

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Recurso 08001413320184058001
Tribunal TRF5
Relator Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro
Julgado em 09/06/2025

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VERBAS DO FUNDEB. CONTRATAÇÃO PARA REFORMA DE ESCOLAS NO MUNICÍPIO DE GIRAU DE PONCIANO/AL. DOLO E DANO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.

1.

Cuida-se de ação civil pública por improbidade administrativa, ajuizada inicialmente pelo Ministério Público do Estado de Alagoas, em face de EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA, EMERSON PEREIRA DA SILVA, EDSON PEREIRA DA SILVA, FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA, KLEBER OLIVEIRA SILVA e GENIVALDO FIRMINO, por supostas irregularidades na contratação de reformas em escolas da rede de ensino do Município de Girau do Ponciano/AL, com verbas do FUNDEB e do ente municipal.

2. A sentença apelada julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

"Ante o exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a demanda para:

1. Condenar EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA e EMERSON PEREIRA DA SILVA às sanções previstas no art. 12, I, da Lei 8429/92:

a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, valor que deve ser contabilizado amoldando-se o valor total do contrato e de seus acréscimos, considerando-se, respectivamente, a diminuição em 50% por cento do objeto do contrato, e o limite de 25% do acréscimo quantitativo permitido pela lei. O montante obtido deverá ainda ser atualizado consoante Manual de Cálculos da Justiça Federal;

b) pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial;

c) suspensão dos direitos políticos do réu EMERSON PEREIRA DA SILVA por 10 (dez) anos;

d) proibição de contratar com a Administração ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

2. Condenar FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA e GENIVALDO FIRMINO às sanções previstas no art. 12, II, da Lei 8429/92:

a) pagamento de multa civil equivalente ao valor da perda patrimonial;

b) suspensão dos direitos políticos do réu por 8 (oito) anos;

c) proibição de contratar com a Administração ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 8 (oito) anos.

Condeno ainda os réus EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA e EMERSON PEREIRA DA SILVA, FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA e GENIVALDO FIRMINO ao pagamento das custas do processo e em honorários advocatícios que fixo em 10% do valor da causa, nos termos do art. 85, § 2º do CPC.

Absolvo, por fim, o réu KLEBER OLIVEIRA SILVA por ausência de prova da autoria do delito".

3. Opostos embargos de declaração, foi proferida sentença integrativa, in verbis:

"Ante o exposto, conheço os presentes embargos por tempestivos, para no mérito DAR-LHES provimento e sanear as omissões nos termos acima expostos, de maneira que complemento o dispositivo da sentença com o seguinte trecho:

CONDENO ainda solidariamente os réus EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA e EMERSON PEREIRA DA SILVA, FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA e GENIVALDO FIRMINO a ressarcirem a UNIÃO pelos danos causados no montante de R\$978.361,45 (novecentos e setenta e oito mil, trezentos e sessenta e um reais e quarenta e cinco centavos), a ser devidamente atualizados nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal e do art. 18, §1º da LIA.

Observando o erro material ocorrido, passo a saná-lo de ofício nos termos do art. 494, I do CPC, e afasto a condenação dos réus em honorários sucumbenciais em observância ao disposto no art. 23-B, §2º da Lei 8.429/92".

4. Em suas razões, EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA e EMERSON PEREIRA DA SILVA sustentam, em síntese, que: a) os aditivos contratuais, reduzindo o escopo do objeto e aumentando o valor devido à construtora, se fizeram necessários em razão da maior carência de determinadas regiões do Município, bem como à necessidade de demolir, não apenas reformas, algumas das escolas, em decorrência da condição precária em que se encontravam; b) não houve dolo ou danos ao erário, uma vez que os cofres do Município de Girau do Ponciano/AL não sofreram qualquer prejuízo, mesmo porque os serviços contratados foram efetivamente prestados, a preço justo e de acordo com o praticado no mercado.

5. Por sua vez, GENIVALDO FIRMINO sustenta que: a) não procedeu com dolo, pois todas as suas condutas no âmbito do processo licitatório ocorreram com base em pareceres técnicos; b) não existe prova da existência de qualquer perda patrimonial que possa ser diretamente atribuída às suas ações enquanto Secretário de Obras do Município de Girau do Ponciano/AL; c) as informações trazidas aos autos demonstram que todas as escolas objeto dos contratos questionados foram submetidas a obras de reforma ou ampliação, que resultaram em melhorias tangíveis para a comunidade escolar.

6. Já FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA alega, em sede preliminar, que houve cerceamento de defesa, consubstanciado no indeferimento da prova técnica que se pretendia contrapor ao Laudo Pericial nº 184/2020, lavrado pela Polícia Federal. No mérito, argumenta que: a) não restou comprovado o dolo, pois

constam nos autos pareceres emitidos pelo Procurador-Geral do Município e por engenheiro municipal, atestando a legalidade e a necessidade das alterações contratuais; b) considerando a complexidade e a multiplicidade de responsabilidades inerentes ao cargo de gestor municipal, não se deve presumir que o réu possuísse conhecimento técnico detalhado ou capacidade de fiscalização direta sobre todas as obras; c) inexistem provas de que o réu tenha obtido qualquer vantagem ilícita ou benefício pessoal com as supostas irregularidades contratuais; d) o laudo técnico da Polícia Federal não esclarece a metodologia utilizada, tampouco se as avaliações foram realizadas mediante inspeção direta contemporânea aos pagamentos e às medições ou se basearam unicamente em documentações ou inspeções posteriores.

7. Eis o teor da sentença:

I — RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada, inicialmente, pelo Ministério Público do Estado de Alagoas em face da EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA, EMERSON PEREIRA DA SILVA, EDSON PEREIRA DA SILVA, FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA, KLEBER OLIVEIRA SILVA e GENIVALDO FIRMINO, em virtude de supostas irregularidades em contratação para a realização de reformas em escolas da rede de ensino do município de Girau do Ponciano, com verbas do FUNDEB e do ente municipal.

