuéllica eram integrantes de Comissão de Licitação, e supostamente incorreram em ato ímprobo ao não zelarem pelo cumprimento da legislação aplicável, deixando que as irregularidades ocorressem. Lado outro, a ré Luciana atuava como Procuradora-Geral do Município, e expediu parecer jurídico favorável.

Dessarte, o Ministério Público pleiteou pela declaração de nulidade da licitação e retorno ao *status quo*, bem como pela condenação dos requeridos pela prática das condutas previstas no art. 10, inciso VIII, com a aplicação das penalidade do ressarcimento dos danos causados ao erário, a qual alega ser imprescritível.

Aduz o *parquet* que as irregularidades apontadas geraram ao Município de Delta um prejuízo originário de R\$143.570,37 (cento e quarenta e três mil quinhentos e setenta reais e trinta e sete centavos).

A petição inicial veio acompanhada do Inquérito Civil nº MPMG-0701.11.000106-5 em sua integralidade.

Os requeridos foram notificados em ID 9691589407, pág. 07 (Angélica); ID 9691589407, pág. 12 (Alzira); ID 9691589407, pág. 14 (Aparecida); ID 9691589407, pág. 17 (Jorge Manoel); e ID 9691589407, pág. 22 (Luciana). Por sua vez, a requerida Antuéllica foi notificada por edital em ID 9691589414, págs. 19/21.

A requerida Luciana apresentou defesa prévia em ID 9691589407, págs. 26/32 e ID 9691589408, alegando a inadequação da via eleita, ao argumento de que a ação de improbidade e a ação civil pública são inadequadas para declaração de nulidade de ato administrativo e devolução de valores pagos. Ademais, argumentou a ocorrência de prescrição da pretensão do *Parquet*, aduzindo que as ações de ressarcimento prescrevem no prazo de cinco anos, conforme previsto no art. 1º-C da Lei nº 9.494/97.

Outrossim, a requerida Luciana argumentou que recebia apenas as minutas dos convites e editais licitatórios, de modo que não possuía acesso ao processo de licitação, orçamento prévio, dentre outros documentos nos quais foram apontadas irregularidades. Ademais, alega que o parecer mencionado pelo Ministério Público era no sentido do prosseguimento do processo licitatório, e não no sentido de homologação e finalização do certame, sendo que o processo não retornou à Procuradoria para parecer conclusivo. Por fim, a requerida aduz que parecer jurídico não é ato administrativo e não possui caráter vinculante, sendo meramente opinativo. Assim, alega a inexistência de dolo ou culpa em sua conduta.

Escritura Pública declaratória juntada pela ré Luciana em ID 9691589410, págs. 08/09.

A ré Angélica apresentou defesa prévia em ID 9691589413, págs. 11/18, alegando sua ilegitimidade passiva, ao argumento de que não participou das reuniões para abertura de envelopes, habilitação das empresas participantes, e julgamento da proposta de preço. Ademais, alega não ter qualquer relação com a fase de liquidação de despesas, e com a fase de homologação do certame. Outrossim, a requerida Angélica também levantou a tese da prescrição da pretensão de reparação dos danos.

A requerida Angélica apresentou documento em ID 9691589413, pág. 21.

A requerida Aparecida apresentou defesa prévia em ID 9691589413, págs. 26/29, alegando que as irregularidades apontadas não são inerentes ao cargo que a aludida ocupava, no qual possuía responsabilidades reduzidas dentro da Comissão de Licitação.

Dessarte, alega que a responsabilidade pelos danos ao erário não pode ser a ela atribuída.

O curador especial da requerida Antuéllica apresentou defesa prévia em ID 9691589414, pág. 34, aduzindo que a aludida possuía papel reduzido na Comissão de Licitação, e que a responsabilidade pelo processo licitatório era do Presidente da Comissão, respaldada pelo parecer do Departamento Jurídico. Assim, alega que não tinha poderes de decisão, e que agiu estritamente dentro da legalidade, não praticando atos eivados de dolo ou culpa. Outrossim, alegou que não houve efetivo prejuízo ao erário, já que o Município se beneficiou dos produtos adquiridos, de modo que eventual condenação ao ressarcimento geraria enriquecimento ilícito.

Os requeridos Jorge Manoel e Alzira deixaram transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de defesa prévia.

O Ministério Público se manifestou sobre as defesas prévias em ID 9691589415, págs. 09/15, rechaçando os argumentos trazidos pelos requeridos.

A decisão de ID 9691589415, pág. 16 recebeu a petição inicial e determinou a citação dos réus para apresentação de contestação. Ademais, determinou a citação do Município de Delta e da Câmara Municipal de Delta, para integrarem a lide como terceiras interessadas.

Os requeridos foram citados em ID 9691589415, pág. 20 (Angélica); ID 9691589415, pág. 25 (Alzira); ID 9691589415, pág. 27 (Aparecida Nair); ID 9691589416, pág. 02 (Antuéllica, na figura do Curador Especial); e ID 9691592259, pág. 18 (Jorge Manoel). A requerida Luciana não foi pessoalmente citada, mas compareceu espontaneamente no feito apresentando contestação, devendo ser dada como citada, com fulcro no art. 239, §1º, do CPC.

O Município de Delta foi citado em ID 9691589415, pág. 29, e a Câmara Municipal de Delta foi citada em ID 9691589415, pág. 31.

A requerida Luciana apresentou contestação em ID 9691589416, págs. 10/24, e ID 9691589417, págs. 01/09, reiterando os argumentos outrora trazidos na defesa prévia. Ademais, complementou a defesa alegando a regularidade do processo licitatório, e inexistência de danos ao erário, ao argumento de que os materiais licitados foram devidamente entregues à administração pública, e que o preço praticado pela empresa vencedora do certame era respaldado pelo mercado. Subsidiariamente, em caso de procedência da demanda, requereu que a condenação se dê de maneira proporcional ao grau de

culpa de cada requerido, sugerindo o percentual de 5% para o seu caso.

