



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002705

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000913-20.2015.8.26.0466, da Comarca de Pontal, em que são apelantes ANTONIO FREDERICO VENTURELLI JUNIOR e ASTEC COMERCIO INFORMATICA LTDA, são apelados MUNICIPIO DE PONTAL e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Deram provimento aos recursos. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), OSCILD DE LIMA JÚNIOR E AFONSO FARO JR..

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

JARBAS GOMES
relator
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 30.593/2024

11ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000913-20.2015.8.26.0466

Apelantes: Antônio Frederico Venturelli Júnior e Astec Comércio Informática Ltda.

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo e Município de Pontal

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APELAÇÃO. FRAUDE EM LICITAÇÃO. LESÃO AO ERÁRIO E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSENTE PROVA DO DANO AO ERÁRIO, DE DOLO OU DE MÁ-FÉ NA CONDUTA DOS RÉUS. PEDIDO IMPROCEDENTE.

I. CASO EM EXAME

1. Ação civil pública visando à condenação dos réus por ato de improbidade administrativa, consubstanciado em indevida dispensa de licitação.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Pretensão ao reconhecimento de ato de improbidade administrativa. Contratação de empresa para realização de compensação administrativa junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), mediante dispensa de licitação.

3. Alegação de lesão ao erário e ofensa aos princípios norteadores da Administração Pública, com fundamento nos artigos 10, incisos VIII, IX e XI, e 11, “caput”, da Lei nº 8.429/1992.

III. RAZÕES DE DECIDIR

4. Justiça gratuita. Indeferimento. Não comprovação da alegada hipossuficiência. Conhecimento dos recursos em observância ao disposto no artigo 23-B da Lei nº 8.429/1992.

5. Improbidade administrativa. Com o advento da Lei nº 14.230/2021, a tipificação da improbidade administrativa passou a exigir o dolo, tendo sido excluído o elemento volitivo atinente à culpa grave. No caso dos autos, ainda que

se reconheça irregularidades na dispensa de licitação para contratação de serviço especializado, não se pode estabelecer, de forma estreme de dúvidas, que os réus tenham agido com o dolo caracterizador da improbidade. Irregularidade administrativa que não se confunde com ato de improbidade, que tem tipologia jurídica própria. Exame da jurisprudência e da doutrina.

6. Ausência, no mais, de lesão ao erário — pressuposto central para tipificação do ato de improbidade — uma vez que não há prova da inexecução dos serviços ou indícios de superfaturamento. Precedentes.

IV. DISPOSITIVO

7. Não configurado o ato típico, de rigor a reforma do decisum para julgar improcedente o pedido, observando-se, quanto aos ônus da sucumbência, o que dispõe o artigo 23-B da Lei nº 8.429/1992.

8. Recursos providos.

Trata-se de ação civil pública proposta pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO* em face de *ANTÔNIO FREDERICO VENTURELLI JÚNIOR, ASTEC COMÉRCIO INFORMÁTICA LTDA.* e *ROBERTO BURIM*, visando à condenação dos réus pela prática de ato de improbidade administrativa, caracterizado por fraude licitatória.

A r. sentença de fls. 795-801, integrada às fls. 951-952 e cujo relatório se adota, julgou procedente o pedido para: a) condenar os réus, solidariamente, ao ressarcimento de R\$ 78.800,00, corrigidos a partir de 3.8.2012 até prolação da sentença pelos índices da Tabela Prática do Tribunal de Justiça; b) decretar

a suspensão dos direitos políticos dos réus por 6 anos; c) condená-los ao pagamento de multa civil equivalente ao dobro do prejuízo por eles causado ao erário; d) decretar a proibição dos réus de contratar com o Poder Público, receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por meio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, por 5 anos; e) condená-los ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no montante de R\$ 100.000,00, de forma solidária, atualizado pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a partir da sentença, em favor da Secretaria de Saúde do Município de Pontal.

