



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2016499 - TO (2022/0233298-6)

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS**
RECORRIDO : **ZENAIDE DIAS DA COSTA**
ADVOGADOS : **THIAGO LOPES BENFICA - TO002329**
MASSARU CORACINI OKADA - TO006155

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, no qual se insurge contra o acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS assim ementado (fls. 551/552):

EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE BANDAS CARNAVALESCAS. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IRREGULARIDADES NO RITO DA CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA GRAVE. CONDUTAS ÍMPROBAS. NÃO CONSTATAÇÃO. PRESENÇA DE NOTORIEDADE DOS ARTISTAS E COMPROVAÇÃO DOS PREÇOS PRATICADOS NO MERCADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO.

1. Não obstante o Ministério Público apontar várias condutas tidas como ímprobas, certo é que as falhas constatadas no processo de contratação das bandas artísticas não se enquadram como atos típicos de improbidade administrativa.

2. Ainda que os procedimentos de comprovação da notoriedade das empresas contratadas, bem como dos preços praticados no mercado, não tenham sido realizados no momento apropriado, a apelante trouxe aos autos documentos/matérias da época, extraídas da internet, que comprovam a consagração das referidas bandas e que os preços pagos às empresas contratadas encontravam-se em consonância com os adotados para eventos similares em outros municípios.

3. As condutas imputadas à recorrente afiguram-se aptas a configurar irregularidades na contratação levada a termo pela recorrente, contudo não se prestam a constituir comportamento reputável como improbidade administrativa, incurso no art. 11, caput, da LIA, pois a improbidade administrativa inserta neste dispositivo requer intuito nocivo do agente, que atua sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave, o que não se verifica no caso em exame.

4. Não demonstrado o prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito da recorrente (elementos objetivos), ou mesmo a vontade deliberada da apelante de violar princípios da Administração Pública (elemento subjetivo), deve ser afastada a sua condenação por improbidade administrativa, devendo as ocorrências apontadas pelo órgão ministerial serem classificadas como meras irregularidades.

5. Recurso conhecido e provido a fim de reformar a sentença para afastar a condenação imputada à recorrente pelo Juiz singular,

consubstanciada em multa de 4 vezes o salário percebido pela recorrente ao tempo dos fatos.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 597/598).

Nas razões de seu recurso especial (fls. 608/621), a parte recorrente alega violação aos arts. 489, § 1º, IV, e 1.022, I e II, do Código de Processo Civil (CPC), ao art. 11 da Lei 8.429/1992 e aos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964. Nesse sentido, argumenta que:

(1) "[...] a contradição entre proposições constantes na primeira decisão, resultando em julgamento fora do que requerido pela parte, a resultar no vício extra petita." (fl. 614);

(2) "[...] ocorreu uma “mistura” entre as espécies de atos de improbidade administrativa, haja vista não se discutir, na hipótese dos autos, a existência de efetivo prejuízo ao erário e/ou eventual enriquecimento da então Secretária Municipal de Cultura de Gurupi-TO, mas, sim, violação aos princípios administrativos." (fl. 615);

(3) "[...] incontestemente o elemento anímico concernente ao dolo, na medida em que, evidenciada a possibilidade de competição, a requerida conscientemente contratou de forma direta, com o deliberado intuito de favorecer o(s) contratado(s), em detrimento do princípio constitucional da concorrência pública através da licitação." (fl. 619);

(4) "Tais condutas, inegavelmente, ressoam nos princípios que regem a Administração Pública (artigo 11 da Lei nº 8.429/92), que restaram descumpridos, resultando em inequívoco prejuízo ao erário." (fl. 619); e

(5) "[...] é improba a conduta da requerida de autorizar o atesto antes da devida prestação dos serviços, como também é ilegal o fato de não apresentar as devidas justificações em processo administrativo, resultando em nítida ofensa aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade." (fl. 620).

Requer a nulidade do julgamento, para que outro seja realizado, sanando as contradições apontadas, ou o provimento do recurso para julgar procedente a ação.

A parte adversa apresentou contrarrazões (fls. 628/640).

O recurso foi admitido na origem (fls. 646/648).

Parecer do Ministério Público Federal (MPF) pelo conhecimento parcial do recurso especial e, no que conhecido, pelo não provimento (fls. 666/671).

É o relatório.

Na origem, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS ajuizou ação civil pública por atos de improbidade administrativa contra ZENAIDE DIAS DA COSTA, então Secretária de Cultura do Município de Gurupi, em razão de ilegalidades

cometidas no procedimento de inexigibilidade de licitação para contratação de bandas artísticas para o Carnaval de 2013 da municipalidade, o que configuraria ofensa ao art. 11, *caput*, da Lei 8.429/1992.