Já a ré Angélica apresentou contestação em ID 9691592258, págs. 09/17, reiterando a matéria arguida em defesa prévia, e aduzindo a inexistência de irregularidades no certame, bem como a inexistência de dolo ou culpa de sua parte.

Por sua vez, a requerida Aparecida apresentou contestação em ID 9691592258, págs. 23/26, apenas reiterando os termos da defesa prévia.

Em ID 9691592259, págs. 01/04 aportou nos autos defesa prévia da ré Antuéllica, por meio de curador especial, também reiterando a defesa prévia.

Por seu turno, os requeridos Jorge Manoel e Alzira da Matta deixaram o prazo para contestação transcorrer *in albis*. No mesmo sentido, o Município de Delta e a Câmara Municipal de Delta também não apresentaram manifestação no feito.

O Ministério Público apresentou impugnação às contestações em ID 9691592259, págs. 21/33, contra-argumentando a defesa dos requeridos.

A decisão de ID 9691592260, pág. 28 deferiu o benefício da gratuidade de justiça à requerida Luciana.

Instadas a especificarem as provas que pretendiam produzir, o Ministério Público e as requeridas Angélica e Antuéllica pugnaram julgamento antecipado do feito (ID 9691592263, págs. 30/31), ao passo que a requerida Luciana pleiteou pela produção de prova documental e oitiva de testemunhas (ID 9691592263, pág. 28).

A decisão saneadora de ID 9691592263, págs. 34/36 afastou a preliminar de inadequação da via eleita, e protelou a análise das preliminares de ilegitimidade passiva, por se confundirem com o mérito da demanda. Ademais, determinou a suspensão da demanda até o julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, o qual discutia sobre a prescrição da condenação de ressarcimento ao erário.

Em ID 9691592265 foi noticiada a insolvência civil da requerida Luciana Fragoso.

A decisão de ID 9691592265, pág. 25 indeferiu a produção de prova oral, e declarou encerrada a fase instrutória. Ademais, determinou o prosseguimento do feito em relação a todos os requeridos.

A requerida Luciana apresentou alegações finais em ID 9691592265, pág. 28/ 32 e ID 9691592266, págs. 01/03, ao passo que o Ministério Público apresentou memoriais em ID 9763901444. Os demais requeridos permaneceram inertes no ponto.

A decisão de ID 9738140852 homologou a virtualização do feito.

Os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório. **Decido.**

II - DA FUNDAMENTAÇÃO:

Infere-se dos autos a ausência de irregularidades, nulidades processuais, questões preliminares ou prejudiciais a serem enfrentadas nesta fase.

Insta elucidar que a prejudicial de mérito da prescrição ficou superada pelo julgamento do Tema nº 897 pelo STF, no qual foi firmada a seguinte tese: *"são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa"*.

Ademais, antes de apreciar o mérito propriamente dito, decreto a revelia dos réus Alzira da Matta Almeida Oliveira - ME e Jorge Manoel da Silva, com fulcro no art. 344 do CPC, considerando que foram devidamente citados e deixaram de apresentar contestação.

Da mesma forma, também é caso de decretação de revelia da requerida Aparecida Nair Camillo Prado. Em que pese a aludida tenha apresentado contestação e defesa prévia, não juntou aos autos procuração outorgando poderes ao patrono subscritor das peças, de modo que as petições por ele atravessadas não podem ser consideradas eficazes, em consonância com o art. 104 do CPC, o qual dispõe:

Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, **o advogado deverá, independentemente de caução, exibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias**, prorrogável por igual período por despacho do juiz.

§ 2º **O ato não ratificado será considerado ineficaz relativamente àquele em cujo nome foi praticado**, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos.

Dessarte, realizada tal digressão, e estando o feito livre e desembaraçado, passo a adentrar o mérito da demanda.

Cumpre elucidar, inicialmente, que o Direito pátrio consagrou o sistema da jurisdição única e o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), confiando ao Poder Judiciário a missão de zelar para que os atos administrativos de quaisquer dos Poderes pautem-se pela estrita obediência dos preceitos contidos na Lei Maior e na legislação infraconstitucional.

Mister se faz, ainda em sede de considerações iniciais, assentar o que seriam os atos de improbidade administrativa. A improbidade administrativa pode ser entendida como o desrespeito, por parte daqueles que mantêm contato com o patrimônio público, aos princípios constitucionais éticos, de lealdade, de boa-fé, e demais regras que regem a Administração Pública. Dessarte, seu conteúdo não se resume a uma mera incompatibilidade formal da conduta do agente como ao modelo abstratamente estabelecido em lei.

Por isso, pode-se dizer que nem todo ato formalmente ilegal será ímprobo, assim como nem todo ato ímprobo será formalmente ilegal. Haverá improbidade, por exemplo, na conduta desconforme com os princípios e valores que inspiram a ordem jurídica, tais como a ética, a boa moral, a honestidade, etc., ainda que o ato não seja formalmente ilegal. De outra mão, o ato praticado em desacordo com determinada regra legal (ilegalidade restrita), não será necessariamente ímprobo, mas só o será se houver a conotação de imoralidade, desonestidade.

A ilegalidade do ato, portanto, traz um relevante indício de improbidade, mas com esta não se confunde, pois se assim o fosse, toda concessão da ordem em Ação de Mandado de Segurança, por exemplo, implicaria em automática imputação de improbidade à autoridade coatora, o que não é correto concluir. A improbidade afigura-se como uma ilegalidade qualificada por uma especial reprovação que recai sobre a conduta do sujeito.

Já se vê que dois são os princípios balizadores do dever de probidade, a saber, o da legalidade e o da moralidade, ambos relacionados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito, retira dos agentes públicos a chamada autonomia da vontade, vez que a sua liberdade é tão somente a que a lei lhe concede, sendo-lhe defeso invocar elementos de ordem subjetiva em sua atuação, a menos que a

lei deixe margem para escolhas, hipótese na qual não poderá o Judiciário emitir um juízo de mérito sobre o ato praticado, ou seja, não lhe competirá dizer sobre a conveniência e oportunidade do ato, uma vez que isto significaria indevida intrusão nas exclusivas esferas de atribuições dos outros Poderes.

