

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Recurso 08103126820174058200
Tribunal TRF5
Relator Desembargadora Federal Roberta Walmsley S. C. Porto De Barros (Convocada)
Julgado em 10/02/2025

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CIVIL. ART. 10, VIII, LEI 8.429/92.

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CIVIL. ART. 10, VIII, LEI 8.429/92. FRAUDE NO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. DANO PRESUMIDO. NÃO PERMITIDO. ADVENTO DA LEI 14.230/2021. CONTINUIDADE NORMATIVA TÍPICA. ART. 11, V, LEI DE IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO.

1.

Trata-se de apelação cível interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária da Paraíba que, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, julgou totalmente improcedente o pedido de condenação dos réus João Batista Dias, José Carlos Fonseca de Oliveira Júnior, Creusa Ribeiro Silva Veloso e C. Veloso, sob o fundamento de ausência de comprovação de dano efetivo ao erário.

2. Em suas razões recursais, argumentou o apelante, em síntese, que: 1) a ação objetivava a condenação dos réus, em razão da prática de atos previstos no art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, relacionados à fraude no Convite nº 018/2011 para aquisição parcelada de material odontológico; 2) as investigações identificaram irregularidades no município de Caldas Brandão/PB, envolvendo recursos do Fundo Nacional de Saúde, evidenciadas por documentos apreendidos com anotações que indicavam manipulação de propostas licitatórias; 3) embora a sentença reconheça a existência de fraude, o Juízo entendeu que, com a alteração promovida pela Lei 14.230/2021, seria imprescindível a demonstração de dano efetivo ao erário para configuração de improbidade administrativa, desconsiderando o princípio da continuidade normativo-típica; 4) o ato de improbidade, anteriormente previsto no art. 10, VIII, da LIA, encontra correspondência no art. 11, V, da nova redação legal, caracterizando violação aos princípios administrativos, o que dispensa a comprovação de dano material efetivo; 5) a conduta dos réus continua sendo ilícita e sujeita às sanções da LIA, independentemente da modificação normativa, considerando que o ato de fraude ao caráter competitivo da licitação, mesmo sem prejuízo direto ao erário, compromete a moralidade administrativa. Ao final, requer que o recurso seja recebido e conhecido, com provimento para reformar a sentença de primeira instância, condenando os réus pela prática de atos ímprobos previstos no art. 11, inciso V, da Lei nº 8.429/92, aplicando-se as sanções correspondentes do art. 12, III, do mesmo diploma legal.

3. O cerne da controvérsia é analisar se, no caso concreto, é possível a condenação dos acusados, sob o fundamento de continuidade normativo-típica da norma anteriormente prevista no art. 10, VIII, redação antiga da LIA, hoje, tipificada no art. 11, V, LIA.

4. Na origem, trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal em desfavor de João Batista Dias, José Carlos Fonseca de Oliveira Júnior, Creusa Ribeiro Silva Veloso, e da empresa Dental Veloso (C. Veloso), em razão de fraude ao caráter competitivo da licitação Convite 018/2011, razão pela qual lhes foi imputada a prática dos atos ímprobos previstos no art. 10, inciso VIII, e art. 11, caput, ambos da Lei 8.429/92, em sua redação original. De acordo com o Ministério Público Federal, o réu João Batista Dias, na qualidade de prefeito do Município de Caldas Brandão durante o mandato de 2009 a 2012, com o auxílio do então presidente da Comissão de Licitação do referido município, José Carlos Fonseca de Oliveira Júnior, simulou a realização do Convite nº 018/2011, cujo objetivo era a aquisição parcelada de material odontológico. Em decorrência dessa suposta fraude no processo licitatório, formalizou-se a contratação da empresa C. Veloso, representada por Creusa Ribeiro Silva Veloso, no valor de R\$ 16.588,85 (dezesesseis mil, quinhentos e oitenta e oito reais e oitenta e cinco centavos).