Narra a exordial que, no ano de 2012, foi realizada licitação para proceder com a ampliação e reforma de 10 (dez) escolas na rede municipal de ensino do Município de Girau do Ponciano. Na ocasião, sagrou-se vencedora a empresa COLIBRIR LTDA, representada por EMERSON PEREIRA DA SILVA, a qual firmou contrato (nº 09/2013) com a municipalidade, com a contrapartida de receber a quantia de R\$ 1.578.580,25 (um milhão, quinhentos e setenta e oito reais e vinte e cinco centavos), sendo que os recursos eram provenientes de verba do FUNDEB, bem como de verbas próprias do Município. Ainda segundo a petição inicial, a empresa contratada, aduzindo não ter condições de realizar a obra nos termos do contrato, uma vez que cinco das escolas estavam localizadas em área de desapropriação, requereu a supressão das referidas escolas. Relata que, apesar da redução do objeto do contrato, a COLIBRIR teria requerido dois aditivos: o primeiro, no valor de R\$ 295.740,67 (duzentos e noventa e cinco mil, setecentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos) e o segundo, no importe de R\$ 90.653,13 (noventa mil, seiscentos e cinquenta e três reais e treze centavos). Finalmente, sustenta que o então Prefeito Municipal FÁBIO RANGEL, juntamente com o então Secretário de Educação Kleber Oliveira e o então Secretário de Obras Genivaldo Firmino, teriam autorizado as alterações contratuais, além de efetuar o pagamento antecipado de parcelas, sem a devida prestação do serviço, de forma que o valor da alteração teria sido muito superior aos 25% previstos no art. 65, §1º da Lei n. 8.666/93.

Juntou documentos: contrato n. 09/2013, detalhamentos do empenho, fotografias das escolas, detalhamento da transferência de recursos da União nos anos 2013 e 2014, portaria de instauração de inquérito civil, ofício enviado pela empresa Colibrir, termos aditivos de prazo, contrato de dispensa de licitação, termo aditivo financeiro.

Decisão proferida pelo Juízo Estadual da Comarca da Girau do Ponciano decretou a indisponibilidade dos bens dos réus e a notificação dos requeridos (Id. 2754459, pgs. 35 a 39).

A empresa Construtora Colibrir juntou pedido de reconsideração da decisão (Id. 2754470, Pg. 13 a 33) e juntou documentos: contrato social, relação de empregados, comprovante de pagamento de encargos sociais, contrato com o IFAL, contrato com a Prefeitura de Igaci, contrato com a Capitania dos Portos,

comprovantes de despesas, notas fiscais de obras recentes etc.

Os réus Fábio Rangel Nunes Oliveira, Kléber de Oliveira Silva e Genivaldo Firmino apresentaram manifestação preliminar em Id. 2754470, Pg. 42 a 47, alegando a incompetência da justiça Estadual para apreciar o feito. Não juntaram documentos.

A empresa Colibrir reiterou o pedido de reconsideração (Id. 2754541, Pg. 13 a 20).

Em decisão de Id. 2754541, pgs. 56 e 57, o Juízo Estadual da Comarca de Girau do Ponciano, indicando como fundamento o inciso IV do art. 109 da Constituição Federal, declinou da competência para processar e julgar a presente Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa. No entanto, manteve a indisponibilidade sobre os bens dos réus.

Houve manifestação da empresa Colibrir reiterando o pedido de reconsideração (Id. 2760661).

Despacho de Id. 2760477 determinou a intimação da União e do Ministério Público Federal para se manifestarem no feito.

Petições foram apresentadas pelo MPF e pela União Federal requerendo dilação de prazo para se manifestar (Id. 2814005 e 2814885), o que foi deferido por meio do despacho de Id. 2821700.

Manifestação do Parquet em Id. 2936903 ratificando integralmente os termos da ação proposta pelo Ministério Público Estadual e requerendo o ingresso na lide, com a fixação da Justiça Federal.

A União, em Id. 2955283, requereu seu ingresso no feito na qualidade de assistente simples.

Decisão de Id. 2990976: a) fixou a competência da Justiça Federal; b) deferiu o ingresso do MPF no polo ativo da lide e da União Federal na condição de assistente simples; c) ratificou a decisão de indisponibilidade de bens; d) determinou a notificação dos réus.

Manifestação preliminar apresentada pela empresa Colibrir e pelo réu Emerson Pereira da Silva em Id. 3108525. Juntou documentos que, em sua maioria, não se relacionam com a questão posta nos autos, mas sim com obras recentes, tais como contrato com o IFAL e termos aditivos, boletim de medição da obra do IFAL, fotos da obra do IFAL, contrato com a Prefeitura de Igaci, fotos da obra de Igaci, contrato com a Capitania dos Portos, comprovante de pagamento de encargos sociais, comprovantes de despesas, notas fiscais de obras recentes etc.

Em Id. 3128053, a empresa ré informa a interposição de agravo de instrumento.

Os réus Fábio Rangel Nunes Oliveira, Kléber de Oliveira Silva e Genivaldo Firmino apresentaram manifestação preliminar em Id. 3278865. Não juntaram documentos.

Comunicação do TRF5 acerca do acórdão proferido em sede de agravo de instrumento, determinando o desbloqueio das contas bancárias da empresa Colibrir (Id. 11481525). Despacho de Id. 3211783 determinando o desbloqueio das contas bancárias da empresa Colibrir.

Certidão de Id. 3650943 na qual o oficial de justiça relata o falecimento do réu Edson Pereira da Silva. Juntou atestado de óbito em Id. 3650944.

Em petições de Id. 3734879 e 3840447, a empresa Colibrir trouxe aos autos informações acerca das contas que ainda permaneciam bloqueadas. O pedido foi apreciado em decisão de Id. 3737106 e em despacho de Id. 3844569.

Intimado acerca do falecimento do réu Edson Pereira da Silva (despacho de Id. 4030539), o MPF requereu a extinção do feito em relação ao demandado.

Em petição de Id. 4057120, a empresa Colibrir pugnou pela expedição de alvará judicial no valor de R\$ 2.647,76 (dois mil, seiscentos e quarenta e sete reais e setenta e seis centavos).

Decisão de Id. 4096365 procedeu com a tomada das seguintes medidas: a) determinou a extinção do feito em relação ao réu Edson Pereira da Silva e sua consequente exclusão do polo passivo; b) recebeu a inicial, determinando a citação dos réus; c) determinou a expedição de alvará de levantamento em favor da Construtora Colibrir; d) determinou a correção do nome do réu Genivaldo Firmino.

Alvará de levantamento expedido em Id. 4149605.

A ré construtora Colibrir apresentou contestação em Id. 4290099. Juntou fotos atuais das escolas reformadas e contrato social.

Certidão de Id. 4301731 informando acerca da disponibilidade do alvará de levantamento.

