

PODER JUDICIÁRIO

tribunal
de justiça
do estado de goiás4ª Câmara Cível**APELAÇÃO CÍVEL Nº 443728-95.2009.8.09.0127 (200994437285)****COMARCA DE PIRES DO RIO**

1º APELANTE EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA E OUTRO
2º APELANTE LUIZ EDUARDO PITALUGA DA CUNHA
APELADO MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR **MARCUS DA COSTA FERREIRA – Juiz de Direito**
 Substituto em 2º Grau

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade dos recursos, deles conheço e passo a apreciá-los.

Consoante relatado, cuidam-se de Apelações Cíveis interpostas por EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA e VALMIR DE SOUSA PEREIRA (fls. 2.099/2.121) e por LUIZ EDUARDO PITALUGA DA CUNHA (fls. 2.127/2.144), para impugnar a sentença (fls. 2.047/2.083) proferida pelo Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Pires do Rio, Dr. Hélio Antônio Crisóstomo de Castro, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na **Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa** ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em



desfavor dos recorrentes, condenando-os pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 9º, *caput* e incisos IV e XI, e 11, *caput* e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92.

Gize-se que a presente ação de improbidade administrativa tem origem na celebração de contrato de prestação de serviços de limpeza urbana, após realização de processo licitatório viciado, tanto em função de superfaturamento quanto por afronta ao artigo 189, § 1º, da Lei Orgânica Municipal, que prevê a exclusividade da titularidade do município para a coleta do lixo urbano.

Na ***Ação Civil Pública para a Declaração de Nulidade de Contrato de Prestação de Serviços de Limpeza Pública (Coleta de Lixo) e Imposição de Obrigação de Fazer***, o magistrado julgou parcialmente procedentes os pedidos, consoante dispositivo:

“Em face do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos iniciais para o fim de:

1. Declarar a nulidade do procedimento licitatório e do contrato dele decorrente, celebrado entre os ora requeridos MUNICÍPIO DE PIRES DO RIO/GO e a empresa EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA;

2. Condenar a empresa EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA ao ressarcimento integral do dano ao erário, em conformidade com os termos da sentença proferida na AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA em apenso (Autos de nº 200904437285), ou seja, em solidariedade passiva, com os requeridos LUIZ



EDUARDO PITALUGA DA CUNHA, EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA e VALMIR DE SOUSA PEREIRA, devidamente atualizado com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos contados a partir do efetivo pagamento pelo erário (art. 398, CC), a ser apurado em liquidação de sentença por artigos (art. 475-E do CPC), devendo ser considerado para apuração do valor real do serviço prestado pela empresa contratada os valores correspondentes à média dos valores gastos com o mesmo serviço no Município no exercício de 2008 e o tempo efetivo, devidamente comprovado, em que a empresa contratada executou os serviços;

3. Condenar o requerido MUNICÍPIO DE PIRES DO RIO/GO ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente na retomada imediata/continuidade dos serviços de limpeza urbana: coleta e transporte de resíduos sólidos domiciliares e comerciais, coleta e transporte de resíduos sólidos provenientes dos serviços de saúde, varrição manual de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos produzidos da varrição, serviços de capina manual e/ou química e raspagem e pintura (caiação) de guias de sarjetas, que foram objetos da contratação.

4. Condeno as requeridas ao pagamento das custas do processo em solidariedade. Sem honorários, pois incabíveis (art. 18 da Lei 7.347/85)” (autos em apenso)

Já na **Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa** aforada contra os agentes envolvidos na prática dos apontados atos ímprobos, o julgador acolheu os argumentos do órgão



ministerial e julgou parcialmente procedentes os pedidos exordiais, condenando-os nas seguintes sanções:

“Em face do exposto, com amparo nos fundamentos aqui expostos, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, a fim de condenar os requeridos LUIZ EDUARDO PITALUGA DA CUNHA, EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA. e VALMIR DE SOUSA PEREIRA pela prática de atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º, caput e incisos IV e XI, e 11, caput e inciso I, todos da Lei 8.429/92 e, de consequência, aplicar-lhes as seguintes sanções:

