



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

Apelação Cível nº 0108195-47.2018.8.19.0001

Apelante: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Apelado: Eduardo da Costa Paes

Apelado: Antônio Cesar Lins Cavalcanti

Apelado: Carlos Evandro Viegas

Juízo de Origem: 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital

Relatora: Desembargadora MÔNICA FELDMAN DE MATTOS

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE PELA PRÁTICA, EM TESE, DA CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 10 DA LEI 8.429/92. SENTENÇA QUE NÃO RECEBEU A INICIAL, AO ENTENDIMENTO DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, NOS TERMOS DO ART. 17, §8º, DA LEI Nº 8.429/1992. ALEGAÇÃO DE ATO ÍMPROBO CONSUBSTANCIADO NO CANCELAMENTO DE EMPENHOS, SEM ANÁLISE PRÉVIA, NOS ÚLTIMOS DIAS DE MANDATO DO, À ÉPOCA DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, EX-PREFEITO EDUARDO DA COSTA PAES. FUNCIONALIDADE QUE PERMITIA A EXECUÇÃO DO CANCELAMENTO DE FORMA GENÉRICA E AUTOMÁTICA. RECURSO INTERPOSTO PELO *PARQUET* OBJETIVANDO O RECEBIMENTO DA INICIAL E PROSSEGUIMENTO REGULAR DA AÇÃO. CONFORME JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, A AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EXIGE, EM RAZÃO DA SERIEDADE DAS SUAS CONSEQUÊNCIAS, A PRESENÇA DE UMA CONDIÇÃO A MAIS PARA O SEU RECEBIMENTO E PROCESSAMENTO, QUAL SEJA, A “JUSTA CAUSA”, QUE É NADA MAIS DO QUE UM LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO DA PRÁTICA DO IMPUTADO ATO ÍMPROBO. DECISÃO DO



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

TCM/RJ QUE ARQUIVOU O PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 40/000167/2017, ACERCA DOS CANCELAMENTOS DE EMPENHOS REALIZADOS EM DEZEMBRO DE 2016. INDÍCIOS DE QUE O ENTÃO PREFEITO AGIU DE ACORDO COM AS RECOMENDAÇÕES DA CORTE DE CONTAS. DECISÃO NA QUAL SE AFIRMA QUE, MESMO SE OS EMPENHOS HOUVESSEM SIDO LIQUIDADOS, AINDA ASSIM HAVERIA SUPERÁVIT FINANCEIRO. DESSE MODO, SEQUER É POSSÍVEL SE ADMITIR A EXISTÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO, NO QUE CONCERNE A ESPECIAL DESVIO ÉTICO DOS AGENTES, JÁ QUE ESTES AGIRAM DE ACORDO COM AS RECOMENDAÇÕES DO TCM/RJ. ADEMAIS, CONFORME DECLARAÇÃO DE SERVIDORES, A FUNCIONALIDADE FCONT06900 JÁ EXISTIA, ESTANDO APENAS INATIVA. CANCELAMENTO DE EMPENHOS QUE, POR SI SÓ, NÃO REPRESENTA ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, CONFORME RECONHECIDO PELO PRÓPRIO RECORRENTE. ALÉM DA INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DO ATO SUPOSTAMENTE ILEGAL, SEQUER É POSSÍVEL VISLUMBRAR O ALEGADO DANO AO ERÁRIO, SEJA PELA AUSÊNCIA DE PROVAS OU PELA EXISTÊNCIA DE SUPERÁVIT FINANCEIRO EM TODOS OS CENÁRIOS CONSIDERADOS. TESE DE DANO PRESUMIDO QUE NÃO ENCONTRA ACOLHIDA, COM POUCAS EXCEÇÕES, NAS INSTÂNCIAS SUPERIORES. EMBORA SE RECONHEÇA A INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO À CORTE DE CONTAS, NÃO PODE SER IGNORADO O *DECISUM* ACIMA ALUDIDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 42 LRF. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (LEI Nº 289/81) QUE SOMENTE SE JUSTIFICA QUANDO A CORTE DE CONTAS ENCONTRA INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES, O QUE, REPITA-SE, NÃO OCORREU



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

**NA HIPÓTESE ORA EM ANÁLISE. SENTENÇA QUE DEVE
SER MANTIDA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos apelação cível nº 0108195-47.2018.8.19.0001, em que é Apelante Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Apelados Eduardo da Costa Paes e outros.