Decisão de Id. 4343295 decretou a revelia dos réus Fábio Rangel Nunes de Oliveira, Kleber Oliveira Silva e Genivaldo Firmino, sem, contudo, aplicar seus efeitos materiais, em razão do presente litígio versar sobre direitos indisponíveis. Determinou a correção do polo ativo da demanda, excluindo-se o Ministério Público Estadual e inserindo o Ministério Público Federal, bem como a inserção da União Federal como assistente simples. Por fim, diante da contestação apresentada pelos réus Empresa Construtora Colibri Ltda EPP e Emerson Pereira da Silva, o MPF e a União foram intimados para apresentar réplica.

Em réplica (Id. 4466015), o Parquet Federal pugnou pelo não acolhimento da preliminar de carência da ação suscitada pelos réus em sede de contestação e, no mérito, reportou-se aos termos apresentados na exordial. Requereu, ainda, a produção de prova testemunhal e os depoimentos pessoais dos réus, apresentando rol de testemunhas.

A União, por sua vez, manifestou-se em petição de Id.4824704, ratificando a réplica à contestação apresentada pelo MPF.

Decisão de Id. 4864266 afastou as preliminares levantadas pelos réus e delimitou as questões de fato. Ao final, tendo em vista a necessidade de realização de audiência de instrução, determinou que a defesa dos réus apresentasse rol de testemunhas.

Os réus Fábio Rangel Nunes de Oliveira, Kleber Oliveira Silva e Genivaldo Firmino requereram a realização de perícia técnica para aferir o valor gasto nas construções das escolas. Juntaram rol de testemunhas (Id. 5042451).

Os demais réus, Empresa Colibrir e Emerson Pereira da Silva juntaram rol de testemunhas em Id. 5042684.

Despacho de Id. 5065022 determinou a intimação do Parquet para se manifestar nos autos acerca do pedido de perícia.

Intimado, o MPF não se opôs ao pedido (Id. 5153067).

Decisão de Id. 5208426 determinou a intimação dos réus Fábio Rangel Nunes de Oliveira, Kleber Oliveira Silva e Genivaldo Firmino para esclarecer as razões pelas quais pleitearam a realização de perícia técnica

Intimados os réus Fábio Rangel Nunes de Oliveira, Kleber Oliveira Silva e Genivaldo Firmino para esclarecer as razões pelas quais pleitearam a realização de perícia técnica, estes informaram, em manifestação de id. 5672720, que pretendiam a realização de perícia técnica de engenharia civil nas obras impugnadas, a fim de "informar se as obras e serviços constantes nos projetos foram realmente executados, realizar medição das obras, informar a técnica utilizada nas edificações, os materiais aplicados e constantes no projeto inicial, para, assim, atestar a adequação dos serviços sob o ponto de vista orçamentário.". Aduziram que no processo licitatório em questão constava o projeto inicial das obras questionadas, a planilha com indicação do custo estimado daquelas, o termo de referência, a cotação de preços, aditivos contratuais e suas respectivas justificativas. Afirmaram que os documentos permitiriam ao perito dimensionar e atestar com precisão, sob o ponto de vista técnico, se os valores gastos corresponderiam às obras executadas e se haveria a necessidade de celebração dos aditivos contratuais.

Intimado, o MPF reiterou manifestação de Id. 5153067, não se opondo à prova pericial.

Manifestação da União em Id. 6820632 aduzindo não se opor a produção de prova pericial, ressaltando, entretanto, que a remuneração deveria ser adiantada pelo réu.

Decisão de Id. 6761555 indeferiu a produção de prova pericial, nos termos do art. 464, parágrafo 1º, incisos II e III do CPC/2015 e determinou a realização de audiência de instrução.

Em manifestação de Id. 7197443, o MPF requereu a juntada das provas produzidas no inquérito policial nº 0800371-07.2020.4.05.8001, relacionadas com os fatos apurados no presente feito, quais sejam, extratos bancários e laudo pericial de engenharia, para que possam ser valoradas nos autos da presente ação civil pública.

Despacho de Id. 8010080 determinou a intimação das partes para se manifestarem.

Petição dos réus Fábio Rangel Nunes de Oliveira, Kleber de Oliveira Silva e Genivaldo Firmino. Sustentam que, embora tenham oportunidade de se manifestar sobre a documentação, neste momento, o seu conteúdo refere-se a fato e circunstância que deveriam ser aferidas com a participação ativa dos réus, inclusive, no caso do laudo pericial, com indicação de assistentes técnicos. Pugnam pelo desentranhamento do laudo pericial.

A empresa Colibrir e Emerson Pereira da Silva, em petição de Id. 8758546, também se manifestaram pelo desentranhamento do documento. Afirmam que as provas produzidas no inquérito policial não devem ser usufruídas no presente feito em razão da violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em visto que não fora intimada para prestar os devidos esclarecimentos.

Despacho de Id. 9089445 determinou a intimação do MPF, tendo em vista que nos documentos, referentes ao IPL nº 0800371-07.2020.4.05.8001, somente constava a juntada da prova pericial produzida (Id.

7203128), em que pese o Parquet ter feito menção aos extratos bancários.

Petição do MPF em Id. 9212992 requerendo a juntada do restante dos documentos e ressaltou a relevância da prova para a correta compreensão dos fatos que lastreiam o feito. Documentos em Id. 9163573 e 9163574.

A União, em Id. 9330684, aderiu a manifestação ministerial.

A empresa Colibrir e Emerson Pereira da Silva reiteraram a manifestação de Id. 8758546 (Id. 9381396).

Os réus Fábio Rangel Nunes de Oliveira, Kleber de Oliveira Silva e Genivaldo Firmino não se manifestaram, em que pese intimados (Id. 9311268 a 9311263).

Decisão de Id. 9414362 deferiu a utilização da prova emprestada dos autos do IPL n. 0800371-07.2020.4.05.8001 e determinou a intimação da parte ré, que havia solicitado anteriormente a produção de prova pericial, para dizer se mantinha o interesse na realização de prova pericial em Juízo, ou se considera suficiente o laudo pericial produzido pela Polícia Federal e já incorporado como prova nestes autos.

Manifestação dos réus Fábio Rangel, Kleber de Oliveira e Genival Firmino em Id. 11179142 insistindo da produção de prova pericial. Pugnou pela necessidade de adequação da petição inicial, nos seguintes termos: observância ao art. 17, §10-D da LIA; a definição do valor do alegado dano ao erário; a individualização das condutas de cada réu com a indicação dos elementos probatórios mínimos; definição dos elementos subjetivos dos réus. Ao final, pugnam pela decretação da prescrição intercorrente.