- a) Ressarcimento ao Município de Pires do Rio/GO, em solidariedade passiva, do proveito ilicitamente auferido por LUIZ EDUARDO PITALUGA DA CUNHA, EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA. e VALMIR DE SOUSA PEREIRA, devidamente atualizado com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos contados a partir do efetivo pagamento pelo erário (art. 398, CC), a ser apurado em liquidação de sentença por artigos (art. 475-E do CPC), devendo ser considerado para apuração do valor real do serviço prestado pela empresa contratada os valores correspondentes à média dos valores gastos com o mesmo serviço no Município no exercício de 2008 e o tempo efetivo, devidamente comprovado, em que a empresa contratada executou os serviços;*
- b) Perda da função pública eventualmente exercida;*



- c) Suspensão dos direitos políticos pelo prazo mínimo de 8 anos;*
- d) Pagamento de multa civil, em prol do Município de Pires do Rio/GO, correspondente ao valor da vantagem indevidamente auferida, calculada na forma da alínea “a” supra; e*
- e) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica de que seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos”.*

Feitas tais considerações, passo à análise da preliminar de ilegitimidade passiva da pessoa física do sócio da primeira empresa apelante, Sr. Valmir de Sousa Pereira, arguida pela primeira apelante.

A preliminar não procede. A Lei de Improbidade Administrativa é expressa quanto à possibilidade de responsabilização de todos aqueles que, de alguma forma, induzam, concorram ou obtenham proveito pela prática dos atos nela elencados, senão vejamos:

*“Art. 3º. As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente político, **induza ou concorra** para a prática do ato de improbidade ou **dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta**”.*

Na interpretação da lei, o Enunciado nº 558 da VI



Jornada de direito Civil dita que *“são solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente.”*

Dessa forma, uma vez que o *Parquet* aponte o sócio de empresa contratada como terceiro que tenha concorrido para a prática do ato ímprobo e dele tenha se beneficiado, há respaldo para sua inclusão no polo passivo da demanda.

Comentando o dispositivo, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves lecionam que:

“Pensamos que ante a amplitude conferida pelos arts. 3º (...) e 6º (...) da Lei de Improbidade, nada impede a sua inclusão como ré na ação civil pública, devendo figurar, nesta condição, ao lado de seus sócios e administradores (aqueles que tenham praticado atos de gestão dando ensejo à improbidade)” (Improbidade Administrativa, 6ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 790).

Outrossim, o sócio-proprietário e administrador da empresa é quem de fato tem o poder de direcionar a ação da pessoa jurídica, sendo, portanto, responsável pelos atos praticados no âmbito da sociedade, com fundamento na existência do dolo efetivamente demonstrado na instrução probatória deste feito.



Atente-se ainda para a incidência do artigo 1.080 do Código Civil, que define que “*as deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram*”.

Logo, é patente a legitimidade passiva do réu Valmir de Sousa Pereira, sendo a constatação da efetiva prática de ato ímprobo matéria relativa ao mérito da demanda.

No entanto, antes de adentrar na *questio juris*, reputo relevante esclarecer a arguição do segundo apelante relacionada à legalidade do contrato de prestação de serviços de limpeza urbana.

Essa matéria está superada, pois foi objeto de debate da ***Ação Civil Pública para a Declaração de Nulidade de Contrato de Prestação de Serviços de Limpeza Pública (Coleta de Lixo) e Imposição de Obrigação de Fazer***. Logo, uma vez reconhecida a ilegalidade do contrato e decretada a sua nulidade, a presente ***Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa*** deve ter sua análise limitada à verificação da existência ou não de atos de improbidade administrativa.

Na petição inicial, o Ministério Público, aqui apelado, relatou pormenorizadamente os fatos que deram ensejo à propositura da ação, indicando os atos praticados pelos requeridos, então apelantes, assim resumidos: o *Parquet* apontou o prejuízo havido nos cofres



públicos pelo desarrazoado valor contratado para a prestação dos serviços de limpeza pública no ano de 2008, caracterizadores de superfaturamento; apontou o auferimento de vantagem patrimonial indevida pelos agentes envolvidos; e também a violação aos princípios da legalidade, economicidade, supremacia do interesse público e eficiência.

