

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA  
COMARCA DA CAPITAL – RJ

Processo nº 0050704-29.2011.8.19.0001

CLAUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST, já devidamente qualificado nos autos da presente Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa, vem, por seus advogados abaixo assinados, em cumprimento ao despacho de fls. 1.676, apresentar manifestação acerca dos impactos produzidos pelas alterações introduzidas na Lei nº 8.429/92, a partir da redação dada pela Lei nº 14.230/21, e requerer o que se segue.

**I. BREVE RESUMO DOS FATOS**

1. Cuida-se de Ação de Improbidade Administrativa intentada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tendo como objeto a pretensa ilegalidade das contratações realizadas através dos Processos Administrativos E-03/3920/2004 e E-03/003961/2005, destinados à realização do Projeto Censo do Servidor e implementação do Registro Único do Aluno – REGUA, respectivamente, à época em que o Réu, ora Peticionante, ocupava o cargo de Secretário de Educação do Estado do Rio de Janeiro.

2. De acordo com o Ministério Público, as contratações realizadas por meio de dispensa de licitação se deram em contrariedade a diversos preceitos legais, sendo a ilegalidade mais flagrante e comum às duas contratações a subcontratação do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento e Treinamento – IBDT.

3. Narra o Autor ter identificado como irregular a subcontratação do IBDT por dispensa de licitação referente ao Projeto Censo do Servidor através do Processo Administrativo E-01/502.240/2004 pelo valor de R\$ 1.134.404,00 e, referente ao Projeto REGUA, através do Processo Administrativo E-01/502.240/2005 pelo valor de R\$ 2.268.351,00.

4. Eis as ilegalidades apontadas pelo Autor:

**Quanto ao Processo Administrativo E-01/502.413/2004 (projeto Censo do Servidor)**

- (i) Planilha orçamentária apresenta valores genéricos e não há detalhamento suficiente para instruir o projeto básico;
- (ii) Diversas certidões apresentadas pelo IBDT para habilitar-se a contratar com a administração pública já se encontravam vencidas quando juntadas ao processo de dispensa de licitação;
- (iii) Parecer jurídico assinado pelo advogado da FESP ignorando as irregularidades das certidões apresentadas e considerando o IBDT apto a contratar com a administração pública;
- (iv) Abertura do processo administrativo de subcontratação ocorreu em 14/05/2004, quase dois meses antes da assinatura do contrato entre a FESP e a SEE, o que demonstra que o real objetivo era a contratação do IBDT, sem prévia licitação e;
- (v) Não houve a ratificação, pela Presidência da FESP, do ato de dispensa de licitação na contratação do IBDT.

**Quanto ao Processo Administrativo E-01/502.240/2005 (projeto REGUA)**

- (i) Planilha orçamentária do projeto básico não apresenta o detalhamento necessário;
- (ii) Falta de discriminação de cada etapa do projeto;
- (iii) Data de julgamento das propostas constantes no mapa comparativo é de 20/07/2005, que é a mesma data na qual Leila Pereira Branco, Assessora de Cooperação Técnica, atestou a regularidade fiscal do IBDT, tendo sido emitidas, entretanto, certidões em data posterior ao parecer da referida assessora, indicando que o processo foi fraudado;
- (iv) Certidão negativa quanto à dívida ativa estadual foi apresentada com validade vencida;
- (v) Há divergência de datas entre o parecer do auditor interno da FESP, datado de 30/08/2005 e o encaminhamento seguinte do processo, datado de 20/07/2005 e;
- (vi) As datas de elaboração das propostas, da avaliação das propostas e da assinatura do contrato são as mesmas, qual seja, 20/07/2005.

5. O Autor conclui, ao final, que, baseando-se no aprofundamento das investigações realizadas no Inquérito Civil nº 9030 e em outros procedimentos investigatórios, percebeu-se que a subcontratação de ONGS pela FESP, mediante dispensa de licitação, era apenas uma das etapas de uma operação muito mais ampla, observando que os recursos distribuídos às ONGS acabavam revertendo em favor de um mesmo grupo, composto por pessoas físicas, cooperativas de trabalho e empresas fantasmas, servindo, inclusive, ao financiamento de campanhas políticas.

