



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000283078

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1002040-48.2016.8.26.0075, da Comarca de Bertioga, em que são apelantes TUPI RODRIGUES CUNHA e LAIRTON GOMES GOULART, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª 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 Exmos. Desembargadores ANA LIARTE (Presidente) E PAULO BARCELLOS GATTI.

São Paulo, 24 de março de 2025

OSVALDO MAGALHÃES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 37.595/25

APELAÇÃO Nº 1002040-48.2016.8.26.0075

COMARCA: BERTIOGA

APELANTES: TUPI RODRIGUES CUNHA e OUTROS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTERESSADO: MUNICÍPIO DE BERTIOGA

Ementa: Apelação Cível – Ação Civil Pública – Improbidade administrativa – Fraude a procedimento licitatório; superfaturamento de serviços e despesas; fracionamento de serviços com burla às regras da lei de licitações – Pretensão de condenação dos réus por atos de improbidade previstos nos artigos 10 e 11, da LIA – Sentença de procedência – Recursos dos réus – Aplicação retroativa das alterações da Lei nº 14.230/2021 – Retroatividade benéfica aos requeridos – Condutas irregulares, entretanto, ausente demonstração de dolo, má-fé, vantagem indevida do agente público ou prejuízo ao erário capaz de fundamentar o reconhecimento do ato como ímprobo – Provas constantes dos autos que não são suficientes para comprovarem o especial fim de agir (dolo), necessário à caracterização do ato ímprobo – Provimento dos recursos para julgar a ação improcedente.

I – Trata-se de ação civil pública por atos de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Lairton Gomes Goulart (ex-prefeito do Município de Bertioiga), Lucília Goulart Cerqueira Camargo Barbosa (ex-secretária municipal de Habitação, Planejamento e Desenvolvimento Urbano), Tupi Rodrigues Cunha (ex-diretor municipal de Habitação), Transportes e Terraplanagens Rubão Ltda., Teresa Morishigue Strioli, Construpac Construções e Empreendimentos Ltda., Marcos André Moura Campoe, Cocen Serviços para a Construção Civil, Comércio e Empreendimento Ltda., Silvio Rizzon, Eficaz Construtora e Incorporadora Ltda. e Luiz Eduardo Correa Ribeiro.

Conforme relatado pelo *parquet*, durante o exercício do cargo de prefeito do Município de Bertioiga, o réu Lairton celebrou com a Companhia de Desenvolvimento Habitacional e Urbano (CDHU) os convênios nº 447/2003 e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

448/2004, visando a construção de casas populares nos bairros de “Jardim Indaiá” e “Jardim Rio da Praia”. Utilizando-se dos recursos provenientes dos referidos convênios, a prefeitura municipal contratou, por meio de licitações, empresas para realização de serviços de aterro, fornecimento de cestas de materiais de construção e prestação de assessoria técnica, administração e treinamento de mão-de-obra.

Ocorre que, segundo apurado pelo Ministério Público no inquérito civil nº 25/05, o ex-alcaide e os demais agentes públicos requeridos deixaram de observar diversas formalidades impostas pela Lei nº 8.666/1993, agindo deliberadamente para inviabilizar a concorrência, a transparência e publicidade dos certames e permitir o favorecimento ilegal de terceiros através do superfaturamento dos preços.

Assim, por entender que os réus concorreram para a prática dos atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10, incisos I, V e VIII, e artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92, o Ministério Público pleiteou a condenação dos demandados à pena de ressarcimento ao erário, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, observando que o transcurso do prazo prescricional previsto no art. 23 da Lei 8.429/1992 constituiria óbice à imposição das sanções de natureza punitiva previstas no artigo 12 do citado diploma legal (fls. 1-32).

A r. sentença de fls. 4476-4495, cujo relatório se adota, julgou improcedentes os pedidos formulados na ação quanto aos requeridos Lucília Goulart Cerqueira Camargo Barbosa, Tereza Morishigue Strioli, Marcos Andre Moura Campoê, Silvio Rizzon, Eficaz Construtora e Incorporadora Ltda. e Luiz Eduardo Correa Ribeiro e parcialmente procedentes os pedidos apresentados com relação a Lairton Gomes Goulart, Tupi Rodrigues Cunha, Transportes e Terraplanagens Rubão Ltda., Construpac Construções e Empreendimentos Ltda. e Cocen Serviços para a Construção Civil, Comércio e Empreendimento Ltda., para: “(i) *declarar a nulidade dos Processos Administrativos nº 1.316/04,*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

4.716/04, 1.711/05, 3.875/04 e 355/04, incluindo as licitações e os contratos firmados pelo Município; e (ii) condenar os requeridos, pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, caput e incisos I, V e VIII da Lei nº 8.429/92, ao ressarcimento do dano causado ao patrimônio público, nos termos do art. 12, inc. II, da Lei nº 8.429/92, através do pagamento dos valores correspondentes, a serem apurados em liquidação, com correção monetária e juros de mora pelos índices legais desde o evento danoso”.