No pedido, pugnou pela condenação dos réus nas sanções descritas no artigo 12, incisos I e II, ante a prática das infrações insertas no artigo 9º, *caput*, incisos IV e XI e artigo 11, *caput*, inciso I, da Lei nº 8.429/92.

Pois bem. A Constituição Federal impõe que a atividade da Administração Pública deve obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, dentre outros, e comina penalidades pela prática de atos de improbidade.

“Art. 37. [...]

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

A Lei nº 8.429/92 é o diploma normativo que regulamenta os atos de improbidade administrativa e suas consequências, dividindo as condutas ímprobas em três grupos, de



acordo com a gravidade, com imputação de diferentes sanções para cada uma delas.

No **artigo 9º** da lei estão previstas as condutas que importam **enriquecimento ilícito**. Pressupõe-se que o agente obtenha aumento indevido de seu patrimônio, de maneira incompatível com a evolução normal segundo seus rendimentos, ou receba qualquer espécie de vantagem econômica em razão do exercício de função pública. Aqui a condenação depende de prova do enriquecimento ou da vantagem indevidos.

A seu turno, as condutas causadoras de **lesão ao erário** estão previstas no **artigo 10** e são todas aquelas que apontem perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres públicos, não sendo taxativo o rol. Há quem entenda ainda que o conceito alcança, além de bens e interesses de natureza econômico-financeira, também os bens e interesses de cunho moral, estético, artístico, histórico, ambiental e turístico pertencentes aos entes da administração pública (artigo 1º, § 1º, Lei nº 4.717/1965). Nesse caso a imputação independe de prova da obtenção da vantagem indevida pelo agente, sendo bastante a prova do prejuízo havido no patrimônio público.

Por fim, o **artigo 11**, que consagra os **atos de improbidade administrativa atentatórios aos princípios da Administração Pública**, menos graves do que os primeiros e



remanescentes a eles, caracterizam-se por ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições públicas, e representam uma tentativa do legislador de abranger ao máximo as condutas consideradas ímprobas praticadas por agentes públicos e eventuais terceiros partícipes/beneficiários.

Doutrina e jurisprudência são majoritárias no entendimento de que as condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 impescindem da demonstração do elemento “dolo”, admitindo-se, para aquelas descritas no artigo 10, tanto a prática dolosa quanto a culposa.

Quer isso dizer que para a ocorrência dos atos de improbidade tipificados nos artigos 9º e 11 é necessário que esteja caracterizada a vontade de o agente realizar fato descrito na norma incriminadora e alcançar o resultado proibido, à luz do contexto fático e não apenas da mera violação à lei.

Em suma, na análise daqueles dois artigos, a partir de um comportamento voluntário não se pode concluir, *ipso facto*, que o resultado tenha sido também desejado direta ou indiretamente pelo agente. Faz-se necessário observar, além do dolo, o elemento subjetivo, já que a só infringência da lei não basta para a configuração do ato de improbidade. A seu turno, o artigo 10, por admitir o ato de improbidade na modalidade dolosa e culposa, dispensa a análise subjetiva, bastando, para a condenação, a comprovação de negligência, imprudência ou imperícia dos envolvidos na conduta ímproba.



Feitas essas premissas, voltemos os olhos ao caso concreto.

Na situação em testilha, evidencia-se a tese uníssona defendida em ambos os recursos de apelação de que inexistente comprovação de dolo ou culpa nas condutas dos recorrentes, tampouco prova de enriquecimento ilícito e/ou dano ao erário.

Com efeito, tanto em relação ao gestor público municipal, Luis Eduardo Pitaluga da Cunha, quanto em relação aos *extraneus*, empresa Evolu Servic Ambiental e Valmir de Souza Pereira, embora se constate a presença do elemento volitivo de violar a lei, não se vislumbra a necessária comprovação de que os atos ímprobos imputados tenham resultado em enriquecimento ilícito ou vantagem patrimonial para os agentes neles envolvidos nas modalidades do artigo 9º e incisos IV e XI da Lei nº 8.429/92 apontados pelo *Parquet* ou em qualquer outro deste dispositivo. Não se vislumbra, tampouco, prova sobre a forma como teria ocorrido o enriquecimento ilícito decorrente do produto da contratação realizada.