6. Forte na premissa de que as referidas contratações foram irregulares e que as condutas dos Réus revelam a prática de atos de improbidade administrativa, requereu o *Parquet* a procedência da presente Ação Civil, a fim de (i) condenar os Réus ao ressarcimento integral dos supostos danos causados ao patrimônio público, no valor de R\$ 3.484.913,20 (três milhões, quatrocentos e oitenta e quatro mil, novecentos e trezes reais e vinte centavos), bem como (ii) a aplicação das sanções previstas nos incisos II e III, do art. 12, da Lei nº 8.429/92, em razão da práticas das condutas descritas no art. 10, *caput*, e incisos VIII e XI, e art. 11, *caput* e inciso I, do mesmo diploma legal.

7. Especificamente em relação ao Réu ora Peticionante, o *Parquet* imputa duas condutas que, na sua tese, configurariam atos de improbidade administrativa. São elas:

- (i) Ratificação do ato de dispensa de licitação com a assinatura do respectivo contrato em prol da Fundação Escola de Serviço Público;
- (ii) Anuência expressa do ora Réu em relação à subcontratação, supostamente irregular, do IBDT pela FESP.

8. Neste sentido, a despeito das imputações genéricas e sem qualquer indício, alega o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro que o Réu teria causado dano ao erário, enquadrando, neste passo, a sua conduta na norma estabelecida pelo artigo 10, *caput* e incisos VIII e XI, bem como art. 11, inciso I, constantes da antiga redação da Lei de Improbidade Administrativa.

- II. DAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEI FEDERAL Nº 14.230/21
- A. DA RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR – LITERALIDADE DO ARTIGO 1º, §4º, DA NOVA LEI
9. Primeiramente, e antes de adentrar nas matérias que compõem propriamente a improcedência dos pedidos, em especial sob o atual regime jurídico, cumpre estabelecer a aplicabilidade das novas normas contidas na Lei Federal nº. 14.230/2021 que estabelecem os atos e condutas que podem ser tipificadas como improbidade administrativa e, em especial, naqueles pontos em que houve significativa alteração da Lei Federal nº. 8.429/92.
10. Dito de outro modo, em primeiro lugar, deve ser destacada a retroatividade dessas normas que delimitaram (restringiram) os tipos de improbidade administrativa ou mesmo que promoveram uma atipicidade superveniente (atos e condutas que anteriormente poderiam ser caracterizados como improbidade administrativa, mas deixaram de ser com o novo regime estabelecido pela Lei Federal nº. 14.230/2021).
11. Pois bem. A questão central envolvendo a aplicabilidade ou não dessas novas normas de direito sancionador que delimitaram os tipos de improbidade ou mesmo promoveram uma atipicidade superveniente a atos ou condutas praticados antes da entrada em vigor da Lei Federal nº. 14.230/2021 diz respeito a questões de direito intertemporal.
12. Como se sabe, a regra geral do direito brasileiro consiste na irretroatividade das normas, vigorando, assim, o princípio geral do direito do *tempus regit actum actum*, na forma do que estabelece o artigo 6º, da LINDB (Decreto-Lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que assim dispõe, *verbis*:

*“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”*

13. No entanto, essa regra geral comporta exceções, seja quando expressamente previstas em lei (respeitados os atos jurídicos perfeitos, o direito adquirido e a coisa julgada, na forma do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), no próprio texto constitucional ou decorrente da própria interpretação da ordem jurídico-constitucional, enquanto reconhecimento de um direito fundamental.

14. No presente caso, trata-se de alteração da Lei de Improbidade Administrativa que, como se sabe, se insere no microssistema jurídico do controle de probidade administrativa, ao lado da Lei Anticorrupção, entre outros instrumentos legislativos.

15. O sistema de controle da probidade administrativa por intermédio de um processo judicial destinado a aplicar, aos agentes e terceiros que pratiquem atos tidos como ímprobos, determinadas sanções previstas em lei (Ação de Improbidade Administrativa), consiste naquilo que a doutrina, a jurisprudência e a própria Lei de Improbidade, com as alterações promovidas pela Lei Federal nº. 14.230/2021 (Artigo 1º, §4º<sup>1</sup>), denominam direito administrativo sancionador.

16. Assim, por se tratar de atos sancionatórios praticados pelo Estado (ainda que Estado-Juiz), tendo como fundamento uma violação do dever de probidade no trato da coisa pública (portanto, envolvendo, de alguma maneira, direta ou indireta, um regime de direito administrativo ou público), trata-se daquilo que se denomina direito administrativo sancionador.

17. E, por se tratar de direito administrativo sancionador, segundo a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina de direito administrativo<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> “§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.”

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*, 2. ed., São Paulo: RT, 2005, p. 19-20; MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 76; OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*, 5. ed., São Paulo: RT, 2015, p. 155; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015, p. 871; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. V. 2, 9. ed. Madri: Civitas, 2004. p.163; BINENBOJM, Gustavo. *O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo*

aplicam-se a esse regime jurídico sancionatório, naquilo que couber, os princípios gerais do direito penal.