O juízo de primeiro julgou parcialmente procedentes os pedidos, condenando a ré pela prática de conduta ímproba prevista o art. 11, *caput*, da LIA e aplicando-lhe a seguinte sanção: pagamento de multa civil de quatro vezes o salário percebido pela agente ao tempo dos fatos, com juros e correção monetária a partir do arbitramento (sentença).

Sobreveio recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu provimento para reformar a sentença e julgar improcedente a ação.

As razões recursais apresentadas devolvem a esta Corte as seguintes questões: (a) contradição no julgamento; (b) comprovação do elemento subjetivo a configurar conduta ímproba; (c) violação dos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64.

O Tribunal local, reconhecendo a ausência de comprovação do elemento subjetivo doloso, deu provimento ao recurso, conforme o pertinente trecho do voto condutor do aresto (fls. 529/531):

Após detida análise do conjunto probatório e dos fatos imputados à apelante, verifico que, não obstante o Ministério Público apontar várias condutas tidas como ímprobas, certo é que as falhas constatadas no processo de contratação das bandas artísticas não se enquadram como atos típicos de improbidade administrativa.

É fato que ocorreram irregularidades no processo de contratação das empresas artísticas, uma vez que não foi seguido o rito da formalização da contratação por inexigibilidade disposto no artigo 25, inc. III, e art. 26, parágrafo único, inc. II e III, da Lei nº 8.666/93 no momento oportuno.

Nada obstante, no caso dos autos, ainda que os procedimentos de comprovação da notoriedade das empresas contratadas, bem como dos preços praticados no mercado, não tenham sido realizados no momento apropriado, a apelante trouxe aos autos documentos/matérias da época, extraídas da internet, que comprovam a consagração das referidas bandas e que os preços pagos às empresas contratadas encontravam-se em consonância com os adotados para eventos similares em outros municípios (evento 1 - ANEXOS PET INI5 e ANEXOS PET INI6; evento 9).

Nessa ordem de ideias, o que se constata é que as condutas imputadas à recorrente pelo Parquet afiguram-se aptas a configurar irregularidades na contratação levada a termo pela recorrente, contudo não se prestam a constituir comportamento reputável como improbidade administrativa, incurso no art. 11, *caput*, da LIA, pois a improbidade administrativa inserta neste dispositivo requer intuito nocivo do agente, que atua sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave, não se coadunando a aplicação do referido dispositivo da Lei nº 8.429/92 ao caso sob exame, notadamente por não se vislumbrar, por qualquer ângulo que se analise o caso, a existência de dolo ou culpa grave.

[...]

Por consequência, estando correta a forma de contratação levada a termo pela recorrente (inexigibilidade), bem como demonstrado que os

valores pagos às contratadas obedeceram aos praticados no mercado, à época, não há que se falar em prejuízo ao erário.

Importante consignar que não se pode generalizar toda conduta praticada pelo administrador público como improbidade administrativa, sob pena de se dar uma exegese por demais extensiva à norma de regência, punindo de forma injusta o gestor público.

Assim, não demonstrado o prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito da recorrente (elementos objetivos), ou mesmo a vontade deliberada da apelante de violar princípios da Administração Pública (elemento subjetivo), deve ser afastada a sua condenação por improbidade administrativa, devendo as ocorrências apontadas pelo órgão ministerial serem classificadas como meras irregularidades.

Inicialmente, verifico que inexistente a alegada violação dos arts. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, consoante se depreende da análise do acórdão recorrido. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o julgado de nenhum erro material, omissão, contradição ou obscuridade.

Destaco, neste ponto, que para além da conclusão acerca da ausência do elemento subjetivo, o Tribunal de origem também ressaltou a não demonstração de prejuízo ao erário ou enriquecimento ilícito, o que não configura contradição no julgamento, ainda que a imputação seja do ato ímprobo tipificado no art. 11 da LIA.

Quanto à configuração do ato ímprobo, o Tribunal *a quo* afastou a condenação da ré como incurso no art. 11, *caput*, da LIA, tendo em vista a ausência do elemento subjetivo doloso e a comprovação de que a inexigibilidade da licitação aplicava-se ao caso concreto.