5. O MPF aponta como indicativo de simulação: 1) realização de anotações manuscritas, com caneta, anexadas por clipes, contendo informações que seriam posteriormente inseridas no SAGRES (tais como: nomes de participantes, valores das propostas e datas relevantes); 2) diversos cadernos licitatórios sem propostas de preços e, quando as apresentavam, estavam sem assinatura da empresa responsável; 3) várias anotações manuscritas que serviriam de lembretes para posteriores alterações; 4) ausência de atas de entrega de envelopes. Tais irregularidades teriam sido constatadas durante uma operação de busca e apreensão realizada na sede da Prefeitura de Caldas Brandão e na residência de José Carlos Fonseca de Oliveira Júnior, à época presidente da Comissão Permanente de Licitação (CPL), a quem se atribui a responsabilidade pela elaboração (fraudulenta) dos processos licitatórios. Relata-se que, na referida residência, foram apreendidos papéis timbrados de empresas participantes das licitações, muitos dos quais assinados, porém com o conteúdo em branco, além de recibos em branco.

6. Após a instrução processual - fazendo uso de prova oral emprestada da ação penal nº 0801945-21.2018.405.8200, o Juízo sentenciante, ao julgar os pedidos improcedentes, fundamentou que: 1) ao tempo em que ajuizada a ação, admitia-se a imputação de ato de improbidade por conduta culposa, bem como era possível a responsabilização do agente ímprobo pela reparação de dano presumido, todavia, com o advento da Lei 14.230/2021, esse cenário mudou; 2) atualmente, faz-se necessária a comprovação do dano efetivo, não mais subsistindo a responsabilização do agente público por conduta culposa ou da qual se extraia um dano presumido; 3) no tocante à aplicação das sanções da Lei 12.846/2013 em relação à pessoa jurídica C. VELOSO, referido diploma legal entrou em vigor em 2/08/2013 (data da publicação), de modo que suas disposições não se aplicam aos fatos discutidos nesta demanda, ocorridos no ano de 2011, ante o princípio geral de que a nova lei se aplica aos fatos futuros, não sendo possível a sua retroação para atingir situação jurídicas constituídas em momento anterior; 4) o fundamento da demanda é a existência de dano presumido, quantificado na inicial em R\$ 16.588,85 (dezesesseis mil, quinhentos e oitenta e oito reais e oitenta e cinco centavos), utilizados na compra de material odontológico, custeados com recursos do FMS - Fundo Municipal de Saúde para o Bloco de Atenção Básica do FNS - BLATB; 5) de acordo com as novas premissas estabelecidas na Lei 14.230, é necessária a comprovação do dano efetivo ao erário - ainda que se reconheça a fraude à licitação; 6) não há imputação de superfaturamento, desvio de verbas públicas ou descumprimento de contrato da empresa; 7) o MPF também não trouxe prova idônea de que os demais envolvidos na suposta fraude licitatória (JOÃO BATISTA e JOSÉ CARLOS FONSECA) tenham obtido alguma vantagem para favorecer a empresa C. VELOSO com a adjudicação do contrato oriundo do Convite 018/2011; 8) as provas orais produzidas não comprovam vantagem obtida pelos réus; 9) não é possível adequar o pedido do autor ao novo dispositivo legal.

7. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 843.989/PR (Tema 1.199), ocorrido em 18/08/2022, assentou o entendimento de que a incidência retroativa da norma que

alterou a Lei nº 8.429/1992 alcança os fatos pretéritos cujas ações estão em curso, especialmente, no que se refere à exigibilidade da comprovação do elemento subjetivo (dolo) para a tipificação dos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA.

8. Em razão desse entendimento, verifica-se que, nestes autos, o MPF foi intimado "para se pronunciar sobre os efeitos da Lei 14.230/2021 na demanda, especialmente, sobre o dano decorrente da conduta imputada aos réus e as novas condições estabelecidas na lei em apreço para a punição das pessoas jurídicas", conforme despacho de id. 4058200.10721739, datado de 10/10/2022. Atendendo à determinação judicial, em id. 4058200.10746220, o Ministério Público Federal, mesmo reconhecendo a ausência de dano efetivo ao erário, ratificou o pedido de condenação dos réus (pessoas físicas) no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92 (aplicando-se continuidade normativa no art. 11, VI, da LIA), bem como requereu que a pessoa jurídica fosse submetida às sanções do art. 19 da Lei 12.846/2013, em razão de ato ilícito previsto no art. 5, IV, a, do mesmo dispositivo.