Aliás, sobre esse assunto o próprio julgador de origem reconheceu a inexistência de prova do enriquecimento do gestor público e demais envolvidos no contrato, tendo ressaltado na sentença que não restou “*comprovado nos autos de que maneira foram distribuídos e apropriados entre os requeridos os valores recebidos pela empresa, em relação aos valores ilegalmente pagos à empresa terceirizada pelo contrato nitidamente superfaturado*” (fls. 2079/2080).

Assim, permanecendo no campo da presunção a prática de



atos de improbidade que importem em enriquecimento ilícito ou auferimento de vantagens indevidas, sem a prova concreta da efetiva vantagem ou do enriquecimento os agentes não podem ter suas condutas enquadradas no artigo 9º da Lei nº 8.429/92.

Daí porque, sob este enfoque, entendo que a sentença deve ser reformada para que os agentes não sejam condenados nas sanções mais severas do artigo 12, inciso I, que penalizam as condutas tipificadas no artigo 9º da lei de improbidade.

A meu viso, as condutas imputadas ao gestor público e aos terceiros envolvidos enquadram-se, sim, nas modalidades insertas nos artigos 10 e 11 do referido diploma, consubstanciadas genericamente em prejuízo ao erário e violação de princípios.

Porém, antes de tratar especificamente sobre elas, é de suma importância tecer breve esclarecimento sobre a não adstrição do juiz aos fundamentos legais para a condenação elencados pelo autor da ação de improbidade.

Na presente ação, o Ministério Público não postulou a condenação dos agentes com base no artigo 10 da lei de improbidade. Tal não obstaría, porém, que o magistrado tivesse enquadrado as condutas conforme a tipificação mais adequada.

O artigo 282, inciso III, do Código Procedimental Civil, ao



adotar a Teoria da Substanciação, exige que o autor, na peça inicial, indique os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. Porém, uma vez que as partes requeridas se defendem dos fatos que lhe são imputados, pode o juiz interpretá-los segundo o direito objetivo e dar-lhe fundamentação diversa da imputação original, por força do brocardo *‘da mihi factum dabo tibi jus’*.

Ao assim agir o julgador não se afasta do pedido, tampouco da correlação temática em vias de violar o artigo 460 do Código de Processo Civil. O que lhe é vedado é conhecer de questões não suscitadas ao longo da lide, mas não de dar nova tipificação aos fatos que foram deduzidos e provados na instrução processual e sobre os quais as partes exerceram a ampla defesa e contraditório.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, ao discorrerem sobre a correlação entre pedido e causa de pedir, assinalam, com maestria:

“Assim, os fundamentos de fato e de direito invocados pelo autor, sobre os quais vai repousar a pretensão (art. 282, III, CPC), desempenham relevante papel no que respeita à fixação dos limites da atuação jurisdicional (congruência), gizando-lhe, mesmo que reflexamente, os contornos. Tal realidade assume dimensões sumamente importantes naquelas ações de índole sancionatória nas quais o pedido formulado pelo autor não se reveste de precisão, tal como ocorre no processo penal e, segundo pensamos, também na ação civil de improbidade.

De pronto, em vista do princípio do jura novit curia, é necessário enfatizar que, sem qualquer prejuízo à teoria da



substanciação, não haverá nenhuma incongruência na circunstância de considerar o juiz aplicável dispositivo legal diverso do invocado pelo autor na inicial. A esse respeito, cumpre assinalar, conforme alertado pelos clássicos, “que mesmo que o autor, não se limitando a descrever o fato e a consequência jurídica que do fato decorre (o pedido), passe a postular a regência da hipótese por certa regra de direito, essa postulação nada mais é que mera argumentação, pois ao juiz cabe definir o mandamento adequado à solução da controvérsia”. Especificamente no âmbito da improbidade, a conclusão se vê confirmada pela enunciação meramente exemplificativa adotada pelos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92. Mesmo na seara criminal, onde tal não ocorre (princípio da tipicidade cerrada), dispõe o art. 383 do CPP que o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, o que não representará nenhuma surpresa ao réu, que se defende dos fatos narrados e não da classificação jurídica dada a eles pelo autor” (in Improbidade Administrativa, 7ª. Ed, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 948)