Inconformada, apela a empresa ré. Requer, de início, seja-lhe concedida a gratuidade processual. Sustenta, em síntese, que: a) recebeu o edital de convocação, apresentou proposta, foi declarada vitoriosa, assinou contrato, recebeu autorização para o início dos trabalhos, apresentou relatório de conclusão e recebeu pela prestação do serviço; b) não teve contato direta com o Prefeito Municipal; c) houve o devido procedimento licitatório; d) eventual irregularidade deve ser atribuída ao Prefeito Municipal; e) o contrato foi assinado em 3.8.2012, antes da publicação do Comunicado SGD nº 32/2013 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo; f) o Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a legalidade desse tipo de contratação; g) o montante arrecadado com as compensações supera o pagamento

pela prestação do serviço; e h) com o término da gestão de Antônio, diversos documentos foram incinerados, incluindo processos licitatórios (fls. 956-980).

Recorre também o corréu Antônio. Pugna pelo deferimento da gratuidade processual e, no mérito, alega que: a) a delação premiada de Marcelo Tiépolo não pode ser considerada como elemento de prova, uma vez que não há qualquer menção ao contrato objeto destes autos; b) restou demonstrada a regularidade do procedimento licitatório, do contrato e da prestação dos serviços; c) o Comunicado nº 32/2013 foi publicado depois da assinatura do contrato nº 65/2012; d) não foi comprovado que o corréu tenha agido com má-fé ou com o propósito de locupletar-se em prejuízo do erário; e e) a Lei nº 14.230/2021, aplicável ao caso concreto, passou a exigir a comprovação do dolo específico para condenação por ato de improbidade administrativa (fls. 1.319-1.354).

Os recursos, tempestivos, foram processados e respondidos (fls. 1.002-1.009 e 1.359-1.364).

A d. Procuradora-Geral de Justiça opinou pela manutenção do *decisum* (fls. 1.378-1.387).

Não houve objeção ao julgamento virtual.

É o breve relato.

I. Indefere-se o pedido de assistência judiciária

gratuita formulado por Roberto Burim. Conforme demonstrativo de pagamento acostado à fl. 984, o montante líquido recebido pelo corréu a título de proventos de aposentadoria corresponde a quase R\$ 14.000,00, incompatível com o alegado estado de miserabilidade.

O corréu Antônio também não comprovou que não poderia arcar com as despesas do preparo, razão pela qual não faz jus à benesse.

Conhece-se, no entanto, dos recursos, uma vez que artigo 23-B da Lei nº 8.429/1992 prevê que *“nas ações e nos acordos regidos por esta Lei, não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e de quaisquer outras despesas”* e *“no caso de procedência da ação, as custas e as demais despesas processuais serão pagas ao final”* (§ 1º).

II. Segundo a versão apresentada na inicial, a Prefeitura Municipal de Pontal, sob a gestão do corréu Antônio, celebrou com a empresa Astec Assessoria e Consultoria Ltda. o contrato nº 65/2012, derivado do procedimento licitatório nº 19/2012 (convite de preço), no valor de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais). O acordo tinha como objeto: *“a) levantamento administrativo do INSS, parte patronal, incidente sobre o adicional das horas extras, adicional de insalubridade e adicional noturno pagos aos servidores da Prefeitura Municipal de Pontal no período imprescrito dos*

últimos 5 (cinco) anos; b) Compensação administrativa na folha de pagamentos do valor levantado ou apurado; c) Caso necessário, defesas administrativas e judiciais da compensação realizada perante a Receita Federal e o Poder Judiciário, respectivamente defendendo os interesses da PREFEITURA, em especial quanto à emissão de CNDs” (fl. 3).

Sustenta o autor que esse tipo de contratação — condenada em outras ocasiões pelo Tribunal de Contas do Estado — seria desnecessária e configuraria má gestão da coisa pública. Ressalta, ainda, irregularidades, como ausência de licitação e da não localização de contrato assinado referente a esta operação, que configurariam ato de improbidade administrativa previstos nos artigos 10, incisos VIII, IX e XI, e 11, “caput”, da Lei nº 8.429/1992.

Traçado o plano geral da lide, passa-se à análise dos apelos.

III. É certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça considerava “*indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10*”¹

Porém, com o advento da Lei nº 14.230/2021, a

¹ AIA nº 30/AM, Corte Especial, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 21.9.2011. Igualmente: AgInt no REsp nº 1.616.365/PE, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 23.10.2018; AgInt nos EAREsp nº 178.852/RS, 1ª S., rel. Min. Sérgio Kukina, j. em 22.8.2018; REsp nº 1.375.840/MA, 2ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. em 7.6.2018.

tipificação da improbidade administrativa passou a exigir o dolo, tendo sido excluído o elemento volitivo atinente à culpa grave, antes admitido para a caracterização das hipóteses previstas no artigo 10 da Lei nº 8.429/1992.