Os réus Empresa Colibrir e a Emerson Pereira da Silva informaram ter interesse na prova pericial (Id. 11187007).

Decisão de Id.11246302 afastou a exceção prescricional; reafirmou a inutilidade da prova pericial; afirmou ser descabido o pedido defensivo para que o MPF quantifique eventual condenação pecuniária; determinou a intimação do MPF para emendar a inicial indicando o tipo ímprobo praticado, bem como para se manifestar acerca da possibilidade da utilização das provas orais colhidas (depoimentos pessoais dos réus e de testemunhas) nos autos da Ação Penal n. 0801757-38.2021.4.05.8001.

Em manifestação de Id. 11718415, o MPF requereu:

a) que sejam aproveitados nestes autos os depoimentos pessoais dos réus e das testemunhas colhidos na esfera penal nos autos processuais n. 0801757-38.2021.4.05.8001;

b) que as condutas dos demandados: EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA., EMERSON PEREIRA DA SILVA, FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA, GENIVAL FIRMINO e KLEBER OLIVEIRA SILVA, sejam tipificadas pela prática de improbidade administrativa, mediante conduta dolosa, na forma do art. 10, I, da Lei n. 14.230/2021, com a conseqüente condenação nas sanções do artigo 12, II, do referido diploma.

A Construtora Colibrir EIRELI e Emerson Pereira da Silva requereram a produção de prova testemunhal (Id. 11851981).

Os demais réus não se manifestaram, conforme certidão de Id. 11885896.

Decisão de Id. 12017828 deferiu a prova testemunhal e, quanto aos interrogatórios dos réus, deferiu o aproveitamento da prova colhida no âmbito da ação penal n. 0801757-38.2021.4.05.8001 como prova emprestada, bem como os testemunhos colhidos naquele feito.

A Construtora Colibrir juntou rol de testemunha em Id. 12197436.

A União requereu a participação telepresencial em audiência (Id. 12430987). O pedido foi deferido por meio do despacho de Id. 12482550.

Termo de assentada da audiência realizada em 11/04/2023, juntado em Id. 12728262. Na ocasião, foram ouvidas as testemunhas José Aparecido da Rocha e Marcelo dos Santos.

Intimados para apresentarem alegações finais, o MPF (Id 12938980) e a União (Id 12951478) pugnaram pela condenação dos réus EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR EIRELI, EMERSON PEREIRA DA SILVA, FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA e GENIVALDO FIRMINO às penas impostas pela prática dos atos de improbidade capituladas no art. 12 II da Lei n. 8.429/92; e a absolvição do réu KLÉBER DE OLIVEIRA SILVA.

Emerson Ferreira e a Construtora Colibrir apresentaram alegações finais de Id 13185563, sustentando insuficiência de provas.

II — FUNDAMENTAÇÃO

Considerando já ter havido análise das preliminares apresentadas (Id 4864266), o indeferimento da prova pericial (Id 11246302), e tendo em vista a inexistência de requerimento de produção de outras provas, passo ao exame do mérito.

II — 1 - Da modificação legal

A Lei nº. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) fora promulgada com vista a regulamentar o § 4º, do art. 37 da Constituição Federal, o qual prevê sanções de natureza civis e administrativas com o intento de indenizar o erário pelos danos sofridos e punir o agente por sua conduta nociva ao patrimônio público e aos princípios que norteiam sua atividade como gestor. O legislador objetivava a punição dos maus administradores e a preservação de bens do Estado.

A presente ação civil pública foi instaurada com espeque na referida Lei, tendo sido imputada aos réus a prática das seguintes condutas (redação original da Lei nº 8.429/92):

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:(...)

Art.

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

Art.

11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:(...)

Quanto à legislação aplicável ao caso, é de se destacar que, em 25 de outubro de 2021, foi publicada a Lei nº 14.230/2021 alterando substancialmente a Lei nº 8.429/1992. A nova legislação, reforçando o entendimento já adotado pelos Tribunais pátrios, revogou dispositivos da lei anterior que previam modalidades culposas e corrigiu distorções de modo a deixar clara a distinção entre meras irregularidades e efetivas práticas ímprobas.

Nesse diapasão, as condutas acima descritas sofreram alteração pela Lei nº 14.230/2021, passando a exigir sempre o dolo para a configuração da conduta penalizada. No mesmo sentido, o caput do art. 10 também foi alterado para ressaltar a exigência de que a lesão ao erário deve ser efetiva e comprovada. A nova redação do dispositivo passou a ser:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

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: (...)

Art.

11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...)

No caso, as condutas imputadas aos réus na petição inicial sofreram modificação considerável com a publicação da Lei nº 14.230/2021, especialmente o relativo à comprovação da presença de dolo e do dano efetivo ao erário, o que faz nascer o questionamento acerca de qual norma deve ser aplicada quando do julgamento de fatos ocorridos na vigência da lei original.

Pois bem. A Lei de Improbidade Administrativa, enquanto produto do ius puniendi estatal, integra o Direito Administrativo Sancionador, submetendo-se ao núcleo básico de direitos individuais consagrados na Constituição, que são utilizados para frear o exercício ilegal do poder punitivo do Estado. O § 4º do art. 1º, da Lei 14.230/2021, expressamente ressaltou a aplicação imediata dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do

patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Possuindo a Lei de Improbidade uma série de normas de natureza material caracterizadas como mais benéficas aos réus, os seus comandos legais devem afetar diretamente as ações em curso, radiando seus efeitos de forma imediata. Este é, inclusive, o entendimento da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conforme se vê do seguinte julgado:

PROCESSO Nº: 0012989-71.2012.4.05.8300 - APELAÇÃO CÍVEL APELANTE: CLÓVIS CAVALCANTI DO REGO BARROS ADVOGADO: Helton Henrique Conceição Aragão e outros APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL RELATOR(A): Desembargador(a) Federal Manoel de Oliveira Erhardt - 4ª Turma MAGISTRADO CONVOCADO: Desembargador(a) Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá EMENTA ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RETORNO DOS AUTOS DO STJ. REAPRECIACÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS PELO MPF. MANIFESTAÇÃO SOBRE A INCIDÊNCIA DO ART. 11, INC. VI, DA LEI 8.429/92. PRESCRIÇÃO DAS SANÇÕES PESSOAIS. ANÁLISE EM RELAÇÃO AO RESSARCIMENTO. INEXISTÊNCIA DO NECESSÁRIO DOLO PARA OS FINS DO ART. 11, VI, DA LEI 8429/92 SEJA EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL SEJA EM FUNÇÃO DAS ALTERAÇÕES DA LEI 14.230/92. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO MPF CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS. (...) 13. Com efeito, a Lei de Improbidade Administrativa não visa a punir os agentes públicos inábeis ou inexperientes, mas sim aqueles que agem com má-fé para com a Administração Pública, dolosamente infringindo seus deveres com finalidades ilícitas. Se isso já era verdadeiro quando da redação originária da Lei nº 8.429/92, após a alteração levada a efeito pela Lei nº 14.230/21 revela-se rutilar, mercê de suas noveis disposições, que não basta o simples atuar na condição de agente público, senão que se torna necessária a efetiva, a concreta demonstração do dolo para a caracterização do ato ímprobo.