Também o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema, *ex vi* do aresto que se segue:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXTINÇÃO DA AÇÃO. ART. 17, §§ 7º E 8º, DA LIA. IMPOSSIBILIDADE. RETORNO DOS AUTOS PARA JULGAMENTO DO MÉRITO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.



*1. Em se tratando de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o magistrado não fica adstrito aos pedidos formulados pelo autor. 2. Conforme entende a jurisprudência, basta que o autor faça uma descrição genérica dos fatos e imputações dos réus, sem necessidade de descrever em minúcias os comportamentos e as sanções devidas a cada agente. Essa é a exata compreensão dos princípios do Direito Romano *jura novit curia e da mihi factum dabo tibi ius*, em que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes lhe apresentem os fatos. (REsp 1.192.583/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.8.2010, DJe 8.9.2010.) 3. Se a petição contiver a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa, não se configura inépcia da inicial. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, sobretudo quando a descrição dos fatos é suficiente para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa. (Nesse sentido: REsp 964.920/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.10.2008, DJe 13.3.2009.) 4. [...]” (STJ - AgRg no REsp 1204965/MT; 2010/0139705-1 - Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, DJe 14/12/2010)*

Feito este parêntese, retorno à análise dos atos de improbidade administrativa apontados na ação.

Com efeito, avalio que o gestor público municipal e os terceiros envolvidos, ao realizarem procedimento licitatório sabidamente ilícito,



frustrando sua licitude, e firmarem contrato de serviço de limpeza urbana por preço superior ao de mercado ofenderam os incisos V e VIII do artigo 10, e conseqüentemente o inciso XII do mesmo artigo, ao permitir, facilitar e concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente às custas do erário.

A responsabilização que se impõe no presente processo se dá em decorrência da malversação da verba pública, que impôs à municipalidade uma despesa exorbitante, um gasto indevido do dinheiro público, causando desfalque em seu erário em prol de uma atividade demasiadamente onerosa para a manutenção da limpeza urbana.

É cabal nos autos a prova do superfaturamento do Contrato de Prestação de Serviços de Limpeza Pública nº 009/2009 com a empresa Evolu Servic Ambiental Ltda pelo valor total global de R\$ 2.388.000,00 (dois milhões, trezentos e oitenta e oito mil reais), sendo de R\$ 199.000,00 (cento e noventa e nove mil reais) por mês, quando no ano anterior de 2008, os mesmos serviços custaram ao cofre público municipal o valor total global de R\$ 570.342,33 (quinhentos e setenta mil, trezentos e quarenta e dois reais e noventa e oito centavos), com custo mensal médio de R\$ 61.970,98 (sessenta e um mil, novecentos e setenta reais e noventa e oito centavos).

A diferença entre os custos com a limpeza urbana de um ano para o outro é de R\$ 1.817.657,67, valor que definitivamente não pode ser considerado como uma pequena variação de preço de mercado.

Mesmo que sob a justificativa de ter havido cotação de



preços em 2009, a despesa que o Município de Pires do Rio-GO teve no ano anterior revelou que poderia ter havido um investimento com pessoal e maquinário até três vezes maior, que ainda assim seria mais vantajoso e eficiente do que celebrar o contrato em questão, do ponto de vista econômico.

Não se cogita que um sobrepreço de tamanho relevo se dê ao acaso ou por engano, tendo sido nesse contexto que o magistrado sentenciante encontrou fundamento suficiente para revelar o cenário nefasto constituído no âmbito da Administração Pública do Município de Pires do Rio.

É também patente a presença do dolo na conduta do prefeito ao manifestamente subverter a determinação legal imposta pela Lei Orgânica do Município de Pires do Rio-GO, que expressamente estabelece que *“a lei regulará o serviço de coleta de lixo e entulho de qualquer natureza a ser executado diretamente pelo Poder Público Municipal”* (Lei Orgânica do Município nº 002/09 - fls. 26/29 do Processo nº 200901010205 em apenso).