E, conforme definiu a Suprema Corte, em sede de repercussão geral², *“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”, sendo “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”.*

O dolo, na definição legal, é *“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”* (artigo 1ª, § 2º, da Lei nº 8.429/1992).

Essa premissa, aliada à orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *“a responsabilização pela prática de ato de improbidade pode alcançar terceiro ou particular, que não seja agente público, apenas em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c)*

² Tema 1199 - ARE nº 843.989/PR, j. em 18.8.2022, rel. Min. Alexandre de Moraes; acórdão ainda não publicado.

tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público”³
ditará a solução da causa.

No caso dos autos, ainda que se reconheça irregularidades na dispensa de licitação para contratação de serviço especializado, não se pode estabelecer, de forma estreme de dúvidas, que os réus tenham agido com o dolo caracterizador da improbidade. Vejamos:

- constam dos autos: parecer da Assessoria Jurídica do Município recomendando a contratação de empresa especializada para a realização de compensação administrativa, com o fim de obter receita para o Município (fls. 504-505); o edital Convite de Preços nº 19/2012 (Processo nº 77/2012, fls. 125-130); o Contrato nº 65/2012, assinado pelas partes (fls. 131-134); relatórios indicando a prestação dos serviços (fls. 136-139);

- o Comunicado SGD nº 32/2013, no qual o Tribunal de Contas do Estado alerta as Administrações Municipais *“sobre a ilegalidade e ofensa ao princípio da economicidade na contratação de empresas que indicam valores supostamente recolhidos a maior ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e sobre os mesmos auferem percentuais de 15% a 20% a título de honorários”*, foi publicado em 28 de agosto de 2013 (fl. 140), 1 ano após a

³ REsp nº 1.405.748/RJ, 1ª T., rel. p/acórdão Min. Regina Helena Costa, j. em 21.5.2015.

celebração do Contrato nº 65/2012;

- as declarações de Marcelo Tiépolo — presidente da comissão permanente de licitação à época — à Polícia Civil (fls. 381-384), que apontam diversas irregularidades em procedimentos licitatórios, não fazem referência ao caso dos autos, tampouco o depoimento colhido pelo MM. Juízo da Comarca de Pontal na investigação criminal (fls. 385-389);

- na ação penal nº 0000838-78.2015.8.26.0466, Antônio e Roberto foram condenados em razão indevida dispensa de procedimento licitatório, com fundamento no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993⁴ (fls. 795-801). No entanto, como cediço, *“em regra, vigora no ordenamento jurídica brasileiro a independência das instâncias civil, penal e administrativa, de modo que não há interferência recíproca entre suas respectivas conclusões”*⁵ e, no caso destes autos, a análise está restrita à configuração de improbidade administrativa;

- a prova oral colhida nos autos da ação penal, transcritas pelo MM. Juízo na r. sentença, tampouco comprova

⁴Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”.

⁵ STJ - AgRg no HC nº 818.936/SP, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 26.6.2023.

que os réus teriam agido com dolo específico de burlar a lei ou lesar o erário, *in verbis*:

“A testemunha Magda Camargo disse que trabalha na tesouraria da Prefeitura de Pontal, sendo que não conhece o réu Roberto Burim, nem sua empresa. Afirmou não se recordar se já fez alguma pagamento ao acusado Roberto, uma vez que a depoente apenas realizava pagamentos quando determinados pelo Secretário da Fazenda, seu superior imediato.

A testemunha Arnaldo Donizeti Marconi declarou ser funcionário do réu Roberto Burim há cerca de 12 anos. Disse que a empresa Astec participou de um processo licitatório na modalidade convite, sendo que venceu o certame e assinou contrato com a Prefeitura de Pontal. Afirmou que não conhece o réu Antônio Frederico. Narrou que encaminhou os documentos da empresa à Prefeitura, e que os serviços contratados foram prestados. Disse que a empresa Astec atua desenvolvendo licitações, palestras, concursos públicos, recuperação de INSS, sendo que o processo licitatório em questão ocorreu nos mesmos moldes de outros, dos quais a empresa Astec havia participado.