14. É de se considerar, ainda, que a Lei n. 14.230/21 alterou sensivelmente a tipologia do art. 11, VI, da Lei n. 8.429/92, que, até então, era apenas "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo" para "deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo, desde que disponha das condições para isso, com vistas a ocultar irregularidades". Nitidamente, o acréscimo tanto de uma elementar objetiva (dispor das condições próprias) como de um elemento subjetivo específico (com vistas a ocultar irregularidades), as quais não foram consideradas na sentença naturalmente porque não existiam ao momento de sua prolação. Todavia, é de considerar que esta e. 4ª Turma, inclusive em composição ampliada, nos termos do art. 942 do CPC, considera a aplicação imediata da novel legislação sobre improbidade naquilo que é mais favorável ao agente público por se tratar de diploma de natureza "penaliforme". Nesse caso, impõe-se mesmo a absolvição do ex-gestor ante a ausência de qualquer comprovação de que agia com vistas a ocultar irregularidades.

15. Diante do exposto, conheço dos embargos de declaração interpostos pelo MPF, mas nego-lhes provimento. (PROCESSO: 00129897120124058300, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CAMARA CARRA (CONVOCADO), 4ª TURMA, JULGAMENTO: 12/04/2022)

Sendo mais benéfica ao réu a novel legislação, será aplicada à presente hipótese a Lei de Improbidade Administrativa considerando-se a reforma empreendida pela Lei 14.230/2021.

A Carta Federal de 1988 inaugurou no texto constitucional pátrio a expressão improbidade administrativa, prevendo, em seu art. 37, § 4º, que atos dessa natureza deveriam importar em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Deveras, o legislador constituinte elevou a defesa da probidade administrativa ao patamar de lastro do Estado Democrático de Direito, mormente se considerarmos que o combate aos maus gestores dos negócios públicos passou a ser essencial para a construção de uma sociedade cada vez mais livre, justa e solidária (art. 3º, da CF).

Nessa perspectiva, segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, a probidade administrativa "consiste no dever de o funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer" (Curso de Direito Constitucional Positivo;

19. Ed. São Paulo, 2001, p. 653).

Com isso, qualquer ato desonesto que importe em violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, no sentido de desvirtuamento da atividade pública para o atendimento de interesses pessoais e egoístas, é passível de repressão pelo direito, sujeitando os agentes públicos às cominações da Lei n. 8.429/1992.

Nos termos da citada Lei - que trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos ou particulares, que induzam, concorram ou se beneficiem de condutas ímprobos - vale lembrar que os atos de improbidade administrativa são dispostos em três categorias: que importam enriquecimento ilícito do agente público (art. 9º); que causam efetivo prejuízo ao erário (art. 10); e que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

In casu, o cerne da presente lide reside em saber se a condutas dos réus configura atos de improbidade administrativa a merecer as reprimendas contidas na Lei nº 8.429/92.

II.2.1 - Dos requisitos estipulados pela Lei 8429 para a configuração do ato de improbidade:

O art. 9º da Lei de Improbidade administrativa estipula que "Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...) XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

O Art. 10, por sua vez, traz as hipóteses de ato de improbidade administrativa, por lesão ao erário, categorizando-o como "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:

I — facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das

entidades referidas no art. 1º desta Lei;

II — permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

(...)

IX — ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

(...)

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

(...)

XX - liberar recursos de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular.

(...)

§ 1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar perda patrimonial efetiva, não ocorrerá imposição de ressarcimento, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei.

§ 2º A mera perda patrimonial decorrente da atividade econômica não acarretará improbidade administrativa, salvo se comprovado ato doloso praticado com essa finalidade.

Por fim, o art. 11 traz as hipóteses de improbidade administrativa, em face de ofensa aos princípios da administração, assim os elencando:

Art.

11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...)

V — frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros;

§ 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.

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos

por lei.

§ 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.

§ 5º Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.

II.3 - Do resumo dos fatos

A exordial (Id. 2754452) articula os fatos da seguinte forma:

No ano de 2012, foi realizada a Concorrência nº 01/2012, para a execução da obra de ampliação e reforma de 10 (dez) escolas da rede municipal de ensino em Girau do Ponciano. A partir da referida licitação e da desistência de uma das empresas concorrentes sagrou-se vencedora a empresa COLIBRIR LTDA (representada por Emerson Pereira da Silva), a qual firmou o Contrato nº 09/2013, cujo objeto consistia na realização da referida obra nas 10 escolas pelo valor de R\$ 1.578.580,25 (um milhão, quinhentos e setenta e oito mil, quinhentos e oitenta reais e vinte e cinco centavos).

Ocorre que, em documento supostamente datado de 24 de agosto de 2013, a empresa COLIBRIR simplesmente aduziu não ter condições de realizar as obras nos termos do contrato originário, aduzindo, dentre outras coisas, que cinco das escolas objeto do contrato (Escola São José, Escola São Pedro, Escola Senador Arnon de Melo, Escola Santo Antônio e Escola Pereira Bezerra) encontravam-se em área que necessitava de desapropriação. Diante disso, a empresa requereu a supressão das cinco referidas escolas, haja vista a inviabilidade de se proceder adequadamente à reforma e ampliação delas.

Não obstante a assertiva da empresa, pugnado pelo decote do objeto pela metade, a COLIBRIR LTDA ressaltou que seriam necessários mais recursos para finalizar as cinco escolas restantes (Escola Deputado Antonio Holanda; Escola Santa Clara; Escola João José de Farias; Escola Professor Rivo Farias; e Escola São Brás). Dessa forma, a empresa requereu aditivo de valor no contrato no importe de R\$ 295.740,67 (duzentos e noventa e cinco mil setecentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos - 1º aditivo de valor) e R\$ 90.653,13 (noventa mil seiscentos e cinquenta e três reais e treze centavos - 2º aditivo de valor).