Nesse sentido, o acórdão recorrido destacou que *"ainda que os procedimentos de comprovação da notoriedade das empresas contratadas, bem como dos preços praticados no mercado, não tenham sido realizados no momento apropriado, a apelante trouxe aos autos documentos/matérias da época, extraídas da internet, que comprovam a consagração das referidas bandas e que os preços pagos às empresas contratadas encontravam-se em consonância com os adotados para eventos similares em outros municípios"* (fls. 529/530).

Deixou consignado, ainda, que, *"estando correta a forma de contratação levada a termo pela recorrente (inexigibilidade), bem como demonstrado que os valores pagos às contratadas obedeceram aos praticados no mercado, à época, não há que se falar em prejuízo ao erário"* (fl. 531).

Entendimento diverso, conforme pretendido, para o fim de prevalecer a tese

recursal de que "as bandas foram contratadas sem a demonstração inequívoca de que os artistas possuíam consagração pública ou pela crítica especializada" (fl. 618) e que inexigibilidade do processo licitatório não poderia ter ocorrido, implicaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, circunstância que redundaria na formação de novo juízo acerca dos fatos e das provas, e não na valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, o que impede o conhecimento do recurso especial quanto ao ponto.

Incide no presente caso a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. TEMA 1199 DO STF. RETROATIVIDADE RELATIVA. CONTINUIDADE TÍPICO-NORMATIVA. REENQUADRAMENTO DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE NA ORIGEM. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

[...]

IX - Ademais, a Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas relacionados à matéria.

Assim, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. Aliás, conforme pacífico entendimento desta Corte, o enfrentamento das questões atinentes à efetiva caracterização ou não de atos de improbidade administrativa descritos nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA, sob as perspectivas objetiva - de caracterização ou não de enriquecimento ilícito, existência ou não de lesão ao erário e de violação ou não de princípios da administração pública - e subjetiva - consubstanciada pela existência ou não de elemento anímico -, demandam incontestemente reexame fático-probatório. Neste sentido: AgInt no AREsp n. 2.117.559/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/12/2023.

X - Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp n. 2.129.455/MG, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 11/9/2024.)

Ademais, o panorama normativo da improbidade administrativa mudou em benefício da demandada em razão de certas alterações levadas a efeito pela Lei 14.230/2021, édito que, em muitos aspectos, consubstancia verdadeira *novatio legis in melius*.

Sob o regime da repercussão geral, o STF pronunciou a aplicabilidade da Lei 14.230/2021 aos processos inaugurados antes de sua vigência e ainda sem trânsito em julgado em relação ao elemento subjetivo necessário para a tipificação dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (LIA): o dolo.

Além disso, no julgamento dos embargos de declaração opostos no Recurso Extraordinário com Agravo 803.568-AgR-segundo-EDv, o Pleno do STF, examinando a possibilidade de aplicação da tese proferida no Tema 1.199 aos casos de condenação pela conduta tipificada no inciso I do art. 11 da Lei 8.429/1992, concluiu por estender as conclusões explicitadas no âmbito da repercussão geral a tal hipótese.

Nesse mesmo sentido:

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ADVENTO DA LEI 14.231/2021. INTELIGÊNCIA DO ARE 843.989 (TEMA 1.199). INCIDÊNCIA IMEDIATA DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/1992 AOS PROCESSOS EM CURSO.

1. A Lei 14.231/2021 alterou profundamente o regime jurídico dos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública (Lei 8.249/1992, art. 11), promovendo, dentre outros, a abolição da hipótese de responsabilização por violação genérica aos princípios discriminados no caput do art. 11 da Lei 8.249/1992 e passando a prever a tipificação taxativa dos atos de improbidade administrativa por ofensa aos princípios da administração pública, discriminada exaustivamente nos incisos do referido dispositivo legal.

2. No julgamento do ARE 843.989 (tema 1.199), o Supremo Tribunal Federal assentou a irretroatividade das alterações introduzidas pela Lei 14.231/2021, para fins de incidência em face da coisa julgada ou durante o processo de execução das penas e seus incidentes, mas ressaltou exceção de retroatividade relativa para casos como o presente, em que ainda não houve o trânsito em julgado da condenação por ato de improbidade.

3. As alterações promovidas pela Lei 14.231/2021 ao art. 11 da Lei 8.249/1992 aplicam-se aos atos de improbidade administrativa praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado.

4. Tendo em vista que (i) a imputação promovida pelo autor da demanda, a exemplo da capitulação promovida pelo Tribunal de origem, restringiu-se a subsumir a conduta imputada aos réus exclusivamente ao disposto no caput do art. 11 da Lei 8.429/1992 e que (ii) as condutas praticadas pelos réus, nos estritos termos em que descritas no arresto impugnado, não guardam correspondência com qualquer das hipóteses previstas na atual redação dos incisos do art. 11 da Lei 8.429/1992, imperiosa a reforma do acórdão recorrido para julgar improcedente a pretensão autoral.