No contexto do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, constituída pela doutrina como norma de reserva, de violação aos princípios regentes da atividade estatal, basta a mera inobservância dos princípios constitucionais informadores da Administração Pública, constituída também como hipótese autônoma de improbidade.

Deveras, as condutas descritas e provadas na demanda apontam violação de princípios que regem a Administração Pública, constitucionais e infraconstitucionais, em especial os da legalidade, moralidade,



eficiência, supremacia e indisponibilidade do interesse público (art. 11, *caput*, Lei nº 8.429/92), e na prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento (art. 11, I, Lei nº 8.429/92).

Dado o caráter residual do artigo 11, há de se considerar a subsunção dos atos que já passaram pela prévia classificação no comando do artigo 10 e que necessariamente violaram de algum modo princípios da administração pública.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a prática dos atos de improbidade previstos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92 configuram-se com a presença do dolo eventual ou genérico, consistente na atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo conhecimento é inescusável. Vejamos aresto:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (...) PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. (...) o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade administrativa previsto pelo art. 11 da Lei 8.429/1992 é o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de intenção específica, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo. Nesse sentido, dentre outros: AgRg no AREsp



8.937/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe02/02/2012. 3. O acórdão recorrido, sobre a caracterização do ato ímprobo, está em sintonia com o entendimento jurisprudencial do STJ, porquanto não se exige o dolo específico na prática do ato administrativo para caracterizá-lo como ímprobo. (...).”(STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp nº 73968/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 29/10/2012).

No que pertine às alegações recursais de que as contas foram aprovadas e o contrato julgado legal pelo Tribunal de Contas do Município, também não merecem guarida. Por expressa previsão legal, a aplicação das sanções ou penas pela prática de improbidade administrativa independe de dano ao erário, bem assim da aprovação ou rejeição de contas pelo órgão de controle interno ou Tribunal de Contas (artigo 21, incisos I e II, Lei nº 8.429/92).

Aliás, nesse sentido, a jurisprudência do STJ vem orientando que a referida aprovação de contas pelo Tribunal competente (no caso, o TCM) não inibe a atuação do Poder Judiciário para exame de sua legalidade e constitucionalidade, eis que as cortes de contas municipais não exercem jurisdição e não tem atribuição para anular atos lesivos ao patrimônio público, exercendo função auxiliar ao Legislativo, nos termos previstos na Constituição Federal. Confira-se:

“EMENTA - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DA LEI



DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PREFEITOS. POSSIBILIDADE. APROVAÇÃO DE CONTAS PELAS CORTES MUNICIPAIS. NÃO VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. MERO ATRASO NAS PRESTAÇÕES DE CONTAS. AUSÊNCIA DE DOLO. (...) 2 - A aprovação de contas pelo Tribunal competente (no caso, o TCM) não inibe a atuação do Poder Judiciário para exame de sua legalidade e constitucionalidade, eis que as cortes de contas municipais não exercem jurisdição e não tem atribuição para anular atos lesivos ao patrimônio público. (...). REMESSA E APELO CONHECIDOS E PROVIDOS”. (TJGO, 6ª Câmara Cível, DGJ 106435-17.2010.8.09.0003, Rel. Dr. Wilson Safatle Faiad, DJ 1673 de 19.11.2014)

“EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE. (...) APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS NÃO VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. (...) 7) - O Controle exercido pelo Tribunal de Contas, não é jurisdicional, por isso não há qualquer vinculação da decisão proferida por aquele órgão e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, conforme expressa previsão do artigo 21, inciso II, da Lei 8.429/92. 8) - APELAÇÕES CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS”. (TJGO, 4ª Câmara Cível, AC 202653-58.1998.8.09.0123, Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho, DJ 1406 de 11.10.2013)



relativos à aprovação das contas pelo Tribunal Municipal não tem o condão de alterar o contexto fático discutido nestes autos, qual seja, a prática (ou não) de atos de improbidade pelo agente político e terceiros.