9. O Ministério Público Federal sustenta, em síntese, que a) há simulação à licitação, uma vez que o no sistema SAGRES, havia a informação de que a licitação estava concluída, enquanto, nas buscas e apreensões verificaram a existência apenas de documentos relacionados à habilitação e regularidades fiscal das empresas, não sendo encontrado os demais documentos do caderno licitatório; e b) continuidade normativa da redação antiga do artigo 10 VIII, da LIA, em relação a atual redação do art. 11, V, do mesmo codex. Em análise minuciosa e bem fundamentada, verifica-se que o magistrado a quo já afastou as alegações do Parquet, conforme acima relatado, pelo que a sentença deve ser inteiramente mantida.

10. Primeiramente, no que se refere à existência de fraude/simulação à licitação, do acervo probatório colacionado aos autos, não se extrai qualquer evidência de conluio entre os envolvidos, tampouco resta identificado o dolo em fraudar o caráter competitivo da licitação.

11. A Lei de Improbidade Administrativa não visa a punir o gestor ou servidor tido como inábil, mas aquele desonesto, corrupto, desprovido de lealdade e boa-fé, que age com ofensa aos princípios da Administração Pública. Nesse sentido, "a ação de improbidade administrativa não tem por escopo a punição de informalidades, por mais relevante que seja o bem jurídico tutelado. Improbidade reclama um tipo qualificado de ilicitude, notadamente marcada por má-fé ou desonestidade" (PROCESSO: 08000650320184058003, APELAÇÃO CÍVEL, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA, 2ª TURMA, JULGAMENTO: 10/05/2022).

12. Para que as condutas sejam classificadas como ímprobadas é preciso que seja demonstrada "a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente" (art. 1º, §2º, da Lei nº 8.429/1992, incluído pela Lei nº 14.230/2021). Ademais, exige-se a comprovação de dolo específico em praticar os atos de improbidade descritos nos artigos 9º, 10 e 11, não bastando a simples comprovação de dolo genérico.

13. É claro que a atuação em desconformidade com as normas que regem o ordenamento jurídico não é a postura que se espera de gestores e servidores públicos. Todavia, essa prática indevida, dentro do presente contexto fático-probatório, não é passível de responsabilização dos acusados em sede de ação de improbidade administrativa. Eventuais falhas devem ser apuradas na via adequada - por se enquadrarem como irregularidades administrativas -, e os responsáveis devem sanar as ilicitudes, adequando-se aos ditames da Lei de Licitações e Contratos.

14. O município de Caldas Brandão, à época dos fatos, segundo censo do IBGE de 2010, possuía uma

população de 5.637 habitantes. Assim, verifica-se que se trata de uma cidade com pouco infraestrutura organizativa-administrativa e de pessoal, o que pode ter favorecido para a ocorrência dessas falhas procedimentais.

15. Essas irregularidades procedimentais, ficam evidenciadas no depoimento de José Carlos Fonseca de Oliveira Júnior, presidente da Comissão Permanente de Licitação, que disse que "o depoente trabalhava numa empresa de contabilidade que fazia a contabilidade do Município e indicou os serviços; fez alguns cursos de capacitação, mas nada específico em licitação ; chegou lá para fazer a parte burocrática, mas depois a pessoa do setor saiu e acabou assumindo o setor por ter mais conhecimento do que as pessoas que estavam lá (...) quando chegava os papéis, levava para casa para cadastrar os dados das empresas no sistema de licitação, e na época foi pego isso em casa; não se recorda dos bilhetes que a denúncia menciona; as licitações não chegavam a formar um caderno de processo administrativo, ficava preso por clipe, sem controle do arquivamento; quando conseguia avançar, fazia homologação para ele assinar , não chegava previamente homologado; as vezes ficava cobrando para terminar logo o processo, mas as empresas não vinham ao Município (...) ; não conhecia Creuza ou sua empresa".

16. Corroborando esse contexto de desorganização administrativa, João Batista Dias, prefeito à época, em seu depoimento, informou que "sempre que precisava comprar uma coisa era publicado edital especificando o que estava precisando e as empresas levavam os documentos; nunca entregou convites pessoalmente , e acredita que não tivesse ninguém que fizesse; as empresas ficam sabendo através do edital, não se recorda de ter convidado; o edital ficava na prefeitura, nos Correios, que era do lado, na câmara municipal não havia publicação em jornais; não conhecia a empresa de CREUZA; as vezes o pessoal deixava as propostas na prefeitura e o depoente ou secretário entregavam a JOSÉ CARLOS; ao depoente raramente foi entregue documentos pelas empresas, as vezes era deixado na recepção, quem estivesse recebia, não havia sequer protocolo formal na prefeitura; (...)

