

**Tribunal de Justiça  
12ª Câmara Cível**

**Remessa Necessária / Apelação Cível nº 0090698-64.2011.8.19.0001**

**Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Apelado 1: ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

**Apelado 2: ROSÂNGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS  
DE OLIVEIRA**

**Apelado 3: CLÁUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST**

**Apelado 4: MARCO ANTÔNIO FRANÇA FARIA**

**Apelado 5: FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA**

**Relator: Desembargador CHERUBIN SCHWARTZ**

**REMESSA NECESSÁRIA / APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS QUE REGE A ADMINISTRAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Inexistência de dano não exclui a caracterização da improbidade administrativa. Inteligência do art. 21, I da Lei n.º 8.429/92. Entendimento do E. STJ, em especial nas hipóteses de atos violadores dos princípios que regem a Administração Pública – Art. 11 da Lei de Improbidade, que não necessitam da ocorrência de dano ao erário. 2. Dano ao erário não demonstrado. Ministério Público limitou-se a afirmar a sua ocorrência, sem indicar onde o mesmo teria ocorrido. Impossibilidade de presumir a ocorrência do dano. Ônus da prova do *parquet*. 3. Ilegalidade da contratação manifesta. Dispensa de licitação para contratação de instituição de notória capacidade técnica. Inocorrência como reconhecido pelo TCE e pela sentença, que não foi objeto de qualquer recurso pelos apelados. Contratação manifestamente ilegal, diante do que estabelece o inciso XIII, do artigo 24 da Lei n.º 8.666/93. 4. Dolo caracterizado. Dispensa de licitação vedada expressamente em lei, inclusive com a prorrogação do contrato. O dolo é direto quando aquele pratica atos e**

alcança os resultados, vale dizer, na contratação direta em hipótese na qual exigível licitação. 6. Recurso conhecido e provido, para condenar os apelados nas sanções de improbidade administrativa, nos termos do Desembargador Relator.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Remessa Necessária / Apelação Cível n.º 0090698-64.2011.8.19.0001, em que figuram como Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO e Apelados (1) ESTADO DO RIO DE JANEIRO, (2) ROSÂNGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA, (3) CLÁUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST, (4) MARCO ANTÔNIO FRANÇA FARIA e (5) FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA,

ACORDAM os eminentes Desembargadores que compõem a Colenda Décima Segunda Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça, por \_\_\_\_\_, em conhecer e dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Cuida-se de recursos de apelação interpostos por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, face a sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado pelo *parquet* nos autos da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa proposta em face dos apelados, para tão somente declarar a nulidade do contrato n.º 31/2005, celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a Fundação José Pelúcio Ferreira.

Sustenta o Ministério Público em sua inicial, que a Secretaria Estadual de Educação, contratou a fundação, ora quinta apelada, com dispensa de licitação, para realização dos exames supletivos do ano de 2005, pelo prazo de cinco meses, com o valor global de R\$ 3.982.000,00.

Aduz ainda, que a contratação foi precedida de processo administrativo n.º E-0318209/2005, tendo sido declarada a dispensa de licitação, nos termos do artigo 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, eis que a Secretaria de Educação afirmou a necessidade de alocação de verbas para a realização de Exames Supletivos de 2005, considerando o quantitativo mínimo de 140.000 e o máximo de 180.000 inscritos, e que a melhor forma seria a descentralização dos exames que ficariam a cargo dos Centros de Estudos Supletivos, porém, os mesmos não

estavam preparados para tanto, sendo necessária a contratação de instituição de nível superior para aplicação dos mesmos.

Afirma que foram consultadas as Fundações CESGRANRIO, José Pelúcio Ferreira, João Goulart, Euclides da Cunha e Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, tendo sido escolhida a quinta apelada com base no Plano de Trabalho elaborado e menor preço apresentado (fls. 07 do Anexo I), tendo a Procuradoria consignado a ausência de especificação e individualização do objeto contratado e a falta de previsão, na proposta da Fundação José Pelúcio Ferreira, de custo inferior ao número previsto de candidatos ou de custo adicional ao acréscimo no quantitativo de candidatos.