Inconformados, apelam os réus, Tupi Rodrigues Cunha (fls. 4531-4541), Transportes e Terraplanagens Rubão Ltda. (fls. 4542-4565) e Lairton Gomes Goulart (fls. 4571-4614), todos sustentando, essencialmente, (i) a nulidade da sentença por cerceamento de defesa; (ii) a prescrição da pretensão inicial; (iii) a ausência de comprovação, pelo autor, do suposto prejuízo ao erário, do enriquecimento ilícito e, sobretudo, da má-fé ou dolo em suas condutas, ou mesmo qualquer violação aos princípios da administração, aptos a caracterizar atos de improbidade administrativa, razão pela qual, pugnam pela improcedência total da ação.

Recursos processados regularmente e respondidos às fls. 4620-4636.

Manifestação da i. Procuradoria Geral de Justiça às fls. 4649-4675, opinando pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

II – Respeitado o entendimento adotado pelo Juízo “*a quo*”, os recursos, “*data venia*”, comportam acolhimento, para julgar improcedente a ação.

A princípio, sobre a preliminar de cerceamento de defesa aventada pelos réus, tem-se que esta não merece acolhida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Com efeito, o indeferimento de diligências requeridas pelas partes não caracteriza cerceamento de defesa mormente, mormente se foram elas consideradas descabidas pelo órgão julgador a quem compete a avaliação da necessidade ou conveniência da prova.

De fato, nos termos do artigo 370 do Código de Processo Civil, *“caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”* (“caput”), indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (parágrafo único).

E, consoante entendimento pacificado perante o Superior Tribunal, esse dispositivo *“não delimita uma obrigação, mas uma faculdade de o magistrado determinar a realização de provas a qualquer tempo e sob seu livre convencimento, incumbindo-lhe sopesar sua necessidade e indeferir diligências inúteis, protelatórias ou desnecessárias”* (REsp 880.057/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, 02/02/2009).

Isso porque *“o juiz é o destinatário da prova, devendo guardar adstrição ao seu livre convencimento sob o manto da persuasão racional, competindo-lhe determinar as provas úteis à instrução do feito, até mesmo 'ex officio', afastando as diligências que entender inúteis ou meramente protelatórias sem que, com isso, incorra em cerceamento de defesa”* (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1.102.672/BA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 06/09/2010).

No presente caso, tendo o Magistrado considerado os fatos documentos de prova colacionados aos autos pelas partes suficientes para a formação do seu convencimento, não há que se falar, nesse sentido, em nulidade da r. sentença.

Ato seguinte, quanto à alegada prescrição da pretensão do Ministério Público, não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal, no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

julgamento do RE 852.475/SP (Tema 897), assentou o entendimento no sentido de que “*são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa*” (STF. Plenário. RE 852475/SP, Rel. orig. Min. Alexandre de Moraes, Rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 08/08/2018).

Superadas as questões preliminares, passa-se ao exame do mérito da causa.

De início, cabe registrar, no caso dos autos, que impõe-se a aplicação retroativa das alterações da Lei nº 14.230/2021 em relação à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). Isso porque, o artigo 1º, § 4º, da Lei de Improbidade Administrativa, incluído pela Lei nº 14.230/2021, determina expressamente a aplicação dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador às hipóteses de improbidade administrativa, em especial, o princípio da retroatividade da norma mais benéfica ao réu:

Art. 1º, § 4º. Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Dentre os princípios constitucionais aplicáveis ao direito administrativo sancionador, destacam-se o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a legalidade, a culpabilidade, a pessoalidade e a individualização da pena e, especialmente, a retroatividade da norma que torna atípica a conduta (desde que respeitada a coisa julgada).