Acordam os Desembargadores da Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, em sessão nesta data, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

Desembargadora **MÔNICA FELDMAN DE MATTOS**
Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de Eduardo da Costa Paes, Antônio Cesar Lins Cavalcanti e Carlos Evandro Viegas, alegando, em apertada síntese, que as normas de execução orçamentária e programação financeira para o exercício de 2016 constaram do Decreto Municipal nº 41.206, ocorrendo que, em outubro



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

do mesmo ano, foi publicado o Decreto Municipal nº 42.360, o qual regulamentou o encerramento do respectivo exercício e estabeleceu diversas limitações orçamentárias. Refere que, de acordo com este último decreto, foram excetuados os empenhos de despesas previstas em seu art. 5º, bem como aquelas relativas a serviços prestados e materiais entregues até 31/12/2016, os quais seriam inscritos em restos a pagar. Acrescenta que o aludido decreto previu que a inscrição em restos a pagar e eventuais cancelamentos seriam de responsabilidade de cada ordenador de despesa.

Aduz que o então Prefeito, Eduardo da Costa Paes, determinou, em 23/12/2016, que fossem cancelados pela Controladoria Geral do Município todos os saldos de todos os empenhos não liquidados de todos os órgãos da Administração Direta e Indireta, à exceção dos empenhos que fossem imprescindíveis e necessários, sendo tal ordem executada rapidamente e automaticamente através do sistema FINCON, registrado em matrícula genérica, em vez de vinculados à matrícula de um gestor.

Salienta o Ministério Público que houve o cancelamento de empenhos não liquidados, de modo centralizado, entre os dias 26/12/2016 a 30/12/2016, sem análise prévia adequada sobre a ocorrência ou não dos fatos geradores e sob a supervisão direta de Antonio César Lins Cavalcanti, desrespeitando-se, assim, o procedimento legalmente previsto, o que caracteriza ato de improbidade.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

Ao final, requer seja reconhecido o cometimento, pelos Réus, de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, VI, da Lei nº 8429/92, condenando-os: (i) ao ressarcimento ao erário dos demais danos materiais, apurados no curso deste processo, assim como dos danos morais coletivos, estes em valor não inferior ao dano material já apontado de R\$ 144.808.018,57 (cento e quarenta e quatro milhões, oitocentos e oito mil, dezoito reais e cinquenta e sete centavos), valor histórico; (ii) ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; (iii) perda da função pública e suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; (iv) à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/ 92 além dos ônus decorrentes da sucumbência.

O Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, com fulcro no parágrafo 8º, do artigo 17 da Lei nº 8.429/1992, não recebeu a petição inicial, por entender pela manifesta improcedência da ação, e julgou extinto o feito com resolução de mérito, na forma do art. 487, inciso I, do CPC, conforme sentença de index 001820, sem a condenação em custas ou honorários advocatícios, nos termos da Lei nº 7.347/85 e entendimento dos Tribunais Superiores.

Inconformado, apela o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (index 001878), suscitando, preliminarmente, a nulidade da sentença recorrida, a qual julgou a demanda manifestamente



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

improcedente sob o fundamento de não ter restado comprovada a prática do alegado ato de improbidade, com base no processo do Tribunal de Contas do Município nº 040/001.324/2017.

Segundo o *Parquet*, a controvérsia da presente ACP consiste na análise da existência de juridicidade no cancelamento de empenhos não liquidados de todos os Órgãos da Administração Direta e Indireta, efetuados entre os dias 26 e 30/12/2016, sem análise prévia adequada sobre a ocorrência ou não dos respectivos fatos geradores, o que teria causado danos ao erário.

Afirma que se embasou a sentença na aprovação das contas pelo TCM, sendo notório que o controle exercido pelo Tribunal de Contas não é jurisdicional, de forma que não há qualquer vinculação da decisão proferida pelo órgão de controle e a possibilidade de ser o ato impugnado em sede de ação de improbidade administrativa, sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante expressa previsão do art. 21, inc. II, da Lei nº 8.429 /92.

Nesse contexto, ressalta que o denominado “Controle Externo”, exercido pelo TCM, é de caráter meramente opinativo, não impedindo o Ministério Público de ajuizar ação civil pública para questionar as contas do Município, não obstante a aprovação das mesmas pelo Tribunal de Contas, sendo este o entendimento pacífico das Cortes Superiores.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

Noutro giro, argumenta que a ACP apresenta fatos e documentos, entre eles o Parecer da Controladoria Geral do Município, órgão interno do Executivo, que concluiu pela irregularidade do cancelamento dos empenhos.

Assim, entende que o referido parecer se mostra suficiente para configurar justa causa a fim de dar regular prosseguimento ao feito, especialmente considerando-se as conclusões diametralmente opostas do Parecer da CGM e do TCM.

Afirma, ainda, que a etapa preliminar em que se encontra o feito não comporta análise aprofundada do mérito, já que o fato descrito constituiu, ao menos em tese, ato de improbidade administrativa, existindo indícios suficientes da existência do mesmo (art. 17, §6º, LIA).