18. Nesse sentido são os seguintes precedentes, *verbis*:

*“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.*

*II - As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição.*

*III - Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, **porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador.** Precedente.*

*IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenos os demais atos processuais.*

*V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.*

*Precedentes.*

*VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido.*

*(RMS 37.031/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 20/02/2018).*

\*\*\*

*“ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO MANEJADO POR DIVERSOS SINDICATOS DO RAMO VAREJISTA. PRETENSÃO DE VER RECONHECIDA A VALIDADE DE PREÇO A MAIOR PARA O CONSUMIDOR QUE PAGA COM CARTÃO DE CRÉDITO. POSSIBILIDADE. PRÁTICA HODIERNAMENTE AUTORIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO. ART. 1º DA LEI N. 13.455/17. ALCANCE RETROATIVO. 1. A cobrança diferenciada de preços de bens e serviços ao público em face do pagamento mediante cartão de crédito passou a ser legalmente admitida pelo ordenamento jurídico pátrio. Logo, inexistente abusividade em tal prática comercial.*

---

*estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação no setor de revenda de combustíveis. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, edição especial: Administração Pública, risco e segurança jurídica, 2014, p. 470.*

2. Antes da entrada em vigor da Lei n. 13.455/17, inexistia expressa vedação legal à prática diferenciada de preços em função da forma de pagamento utilizada pelo consumidor, por isso que não se cuida de hipótese de superveniente atipicidade da conduta, mas, ao invés, de positividade normativa com o intuito de referendar e estabilizar a prática comercial em realce.

3. **A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa.** Precedente: REsp 1.153.083/MT, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 19/11/2014).

4. Nesse norte, incensurável se revela o acórdão recorrido no passo em que, ao conceder a segurança pleiteada no presente writ preventivo, ordenou à autoridade coatora que se abstenha de impor penalidade contra as empresas integrantes das categorias econômicas representadas pelos sindicatos impetrantes, na hipótese de concessão de descontos para compras efetuadas mediante dinheiro ou cheque, sem extensão de tal vantagem às transações realizadas mediante cartão de crédito.

5. Recurso especial não provido.”

(REsp 1402893/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019).

19. Portanto, em se tratando de direito administrativo sancionador, devem ser aplicados os princípios constitucionais inerentes a este ramo do direito, dentre os quais o da retroatividade da norma mais benéfica, na forma do artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal.

**“XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”**

20. A tese de que o supracitado preceito constitucional se refere apenas a lei penal e que, por se tratar de exceção à regra geral da irretroatividade das leis, deveria a norma em questão ser interpretada restritivamente, contudo, não deve prosperar.

21. Isto porque a referida norma, que se constitui como direito fundamental, revela, na verdade, um princípio de direito penal que deve ser transportado para o campo do direito sancionatório.

22. Daí que deve ser aplicado, à hipótese, o comando do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que explicita um verdadeiro comando interpretativo aos direitos fundamentais previstos na Carta da República, de que as prescrições normativas textualmente descritas no rol do artigo 5º não exclui sua aplicação a outros casos, em decorrência do regime de direitos fundamentais e dos princípios ali adotados.

23. Assim estabelece o citado preceito do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, *verbis*:

*“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”*

24. Portanto, mostra-se evidente que o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, revela um verdadeiro princípio de justiça material de retroatividade das leis mais benéficas aos acusados em geral, destinatários do poder punitivo do Estado, razão pela qual deve ser aplicado ao caso das alterações da Lei de Improbidade pela Lei Federal nº. 14.230/2021.

25. Mas ainda que assim não fosse e se mostrasse juridicamente possível atribuir-se ao preceito do artigo 5º, inciso XL, da Constituição, uma interpretação literal e restritiva, o que se admite apenas para debate, há outros fundamentos que exigem e impõem a retroatividade das normas contidas na Lei Federal nº. 14.230/2021 a fatos e condutas praticadas antes do início de sua vigência.

26. O primeiro fundamento se extrai da norma contida no artigo 9º, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), que não se utiliza da expressão “norma penal” para estipular o direito fundamental da retroatividade da norma mais benéfica ao acusado, conforme se infere de seu texto, *verbis*:

*“Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade  
Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.”*

27. Como se sabe, a referida Convenção Americana de Direitos Humanos, quanto aos direitos fundamentais que não restrinjam aqueles previstos no catálogo de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, incorporada ao direito brasileiro no



ano de 1992, foi concebida, pelo Eg. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do célebre caso da constitucionalidade da prisão do depositário infiel (RE nº. 466.343 – Tema 060 Repercussão Geral), como norma de estatura constitucional.