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 843.989 (Tema 1.199), fixou as seguintes teses:

“1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA – a presença do elemento subjetivo – DOLO;

- 2) *A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;*
- 3) *A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;*
- 4) *O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei”*

Assim, conforme a orientação do Supremo Tribunal Federal, as condutas antes tidas pela legislação como caracterizadoras de ato improprio, mas que, em virtude da superveniência da Lei nº 14.230/2021, não mais encontram adequação no aludido diploma legal (mormente os atos culposos) devem ser consideradas atípicas pela aplicação retroativa da nova lei, exceto se o caso concreto se encontrar acobertado pela coisa julgada.

Neste sentido, observa-se que a nova redação do “caput” do artigo 10 passou a exigir, expressamente, que os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário, seja por ação ou omissão, devam, necessariamente, decorrer de condutas “dolosas” que ensejam “*efetiva e comprovadamente, perda patrimonial*”:

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

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva; (Redação dada pela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Lei nº 14.230, de 2021)

Na hipótese dos autos, respeitado entendimento diverso, a respeito da conduta imputada aos réus na petição inicial, com base no art. 10, incisos I, V e VIII, da LIA, da análise dos documentos de prova conclui-se que não há elementos seguros que demonstrem que as condutas irregulares apontadas na inicial tenham sido realizadas com o fim especial de obter vantagem ilícita em proveito próprio ou de terceiros, ou ainda, de atentar contra os princípios constitucionais da Administração, nos termos da novel legislação.

Inobstante o relatório da auditoria do TCE (fls. 401-464), as decisões exaradas pela Corte de Contas (fls. 2831-2837, 2882-2887, 2892-2897, 2901-2905, 2925-2931 e 2945-2951) e, sobretudo, a ausência de impugnação específica pelos réus atestam a efetiva ocorrência das diversas irregularidades na condução dos procedimentos administrativos nº 1316/04, 4716/04, 1711/05, 355/04 e 3875/04, por outro lado, os elementos probatórios coligidos aos autos não demonstram, suficientemente, que as contratações daí decorrentes foram realizadas para obtenção de vantagem indevida do contratante ou com intuito de beneficiar os contratados.

Com efeito, nos procedimentos administrativos nº 1316/04, 4716/04 e 1711/05 (“carta-convite”), em que a empresa Transportes e Terraplanagem Rubão Ltda. foi declarada vencedora, verifica-se que outras empresas também participaram dos procedimentos licitatórios, enviando suas propostas, fato que, inclusive, é corroborado pelas declarações de Antonio Cesar Fernandes (fls. 2633 e 2793-2795) e Guilherme Miguel Simões (fls. 2667-2668 e 2796), proprietários, respectivamente, das empresas “Antonio Cesar Fernandes” e “Comercial Celula Mater Ltda.”.

Acerca dos procedimentos administrativos citados, faz-se necessário registrar, ainda, que não restou comprovado nos autos em que medida

os valores praticados pela empresa vencedora estariam superfaturados, já que os próprios proprietários das empresas concorrentes admitiram que apresentaram propostas com valores superiores.

Da mesma forma, no que tange aos procedimentos administrativos nº 355/04 e 3875/04 (“tomada de preços”), o autor deixou de indicar precisamente os serviços e materiais que foram superfaturados, sendo certo que o pagamento de valor superior ao valor orçado no convênio firmado com a CDHU, por si só, não é suficiente para comprovar a ocorrência de eventual ilicitude.

Em resumo, as provas produzidas nos autos não são capazes de demonstrar que os serviços contratados foram prestados de forma superfaturada, com preço acima daquele praticado pelo mercado, não sendo suficiente, ademais, para a caracterização do ato improbo e do prejuízo ao erário a alegação de que há presunção de dano pelo fracionamento indevido do objeto licitatório.

Observa-se, ainda, que também inexistente, concretamente, qualquer indicação do elemento subjetivo (dolo), isto é, da vontade em fraudar o procedimento licitatório.

Como se observa, relativamente ao elemento subjetivo dolo, as condutas dos réus, embora reprováveis sob o ponto de vista da boa gestão, não evidenciam vontade livre e consciente de alcançar resultado ilícito, ausente nos autos, inclusive, indícios de proveito indevido para si ou para terceiro.