Por sua vez, o princípio moralidade administrativa exige do agente uma atuação sempre voltada à consecução do interesse público, segundo os ditames de justiça, honestidade, lealdade e boa-fé. Distingue-se da legalidade por ser mais amplo. Viola este princípio todo comportamento que ofenda "*a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade*" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. - 35. ed. - São Paulo: Atlas, 2022. p. 419).

A aferição da moralidade se faz em cada caso concreto, cotejando os motivos invocados pelo agente para a prática do ato, com a finalidade legal visada, para se extrair se houve necessária adequação e se o agente atuou deveras imbuído de uma finalidade pública. Se, embora formalmente legal, o agente pretendeu, por exemplo, prejudicar ou beneficiar terceiros, ou a si mesmo, o ato será imoral, incompatível com o que se espera do bom administrador.

Analizados os princípios que servem de ferramentas para se compreender a improbidade administrativa, faz-se necessário tecer considerações acerca das modificações realizadas pela Lei nº14.230 de 2021 na Lei de Improbidade Administrativa - LIA, já que geram impactos diretos no caso em concreto.

A Lei de Improbidade Administrativa, definiu os atos de improbidade em três dispositivos: no artigo 9º, no qual discorre acerca dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; no artigo 10, no qual trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário; e no artigo 11, no qual indica os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Constata-se, assim, que a improbidade administrativa nem sempre pressupõe o dano ao erário ou o enriquecimento ilícito do agente, bastando que haja atentado doloso contra os princípios da Administração Pública, hipótese esta enquadrada no art. 11 da Lei nº 8.429/92, como se dá no caso do agente público que atua com desvio de finalidade, valendo-se da máquina pública para satisfação de interesses próprios, como para agraciar seus apadrinhados ou perseguir seus inimigos, sem que com isso se lese o erário ou se locuplete ilicitamente.

Importante elucidar que anteriormente à reforma legislativa, os tipos previstos nos incisos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 eram meramente exemplificativos, conclusão que decorria do vocábulo "notadamente", empregado pelo legislador nos aludidos dispositivos. Atualmente, entretanto, o vocábulo "notadamente" foi retirado do art. 11, o qual passou a trazer um rol taxativo dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. Nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR - RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA - CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE ELEVADO NÚMERO DE SERVIDORES PELO MUNICÍPIO DE VESPASIANO - ATO QUE NÃO SE ENQUADRA NOS INCISOS DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 - ROL TAXATIVO - ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DANO AO ERÁRIO - NÃO CONSTATAÇÃO. 1. Segundo a Lei 8.429/1992, os atos de improbidade subdividem-se em: a) atos que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos que causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). 2. "Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador" (art. 1º, § 4º, da Lei 8.429/1992, com a redação dada pela Lei 14.230/2021). 3. O reconhecimento da ação de improbidade administrativa como parte do Direito Administrativo Sancionador e sua aproximação com a esfera penal conduz à aplicação do art. 5º, XL, da CF, que prevê a retroatividade da lei mais benéfica ao réu. Inteligência das teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no recente julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989/PR, representativo da controvérsia descrita no Tema 1.199. 4. **Com a nova redação da Lei 8.429/1992 dada pela Lei 14.230/2021, apenas as condutas descritas nos incisos do artigo 11 caracterizam-se atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, tratando-se de rol taxativo, e não mais exemplificativo.** Condutas descritas na petição inicial que não se enquadram em qualquer dos incisos do art. 11 da Lei 8.429/1992. 5. Recurso não provido. (TJMG- Apelação Cível 1.0000.20.008915-9/001, Relator(a): Des.(a) Áurea Brasil, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/09/2022, publicação da súmula em 08/09/2022)

Outra modificação importante realizada pela lei, foi a exigência, exclusivamente do dolo, para configuração do ato de improbidade administrativa, excluindo a conduta ou omissão culposa, antes prevista no art. 10 da LIA, que trata dos atos de improbidade que causam prejuízo ao erário. Assim, independentemente da conduta se amoldar no art. 9º, 10 ou 11 da Lei 8.429/92, é insuficiente a demonstração da culpa, devendo estar comprovada a conduta dolosa, assim entendida como aquela conscientemente dirigida à produção do

resultado desprestigiado, e imbuída de má-fé e desonestidade. Acerca da temática, dispõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] **O enquadramento na lei de improbidade exige dolo por parte do sujeito ativo.** Quanto a esse aspecto, a Lei nº 14.230 alterou a Lei nº 8.429, que admitia também a culpa no artigo 10. No entanto, **já na vigência da redação anterior entendíamos que, quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso pesquisar se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.** A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, **a aplicação da lei de improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa.** A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. **A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.** [...] (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. - 35. ed. - São Paulo: Atlas, 2022. p. 1.035).

Extirpando qualquer divergência acerca da temática, o Tema nº 1.199 do STF fixou a tese de que "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".

Em complemento, conforme dispõe a citada jurista Maria Sylvia Zanella, depois de confirmadas a presença de todos os requisitos para a configuração da improbidade, há que se perguntar se haverá proporcionalidade entre a ação lesiva do agente e as punições dispostas na Lei de Improbidade.

Nesse ponto, elucidativo é o exemplo colhido da doutrina pátria, onde se diz que o agente que utiliza um grampo da repartição pública em que trabalha, para prender documentos pessoais, vindo a levá-lo para a casa, não pratica improbidade administrativa, dada a ínfima lesividade causada.

O princípio da proporcionalidade, portanto, visa a estabelecer um critério de adequação entre o ilícito e os efeitos que podem advir da aplicação da Lei nº 8.426/92.