E, para isso, justificou no sentido de que os valores expostos no contrato estavam defasados, o que inviabilizaria o encerramento das obras relativas às cinco escolas remanescentes (Escola São José; Escola São Pedro; Escola Senador Arnon de Melo; Escola Santo Antônio; e Escola Pereira Bezerra). A COLIBRIR então juntou documentos visando à comprovação de que os referidos valores eram anacrônicos.

A Administração Pública, por sua vez, por meio do então Prefeito do Município Fábio Rangel, autorizou a supressão do contrato, bem como o aditamento, de modo que a empresa COLIBRIR somente precisaria entregar, reformadas e ampliadas, cinco escolas, recebendo a contrapartida total de R\$ 1.964.974,05 (valor referente ao contrato acrescido dos dois aditivos de valor).

Outro fato relevante a ser mencionado diz respeito ao pagamento antecipado de parcelas, pelo Município de Girau do Ponciano, à empresa COLIBRIR, sem a efetiva realização do serviço.

O exposto acima demonstra que a intenção do então Prefeito foi burlar o processo licitatório. Isso porque convocou o vencedor da licitação, empresa COLIBRIR, para realizar o serviço pactuado (reforma de dez escolas) pelo preço de R\$ 1.578.580,25. Contudo, no decorrer do contrato, apesar de haver uma redução pela metade do objeto contratual, houve uma repactuação e o contrato, ao invés de sofrer uma alteração para menos, foi alterado para um valor bem superior àquele que venceu o certame. Percebe-se que, com o aditivo e a supressão posteriores, o montante gasto com cinco escolas foi de R\$ 1.964.974,05 (um milhão novecentos e sessenta e quatro mil novecentos e setenta e quatro reais e cinco centavos).

Ou seja, o contrato originário previa o custo médio, pelo Município, de cada Escola por R\$ 157.858,02. Após, a supressão de objeto e aditivo de valor, o custeio para cada escola alcançou o montante de R\$ 392.994,81. Ou seja, houve um acréscimo médio por cada escola no montante de 235.136, 79 (cerca de 150% a mais em relação ao valor original).

Destarte, aumentando o valor da contratação nos moldes mencionados, o aditivo foi muito superior aos 25% previstos em lei (art. 65, § 1º da lei 8.666/93) e de forma completamente desarrazoada.

Diferentemente do que é mencionado pela empresa e pelo Prefeito Municipal, não é razoável que os valores de materiais e mão de obra tenham se elevado exponencialmente em poucos meses (mais especificadamente quatro), desde a assinatura do contrato (em 08/04/2013) ao pedido de aditamento de valor e supressão de objeto (em 24/08/2013).

II.4. Da verificação do Enriquecimento Ilícito, Dano efetivo ao Erário e violação aos Princípios da Administração Pública por cada um dos réus:

a) Do dano Efetivo ao Erário e do Enriquecimento Ilícito

Nos autos do processo penal (0801757-38.2021.4.05.8001), foi apresentado Laudo Pericial de nº 184/2020, da lavra da Polícia Federal, cuja transcrição faz-se mister transcrever no que interessa a esses autos (cf. trecho da denúncia):

Quesito 3 - As medições apresentadas são compatíveis com o quanto observado nas obras de cada uma das escolas?

Se entendermos "compatíveis" como relacionadas ao nexos causal, ou seja, que as medições foram consequência da execução das obras, a resposta é NÃO. Da análise da documentação disponibilizada e das observações das obras das 5 (cinco) escolas contempladas, é possível afirmar que as medições apresentadas pela Prefeitura Municipal de Girau do Ponciano/AL, em favor da empresa Construtora Colibrir Ltda., CNPJ 04.918.243/0001-64, relativas ao Contrato nº 09/2013, eram falsas, não guardando qualquer relação com a execução das obras. Em relação à execução das obras nas 5 (cinco) escolas contempladas, é possível afirmar, a partir da documentação apresentada pelo Senhor Nivaldo Ferreira da Silva Júnior, que foram realizadas sob sua supervisão técnica, estando em conformidade com os projetos arquitetônicos. Além disso, foram utilizados recursos da própria Prefeitura Municipal de Girau do Ponciano/AL e em data posterior às medições realizadas do Contrato nº 09/2013.

(...)

Quesito 6 - Tais valores são compatíveis com os valores gastos nas obras de cada uma das escolas?

Se entendermos "compatíveis" como relacionadas ao nexos causal, ou seja, que os pagamentos foram consequência da execução das obras, a resposta é NÃO. Os valores pagos pela Prefeitura Municipal de Girau do Ponciano para a Construtora Colibrir Ltda., CNPJ 04.918.243/0001-64, não guardam qualquer relação com as obras. As obras de reforma e ampliação das 5 (cinco) escolas foram executadas com recursos próprios da citada Prefeitura, sob a supervisão do Senhor Nivaldo Ferreira da Silva Júnior e em data posterior aos pagamentos realizados.

Indispensável ainda aludir à fundamentação utilizada pelo Juiz prolator da sentença penal, cujos argumentos restam plenamente aplicáveis a este relato processual:

Acerca da quantitativo de escolas, cabe pontuar que, depois de sagrar-se vencedora no certame licitatório, em documento supostamente datado de 24 de agosto de 2013, a empresa COLIBRIR simplesmente aduziu não ter condições de realizar as obras nos termos do contrato originário, aduzindo, dentre outras coisas, que cinco das escolas objeto do contrato (Escola São José, Escola São Pedro, Escola Senador Arnon de Melo, Escola Santo Antônio e Escola Pereira Bezerra) encontravam-se em área que necessitava de desapropriação. Diante disso, a empresa requereu a supressão das cinco referidas escolas, haja vista a inviabilidade de se proceder adequadamente à reforma e ampliação delas.

Na época, alegou a contratada que seriam necessários mais recursos para finalizar as cinco escolas restantes (Escola Deputado Antonio Holanda; Escola Santa Clara; Escola João José de Farias; Escola Professor Rivo Farias; e Escola São Brás). Dessa forma, a empresa requereu aditivo de valor no contrato no importe de R\$ 295.740,67 (duzentos e noventa e cinco mil setecentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos - 1º aditivo de valor) e R\$ 90.653,13 (noventa mil seiscentos e cinquenta e três reais e treze centavos - 2º aditivo de valor).