No que tange à insurgência dos primeiros apelantes relativa à juntada pelo Ministério Público dos documentos de fls. 2043/2044 em sede de memoriais, também não merece prosperar, porquanto referidos documentos não influenciaram no julgamento do feito.

A constatação do sobrepreço se fez por todo o acervo documental juntado aos autos e também pela comparação dos preços praticados no próprio município, e não naquele documento colacionado pelo Ministério Público em sede de memoriais.

Por isso, não há se falar em nulidade, a exemplo do que já definiu esta Corte Estadual em outras circunstâncias:

“EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. (...) DOCUMENTOS APRESENTADOS COM OS MEMORIAIS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL. AFASTAMENTO. (...) 3. Não ocorre nulidade se os documentos colacionados com a apresentação dos memoriais for irrelevante, ou seja, a juntada de documento novo no processo, sem a oitiva da outra parte, só compromete a validade da sentença se tiver influência no julgamento da lide. (...) 6. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA”. (TJGO, 5ª Câmara Cível, AC 86375-88, Rel. Dr. Francisco Vildon José Valente, DJ 758 de



11.02.2011)

“EMENTA - DUPLO GRAU DE JURISDICAÇÃO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PRELIMINARES. JUNTADA DE DOCUMENTOS COM OS MEMORIAIS. (...) I - Não há que se cogitar qualquer irregularidade na juntada de documentos com os memoriais em sede de alegações finais, se os documentos não são tidos como pressupostos da causa e não houve qualquer intuito em surpreender o juízo ou a parte ex adversa, com a juntada da aludida documentação. APELO E REMESSA CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS”. (TJGO, 4ª Câmara Cível, DGJ 10079-3, Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho, DJ 14720 de 17.03.2006)

Destarte, há de se considerar correta a conclusão exarada na sentença objurgada no sentido de reconhecer a prática de atos de improbidade administrativa dos requeridos, ora apelantes.

Entretanto, pelas razões aqui despendidas, reformo o édito primevo para reclassificar a tipificação das condutas praticadas e inseri-las no artigo 10, *caput* e incisos V, VIII e XII, e artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92. Como corolário, as sanções a serem aplicadas estarão atreladas ao artigo 12, incisos II e III do mesmo diploma, mais brandas que as previstas no inciso I, a saber:

“CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis



e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I – [...]

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público 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 cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público 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 três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”



Dito isso, para a fixação da dosimetria, além das cominações legais, é imperioso atentar-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e também levar em consideração a extensão do dano causado ao erário.

Neste ponto, há de ser parcialmente reformada a condenação dos requeridos, ora apelantes, com as seguintes modificações: ficam solidariamente condenados os requeridos LUIZ EDUARDO PITALUGA DA CUNHA, EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA e VALMIR DE SOUSA PEREIRA pela prática de atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 10, *caput* e incisos V, VIII e XII, e 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92, com as seguintes sanções: ressarcimento integral do dano causado ao Município de Pires do Rio/GO pelo contrato superfaturado, em solidariedade passiva, com valor devidamente atualizado com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos contados a partir do efetivo pagamento pelo erário (art. 398, CC), a ser apurado em liquidação de sentença por artigos (art. 475-E do CPC), devendo ser considerado para apuração do valor real do serviço prestado pela empresa contratada os valores correspondentes à média dos valores gastos com o mesmo serviço no Município no exercício de 2008 e o tempo efetivo, devidamente comprovado, em que a empresa contratada executou os serviços; perda da função pública eventualmente exercida; suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos; pagamento de multa civil, em prol do Município de Pires do Rio/GO, correspondente a 30% (trinta por cento) do valor do dano causado ao erário; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de



pessoa jurídica de que seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

Diante do exposto, comprovados os requisitos para o reconhecimento da improbidade administrativa praticada pelos recorrentes, CONHEÇO dos recursos e LHES DOU PARCIAL provimento, para retirar da condenação dos agentes a prática das condutas insertas no artigo 9º da Lei nº 8.429/92, e reclassificá-las na tipificação dos artigos 10, *caput* e incisos V, VIII e XII, e 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92.