Sustenta ainda, que a licitação foi dispensada e autorizada a despesa pela Superintendente de Administração e Finanças, ordenadora de despesas, Sra. Maria Thereza Lopes Leite (fls. 77 do Anexo I), tendo sido o ato de dispensa ratificado pelo então Secretário Estadual de Educação, Sr. Cláudio Mendonça. Outrossim, a contratação foi autorizada pela então Governadora Rosinha Garotinho, em 10.01.2006, conforme se depreende de fls. 95 do Anexo I – contrato nº 31/2005.

Sentença às fls. 1937/1953, que julgou procedente em parte a pretensão autoral.

Recurso de apelação da *parquet* às fls. 1978/1995, rogando a reforma do julgado, eis que demonstrada a presença do dolo diante da violação dos princípios que regem a Administração Pública; que houve dano ao erário, conforme demonstrado em decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado.

Recurso de apelação do *parquet* às fls. 107/116 – Índice 115, aduzindo em síntese, que há nulidade da sentença diante da ausência de fundamentação substantiva; que a contratação direta é caracterizadora da improbidade administrativa; que a dispensa de licitação não se dirigiu apenas a área atingida pelas chuvas, mas a todo município; que o atuar do apelados caracteriza violação aos princípios da Administração Pública; que o dolo restou evidenciado.

Contrarrrazões do Estado do Rio de Janeiro às fls. 2036.

Contrarrrazões de Rosângela Rosinha Garotinho Barros Assed Matheus de Oliveira às fls. 2064/2078, afirmando que não há demonstração de dolo por parte da apelada; que não restou demonstrado qualquer dano ao erário.

Cláudio Roberto Mendonça Schiphorst apresentou as suas contrarrrazões às fls. 2080/2091, aduzindo em síntese que não demonstrado dolo em sua conduta; que não demonstrado qualquer lesão ao erário.

A Procuradoria de Justiça apresentou parecer pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto – fls. 2098/2134.

Os quarto e quinto apelados não apresentaram contrarrazões, na forma da certidão de fls. 2137.

### **É o Relatório.**

Inicialmente, verifico que se encontram preenchidos os requisitos extrínsecos e intrínsecos, razão pela qual, conheço do recurso de apelação.

A irresignação do Ministério Público deve prosperar, parcialmente.

A improbidade administrativa pode se caracterizar independentemente da ocorrência de dano ao patrimônio público, nos termos expressos do artigo 21, I, da Lei n.º 8.429/92.

É inegável que a lesividade ao patrimônio público deve estar demonstrada nas hipóteses dos artigos 10 e 10-A da Lei de Improbidade, porém, na hipótese dos autos, se atribui aos apelados a prática de ato violador dos princípios que regem a Administração Pública, ou seja, os fatos incidem na hipótese do artigo 11 da Lei n.º 8.429/92.

Anote-se que este entendimento é pacífico no âmbito da jurisprudência do E. STJ:

**(REsp 1637839/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)**

“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. A LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, EM REGRA, INDEPENDE DA OCORRÊNCIA DE DANO OU LESÃO AO ERÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. 1. trata-se na origem de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso contra Murilo Domingos, então prefeito do Município de Várzea Grande/MT, à época dos fatos e as empresas R. Costa Linda-me e Inani Comércio e Serviços Ltda., por supostas fraudes em licitações. Conta nos autos que, por meio de Inquérito Civil Público, apurou-se a existência de esquema de favorecimento de empresas licitantes, no âmbito da Administração Pública Municipal. 2. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 3. É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 4. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o

desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. 5. Precedentes: Agrega no Resp. 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, de 28/5/2015; Resp. 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, de 30/6/2015; agrega no Resp. 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assuste Magalhães, Segunda Turma, de 5/3/2015; agrega no Ares 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, de 28/8/2014. 6. A instância ordinária foi categórica em afirmar a presença do elemento subjetivo. Transcrevo trecho do acórdão recorrido "os apelados (...) atentaram, de forma chapada, conscientemente, contra os princípios basilares da Administração Pública. Logo, as suas condutas amoldam-se perfeitamente ao estatuído na cabeça do artigo 11 da Lei nº 8. 429, de 2 de junho de 1992. (...) E aqui não há como afastar as condutas dolosas dos apelados. Assim, não resta a menor dúvida de que os apelados praticaram atos ímprobos, tipificados na cabeça do artigo 11 da Lei de Regência, de modo a ensejar a incidência das sanções descritas no artigo 12, III". Do conjunto probatório constata-se, de forma clara, a prática de atos de improbidade, ante o caráter meramente doloso das condutas" (fls. 13.748, e-STJ)

7. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese dos recorrentes, demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. Nesse sentido: AgRg no AREsp 473.878/SP, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 9/3/2015, e REsp 1.285.160/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 12/6/2013. 8. **Cabe esclarecer, quanto ao artigo 11 da Lei 8.429/1992, que a jurisprudência do STJ, com relação ao resultado do ato, firmou-se no sentido de que se configura ato de improbidade a lesão a princípios administrativos, o que, em regra, independe da ocorrência de dano ou lesão ao Erário. Nesse sentido: REsp 1.320.315/DF, Rel. Ministra**



**Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20.11.2013; AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/05/2015; REsp 1275469/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 9/3/2015; e AgRg no REsp 1.508.206/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015.** 9. Quanto ao pedido de revisão das sanções aplicadas aos recorrentes, a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ. 10. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e, nessa parte, não providos.” (grifo nosso)

No caso dos autos, não restou evidenciado a ocorrência de danos ao erário, isso porque, o único documento nos autos utilizado pelo *parquet* se refere ao relatório do Tribunal de Contas, que atestou a ilegalidade da dispensa da licitação, porém, o mesmo foi enfático em estabelecer que inexistente qualquer prova do dano ao erário.

Ademais, limitou-se o Ministério Público afirmar a ocorrência de danos, porém, o mesmo não restou demonstrado nos autos. Destaco que em suas razões recursais, afirma que o mesmo possa ser presumido diante da ilegalidade da dispensa, no entanto, o serviço foi prestado o que afasta o dano.

No entanto, da análise do contrato, não restam dúvidas quanto a ilegalidade da contratação direta. É sabido que a

licitação é obrigatória nos termos do artigo 37, XXI, da CRFB/88, sendo claro que a Lei de Licitações – Lei 8.666/93, prevê hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Nos casos de dispensa de licitação, se deve apreciar o disposto no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, que foi utilizado pelos apelados como forma de não realizar a licitação. No caso em concreto, sustentaram os mesmos que a apelada detinha reconhecida capacidade técnica para prestação do serviço.

No entanto, no caso dos autos, como destacado pelo nobre magistrado sentenciante, a “inquestionável reputação ético-profissional” diz respeito a capacitação para desenvolvimento da atividade contratada. Ora, no caso dos autos, a fundação contratada não possuía estrutura própria para satisfazer a necessidade estadual, tendo que recrutar pessoal para o projeto que lhe foi outorgado.

Em verdade, houve terceirização de mão de obra, o que caracteriza ilegalidade na contratação. Destaco que tal ponto é incontroverso, eis que reconhecido pelo magistrado e não foi objeto de recurso pelos apelados.

Inegável, portanto, que na hipótese não poderia ter ocorrido a dispensa de licitação, considerando que não preenchia a fundação condições técnicas para prestar o serviço.

No entanto, como destaquei linhas acima, a inexistência de lesão ao erário ou a aprovação das contas, não afasta a improbidade administrativa, nos termos do artigo 21, I e II da Lei n.º 8.429/92.

Quanto ao dolo, o mesmo restou demonstrado. É pacífico que é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do artigo 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário.

Ora, na hipótese dos autos, está demonstrado o dolo dos agentes, já que é flagrante a inobservância da regra de dispensa de licitação, razão pela qual não há que se falar na inexistência do elemento doloso.

A hipótese é de dispensa de licitação para contratação do serviço que a fundação apelada teria inquestionável capacidade técnica, o que já restou demonstrado que não detinha. Assim, o dolo está demonstrado porque a fundação não possuía capacidade técnica, considerando que possuía em seus quadros, tão somente, **vinte e sete empregados**, o que não era suficiente para cumprir o contrato para aplicação das provas de supletivo, ou seja, não detinha capacidade apta a afastar a licitação, eis que ausente a notória

capacidade técnica com a quantidade de servidores necessárias ao cumprimento do contrato.