28. Além da previsão no citado Tratado Internacional, a retroatividade das alterações promovidas pela Lei Federal nº. 14.230/2021 na tipificação dos atos e das condutas tidas como improbidade administrativa é um imperativo de garantia da isonomia, princípio de estatura constitucional.

29. Explica-se.

30. Acaso se entenda pela irretroatividade da Lei Federal nº. 14.230/2021 no tocante às delimitações dos atos e condutas caracterizados como improbidade administrativa ou mesmo nos casos de atipicidade superveniente, ocorreriam casos de manifesta violação do princípio de que todos são iguais perante a lei, previsto no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal.

31. Isto porque, admitindo-se essa hipótese de irretroatividade, um determinado agente que tenha praticado um ato no dia 24/10/2021 (dois dias antes da entrada em vigor da Lei Federal nº. 14.230/2021) poderia ser sancionado, enquanto um outro agente, que tenha praticado o mesmíssimo ato no dia 26/10/2021 (dia da entrada em vigor da Lei Federal nº. 14.230/2021) não seria objeto de sanção por improbidade, por atipicidade.

32. Ora, tal situação hipotética, mas plenamente possível, revelaria um tratamento absolutamente desigual a dois agentes, tendo como único critério o momento em que o ato ou a conduta tenha sido praticado.

33. Ou, visto de outro ângulo, dois atos idênticos, mas praticados por agentes públicos em dias distintos, teriam tratamento diferenciado pelo sistema de sanções por

improbidade administrativa, apenas e tão somente porque praticados em momentos distintos.

34. Mostra-se manifesta, portanto, a violação ao princípio da igualdade na aplicação da irretroatividade da Lei Federal nº. 14.230/2021 quanto à restrição dos tipos que caracterizam improbidade administrativa, por viabilizar o tratamento anti-isonômico de situações idênticas, sem qualquer justificativa ou fundamento constitucionalmente adequado.

35. Portanto, assentada a ideia de que aos atos e condutas que compõem a causa de pedir da inicial devem ser aplicadas as normas contidas na Lei Federal nº. 14.230/2021, ainda que tenham sido praticados antes de sua entrada em vigor, passa-se a analisar a compatibilidade da descrição contida na inicial em relação ao ora Peticionante com o atual sistema dos tipos de improbidade administrativa.

**B. DA INEXISTÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA DO RÉU – ILICITUDES GENERICAMENTE APONTADAS A TODOS OS RÉUS – AUSÊNCIA DE PROVA MÍNIMA QUANTO AO DOLO ESPECÍFICO NA CONDUTA DO AGENTE – PATENTE VÍCIO PROCESSUAL – EXTINÇÃO DO FEITO QUE SE FAZ NECESSÁRIA**

36. Consoante já inaugurado nos tópicos anteriores, a presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa foi ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em razão, primordialmente, de suposta prática de atos de improbidade administrativa consistentes na violação dos princípios da Administração Pública descritos no art. 37 da Constituição da República.

37. Especialmente em relação ao Réu ora Peticionante, o *Parquet* imputa duas condutas, como sobredito, consistindo a primeira na ratificação do ato de dispensa de licitação com a assinatura do respectivo contrato em prol da Fundação Escola de Serviço Público, e a segunda na anuência expressa do Réu quanto à subcontratação, supostamente irregular, do IBDT pela FESP.

38. Nesta toada, cumpre transcrever o trecho da inicial em que o Ministério Público fundamenta a legitimidade da presença do Réu no polo passivo da presente demanda:

*“O primeiro demandado, CLÁUDIO ROBERTO MENDONÇA SCHIPHORST, na qualidade de então Secretário do Estado de Educação do Rio de Janeiro, dolosamente, ratificou os atos de dispensa de licitação e celebrou os respectivos contratos entre a Secretaria Estadual de Educação (SEE) e a Fundação Escola de Serviço Público (FESP) para a realização dos projetos "CENSO DO SERVIDOR" E "REGUA", em 02 de junho de 2004 e 25 de maio de 2005, respectivamente, ciente de que a FESP na (sic) contava com estrutura e expertise para a sua execução. Ademais, no exercício do cargo de Secretário de Educação, anuiu com a subcontratação irregular do IBDT pela FESP, conforme de observa à fl. 110 do Processo Administrativo E-01 /502.240/ 2005, 28 devendo, por isso, figurar no pólo passivo.”*

39. No entanto, ao invés de especificar exatamente qual a conduta legalmente prevista na Lei de Improbidade o Réu teria adotado, ao final da peça exordial, o órgão ministerial apontou, de forma absolutamente genérica, a todos os Réus da ação, a prática dos atos de improbidade descritos nos artigos 11, inciso I e 10, *caput* e incisos VIII e XI, conforme a antiga redação da Lei de Improbidade.