5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada.

6. Agravo regimental desprovido. (ARE 1346594 AgR-segundo, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 30-10-2023 PUBLIC 31-10-2023)

Diante deste novo cenário, a condenação com base em genérica violação a princípios administrativos ou com base nos revogados incisos I e II do art. 11 da LIA, sem que os fatos tipifiquem as novas hipóteses previstas na sua atual redação, remete à reforma da decisão condenatória, tendo em vista a abolição da tipicidade da conduta.

Na espécie, o ato ímprobo imputado à ré restringe-se à aplicação da inexigibilidade de licitação em hipótese que o Parquet entende não estar prevista em

lei, o que teria ofendido os princípios da Administração Pública.

Não há suporte legal no art. 11 da LIA para a qualificação dessa conduta como ímproba, tendo em vista a atual taxatividade do dispositivo, evidenciando-se a sua atipicidade. A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1.199-STF. ALTERAÇÃO DO ART. 11 DA LIA. PROCESSOS EM CURSO. APLICAÇÃO. CORRÉU. EFEITO EXPANSIVO.

1. A questão jurídica referente à aplicação da Lei n. 14.230/2021 - em especial, no tocante à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa e da aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente - teve a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.199 do STF).

2. A despeito de ser reconhecida a irretroatividade da norma mais benéfica advinda da Lei n. 14.230/2021, que revogou a modalidade culposa do ato de improbidade administrativa, o STF autorizou a aplicação da lei nova, quanto a tal aspecto, aos processos ainda não cobertos pelo manto da coisa julgada.

3. A Primeira Turma desta Corte Superior, no julgamento do AREsp 2.031.414/MG, em 09/05/2023, firmou orientação no sentido de conferir interpretação restritiva às hipóteses de aplicação retroativa da LIA (com a redação da Lei n. 14.230/2021), adstrita aos atos ímprobos culposos não transitados em julgado, de acordo com a tese 3 do Tema 1.199/STF. No mesmo sentido: ARE 1400143 ED/RJ, rel. Min. ALEXANDRE MORAES, DJe 07/10/2022.

4. A Suprema Corte, em momento posterior, ampliou a aplicação da referida tese ao caso de ato de improbidade administrativa fundado no revogado art. 11, I e II, da Lei n. 8.429/1992, desde que não haja condenação com trânsito em julgado.

5. No caso, o Tribunal de origem reconheceu a prática do ato ímprobo com arrimo no dispositivo legal hoje revogado, circunstância que enseja a improcedência da ação de improbidade administrativa em relação à TERRACOM CONSTRUÇÕES LTDA., aplicando o efeito expansivo da improcedência ao litisconsorte passivo LAIRTON GOMES GOULART.

6. Agravo interno provido, com aplicação de efeito expansivo ao litisconsorte passivo.

(AgInt no AREsp n. 2.380.545/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 7/3/2024)

Registro que a hipótese não autoriza o enquadramento dos fatos na novel previsão constante no inciso V do art. 11 da LIA, consubstanciada na conduta de "*frustrar, em ofensa à imparcialidade, [...] procedimento licitatório*", pois essa norma exige o especial fim de agir voltado à "*obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros*", dolo específico que sequer foi suscitado nos autos.

Por fim, a alegação de violação dos arts. 62 e 63 da Lei 4.320/1964 não é suficiente para caracterizar o prequestionamento, instituto que exige, além da alegação de infringência a dispositivos legais, a discussão e a apreciação judicial da questão de direito pela instância ordinária.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) considera que a ausência de enfrentamento pelo Tribunal de origem da matéria objeto do recurso, impede o acesso à instância especial porque não foi preenchido o requisito constitucional do prequestionamento.

Ressalto que não se aplica, no caso, o disposto no art. 1.025 do CPC porquanto, em que pese o recorrente tenha alegado a ofensa ao art. 1.022 do CPC, não apontou a omissão quanto à análise de tais normas.

Ademais, não fosse a ausência de prequestionamento, não é possível conhecer do recurso quanto ao ponto porque os dispositivos em questão não contêm comando normativo capaz de infirmar a validade dos fundamentos do acórdão recorrido, circunstância que atrai a incidência, por analogia, da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, nego a ele provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de outubro de 2024.

MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES
Relator