Para tanto, justificou no sentido de que os valores expostos no contrato estavam defasados, o que inviabilizaria o encerramento das obras relativas às cinco escolas remanescentes (Escola São José; Escola São Pedro; Escola Senador Arnon de Melo; Escola Santo Antônio; e Escola Pereira Bezerra). A COLIBRIR então juntou documentos visando à comprovação de que os referidos valores eram anacrônicos.

Como resultado, é inconteste nos autos que a Administração Pública, por sua vez, por meio do então Prefeito do Município Fábio Rangel, autorizou a supressão do contrato, bem como o aditamento, de modo que a empresa COLIBRIR somente precisaria entregar, reformadas e ampliadas, cinco escolas, recebendo a contrapartida total de R\$ 1.964.974,05 (valor referente ao contrato acrescido dos dois aditivos de valor).

É verdade que a redução do número de escolas, por supressão contratual, poderia afastar as suspeitas da apropriação dos recursos, pois teriam agido o município e a construtora resguardados por disposições negociais. No entanto, não parece crível que o construtor tivesse assinado o negócio jurídico desconhecendo o objeto a ser executado. Há patente irregularidade no comportamento de assinar-se um contrato para logo em seguida solicitar-se sua modificação. O mais grave é que se cinco das dez escolas foram suprimidas do pacto, por supostamente necessitarem de desapropriação para reforma (o que causa estranheza pois as unidades já estavam construídas no local), era razoável de se esperar que os valores do contrato fossem proporcionalmente reduzidos. Mas, pelo contrário, o que ocorreu foi um acréscimo do preço na ordem de R\$ 295.740,67 (duzentos e noventa e cinco mil setecentos e quarenta reais e sessenta e sete centavos - 1º aditivo de valor) e R\$ 90.653,13 (noventa mil seiscentos e cinquenta e três reais e treze

centavos - 2º aditivo de valor). Tal discrepância na equação econômico-financeira do pacto está a revelar que não se trata de mera irregularidade administrativa, mas de manobra constitutiva de crime de usurpação de dinheiro público, notadamente porque nem as cinco escolas restantes foram reformadas, conforme exaustivamente explicado nos autos.

A prova da liberação dos recursos é robustecida pelas apurações da Controladoria Geral da União - CGU as quais também atestaram que os pagamentos à COLIBRIR foram feitos de forma antecipada, isto é, anteriormente à execução das obras, e não correspondiam à evolução da reforma. Visando encobrir a inexecução dos serviços construtivos, os contratantes firmaram sucessivos termos aditivos, alongando o termo final do contrato. A propósito, veja-se o contraste entre as datas dos aditivos e datas dos pagamentos em duas tabelas confeccionadas pela CGU:

Quadro 1 - Aditivos de prorrogação de prazo ao Contrato nº 09/2013.

ADITIVO Nº DATA ADITIVO NOVA VIGÊNCIA

01 12/08/2013 Até 08/11/2013

02 08/11/2013 12/03/2014

03 12/03/2014 16/07/2014

04 16/07/2014 16/11/2014

05 16/11/2014 15/03/2015

06 15/03/2015 14/06/2015

Fonte: Termos aditivos de prorrogação de prazo ao contrato nº 09/2013.

Boletins de Medição:

Medição nº Data da medição Data Pagamentos Valor R\$

1 10/05/2013 15/05/2013 308.504,22

2 04/06/2013 07/06/2013 593.503,83

3 28/06/2013 03/07/2013 418.144,13

4 30/07/2013 01/08/2013 182.977,78

5 13/09/2013 19/09/2013 234.642,61

6 05/12/2013 11/12/2013; 14 e 23/01/2014 130.752,00

7 11/12/2013 10/02/2014 96.413,48

TOTAL 1.964.974,05

Fonte: Planilhas de medições elaboradas pela Construtora COLIBRIR, constante no processo de licitação Concorrência 01/2012 e extrato da conta específica do Fundeb.

Com efeito, não havendo prova da execução dos serviços de cinco escolas das dez contratadas, a despeito de sucessivos aditivos contratuais, e ainda pelas evidências de terem sido concluídas com verbas da própria municipalidade - tenho por demonstrada a materialidade do crime em foco. (...)

Desse modo, resta demonstrado o efetivo dano material ao Município em virtude dos pagamentos indevidamente efetuados à empresa, ficando caracterizada não apenas a desconformidade com os requisitos legais, mas também uma afronta direta à própria razoabilidade, visto que o acréscimo no valor pago se deu de forma diretamente proporcional ao decréscimo no serviço prestado pela construtora.

No que toca aos réus, EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA e EMERSON PEREIRA DA SILVA, verifica-se ainda o respectivo enriquecimento ilícito pela incorporação ao seu patrimônio de valores integrantes do acervo patrimonial da respectiva entidade.

Faz-se, por fim, necessária, a análise de existência/inexistência de dolo nos atos perpetrados por cada um dos réus.

b) Do Dolo dos réus

Acerca da necessidade de comprovação do dolo, a Magna Corte já se manifestou:

EMENTA: AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE DOLO. ATO ÍMPROBO NÃO CONFIGURADO.

1. A ilegalidade, por si só, não é suficiente para configurar a conduta ímproba. No caso, o próprio Tribunal de origem concluiu que o agente público atuou sem o especial fim de agir, sem intenção clara de burlar as regras de contratação temporária.

2. Não demonstrada a existência clara do elemento subjetivo doloso, qualificado pela má-fé, não é possível responsabilizar o agente público por ato de improbidade administrativa.

3. Agravo Interno a que se nega provimento. (STF - ARE: 1436192 SP, Relator: ALEXANDRE DE MORAES, Data de Julgamento: 22/08/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 28-08-2023 PUBLIC 29-08-2023)

No caso em espeque, faz-se inexoravelmente demonstrado o dolo da EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA e de seu administrador EMERSON PEREIRA DA SILVA ao firmarem contrato administrativo, e, menos de 6 (seis) meses após sua celebração, requererem não apenas diminuição significativa do objeto a ser realizado, mas também diversos acréscimos financeiros no valor a ser pago pela entidade pública, sem qualquer justificativa crível ou legal justificável.

A utilização da máquina pública com o fim específico de obter vantagens financeiras, utilizando-se do contrato anteriormente firmado, com solicitações sucessivas de valores incompatíveis com o serviço prestado e o recebimento de valores em momento prévio à própria execução do contrato tornam obsoleta

qualquer alegação de boa-fé pelos réus supracitados.