A testemunha Luciano Savioli (fls. 587/588), disse que trabalhou na Prefeitura de Pontal até o início do ano de 2012, sendo que não tem conhecimento a respeito da licitação em questão, uma vez que esta ocorreu posteriormente à saída do depoente dos quadros da Prefeitura.

Interrogado em Juízo, o réu Antônio Frederico Venturelli Júnior negou a autoria dos fatos, e disse que não conhecia o réu Roberto Burim. Afirmou que houve processo licitatório para a contratação da empresa Astec na modalidade convite, sendo que referida empresa foi contratada para fazer a recuperação do INSS dos valores não tributáveis que não contam para a aposentadoria, para o fim de recuperar recursos para o Município de Pontal. Disse ter visto outros municípios fazendo este procedimento e entendeu por bem também realizá-lo em Pontal. Afirmou que optou por

contratar uma empresa terceirizada, uma vez que os funcionários da prefeitura não tinham capacidade técnica para tanto. Afirmou que houve denúncia de um funcionário que foi contratado para levar documentos da prefeitura para serem incinerados na cidade de Jardinópolis, sendo que os documentos referente ao procedimento licitatório em testilha devem ter sido incinerados a mando de alguém da atual gestão. Narrou que os pagamentos à empresa contratada devem ter sido feitos mediante cheque ou depósito em conta.

O réu Roberto Burim, por sua vez, ao ser interrogado, também negou peremptoriamente a prática delituosa. Disse que é o representante legal da empresa Astec e que participou da licitação na modalidade convite. Afirmou ter feito tudo via correio e que foi o vencedor do certame. Narrou ter sido contratado para fazer o levantamento de verbas de INSS passíveis de compensação, sendo que já havia prestado estes serviços para outros municípios, uma vez que a prefeitura não possuía funcionários capacitados para executá-los. Afirmou que assinou um contrato antes de iniciar a prestação do serviço, sendo que o pagamento foi efetuado mediante depósito em conta da empresa, com atraso. Narrou que o trabalho durou cerca de quatro meses”.

Destarte, o contexto fático-probatório não induz à conclusão de que os réus teriam agido com o propósito de burlar a lei ou de prejudicar a Administração, ou mesmo que tenham se beneficiado direta e pessoalmente da contratação; tampouco há elementos que indiquem que o serviço contratado não tenha sido realizado.

No mais, não foi comprovada lesão ao erário — que é “o pressuposto central para tipificação do ato de improbidade⁶”, uma vez que não há prova da inexecução dos serviços. Não há,

⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*, 2ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Método, 2014, p. 83

tampouco, indício de superfaturamento, tudo levando a crer que, de fato, os preços cobrados pela contratada eram compatíveis com os praticados no mercado.

Ora, “na modalidade do art. 10 da LIA, o fundo, a medula dos atos de improbidade é a ofensa lesiva ao patrimônio público financeiro. (...) Assim, pode tipificar improbidade administrativa lesiva ao erário, a conduta ilegal do agente público, ativa ou omissiva, coadjuvada pela má-fé (dolosa ou culposa), no exercício da função pública (mandato, cargo, função, emprego ou atividade), que causa prejuízo financeiro efetivo ao patrimônio público (perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres públicos). (...) sem a prova da perda patrimonial certa não se verifica esse tipo de improbidade administrativa, restando ao autor da ação civil respectiva responsabilizar o agente público, desde que comprove que sua conduta funcional antijurídica, com a índole de má-fé, infringiu os princípios constitucionais reguladores da Administração Pública, por violação do art. 11 da LIA⁷” (grifamos).

Nesse sentido é o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça:

“A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do

⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 62-63

efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem à conduta volitiva do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo” (grifamos)

(AgInt no AREsp nº 1.643.562/MS, 1ª T., rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 7.12.2020);

“O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvado pela má-intenção do administrador.

A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92).

O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. (...)

Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve se realizar com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção

administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.” (grifamos)

(REsp nº 939.118/SP, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. em 15.2.2011).

Como sabido, os atos de improbidade administrativa possuem tipologia jurídica própria, não se confundem nem absorvem todo e qualquer comportamento desprovido de legalidade ou de eticidade e não podem ser presumidos; seu reconhecimento, antes, demanda demonstração cabal, irrefutável da conduta torpe, ônus do qual o autor não se desincumbiu.