O certo é que a lesão ou enriquecimento ínfimo, ou ainda a inobservância de princípios administrativos decorrentes de erro de direito escusável e que não impliquem em comprometimento do bem comum, há que serem tidos como atípicos em face da mencionada lei, sem prejuízo de eventuais punições administrativas de natureza e proporções compatíveis com o ato praticado.

Prosseguindo, questão importante de ser elucidada é acerca dos sujeitos ativos do ato de improbidade, o que se relaciona diretamente com a legitimidade dos requeridos para figurarem no polo passivo da lide. Podem ser sujeitos ativos do ato de improbidade, segundo o art. 2º *caput* e parágrafo único da LIA, e conforme melhor elucidado pela jurista Maria Sylvia Zanella:

"[...] **(a)** os agentes políticos (parlamentares de todos os níveis, Chefes do Poder Executivo federal, estadual e municipal, Ministros e Secretários dos Estados e dos Municípios); **(b)** os servidores públicos (pessoas com vínculo empregatício, estatutário ou contratual, com o Estado); **(c)** os militares (que também têm vínculo estatutário, embora referidos na Constituição fora da seção referente aos servidores públicos); e **(d)** os particulares em colaboração com o Poder Público (que atuam sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente). [...]" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. - 35. ed. - São Paulo: Atlas, 2022. p. 1.028).

É o caso dos requeridos Jorge Manoel, Angélica, Antuéllica, Aparecida e Luciana Fragoso, os quais consistiam em servidores públicos à época dos fatos, e conseqüentemente sujeitos ativos próprios, já que exerciam as funções, respectivamente, de Prefeito, integrantes da Comissão de Licitação, e Procuradora-Geral do Município, respectivamente.

Também é o caso da requerida Alzira da Matta Almeida Oliveira - ME, a qual se enquadra na hipótese do parágrafo único do art. 2º, parágrafo único, considerando que consiste em pessoa jurídica que celebrou com a administração contrato decorrente de licitação. Nesse sentido:

Art. 2º. [...]

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão,

termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

Além disso, o art. 3º, §1º da LIA também permite que os sócios de pessoa jurídica de direito privado respondam por atos de improbidade administrativa imputados à pessoa jurídica, quando houve participação direta. É o que a doutrina chama de sujeito ativo impróprio. O aludido artigo dispõe *in verbis*:

Art. 3º. As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

§ 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação.

Ademais, antes de analisar o suposto ato de improbidade atribuído aos requeridos, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da (i)rretroatividade da lei nº 14.230/2021, que trouxe diversas modificações à Lei nº 8.429/92.

A Lei de Improbidade Administrativa, passou a prever, em seu art. 1º, §4º, que aplicam-se ao sistema de improbidade "*os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*", o qual materializa o *ius puniendi* na ceara cível. Isso significa dizer que o caráter sancionatório da ação de improbidade ocasiona na aplicação do regime do direito sancionador, devendo por isso serem observados os princípios e garantias ínsitos ao direito penal e ao direito processual penal, em favor da parte ré. Infere-se, assim, que embora a ação de improbidade administrativa siga o procedimento previsto no Código de Processo Civil, não possui natureza puramente civil.

Por consequência, aplica-se analogicamente à Lei de Improbidade Administrativa o art. 5º, inciso XL da Constituição Federal, o qual consiste em princípio fundamental do direito sancionador, e disciplina que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Dessarte, a legislação que prevê sanções por atos ímprobos, também não deverá retroagir, salvo em benefício do réu.

A despeito de tal entendimento não ser pacífico, é o entendimento majoritariamente seguido pela jurisprudência. Nesse sentido, dispõem os julgados recentíssimos colacionados abaixo:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO - ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA - CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS - INDEFERIMENTO PELO JUIZ - REQUISITOS DO ARTIGO 16, §3º DA LEI N.º 8.429/1992 - ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N.º 14.230/2021 - APLICABILIDADE IMEDIATA - NORMA PROCESSUAL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA - DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR - INCIDÊNCIA - FUMUS BONI IURIS - PRESENÇA - PERICULUM IN MORA - AUSÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. - Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/1992), tornou-se indispensável, para o deferimento da medida cautelar de indisponibilidade de bens dos Réus, a efetiva demonstração de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, bem como da probabilidade de ocorrência dos atos descritos na inicial, conforme previsto no artigo 16, §3.º, do referido Diploma legal. - As disposições que regem a indisponibilidade de bens são de natureza processual, sendo dotadas, portanto, de aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 14 do Código de Processo Civil. - **A Lei n.º 14.230/2021 determina a incidência, no sistema da improbidade administrativa, dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador, por isso aplicável, nessa matéria, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (Constituição da República, artigo 5.º, inciso XL) conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça. [...]** (TJMG- Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.139363-2/001, Relator(a): Des.(a) Márcio Idalmo Santos Miranda, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 04/10/2022, publicação da súmula em 04/10/2022)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - **AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA** - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - IRRETROATIVIDADE - AGENTE PENITENCIÁRIO - PROCESSO SELETIVO - FRAUDE - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INOCORRÊNCIA - TIPOLOGIA - ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92 - **ALTERAÇÃO - LEI Nº 14.230/2021 - RETROATIVIDADE.** - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Tema nº 1.199 da Repercussão Geral, firmou a tese da irretroatividade da prescrição intercorrente instituída pela Lei nº 14.230/21, que alterou a Lei nº 8.429/92. - A Lei 8.429/92 divide os atos de improbidade administrativa entre aqueles que importam em enriquecimento ilícito em razão do recebimento de vantagem patrimonial indevida (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário por ação ou omissão dolosa (art. 10) e aqueles que atentam contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11). - Na análise do elemento subjetivo do tipo para a caracterização do ato de

improbidade administrativa, deve ser acentuado de que se trata de conduta que somente poderá tipificada na modalidade dolosa, mediante vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos art. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. - **A retroatividade da lei mais benéfica em favor do agente constitui princípio fundamental do direito sancionador (art. 5º, inciso XL, CR/88).** - Com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/20121, não se admite a imputação da prática de improbidade administrativa com fundamento no art. 11 da LIA sem que o fato esteja tipificado nas hipóteses taxativas de seus incisos. (TJMG-Apelação Cível 1.0439.15.012917-9/001, Relator(a): Des.(a) Magid Nauef Láuar (JD Convocado), 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 25/10/2022, publicação da súmula em 04/11/2022)

Assim, infere-se que as inovações trazidas pela Lei nº 14.230/2021, que venham a beneficiar os requeridos, devem retroagir e serem aplicadas aos fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, como é o caso *sob judice*.