Ademais, houve contratação de forma contrária ao que estabelece a lei, ou seja, o comportamento dos apelados é expressamente vedado pela lei. Ora, o dolo exsurge, no sentido de que os apelados violaram expressamente a lei.

Outro não é o entendimento do E. STJ:

**(AgInt no REsp 1604112/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 19/04/2017)**

“ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA SEM LICITAÇÃO QUANDO EXIGÍVEL. ART. 10, VIII, IX E X; E ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 165, 458, II e III, E 535, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DO EXAME DA ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. I - Não ofende os artigos 535, II, 165 e 458, incisos II e III, do Código de Processo Civil de 1973, último correspondente ao artigo 489, incisos II e III, do Código de Processo Civil de 2015, o acórdão que fundamenta e decide a matéria de direito de acordo com os elementos que julga aplicáveis e suficientes para a solução da lide. II - Acórdão que condenou a parte recorrente pela prática de ato de improbidade em virtude da contratação direta de empresa para fornecimento de cloreto férrico em situação não alcançada por dispensa e/ou inexigibilidade de licitação. Atos de improbidade previstos nos art. 10, VIII, IX e X e no art. 11 da Lei n. 8.429/992. III - O Tribunal a quo, soberano na análise das

provas dos autos, considerou: "relevante realçar, ainda, tratar-se mesmo de conduta dolosa, com deliberada intenção e vontade de chegar aos resultados a que chegaram e isso, sabe-se, é dolo direto, prática de quem quer e pretende resultados alcançados, vale dizer, contratação direta em hipótese na qual exigível licitação". A pretensão de reanalisar estas conclusões implica reexame de provas, vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ. IV - O Tribunal de origem, à luz das provas dos autos, considerou serem razoáveis e proporcionais as sanções impostas ao recorrente, em razão da prática de ato de improbidade administrativa. Dessa forma, não há como alterar tal entendimento diante do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. O entendimento firmado na jurisprudência do STJ é, como regra geral, de que modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. V - A incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto com base na qual deu solução à causa a Corte de origem. VI - Agravo interno improvido."

Diante do exposto, VOTO no sentido de conhecer o recurso e dar provimento parcial ao mesmo, para condenar ROSÂNGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA, CLÁUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST, MARCO ANTÔNIO FRANÇA FARIA e FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA, em improbidade administrativa, por violação ao disposto no artigo 11, da Lei n.º 8.429/92.

Considerando o disposto no artigo 12, III, da Lei n.º 8.429/92, passo a fixar as penas.

Quanto ao réu **ROSÂNGELA ROSINHA GAROTINHO BARROS ASSED MATHEUS DE OLIVEIRA,** considerando que o ato não trouxe dano ao erário, suspendo os direitos políticos da mesma, pelo prazo de 3 anos, além de impor multa relativamente a quatro vezes o valor do subsídio de Governadora, na época do exercício do mandato, a ser apurado em regular liquidação de sentença, devendo ser acrescido de juros de mora de 1 % ao mês, além de correção monetária, nos termos do índice do E. TJRJ, a contar desta data.

Quanto ao réu **CLÁUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST,** considerando que o ato não trouxe dano ao erário, suspendo os direitos políticos do mesmo, pelo prazo de 3 anos, além de impor multa relativamente a quatro vezes o valor do subsídio de Secretário de Educação, na época do exercício do mandato, a ser apurado em regular liquidação de sentença, devendo ser acrescido de juros de mora de 1 % ao mês, além de correção monetária, nos termos do índice do E. TJRJ, a contar desta data.

Quanto ao réu **MARCO ANTÔNIO FRANÇA FARIA,** considerando que o ato não trouxe dano ao erário, suspendo os direitos políticos do mesmo, pelo prazo de 3 anos, além da proibição de

contratar com a Administração Pública pelo mesmo prazo de 3 anos, bem como de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo mesmo prazo.

Quanto a ré **FUNDAÇÃO JOSÉ PELÚCIO FERREIRA**, considerando que o ato não trouxe dano ao erário, imponho a proibição de contratar com a Administração Pública pelo prazo de 3 anos, bem como de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, por igual período.

Rio de Janeiro, de de 2018.

Desembargador. CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR.

Relator