A esse propósito, “*é salutar ter em mente que não se presume culpa (dolo ou culpa) para a caracterização de conduta ímproba no art. 10. (...) Por igual, dolo e má-fé não existem sem comprovação substante. Posto que não presumidos, na medida em que juridicamente patológicos, reclamam demonstração cabal. Cabe o alerta sempre bem-vindo de Carlos Maximiliano (1933, p. 122): 'Todas as presunções militam em favor de uma conduta honesta e justa: só em face de indícios decisivos, bem fundadas conjecturas, se admite haver alguém agido com propósitos cavilosos, intuitos contrários ao Direito, ou à Moral'*”⁸.

Ou seja, “*não se pode confundir o agente atalhado, dos pecados administrativos pueris, com os patrocinadores de maranhas e*

⁸ 8 FAZZIO JR., Waldo. *Improbidade Administrativa*, 4ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2016, item 5.6.3 Culpa, p. 37-38/44 (e-book).

tramoias, que traficam suas funções e, cavilosamente, se fartam à custa da 'res publica'. Esse discernimento que reclama ponderação, o legislador não deixa explícito, incumbindo ao magistrado fazê-lo, na concretização, caso a caso, do art. 11"⁹. Logo, somente, "a má-fé, caracterizada pelo dolo, comprometedor de princípios éticos ou critérios morais, com abalo às instituições, é que deve ser penalizada, abstraindo-se meros pecados veniais, suscetíveis de correção administrativa"¹⁰

Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

"A jurisprudência do STJ também se orientou no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

Na compreensão de dolo genérico – vontade livre e consciente de praticar o ato -, há de se ressaltar que a Lei de Improbidade Administrativa - LIA não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé."

(AgInt no REsp nº 1.746.240/RS, 2ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. em 22.6.2021);

"Conforme pacífico entendimento jurisprudencial do STJ, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, evitada de culpa grave nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino

⁹ 9 FAZZIO JR., Waldo. Op. cit., item 9.4 Improbidade não é simples ilegalidade, p. 18/132 (ebook)

¹⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006, 3ª ed., rev., atual. e ampl., p. 430.

Zavascki, Corte Especial, DJe de 28/9/2011).

Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé."

(REsp nº 1.849.513/RO, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. em 24.11.2020);

"Ninguém é desonesto, desleal ou parcial por negligência. Ou o agente público labora movido pelo dolo (e pratica ato de improbidade) ou não se aperfeiçoa a figura do art. 11. Seja in vigilando, seja in comittendo, seja in omittendo, seja in custodiendo, a culpa não cabe na consideração dos atos de improbidade alocados no art. 11, conforme orienta a doutrina."

(REsp nº 1.530.234/SP, 1ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 6.10.2015).

Enfim, "a ilegalidade e a improbidade não são — em absoluto - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, dest'arte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. Ademais, dessa atuação malsão do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92). Observe-se, ainda, que a conduta do agente, nos casos dos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, há de ser

sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas sem nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. Quando não se faz a distinção (necessária distinção) conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação (perigosa aproximação) da sempre temível responsabilidade objetiva por infrações, embora às vezes alguém nem se dê conta disso (...)" (REsp nº 1.193.248-MG, 1ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 24.4.2014).

Nesse sentido é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça em casos semelhantes:

“APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – FRAUDE À LICITAÇÃO – Contratação de empresa para prestação de serviços de assessoria na área de saúde municipal - Pretensão do Ministério Público do Estado de São Paulo de anulação de contrato administrativo oriundo de licitação na modalidade carta-convite - PRELIMINARES: cerceamento de defesa não verificado – princípio do livre convencimento motivado (artigo 371 do CPC), considerando que o Juízo entendeu suficientes os elementos reunidos para proferir a decisão de mérito – imputação por atos dolosos – configurado o interesse de agir ministerial (justa causa) a partir dos elementos constantes da petição inicial (teoria da asserção) – Inocorrência de prescrição – Inaplicabilidade da prescrição intercorrente por se tratar de norma irretroativa introduzida pela Lei 14.230/2021, conforme já definido pelo c. STF – MÉRITO: elementos probatórios insuficientes para justificar a condenação – ausência de comprovação de

dolo por parte dos agentes – Conluio e direcionamento da contratação não comprovados – Suposta má-fé que não restou demonstrada – Superfaturamento não evidenciado – Documento elaborado pelo CAEx (órgão de apoio do Ministério Público) com base em planilha meramente sugestiva da Administração Federal que não confere certeza à acusação de sobrepreço – O percentual encontrado de 8,14% para justificar o superfaturamento que não corrobora as alegações, mesmo que se considere o valor do serviço de assessoria prestado de R\$ 76.800,00 - Sentença de procedência reformada. Recursos providos para julgar improcedente a ação”.