Tecidas tais considerações, passo, doravante, a analisar o suposto ato de improbidade atribuído aos requeridos, verificando a ocorrência de violação da ordem jurídica, valorando o elemento volitivo, subsumindo, se possível, tais atos com as hipóteses previstas em lei e cotejando o caso com o princípio da proporcionalidade.

Em exordial, o Ministério Público pugnou pela condenação dos requeridos pela prática da conduta tipificada no art. 10, inciso VIII da Lei nº 8.429/92, em decorrência de suposta fraude em processo de licitação que ocasionou na contratação da empresa Alzira da Matta Almeida Oliveira, para fornecimento de artefatos de cimento (Carta Convite nº 028/2003).

Inicialmente, o *Parquet* aponta irregularidade na escolha equivocada do tipo de licitação, ao argumento de que o certame deveria ter sido realizado na modalidade "tomada de preços", e não na modalidade "carta convite".

Acerca das modalidades de licitações em função do preço ajustado, o art. 23 da Lei nº 8.666/1983 dispõe:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços-até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II-para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

c) concorrência-acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

No caso em testilha, o orçamento anexo ao edital da Carta Convite demonstra que os gastos estimados para o fornecimento dos materiais objeto do certame era de R\$137.489,00 (cento e trinta e sete mil quatrocentos e oitenta e nove reais), valor superior ao teto previsto para compras na modalidade carta convite, no importe de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), conforme art. 23, inciso II, alínea "a" da Lei de Licitações.

O objeto do certame em apreço era o fornecimento de artefatos de cimento (manilhas de concreto e meio-fio), sendo cediço que não se enquadra em "obras e serviços de engenharia", e sim em compra/fornecimento de bens, conforme conceitos trazidos pela própria Lei de Licitações, em seu art. 6º, *in verbis*:

Art.6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

I- **Obra**- toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II- **Serviço**- toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

III- **Compra**- toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

Desse modo, denota-se que indubitavelmente a modalidade do certame foi equivocada, contrariando as disposições da Lei nº 8.666/1983.

Ainda que se admitisse que o objeto do contrato se amolda à modalidade de "obras e serviços", e que por isso o valor contratado estaria dentro dos limites fixados pelo art. 23 da Lei de Licitações, o certame estaria eivado de irregularidade. Isso porque, neste caso, a licitação deveria vir acompanhada de projetos da obra a ser executada, devidamente autorizado pela autoridade competente; dos orçamentos detalhados em planilhas, dispondo sobre todos os custos unitários; dentre outros documentos e diligências elencadas no art. 7º da Lei nº 8.666:

Art. 7º. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I- projeto básico;

II- projeto executivo;

III- execução das obras e serviços.

§1º A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que também autorizado pela Administração.

§2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I- houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II- existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III- houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV- o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

No caso em comento, a licitação não contou com os documentos citados no artigo mencionado, o que corrobora com a constatação de que o objeto do certame era somente a compra de artefatos, a qual se limitaria ao teto de R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

Outra irregularidade verificada no processo licitatório, após realização de auditoria, diz respeito à ausência de liquidação da despesa, previamente ao pagamento. A liquidação é um requisito básico que antecede o pagamento, por meio da qual se comprova que o credor cumpriu todas as obrigações constantes no empenho, sendo fase imprescindível nos pagamentos promovidos pela Administração Pública, nos termos do art. 62 da Lei nº 4.320/64. Nesse sentido:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

No caso da liquidação para pagamento de artefatos/produtos, é imprescindível a apresentação de comprovante de entrega do material, conforme dispõe o art. 63, §2º do mesmo dispositivo legal mencionado:

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º Essa verificação tem por fim apurar:

I - a origem e o objeto do que se deve pagar;

II - a importância exata a pagar;

III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I - o contrato, ajuste ou acórdão respectivo;

II - a nota de empenho;

III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Assim, denota-se que houve descumprimento da legislação aplicável, porquanto a fase de liquidação das notas de empenho não foi realizada. Insta elucidar, inclusive, que nos autos do presente processo e nos autos do Inquérito Civil não foram colacionados documentos que demonstrem que os produtos contratados foram efetivamente fornecidos ao Município de Delta.

Além disso, a auditoria também constatou que o empenho e o pagamento de despesas foi realizado em valor superior ao contratado, no importe de R\$8.044,57 (oito mil e quarenta e quatro reais e

cinquenta e sete centavos), inexistindo contrato aditivo que justifique o pagamento realizado à maior.

Conforme documento de ID 9691587656, a contratação foi ajustada pelo preço de R\$135.525,80 (cento e trinta e cinco mil quinhentos e vinte e cinco reais e oitenta centavos), constando expressamente no inciso VIII da Cláusula Quarta que os preços ajustados são "líquidos, nele incluídos todos os custos, impostos, taxas, benefícios, e constituirá, a qualquer título, a única e completa remuneração pelo adequado e perfeito fornecimento [...]".

Consta ainda dos documentos que instruem a inicial, que o recibo de entrega da carta convite foi assinado pelas empresas convidadas em 07 de maio de 2003, sendo que o edital foi datado de 21 de maio de 2033, e a abertura dos envelopes ocorreu em 29 de maio de 2023. O fato do edital ter sido publicado posteriormente ao recebimento das cartas pelas empresas indica uma possível fraude no certame.