Alega que, conforme entendimento das Cortes Superiores, na fase de recebimento da inicial de ação de improbidade administrativa, vige o princípio do *in dubio pro societate*, o que não quer dizer que se legitimem ações temerárias, mas que, existindo indícios mínimos da prática do ato ímprobo, deve a inicial ser recebida, passando-se à fase instrutória.

Por fim, alega que a improcedência liminar só é considerada quando há juízo de certeza sobre a inoccorrência do ato ímprobo, que não é o caso dos autos, uma vez que a inicial descreve com detalhes a conduta dos Réus bem como se encontra acompanhada de elementos probatórios mínimos que justifiquem o prosseguimento da ação. Ademais, a sentença violou o princípio constitucional do contraditório





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

pois não oportunizou a apuração das alegações, bem como restou violada a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro (art. 39, Lei nº 289/81), que exige tomada de contas especiais quando forem detectadas irregularidades com potencial de causar dano ao erário.

Requer, nesses termos, a reforma da sentença a fim de receber-se a inicial com relação aos Apelados (EDUARDO DA COSTA PAES, CARLOS EVANDRO VIEGAS e ANTÔNIO CÉSAR LINS CAVALCANTI), prequestionando, ainda, a correta aplicação dos seguintes dispositivos legais: artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa; artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015; artigos 39 e 33-C da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Município; artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal bem como dos artigos 5º e 37, §4º, da Constituição Federal de 1988.

Contrarrazões de EDUARDO DA COSTA PAES no index 001922.

Parecer da Douta Procuradoria de Justiça no index 002026, no sentido de conhecimento e provimento do recurso.

Juízo de admissibilidade no index 002048.

É o relatório.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

VOTO

Ação civil pública por ato de improbidade ajuizada pelo MPERJ em face de Eduardo da Costa Paes (por ocasião do ajuizamento da ação, ex-Prefeito do Município do Rio de Janeiro), Carlos Evandro Viegas (ex-Subsecretário de Orçamento) e Antonio Cesar Lins Cavalcanti (ex-Controlador Geral do Município do Rio de Janeiro), na qual lhes é imputado ato de improbidade administrativa tipificado nos arts. 10 e 11, ambos da Lei nº 8.429/1992, em razão do cancelamento de empenhos não liquidados de todos os Órgãos da Administração Direta e Indireta, efetuados entre os dias 26 a 30/12/2016, de modo automático, por meio da funcionalidade FCONT06900 do Sistema FINCON, registrados na matrícula "genérica" nº 9000201-6, nominada "Operação Automática Cancelamento Empenho", não associada a um usuário ativo e competente na Tabela Cidadão do Sistema FINCON.

Segundo o Autor, tal prática demonstra a irresponsabilidade fiscal dos Réus, lesionando o erário, razão pela qual requer, além do reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa a condenação destes: (i) ao ressarcimento ao erário dos demais danos materiais, apurados no curso deste processo, assim como dos danos morais coletivos, estes em valor não inferior ao dano material já apontado de R\$ 144.808.018,57 (cento e quarenta e quatro milhões, oitocentos e oito mil, dezoito reais e cinquenta e sete centavos), valor histórico; (ii) ao pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

dano; (iii) à perda da função pública e suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; (iv) à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de cinco anos, nos termos do art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92 além dos ônus decorrentes da sucumbência.

O Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública da Capital julgou manifestamente improcedente o pedido, nos termos do art. 487, I, CPC, não recebendo a inicial, deixando de condenar o Autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios por força da lei e do entendimento jurisprudencial sobre a matéria.

Inconformado, apelou o MPERJ, alegando que a decisão foi baseada no Parecer do TCM, o qual não possui caráter vinculativo, seja com relação ao Judiciário ou com o Ministério Público. Afirma que, em juízo preliminar, vige o primado do *in dubio pro societate* e que a inicial se encontra adequadamente instruída, sobretudo pelo parecer da CGM, que identificou a irregularidade praticada pelos Réus. Sustenta que, além de possuir caráter opinativo, o TCM não instaurou a tomada de contas especial, essencial quando detectadas irregularidades com potencial de causar danos ao erário. Requer, assim, o recebimento da apelação bem como expressa manifestação desta Corte sobre os dispositivos legais que entende violados, para fins de acesso aos Tribunais Superiores.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

Assim, cinge-se a controvérsia quanto à presença de justa causa que possibilite o recebimento da inicial e consequente prosseguimento da ação.

Preliminarmente à análise do mérito do recurso, devem ser tecidas breves considerações sobre a Lei nº 14.230/2021, publicada em 25.10.2021, a qual introduziu significativas mudanças na Lei nº 8.429/1992.