40. Ocorre que a Lei de Improbidade Administrativa, a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 14.230/21, passou a exigir que a petição inicial do Ministério Público contenha a descrição individualizada da conduta do réu, apontando-se os elementos probatórios mínimos que comprovem a ocorrência das hipóteses de prática de ato de improbidade administrativa e de sua autoria.

41. Assim, o que o Ministério Público deveria ter feito era indicar, especificamente para cada um dos réus, qual artigo da lei de improbidade cada um deles teria infringido de modo a evidenciar a conduta ímproba por eles praticada.

42. No entanto, o *Parquet* passou ao largo desta obrigação processual, a qual, ainda que tenha sido recentemente prevista na lei, já se tratava de exigência constitucional e processualmente prevista pelo ordenamento jurídico.

43. Especialmente pelo fato de que se o Réu não sabe especificamente qual conduta tipificada lhe é imputada, dela não poderá efetivamente defender-se, o que acaba por obstruir-lhe o pleno exercício de defesa.

44. E para este grave vício processual (não individualização da conduta), prevê o §6º-B, do art. 17 da LIA, que a petição inicial deverá ser rejeitada, disto decorrendo-se a extinção do processo, na forma do que prevê o art. 485, inciso I, do Código de Processo Civil.

45. Logo, o tão só fato de a inicial da presente Ação Civil Pública conter a imputação genérica, a todos os réus, conjuntamente, das violações aos artigos 10, *caput*, incisos VIII e XI, bem como do art. 11, inciso I, todos da LIA, não deixa dúvidas quanto à inobservância do inciso I, do §6º, do art. 17 da LIA.

46. Portanto, sem maiores delongas e a fim de evitar-se a desnecessária repetição dos argumentos de fato e de direito que revelam, com maior profundidade, a inocorrência da incorreta individualização da conduta do Réu, imperiosa a extinção da presente ação, na forma do art. 485, inciso I, do Código de Processo Civil, ante a inexistência de individualização da conduta do Réu.

**C. DO ATO DE IMPROBIDADE CONSISTENTE NA VIOLAÇÃO A UM DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – INOVAÇÃO DA NOVA REDAÇÃO LEGAL – ROL TAXATIVO – NECESSÁRIA PRÁTICA DE UMA DAS CONDUTAS DESCRITAS EM LEI – INOCORRÊNCIA**

47. O presente tópico servirá à explanação das razões de direito que evidenciam a absoluta inocorrência de qualquer das condutas previstas no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, tão somente.

48. Senão vejamos.

49. Primeiramente, é preciso dizer, que a conduta descrita no antigo inciso I, do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa foi expressamente revogada pela Lei nº 14.230/2021.

50. Disto se extrai, *prima facie*, a conclusão de que a imputação promovida pelo *Parquet* por meio da presente ação encontra-se fulminada pela inovação legislativa que deixou de considerar a conduta de “*praticar ato visando fim proibido ou diverso daquele previsto, na regra de competência*” como ato de improbidade administrativa.

51. Trata-se de inegável superveniência de lei mais benéfica ao Réu, a qual deve, indubitavelmente a ele beneficiar, aplicando-se retroativamente, consoante evidenciado no tópico anterior.

52. Ora, o legislador entendeu que a conduta anteriormente tipificada não traduziria, em si própria, um ato que atente contra os princípios da Administração Pública, motivo pelo qual resolveu-se pela sua revogação.

53. E tal conclusão deve retroagir de modo a beneficiar o Réu ora Peticionante, porquanto o sistema jurídico pátrio não admite, sob qualquer hipótese, a condenação de um indivíduo a uma pena não tipificada em lei.

54. Para além disto, outra inovação legislativa trazida pela nova redação dada pela Lei nº 14.230/21 à Lei de Improbidade Administrativa, diz respeito à exclusão do termo “notadamente” do *caput* do art. 11.