Como corolário, CONDENO os recorrentes nas cominações do artigo 12, incisos II e III, do mesmo diploma, com as seguintes alterações:

- a) Ressarcimento integral do dano causado ao Município de Pires do Rio/GO pelo contrato superfaturado, em solidariedade passiva, com valor devidamente atualizado com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos contados a partir do efetivo pagamento pelo erário (art. 398, CC), a ser apurado em liquidação de sentença por artigos (art. 475-E do CPC), devendo ser considerado para apuração do valor real do serviço prestado pela empresa contratada os valores correspondentes à média dos valores gastos com o mesmo serviço no Município no exercício de 2008 e o tempo efetivo, devidamente comprovado, em que a empresa contratada executou os serviços;
- b) Perda da função pública eventualmente exercida;



- c) Suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos;
- d) Pagamento de multa civil, em prol do Município de Pires do Rio/GO, correspondente a 30% (trinta por cento) do valor do prejuízo causado ao erário, calculada na forma da letra “a”; e
- e) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica de que seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

É como voto.

Goiânia, 25 de junho de 2015.

MARCUS DA COSTA FERREIRA
Juiz de Direito Substituto em 2º Grau



administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente (art. 3º, Lei nº 8.429/92 e Enunciado nº 558 VI JDC), havendo, portanto, respaldo para a inclusão de todas elas no polo passivo da demanda.

2. A só constatação da presença do elemento volitivo de violar a lei divorciada da necessária comprovação de que os atos ímprobos imputados tenham resultado em enriquecimento ilícito ou vantagem patrimonial para os agentes neles envolvidos obsta a subsunção dos atos à prática dos atos de improbidade previstos no artigo 9º da Lei nº 8.429/92.

3. Uma vez que as partes requeridas se defendem dos fatos que lhe são imputados, pode o juiz interpretá-los segundo o direito objetivo e dar-lhe fundamentação diversa e nova tipificação, por força do brocardo ‘*da mihi factum dabo tibi jus*’, sem que, assim agindo, se afaste do pedido ou da correlação temática. Precedente STJ.

4. O gestor público municipal e os *extraneus*, ao realizarem procedimento licitatório sabidamente ilícito e firmarem contrato de serviço de limpeza urbana por preço superior ao de mercado, causam atos de improbidade administrativa tipificados no artigo 10 e 11, ante o desfalque de grande monta ao erário e subversão de determinação imposta por Lei Orgânica Municipal, devendo ser punidos nos termos do artigo 12, II e III da lei de improbidade.

5. A aprovação de contas pelo Tribunal de



Contas respectivo não influi na aplicação das sanções ou penas pela prática de improbidade administrativa (art. 21, incisos I e II, Lei nº 8.429/92). 6. Não gera nulidade a colação de documentos em sede de tribunal, quando estes não tiverem influenciado no julgamento do feito.

APELAÇÕES CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de **APELAÇÃO CÍVEL Nº 443728-95.2009.8.09.0127 (200994437285)**, da Comarca de Pires do Rio, figurando como **1ºapelante** EVOLU SERVIC AMBIENTAL LTDA, **2º apelante** LUIZ EDUARDO PITALUGA DA CUNHA e **apelado** MINISTÉRIO PÚBLICO.

A C O R D A M os integrantes da Primeira Turma Julgadora da Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, a unanimidade, **conhecer dos recursos e provê-las parcialmente**, tudo nos termos do voto do relator.

V O T A R A M, além do Relator, o Desembargador Carlos Escher e o Juiz Sérgio Mendonça de Araújo, em substituição ao Desembargador Kisleu Dias Maciel Filho.



Fez sustentação oral em sessão anterior, o Dr. Otávio Vinícius Moreira de Barros.

O julgamento foi presidido pela Desembargadora Elizabeth Maria da Silva.

Esteve presente à sessão o ilustre Procurador de Justiça Dr. Luiz Gonzaga Pereira da Cunha.

Goiânia, 25 de junho de 2015.

MARCUS DA COSTA FERREIRA

Juiz de Direito Substituto em 2º Grau