Outro indício de fraude, que aponta para uma tentativa de beneficiar a empresa requerida e burlar a isonomia e o caráter competitivo da contratação, é o fato de que das empresas convidadas, apenas a ré compareceu no dia da apresentação das propostas, o que gera certa estranheza, notadamente considerando que a modalidade de Carta Convite é menos concorrida, aumentando as possibilidades das empresas participantes vencerem o certame.

Da mesma forma, também indicando que o certame foi fraudado, a auditoria realizada em sede de Inquérito Civil apurou que a empresa vencedora da licitação não possui capacidade técnica e recursos humanos e/ou financeiros para execução dos serviços contratados, o que também é corroborado pelo Comprovante de Situação Cadastral de ID 9691587659, pág. 11, que aponta que a ré é Microempresa individual cadastrada no ramo do comércio varejista de materiais de construção.

A burla ao processo licitatório implica em nítida discricionariedade na escolha da empresa, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o caráter competitivo das contratações, além de constituir em vedação expressa da Lei nº 8.666/1993 e da Constituição Federal. Nesse sentido:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao

instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Art. 5º. [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

As condutas praticadas também atentam contra o patrimônio público, conforme prevê o art. 5º, inciso IV, alíneas "a" e "d" da Lei nº 12.846/2013:

Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

[...]

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente.

Ante o exposto, vislumbra-se claramente a ilegalidade formal das condutas praticadas, ou seja, uma incompatibilidade com aquilo que é estabelecido na Lei de Licitações e na Constituição Federal.

Entretanto, conforme já explicitado, nem toda conduta contrária à regra legal (ilegalidade restrita) presume a improbidade, devendo ser averiguado se a conduta fere os princípios éticos que regem a Administração Pública.

No caso em testilha não há dúvidas de que também houve violação aos princípios da administração pública. De início, vislumbra-se atentado ao princípio da legalidade, uma vez que os atos praticados não se encontram dentro dos limites do que a lei autoriza, sendo que à administração pública somente é permitido fazer o que a lei autoriza, ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

Denota-se ainda uma violação ao princípio da impessoalidade, já que houve nítida preferência discricionária de contratação com determinada empresa. Ademais, também há clara ofensa ao princípio da moralidade, uma vez que as condutas em análise ferem as regras da boa administração e a ideia comum de honestidade, já que geraram prejuízos ao erário e violam diversos princípios que regem a administração pública como um todo.

Assim, caracterizada a conduta ímproba, necessário verificar a presença do dolo específico, o qual constitui em elemento subjetivo imprescindível para verificação da tipicidade do ato praticado. Conforme conceito trazido no art. 1º, §2º da Lei de Improbidade Administrativa, o dolo pode ser entendido como *"a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente"*.

Dessarte, é necessário a demonstração do elemento volitivo, da consciência de que a conduta praticada vai em desconformidade com os princípios da administração pública, e da finalidade de se obter o resultado lesivo.

Na hipótese em exame, entendo que restou devidamente evidenciado o dolo dos requeridos Alzira da Matta Almeida Oliveira - ME, Jorge Manoel da Silva e Aparecida Nair Camillo Prado, sofre os quais recaem os efeitos da revelia, gerando a presunção da matéria fática aduzida pelo Ministério Público na exordial.

Ademais, por todo o exposto anteriormente, é possível deduzir um conluio entre os participantes do procedimento licitatório e a Administração Municipal, com o intuito de favorecer o licitante vencedor, o que indica o ato consciente dos envolvidos quando da prática de condutas de má-fé.

Tudo leva a crer que o Sr. Jorge Manoel, enquanto prefeito, tinha pleno conhecimento das ilicitudes praticadas, e com elas corroborou, notadamente considerando que permitiu o pagamento dos valores contratados mesmo sem a prévia liquidação das despesas, e assinou diversos documentos do processo licitatório, inclusive o documento de contratação.

No mesmo sentido, as provas indicam o conluio da empresa vencedora do certame, mormente considerando que foi diretamente beneficiada pela fraude, recebendo significativa quantia do erário, mesmo sem comprovar a entrega dos materiais contratados.

Já a requerida Aparecida era integrante da Comissão de Licitação do Município, a qual, segundo se depreende dos autos, teria solicitado a realização do certame na modalidade "carta convite". Tal constatação se extrai do parecer emitido pela Procuradora Geral do Município, o qual foi dirigido aos membros da Comissão de Licitação, e se atém a explicar o funcionamento e requisitos formais da modalidade de licitação por Carta Convite. Além disso, os documentos da licitação foram por ela assinados, inclusive o "edital" da Carta Convite, com data divergente ao recibo exarado pelas empresas convidadas, conforme outrora evidenciado.

Insta elucidar que cabia aos citados réus fazer prova em sentido contrário, demonstrando o não envolvimento no conluio, o que não lograram êxito em fazer, notadamente considerando os efeitos da revelia.

Prosseguindo, pelos mesmos motivos acima expostos em relação à requerida Aparecida, entendo que devidamente demonstrado o dolo das requeridas Antuéllica e Angélica, também integrantes da Comissão de Licitação, ambas participantes de todas as fases do certame, inclusive exarando assinatura nos principais documentos.

Cumprido elucidar que o fato da requerida Angélica não ter participado presencialmente da abertura dos envelopes, por si só, não afasta sua má-fé, porquanto não é suficiente para indicar que a aludida não tinha domínio fático sobre o ocorrido, ou que não participou da "montagem" do processo licitatório fraudulento.

Evidenciado o conluio e o conseqüente dolo dos requeridos Angélica, Antuéllica, Aparecida, Jorge Manuel e Alzira da Matta.