55. Veja-se o comparativo entre a redação anterior e a nova redação do referido dispositivo legal:

| Redação anterior (Lei nº 8.429/92)  | Redação atual (Lei nº 14.230/21)   |
|---|--|
| 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 | 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, |

|                             |   |
|-----------------------------|---|
| lealdade às instituições, e | caracterizada por uma das seguintes condutas: |
| notadamente:                |   |

56. Com a nova redação, o *caput* do referido dispositivo legal passou a prever que para que se constitua ato de improbidade administrativa, não basta que haja violação aos princípios da administração pública, como pretende o *Parquet* na presente ação, mas sim que uma das condutas delineadas nos seus incisos tenha sido praticada.

57. A inovação legislativa transformou, portanto, o rol de condutas previstas no art. 11 em um **rol taxativo**.

58. Significa dizer que para a configuração de ato de improbidade administrativa não importa se o agente adotou uma conduta ou omitiu-se de algum modo que meramente violou um dos princípios da Administração Pública.

59. Isto porque a nova ideia trazida por meio da nova lei é de que os atos de improbidade administrativa demandam a demonstração do dolo, não bastando a ocorrência do dolo genérico, amplamente admitido pela jurisprudência dos Tribunais Superiores até então.

60. A leitura do art. 1º, §2º, da LIA revela que o legislador apontou como necessária a demonstração do fim específico do agente de alcançar o resultado tipificado nos artigos 9º, 10 e 11 da lei.

61. A ideia é de que deve haver uma lesividade relevante ao bem jurídico tutelado, de modo que a mera violação a um princípio da Administração Pública não se afigura suficiente para caracterizar a improbidade.

62. Deve o agente, necessariamente, ter praticado uma das ações ou omissões descritas em um dos incisos do art. 11.

63. E como no caso concreto a conduta imputada pelo Ministério Público foi revogada, não há espaço para que sobrevenha condenação ao Réu ora Peticionante na prática do ato que não mais é tido como ímprobo pela lei.

64. A reunião de todos estes elementos revela a existência de patente **vício processual** na exordial da presente ação de improbidade.

65. Isto porque, inexistindo a expressa indicação da norma violada, porquanto revogada, ausente a demonstração objetiva da prática de improbidade, o que é vedado pelos parágrafos 1º, 2º e 3º, do art. 1º e §6º, inciso I, do art. 17 da LIA, **implicando-se a rejeição da petição inicial.**

66. Por fim, merece especial relevo o fato de que o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro posicionou-se pela legalidade do contrato e do respectivo ato de dispensa de licitação, consoante se infere dos processos 106.901-3/05 e 107.218-1/05.

67. Em bom resumo, tem-se que toda a conduta do Réu em relação aos contratos impugnados foi respaldada em regular processo administrativo cuja legalidade, ao final, foi certificada pelo Tribunal de Contas do Estado, circunstâncias que sepultam qualquer possibilidade de restar configurado dolo, sem o qual não é possível cogitar-se em improbidade administrativa.

68. O que se verifica, portanto, com muita facilidade, é o decaimento da conduta imputada pelo Ministério Público na presente ação de improbidade e, por tal motivo, inexistente a indicação da norma violada, motivo pelo qual deve ser rejeitada a inicial da presente ação de improbidade.

**D. DOS ATOS DE IMPROBIDADE CONSISTENTES EM DANO AO ERÁRIO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO FIM ESPECÍFICO DO AGENTE DE LESAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO – ALEGAÇÕES GENÉRICAS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA PERDA PATRIMONIAL DO ERÁRIO**

69. Para além da conduta prevista no art. 11, inciso I, da LIA, o Ministério Público genericamente imputou a todos os Réus da presente ação a prática dos atos descritos no *caput* e incisos VIII e XI, do art. 10, da LIA.

70. A leitura das razões de fato e de direito da petição inicial revela que o Ministério Público estadual alega, de forma genérica e demasiadamente simplista, que o Réu, ora Peticionante, **dolosamente**, ratificou os atos de dispensa de licitação e celebrou os contratos objetos desta demanda “*ciente de que a FESP não contava com estrutura e expertise para a sua execução*”.

71. Quer dizer, o entendimento esposado pelo Ministério Público é de que a contratação da FESP seria irregular porque a referida entidade não detinha estrutura e expertise para a execução da avença, e o Réu, **sabedor desta situação**, teria praticado ato de improbidade administrativa ao ratificar a dispensa de licitação e assinar os contratos, **tudo com ânimo de dolo**.

72. Diante de tão grave acusação, dedicou-se o Réu a localizar, na petição inicial, quais circunstâncias levaram o Autor a firmar este entendimento.

73. Ocorre, contudo, que mesmo tendo empreendido hercúleo esforço na tarefa, o Réu não logrou identificar em lugar nenhum da petição inicial a fundamentação que conduziu o Ministério Público a firmar esse canhestro entendimento.