Em outras palavras, por mais grave que seja, na espécie, a violação da legalidade, esta, por si só, não é suficiente para caracterizar o ato de improbidade administrativa, porquanto cabia ao *parquet*, na hipótese, comprovar que as irregularidades apontadas foram perpetradas com fim ilícito (benefício próprio ou de terceiros) e consciente por parte dos demandados, ou seja, prova segura e convincente de que os envolvidos agiram de forma desonesta, com má-fé e intenção de infringir a lei e atentar contra os princípios constitucionais da

Administração, já que “*a ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade*” (artigo 17-C, § 1º, da LIA).

Nesse contexto, considerando que dos autos não há outros elementos que permitam concluir que os réus agiram com dolo ou má-fé, de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta, nos termos das alterações trazidas pela Lei nº 14.230/2021.

Não bastasse isso, como dito, também não há comprovação do suposto prejuízo patrimonial, isso porque, se ao tempo da vigência da antiga Lei de Improbidade Administrativa, admitia-se a *presunção* de dano ao erário para as condutas do art. 10, forte no entendimento de que a ausência de concorrência obsta a escolha da proposta mais vantajosa (vide, por exemplo: STJ REsp n. 1.718.916/BA, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2019, DJe 11/10/2019; AgInt no AREsp n. 416.284/MG, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 8/8/2019; AgInt no REsp n. 1.751.598/PR, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 25/9/2018, DJe 28/9/2018), a situação atualmente é diversa, pois com a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, passa-se a exigir além de conduta dolosa, efetiva comprovação da perda patrimonial.

Nessa esteira, respeitado o entendimento em sentido contrário, no presente caso, repita-se, não há prova efetiva dos alegados prejuízos ao erário causados pelas irregularidades cometidas no âmbito dos já citados procedimentos administrativos, correlato às condutas previstas no art. 10, da Lei 8.429/92, e seus incisos, não sendo possível acatar, para fins de condenação em improbidade administrativa, afirmação genérica de que as mencionadas irregularidades seriam suficientes, uma vez que não mais se admite tal hipótese, por si só, como caracterizadora de dano ao erário, sendo necessária, atualmente, a demonstração de “*efetiva e comprovadamente, perda patrimonial*”, o que dos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

autos não se extrai, ressaltando-se, ademais, que os serviços contratados foram efetivamente prestados.

Em todo caso, a gestão temerária de recursos públicos não basta para a configuração de ato de improbidade administrativa, observando-se, ainda, como já se manifestou o STJ, que na condenação por atos de improbidade administrativa, deve-se afastar *“a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos”* (REsp 997.564/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, in DJe 25/3/2010).

De outra sorte, para além das hipóteses de dano ao erário, o elemento volitivo consistente no comportamento doloso é igualmente exigido para as hipóteses do art. 11 da LIA, em que disciplinados os atos atentatórios aos princípios da Administração Pública.

Por pertinente, confira-se:

Art. 11.

(...)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.

(...)

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.

§ 4º Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

Logo, na espécie, tem-se por necessário, para a responsabilização



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

do agente, que o ato a ele imputado, além de expressamente previsto em uma das condutas tipificadas no rol taxativo do art. 11 da LIA implique, ainda, o *“fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade”*, bem como que haja *“lesividade relevante ao bem jurídico tutelado”*, o que também não restou comprovado nos autos.

Desse modo, qualquer que seja o ângulo em que analisado o caso concreto (lesão ao erário ou violação aos princípios administrativos), as irregularidades apontadas, por si só, não bastam para a caracterização do ato de improbidade, porquanto imprescindível, como já visto, a comprovação do elemento volitivo doloso, nos termos da Lei nº 14.230/2021.

Nesses termos, respeitado entendimento contrário, a inexistência comprovação de dolo específico impõe o reconhecimento da atipicidade da conduta dos réus, nos termos da Lei nº 14.230/2021, cuja aplicação retroativa no caso em comento é autorizada pelo já visto julgado da ARE 843.989 (Tema 1.199/STF), sendo de rigor o acolhimento dos recursos para ser julgada improcedente a ação, cujo resultado, por indissociável, se estende aos demais réus condenados pelos mesmos fatos e fundamentos ora afastados.

Não há condenação de custas e demais encargos sucumbenciais em face do Município autor, “ex vi” do art. 18 da Lei nº 7.347, de 1985.

Ante o exposto, pelo meu voto dou provimento aos recursos para julgar a ação improcedente, nos termos da fundamentação, com extensão do resultado aos demais réus condenados.

OSVALDO MAGALHÃES
Relator