No mesmo sentido, dispõe o julgado colacionado abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR

ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, DA LEGALIDADE E DA IMPESSOALIDADE - ART. 11 DA LEI Nº. 8.429/92 - DOLO GENÉRICO. 1- "O elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico." (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011) 2- In casu, **houve a demonstração da existência de um conluio entre os participantes do procedimento licitatório e a Administração Municipal, com o intuito de favorecer o licitante vencedor, tendo havido a simulação de um procedimento licitatório, na modalidade convite, de forma dolosa e desidiosa pelo ex-Prefeito Municipal, mostrando-se tal conduta dissociada da legalidade e moralidade públicas, configurando-se, assim, o ato de improbidade administrativa.** (TJMG-Apelação Cível 1.0433.06.186300-0/002, Relator(a): Des.(a) Jair Varão, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 24/02/2023, publicação da súmula em 28/02/2023)

Por outra via, entendo que não restou demonstrado o dolo por parte da Procuradora-Geral do Município, a ré Luciana. O Ministério Público vem atribuindo o dolo da aludida ao fato de que a mesma expediu parecer jurídico favorável para a realização do certame.

Contudo, ao meu sentir, as provas dos autos não demonstram que a requerida tinha domínio fático sobre todo o processo licitatório. O mencionado parecer jurídico faz uma análise tão somente dos requisitos legais formais da Carta Convite/Edital, sendo seguido de uma sugestão de minuta.

Assim, o parecer jurídico não teve como objeto a análise da adequação da modalidade de licitação escolhida frente ao preço contratado. A requerida esclareceu ainda que nesta fase do processo licitatório, recebia exclusivamente as minutas dos editais e Carta Convite para elaboração do parecer, de modo que não possuía acesso aos valores envolvidos no certame.

Corroborando com as alegações da requerida Luciana, foi juntada a Escritura Pública Declaratória de ID 9691589410, págs. 08/09, na qual as servidoras públicas Cristiele da Silva Ribeiro e Poliani Aparecida dos Santos alegaram que "à Procuradora-Geral Luciana Fragoso Maia Borges eram enviadas para elaboração de parecer jurídico apenas e tão somente cópia das minutas dos editais ou da carta convite elaboradas previamente pela Comissão de Licitação ou

pela repartição interessada, não tendo a Procuradoria-Geral acesso, nessa fase, ao processo licitatório ou a valores envolvidos".

Além disso, o próprio parecer demonstra que o "aval" favorável exarado pela Procuradora Geral não foi em relação a todo o processo licitatório, tanto é que fez constar expressamente que "solicitamos que o futuro processo licitatório seja remetido a esta Procuradoria para o parecer jurídico referente a conclusão do processo [...]". Contudo, ao que consta dos autos, nas fases subsequentes do certame o processo licitatório não foi enviado à Procuradoria para parecer.

Assim, entendo que as provas são insuficientes para demonstrarem o dolo da requerida Luciana, já que indicam que a aludida não teve participação em todo o processo licitatório, afastando a hipótese de conluio.

Considerando que a exordial imputa aos requeridos a conduta tipificada no art. 10, *caput* e inciso VIII da Lei de Improbidade Administrativa, necessário verificar se houve o correto enquadramento da conduta.

Conforme já explicitado, o art. 10 traz um rol exemplificativo, bastando que a conduta praticada cause lesão ao erário, ou seja, gere "*perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres*", conforme previsão do *caput*, sendo desnecessário que a conduta se amolde em um dos incisos previstos. No caso em tela, entretanto, o Ministério Público requereu a condenação dos requeridos com fulcro no inciso VIII, que em sua nova redação dispõe:

Art. 10. [...].

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**.

Assim, com a modificação legislativa ocasionada, passou-se a exigir que a frustração da licitude do processo licitatório acarrete a perda patrimonial efetiva.

No caso *sob judice*, restou demonstrado que houve perda patrimonial efetiva. Conforme bem elucidado pelo Ministério Público, nos casos em que há ilegalidade na contratação, a jurisprudência majoritária entende que o dano é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público perde a oportunidade de contratar a melhor proposta. Nesse sentido, dispõem os julgados colacionados abaixo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NOVO JULGAMENTO DETERMINADO PELO STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. PRESUNÇÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO PELO ENTE PÚBLICO. DANO IN RE IPSA RECONHECIDO. RESTITUIÇÃO AO ERÁRIO. ELEMENTOS DOS AUTOS. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. OBSERVÂNCIA. - **A fraude no processo licitatório implica dano in re ipsa, circunstância que torna devida a indenização ao poder público prejudicado conforme entendimento uniforme do Superior Tribunal de Justiça.** - Sob a ótica do referido tribunal superior, é preciso avaliar as circunstâncias do caso concreto, e, mediante uso da proporcionalidade e da razoabilidade, estabelecer o valor a ser restituído para evitar o enriquecimento indevido da Administração. - Nada obstante, descabe presumir que o dano ao erário tenha sido equivalente ao valor da licitação, notadamente quando ocorreu o fornecimento de todo o material ao Município, e, por tal, tornou devida a correspondente contraprestação pecuniária, sob pena de validar o enriquecimento ilícito deste. - Hipótese na qual não foi produzida prova mínima a quantificar eventual distorção entre o preço cobrado pela licitante vencedora e aquele praticado no mercado, motivo pelo qual mantém-se a condenação imposta na sentença, que atende à razoabilidade e à proporcionalidade, bem como às nuances do caso concreto. (TJMG - Apelação Cível 1.0637.06.035964-2/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/06/2021, publicação da súmula em 05/07/2021)