74. Isso mesmo, Excelência!

75. Embora tenha o Réu formalizado a contratação de pessoa jurídica integrante da própria administração pública para realizar atividades com pertinência às suas atribuições institucionais, o Ministério Público não desenvolveu, em sua inicial, qualquer fundamentação para apontar de onde adveio esse suposto **dolo** do Réu ou quais circunstâncias evidenciariam que ele ‘sabia’ que a FESP não detinha condições de executar o objeto contratado.

76. Trata-se de situação de enorme relevância e que repercute de forma negativa na esfera de interesses do Réu, inclusive com flagrante violação ao contraditório e ampla defesa, eis que o Réu se vê impedido de realizar a sua defesa ante os fatos narrados na petição inicial, porque deles não é possível extrair qual ou quais motivos levaram o



Ministério Público a concluir que o Réu 'sabia' que a FESP não detinha condições de executar o objeto contratado.

77. Ora, a leitura da exordial revela que inexistente qualquer circunstância capaz de colocar em dúvida a qualificação e expertise da FESP, hoje Fundação CEPERJ, para executar o objeto dos contratos.

78. Não há, na petição inicial ou no Inquérito Civil que a acompanha, qualquer indício – e nem mesmo alegação!!! – quanto à suposta ausência de estrutura e expertise para a execução da avença.

79. Tampouco há qualquer prova, indício ou alegação de que o Réu era efetivamente sabedor dessa suposta ausência de expertise e estrutura.

80. Ademais, no que diz respeito à suposta ratificação dolosa do ato de dispensa de licitação, a questão ganha ares dramáticos, porquanto o Réu denunciou a prática de crime de falsificação de documento público, qual seja, da Carta de Anuência supostamente assinada pelo Réu.

81. Ora, desde as primeiras declarações prestadas pelo Réu ao Ministério Público em sede de inquérito já era possível vislumbrar a existência de inúmeros indícios de que o documento de anuência era fruto de uma fraude.

82. O Réu afirmou não reconhecer o tal documento, que era deveras genérico e não obedecia a padronização então vigente, sendo ainda perceptível a existência de uma rasura na numeração e uma rubrica diferenciada. Destacou ainda a sua surpresa quanto ao teor nele contido, uma vez que o contrato vedava expressamente a subcontratação sem a expressa e específica autorização da SEE.

83. Posteriormente, o Réu prestou declarações ainda mais contundentes e que apontavam para a efetiva ocorrência de fraude no que diz respeito à assinatura contida no documento em seu nome.

84. Isto porque o Réu não se recorda de ter assinado a referida carta de anuência ou qualquer outro documento que tenha autorizado à FESP subcontratar os serviços contratados.

85. Mas não é só. O Réu encontrou pequenas divergências na assinatura aposta que revelavam que ele, de fato, não havia assinado o referido documento.

86. Diante disto o Réu, por vias próprias, realizou três perícias para análise da referida assinatura, que acabaram por **concluir que a mesma se tratava de uma verdadeira fraude.**

87. Daí que o Réu noticiou ao Ministério Público a falsificação ideológica da Carta de Anuência utilizada nestes autos para sustentar a falaciosa e absurda tese de existência de dolo do Réu quanto à subcontratação do IBDT.

88. A fraude noticiada impunha ao Ministério Público, portanto, a devida cautela e uma melhor apuração dos fatos.

89. Nada obstante, o *Parquet* apressou-se em ajuizar a presente ação em face do ora Réu, valendo lembrar que essa mesma ‘agilidade’ não se repetiu na apuração da fraude denunciada pelo próprio Réu.

90. Ora, tratando-se de imputação da prática de ato de improbidade administrativa, cumpre ao *Parquet* proceder à descrição analítica dos fatos e da conduta tida como ímproba atribuível a cada um dos réus da demanda, **inclusive no que se refere ao elemento subjetivo que permeou a conduta de cada um.**

91. E, nesta toada, tem-se que a nova redação dada à Lei de Improbidade Administrativa pela Lei nº 14.230/21 exige a demonstração objetiva da prática de ilegalidade, comprovando-se “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11”, isto é, do fim ilícito.