17. As testemunhas Ângelo Barros Esteves e José Robério dos Santos Martorelli, sócios das empresas HOSMED e MM Materiais Médicos Ltda, respectivamente, empresas que perderam, em tese, a licitação Convite 018/2011, afirmaram que nunca participaram da referida licitação, sendo que José Robério ainda afirmou que não atua na área dos objetos licitados. Não obstante, a investigação não conseguiu levantar informações sobre quem poderia ter "forjado" essas documentações, além disso, dos depoimentos dos envolvidos, não se identifica qualquer traço de conluio.

18. Ainda quanto aos indicativos de fraude, o simples fato de haver clipes com informações escritas à mão não pode ser considerado, por si só, como prova irrefutável de ilícito. O Relatório de Análise de Material Apreendido, Equipe 06, da Controladoria-Geral da União, no item 49, faz a análise da documentação integrante do material apreendido referente ao Convite 018/2011, inferindo que havia um processo de montagem a licitação, vez que havia papéis presos em clipes com anotações a serem lançadas no sistema. (fls. 76/77 de id. 4058200.2043250). Todavia, tal inferência se torna frágil ao verificar que as anotações não trazem qualquer conteúdo comprometedor que indique a fraude. Assim, não restou comprovado qualquer fraude ou conluio entre as partes para fraudar o Convite 018/2011.

19. O segundo ponto alegado pelo MPF, referente à possível continuidade normativa da redação antiga do artigo 10 VIII, da LIA, em relação a atual redação do art. 11, V, do mesmo codex, entende-se que só haveria a abolição da figura típica quando a conduta anteriormente enquadrada no inciso revogado não for mais disciplinada em nenhum outro inciso do artigo 11 da Lei nº 8.429/92 que ainda esteja em vigor. Assim, se a conduta continua proibida em outro inciso do artigo 11, considera-se que houve continuidade típico-normativa da conduta. (STJ. AgInt nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.510.397 -

SP. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 03/09/2024. Data de Publicação: 25/09/2024).

20. A redação antiga do art. 10, VIII, da LIA era: 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; Enquanto a redação atual do artigo 11, V, LIA, é: 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;

21. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, antes do advento da Lei 14.230/2021, era no sentido de que frustrar o caráter competitivo de licitação, ocasionava dano ao erário presumido, o que justificava a condenação por ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário. Todavia, após as alterações da Lei de Improbidade, o STJ tem se manifestado no sentido de que "esse entendimento (repita-se, fruto de construção jurisprudencial, e não decorrente de texto legal) não pode continuar balizando as decisões do STJ se o próprio legislador deixou expresso não ser cabível a condenação por ato ímprobo mediante a presunção da ocorrência de um dano, pois cabe ao Judiciário prestar a devida deferência à opção que seguramente foi a escolhida pelo legislador ordinário para dirimir essa questão." (STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.929.685 - TO. Relator: Ministro Gurgel de Faria. Data de Julgamento: 27/08/2024. Data de Publicação: 02/09/2024) Assim, para os processos ainda não transitados em julgado, permite-se o reenquadramento típico, quando possível, em um dos incisos do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

22. Ainda que se admitisse tal continuidade normativa, o acervo probatório não seria suficiente para condenação Isso porque o art. 11, V, LIA, exige dolo com o especial fim de obter benefício próprio, direto ou indireto, ou a terceiros. Nesse sentido: (STJ. 1ª Turma. EDcl no AgInt no AREsp 1226595 / SP. Relator: Ministro Paulo Sérgio Domingues. Data de Julgamento: 16/12/24. Data de Publicação: 20/12/24)

23.

Conforme já exhaustivamente exposto, os documentos acostados, bem como a prova oral, não foram suficientes para evidenciar o dolo em fraudar licitação - sendo demonstrado apenas uma desorganização administrativa -, tampouco de auferir vantagem indevida. Ressalta-se, por fim, que não há qualquer identificação de proveito efetivamente obtido pelos envolvidos. Não há nos autos nada que indique superfaturamento ou não entrega do material.

24. Apelação cível desprovida.