(Apelação nº 0003866-78.2011.8.26.0471, 4ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. em 26.4.2024);

“Apelação. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Município de Aparecida. Pleito que objetiva a condenação do ex-prefeito Municipal, Secretária Municipal da Educação, membros da comissão de licitação, e de empresa contratada por atos de improbidade previstos nos artigos 10, inciso VIII, e 11, "caput", ambos da Lei nº 8.429/92, postulando a imposição aos requeridos das sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma legal. Apontado redirecionamento da licitação à empresa que se sagrou vencedora na Carta-Convite nº 07/2012, para construção de muro em escola municipal. Sentença de procedência. Recursos dos réus buscando a inversão do julgado. Admissibilidade. Alterações realizadas pela Lei nº 14.230/21. Aplicação retroativa das normas mais benéficas aos requeridos. Art. 1º, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa. Art. 5º, XL, da CF. Na redação atual do artigo 10, inciso VIII, da LIA, além do dolo, é necessária a comprovação da lesão patrimonial efetiva ao erário, o que não se materializou no caso em apreço, conforme documentos acostados aos autos. Improcedência da ação que é medida de rigor. Precedentes. RECURSOS PROVIDOS, com extensão da solução aos correqueridos não apelantes”.

(Apelação nº 0004357-51.2014.8.26.0028, 11ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Márcio Kammer de Lima, j. em

30.1.2024);

“APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MEDIATO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. COMPRA DE UNIFORMES ESCOLARES. Reconhecimento de diversas irregularidades pelo Tribunal de Contas do Estado. Ausência de publicação do certame em jornal de grande circulação e ausência do documento original da certidão negativa de Falências e Recuperação Judicial. Escolha equivocada do critério de julgamento tipo menor preço global. Necessidade de diversificação das compras por segmento de mercado. Relevação de várias irregularidades, com exceção da má escolha do critério de classificação de propostas (menor preço global). Configuração da ilegalidade no ponto. Inexistência de prova robusta do dolo dos agentes envolvidos na realização da licitação, nem tampouco dos danos causados ao erário. Necessidade de investigação do elemento subjetivo. Aplicação do tema 1199 do STF e da Lei n. 14.230/21, que passou a exigir a demonstração do dolo específico. Inércia do autor na especificação de provas. A ilegalidade não se confunde com improbidade administrativa. Os meios de prova não reúnem potencial para determinar o convencimento firme e seguro acerca da conduta ímproba. Sentença de improcedência mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO”.

(Apelação nº 0000742-17.2013.8.26.0116, 8ª Câmara de Direito Público, rel. Des. José Maria Câmara Junior, j. em 308.2023).

Destarte, não configurado o ato típico, de rigor a reforma do *decisum* para julgar improcedente o pedido, observando-se, quanto aos ônus da sucumbência, o que dispõe o

artigo 23-B da Lei nº 8.429/1992¹¹.

IV. Isto posto, dá-se provimento aos recursos.

Eventual insurgência apresentada em face deste acórdão estará sujeita a julgamento virtual, nos termos da Resolução nº 549/2011 do Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça, ressaltando-se que as partes poderão, no momento da apresentação do recurso, opor-se à forma do julgamento ou manifestar interesse no preparo de memoriais. No silêncio, privilegiando-se o princípio da celeridade processual, prosseguir-se-á com o julgamento virtual, na forma dos §§ 1º a 3º do artigo 1º da referida Resolução.

José Jarbas de Aguiar Gomes
Relator

¹¹ “Art. 23-B. Nas ações e nos acordos regidos por esta Lei, não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e de quaisquer outras despesas.

§ 1º No caso de procedência da ação, as custas e as demais despesas processuais serão pagas ao final.

§ 2º Haverá condenação em honorários sucumbenciais em caso de improcedência da ação de improbidade se comprovada má-fé”.