92. A nova redação dada ao *caput* do art. 10, não deixa dúvidas quanto ao acima exposto, consoante se vê do abaixo transcrito:

*“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:**”*

93. Inclusive a nova redação do inciso VIII, conduta imputada ao Réu pelo órgão ministerial exige a comprovação da perda patrimonial efetiva, não bastando a mera frustração do procedimento licitatório ou a sua dispensa indevida. Veja-se:

*“VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, **acarretando perda patrimonial efetiva;**”*

94. É fato que o legislador optou por exigir a comprovação do dolo específico do agente, tornando, portanto, necessária a demonstração do fim específico do agente de causar lesão ao erário público e da efetiva ocorrência do prejuízo.

95. No entanto, inexistente, em absoluto, qualquer demonstração do fim ilícito do Réu no caso concreto ou da efetiva ocorrência do prejuízo ao Erário.

96. Ora, sequer individualizar a conduta dos Réus o Ministério Público Estadual foi capaz, aduzindo violações genéricas na presente ação, impedindo que os Réus ao menos possam efetivar o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

97. Isso porque o Ministério Público promoveu, em sua petição inicial, uma descrição genérica dos fatos apropriados em seu Inquérito Civil, **sem estabelecer, de maneira clara e objetiva, qual ou quais circunstâncias o levaram a concluir que a FESP não detinha condições de executar o objeto contratado e mais, que o ora Réu ‘sabia’ disso.**

98. Ademais, a ausência de demonstração da perda patrimonial efetiva se verifica não só pela imputação de dano ao erário absolutamente genérica, mas

principalmente pelo fato de que o *Parquet* **requer a devolução do valor integral dos contratos guerreados**, fato este que demonstra, *per se*, a não comprovação da efetiva ocorrência de dano ao erário.

99. Segundo a tese autoral, *“além da flagrante violação aos Princípios norteadores da Administração Pública, os atos de dispensa das licitações praticados pelos demandados, bem como as consequentes contratações diretas e respectivos pagamentos, também ferem o comando definido no artigo 10, caput e incisos VIII e XI da Lei 8.429/92”*.

100. Percebe-se daí que **o Autor entende que o dano ao erário seria consequência imediata da ilegalidade da contratação realizada sem prévio certame licitatório**. Ou seja, o raciocínio do Autor é o seguinte: tendo havido contratação direta irregular, eis que sem prévia licitação, há dano ao erário, prejuízo este consistente no valor pago à contratada.

101. Portanto, para o Ministério Público a mera irregularidade dos atos de dispensa, ainda que fossem efetivamente irregulares e, portanto, indevidos, autorizaria a automática condenação dos Réus à devolução dos valores pagos à FESP em razão dos serviços regularmente prestados no âmbito dos contratos impugnados.

102. Ora, o que se vê com facilidade é que a tese sustentada pelo *Parquet* vai de frontal encontro ao que determina a Lei de Improbidade Administrativa, a partir das inovações trazidas pela Lei nº 14.230/21, o que evidencia a absoluta improcedência das razões autorais.

103. **Importa destacar, neste âmbito, que ambos os contratos foram integral e regularmente executados, tendo alcançado os objetivos visados nas respectivas fases do programa.**

104. E mais, o *Parquet* não logrou êxito em infirmar o nexo de causalidade supostamente existente entre a conduta do Réu e a lesão ao erário, de modo a evidenciar de que maneira a conduta específica do agente conduziu a um dano ao erário.

105. Desta forma, considerando-se as inovações legislativas introduzidas pela Lei nº 14.230/21, tem-se que a presente Ação Civil Pública por ato de improbidade, calcada nos incisos VIII e XI, bem como do *caput* do art. 10 da LIA, deve ser julgada improcedente ante a **ausência de demonstração do efetivo dano ao erário e da conduta do Réu com o fim específico de indevidamente locupletar-se em prejuízo do Erário Público.**

### III. CONCLUSÃO E PEDIDOS

106. Ante o exposto, requer o Réu a aplicação retroativa das disposições benéficas promovidas na Lei de Improbidade Administrativa a partir da redação dada pela Lei nº 14.230/21, por força do artigo 5º, *caput*, XL, da CRFB, cumulado com o artigo 1º, §4º, da Lei nº 8.429/92, extinguindo-se a presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, por inobservância do disposto no inciso I, do §6º, do art. 17, da LIA.

107. Acaso assim não entenda V. Exa, hipótese ora admitida apenas em respeito à eventualidade processual, requer seja julgada totalmente improcedentes os pedidos contidos na presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, ante a revogação da conduta imputada pelo *Parquet* (art. 11, inciso I), e da ausência de comprovação do dolo específico do Réu em lesar o erário e da efetiva perda patrimonial do mesmo.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 2022.



Bruno Silva Navega

OAB/RJ 118.948



Luiza A. Costa

OAB/RJ 181.859