No que toca ao réu KLEBER OLIVEIRA SILVA, no entanto, torna-se impossível vislumbrar dolo ou até mesmo conduta ativa atrelada ao fato, visto tratar-se de Ex-Secretário de Educação, não tendo vínculo direto com o contrato assinado ou com as sucessivas alterações.

Por fim, quanto aos réus FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA e GENIVALDO FIRMINO, estes ocupavam, à época, os cargos, respectivamente, de prefeito municipal e secretário de obras, estando ambos diretamente associados aos atos ilícitos praticados, cuja materialidade já restou demonstrada.

Embora haja alegação específica dos supracitados réus de que a lei possibilitava a modificação do contrato e que o entendimento adotado por eles consagraria uma alteração qualitativa, e não quantitativa, não se verifica, em realidade, alterações qualitativas no contrato, mas diversos acréscimos no pagamento feito à contratada sem comprovação de contrapartida equivalente.

Saliento ainda que as alterações realizadas, em um intervalo de poucos meses, representam um acréscimo de mais de 150% do valor contratual, não se mostrando crível que tal disparidade de valores trouxesse aparência de legalidade, mesmo para o "homem médio", desconhecedor de preceitos jurídicos.

Soma-se ainda a isso o depoimento prestado pela testemunha Melânia, cuja atuação como pregoeira era recorrente, no qual ela relata que advertiu os responsáveis de que "supressão de quantitativo não se faz", o que não impediu os réus de dar continuidade aos procedimentos.

Por fim, foi realizado ainda o pagamento prévio irregular dos valores, feito antes mesmo do início das obras, em contraposição direta às normas legais e em mais uma contraposição às normas legais, sem qualquer explicação arrazoada pelos demandados.

A série de incongruências perpetradas pelos réus, pelas quais eles chegaram a ser advertidos, e que iam de encontro direto às normas legais, demonstra o dolo dos réus nos procedimentos adotados, a má-fé na realização do ato, o que implicou diretamente na lesão dolosa aos cofres públicos.

Pelo exposto, comprovado o enriquecimento ilícito dos réus EMPRESA CONSTRUTORA COLIBRIR LTDA e EMERSON PEREIRA DA SILVA, reconheço a prática por eles do ato de improbidade previsto no art. 9º, Inciso XI da Lei de Improbidade Administrativa, transcrito a seguir:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Comprovado ainda a lesão ao erário por ação dolosa dos réus FÁBIO RANGEL NUNES DE OLIVEIRA e GENIVALDO FIRMINO, com efetiva comprovação da perda patrimonial, reconheço a prática por eles do ato de improbidade previsto no art. 10º, Inciso I da Lei de Improbidade Administrativa, transcrito a seguir:

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:

(...)

I — facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei".

8. Em relação ao tema, como assentado pelo STF no julgamento do ARE 843.989, é exigível, na atualidade, 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 que, aliás, já era o entendimento sedimentado pela jurisprudência independentemente das alterações trazidas pela Nova LIA.

9. Importante registrar, ainda, que o advento da Lei 14.230/2021 alterou substancialmente o regime jurídico da improbidade administrativa, exigindo a comprovação de prejuízo efetivo ao erário e de elemento subjetivo especial para a configuração da conduta ímproba. Precedente: TRF5, PJE 0805967-04.2018.4.05.8401, Rel. Des. Federal Paulo Cordeiro, 2ª Turma, julgado em 06/06/2023.

10. No caso em apreço, depreende-se do conjunto probatório que o objeto contratual foi devidamente executado, como se pode constatar das fotografias acostadas aos autos, notadamente aquelas que constam no Laudo Pericial nº 184/2020 - SETEC/SR/PF/AL (id. 9163573 e id. 9163574), o qual atesta que as obras nas seguintes escolas foram efetuadas em conformidade com os respectivos projetos: Escola Municipal de Ensino Básico Santa Clara (Povoado Rancho), Escola Municipal de Ensino Básico Antônio Holanda (Povoado Craíbas dos Ferros), Escola Municipal de Ensino Básico João José de Farias (Povoado Barbosa), Escola Municipal de Ensino Básico Rivo Farias (Povoado Lagoa das Piabas), Escola Municipal de Ensino Básico São Braz (Povoado Lagoa de Dentro).

11. A conclusão dos autores da presente demanda, no sentido de que a redução do objeto contratual de dez para cinco escolas e o aumento do valor do contrato de R\$ 1.578.580,25 para R\$ 1.964.974,05 ocasionaram dano ao erário e enriquecimento ilícito dos envolvidos, resulta de meras presunções.

12. Com efeito, os demandantes não comprovaram que as alterações contratuais levadas a efeito no âmbito do Contrato nº 09/2013 se deram com o objetivo de ocultar irregularidades e não por dificuldades constatadas após a assinatura do instrumento contratual, isto é, o fato de que: i) cinco das dez escolas previstas (Escola São José, Escola São Pedro, Escola Senador Arnon de Melo, Escola Santo Antônio e Escola Pereira Bezerra) se encontravam em áreas que necessitavam de desapropriação; ii) fizeram-se necessárias a demolição e a reconstrução de determinadas escolas, em vez de simples reforma, acarretando subdimensionamento de quantidades e serviços necessários.

13. Insta salientar que o ônus de tal comprovação competia ao Parquet e à União Federal, não aos acusados.

14. Por fim, não há indícios de dolo por parte dos réus, considerando que os aditivos contratuais restaram aprovados por Nivaldo Ferreira da Silva Júnior, engenheiro civil da Prefeitura de Girau do Ponciano/AL, pessoa que detém expertise técnica superior à dos réus. Ora, não é razoável exigir que os ora acusados

decidissem de forma contrária ao parecer do referido engenheiro, presumindo que os aditivos pleiteados pela empresa Colibrir eram desnecessários à consecução do objeto contratual.

15. É certo que um juízo condenatório deve partir da esfera da certeza, nunca da presunção. Assim, não há como emitir um juízo condenatório sem que esteja comprovado o elemento subjetivo na conduta dos agentes, sob pena de se imputar verdadeira responsabilidade objetiva, o que desvirtuaria a própria razão de ser das normas que tutelam a probidade administrativa.

16. Em suma, não há indícios firmes no tocante ao elemento subjetivo apto a configurar os atos de improbidade administrativa. Assim, inexistindo provas suficientes de dolo, nos termos exigidos pela nova legislação vigente, deve ser reformada a sentença.

17. Apelações providas, a fim de absolver os réus. Agravo interno prejudicado.

acm/mbf