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PRELIMINARES - INÉPCIA DA INICIAL - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - REJEIÇÃO - FRAUDE EM LICITAÇÃO - COMPROVAÇÃO - DANO IN RE IPSA - RESSARCIMENTO AO ERÁRIO - DOSIMETRIA DAS PENAS - PARÂMETROS - MULTA, PROIBIÇÃO DE CONTRATAR E SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS - PROPORCIONALIDADE - ATO ÍMPROBO CULPOSO - DECOTAÇÃO DA MULTA CIVIL - POSSIBILIDADE - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Rejeitada a alegação de inépcia da inicial por decisão não recorrida, inadmissível a reapreciação da questão, pois apesar de as matérias de ordem pública não estarem sujeitas à preclusão temporal, podendo ser alegadas a qualquer tempo, submetem-se à preclusão consumativa. 2. A minguada de previsão legal, não há falar-se em litisconsórcio passivo necessário entre os agentes públicos e o Presidente da Câmara Municipal, em ação de improbidade administrativa, conforme entendimento do STJ. 3. Comprovada nos autos a fraude e o direcionamento da licitação, resta configurado o ato de improbidade administrativa. **4. De acordo com a jurisprudência do STJ, a frustração do procedimento licitatório configura hipótese de dano in re ipsa, uma vez que o prejuízo é**

inerente ao ato ímprobo. 5. Deve ser afastada a tipificação simultânea das condutas nos arts. 10 e 11, da Lei nº 8.429/92, porquanto havendo atos que podem ser tipificados em vários dispositivos legais, aplica-se o princípio da absorção, prevalecendo a norma de nível punitivo mais elevado. 6. In casu, afigura-se proporcional a aplicação concomitante das penalidades de ressarcimento integral do dano, multa civil, perda do cargo público e suspensão dos direitos políticos, notadamente em razão da gravidade dos fatos. 7. Admite-se a redução da penalidade aplicada em relação aos agentes que praticaram o ato ímprobo na modalidade culposa, sendo adequada a decotação da multa civil. Precedentes do STJ e do TJMG. 8. Recursos parcialmente providos. (TJMG- Apelação Cível 1.0134.13.012918-9/001, Relator(a): Des.(a) Raimundo Messias Júnior, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/05/2019, publicação da súmula em 07/06/2019)

No caso em comento, entendo que o valor do dano ao erário corresponde ao valor integral do contrato firmado, somado ao valor empenhado e pago à maior, o que totaliza o montante originário de R\$143.570,37 (cento e quarenta e três mil quinhentos e setenta reais e trinta e sete centavos), valor o qual deverá ser devidamente corrigido monetariamente.

Ademais, não cabe falar em locupletamento ilícito do Município em virtude de condenação ao ressarcimento integral, mormente considerando que não há demonstração de que a mercadoria contratada foi efetivamente recebida pelo Ente Público, conforme consta no Inquérito Civil.

Assim, vislumbra-se a subsunção da conduta praticada, ao tipo previsto no *caput* e inciso VIII do art. 10 da Lei nº 8.429/92, devendo a demanda ser procedente no ponto, ocasionando na condenação dos requeridos Angélica, Antuélica, Aparecida, Jorge Manuel e Alzira da Matta.

Ante o exposto, infere-se que a conduta praticada pelos requeridos foi enquadrada em tipo previsto no art. 10 da Lei nº 8.429/92, de modo que deveriam ser aplicadas as sanções previstas no art. 12, *caput* e inciso II da LIA. O supracitado dispositivo dispõe, *in verbis*:

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

[...]

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos.

In casu, no entanto, deve se aplicar apenas a penalidade disposta no *caput* (ressarcimento dos danos ao erário), porquanto imprescritível, conforme outrora abordado. Por outra via, as demais sanções dispostas no inciso II do dispositivo legal supracitado não se aplicam, ante a ocorrência da prescrição, que se operou em cinco anos a contar do fim término do mandado do requerido Jorge Manoel da Silva, nos termos da antiga redação do art. 23, inciso I da Lei nº 8.429/92.

Por fim, no que se refere ao pedido de declaração de nulidade do processo licitatório, entendo que houve perda do objeto, uma vez que o prazo contratual se exauriu em 31 de dezembro de 2003, há quase vinte anos.

Outrossim, as implicações de eventual declaração de nulidade, com o retorno ao *status quo ante*, já estão sendo contempladas pela condenação ao ressarcimento integral dos valores ao erário, de modo que o pleito almejado se mostra desnecessário.

III - DO DISPOSITIVO:

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS em relação à requerida LUCIANA FRAGOSO MAIA BORGES, em consequência, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC.**

Ademais, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS em relação aos requeridos JORGE MANOEL DA SILVA, ANGÉLICA CRISTINA QUERINO, ANTUELICA KREISEL PELEGRINO, ALZIRA DA MATTA ALMEIDA OLIVEIRA - ME, e APARECIDA NAIR CAMILLO PRADO e, em consequência, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do CPC,** para condená-los solidariamente ao ressarcimento de danos ao erário no importe originário de R\$143.570,37 (cento e quarenta e três mil quinhentos e setenta reais e trinta e sete centavos)

A atualização dos valores a serem ressarcidos ao erário deve se dar da mesma forma como seriam pagos eventuais montantes à Fazenda,

conforme entendimento consolidado pelos Tribunais. Desse modo, nos termos do entendimento firmado pelo STF no julgamento da matéria afeta do Tema nº 810 e pelo STJ no julgamento da matéria afeta do Tema nº 905, sobre o valor a ser ressarcido ao erário deverá incidir correção monetária pelo IPCA-E e juros de mora segundo o índice adotado de remuneração da caderneta de poupança, a partir do evento danoso (ato ímprobo e consequente dispêndio dos valores pelo Município), nos termos preconizados pela Súmulas 43 e 54 do STJ. A partir de 09/12/2021, para fins de correção monetária e juros de mora, incide exclusivamente a taxa SELIC, nos moldes instituídos pelo artigo 3º da Emenda Constitucional nº 113/2021.

Diante da sucumbência, condeno os requeridos Jorge Manoel, Angélica, Antuéllica, Aparecida e Alzira da Matta, solidariamente, ao pagamento de custas e despesas processuais. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, por isenção legal, considerando que o requerente se trata do Ministério Público.

Deixo de condenar o requerente ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, a despeito da sucumbência parcial, ante a isenção legal concedida ao Órgão Ministerial.

Transitada em julgado, remetam-se os autos à Contadoria para apuração das custas.

Recolhidas as custas, archive-se com baixa.

P.R.I.

Uberaba-MG, 06 de julho de 2023.

José Paulino de Freitas Neto

Juiz de Direito