Como se sabe, com exceção das normas penais, a regra é a irretroatividade das leis, entretanto, inegável que a lei de improbidade traz consequências gravosas àqueles condenados pela prática dos atos descritos em tal legislação.

Assim, por estarmos de diante de um “Direito Administrativo Sancionador”, começam a surgir diversos questionamentos sobre a retroatividade da Lei nº 14.230/2021.

Todavia, é ainda incipiente a doutrina e a jurisprudência sobre o tema, nos mais diversos sentidos, inexistindo ainda posicionamento estabilizado dos Tribunais Superiores.

Feitas tais considerações, tratando-se ainda de atos supostamente praticados sob a égide da Lei nº 8.429/92 e mais, tratando-se de ação ajuizada, sentenciada e com recursos interpostos antes do advento da Lei nº 14.230/2021, não há que se cogitar a aplicação desta última ao caso em exame.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

Ultrapassada tal questão, passa-se ao julgamento do recurso.

O art. 37, *caput* e § 4º, da Constituição Federal, assim dispõem:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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

Sobre o procedimento, dispõe o art. 17, §§ 6º, 7º e 8º, da Lei nº 8.429/1992:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

[...]

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. (Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001).”

Sobre a necessidade da presença de uma condição “a mais” da ação de improbidade, qual seja a “justa causa”, vale colacionar recente precedente do E. STJ:

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RESP. ACP POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE ADMISSIONAL DA LIDE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FORAM UNÂNIMES EM CONSTATAR QUE A LIDE POSSUI OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA QUE SEJA AO MENOS PROCESSADA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 10





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

DA LEI 8.429/1992. AGRAVO INTERNO DO IMPLICADO DESPROVIDO.

1. Em questão preliminar de nulidade, a parte agravante sustenta que, sem a concordância da parte adversa, a petição inicial somente poderia ter sido aditada antes de o demandado ser cientificado dos termos da ação.

2. Acerca da alegada impossibilidade de aditamento da petição inicial, a Corte de origem registrou que o processo encontrava-se ainda em sua etapa preliminar, própria da ação de improbidade administrativa (art. 17, § 7o., da Lei 8.429/92), sendo que os demandados sequer tinham apresentado defesa preliminar (fls.707/708).

3. Portanto, o Tribunal Catarinense, com base nos informes do caderno processual, insuscetíveis de modificação em sede de recorribilidade especial, assinalaram que os demandados tiveram preservado o direito ao contraditório e ampla defesa, uma vez que o aditamento à petição inicial ocorreu antes da citação dos demandados, e, portanto, antes do saneamento da lide. A preliminar de nulidade deve ser rejeitada.

4. Quanto ao mais, cinge-se a controvérsia em exercer controle de legalidade acerca da fase de admissão das ações de improbidade. Insurge-se o agravante contra o acórdão que confirmou a decisão de primeiro grau que recebeu a petição inicial e determinou o processamento da ação de improbidade.

5. As Ações Cíveis Públicas de Improbidade Administrativa, por possuírem o peculiar caráter sancionador estatal, assemelham-se às ações penais e exigem, dessa maneira, um quarto elemento para o preenchimento das condições da ação - e conseqüente viabilidade da pretensão do autor: a justa causa, correspondente a um lastro mínimo de provas que comprovem a prática da conduta ímproba (materialidade) e indícios de autoria do imputado.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

[...]

7. Ao que se deduz da fundamentação expendida pela Corte Estadual, não ocorreu violação alguma do art. 17, § 8o. da Lei 8.429/1992, pois, de acordo com a moldura fática adveniente do aresto de origem, a espécie conta com elementos indiciários suficientes para sua aferição pelo Poder Judiciário em processamento da lide sancionadora.

8. Agravo Interno do Implicado desprovido.

(AgInt no AREsp 1535813/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 17/06/2020) **(GRIFO NOSSO)**

Assim, faz-se necessária a análise da verossimilhança dos fatos imputados aos Apelados, ou seja, o lastro mínimo da prática do ato ímprobo, o qual consiste, no caso em análise, no cancelamento automático de empenhos sem prévia análise e/ou inscrição em Restos a Pagar daqueles, cujo fato gerador (prestação de serviços ou entrega de mercadorias), ocorreu efetivamente.

Conforme salientado na sentença vergastada, entende o Eg. STJ que o ato administrativo somente configura improbidade quando revestido de má-fé ou dolo genérico, elementos subjetivos que não se presumem.

Consigna-se lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 30ª ed., editora Gen Forense, p. 1022):

“O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

[...]

Dos três dispositivos que definem os atos de improbidade, somente o art. 10 fala em ação ou omissão, dolosa ou culposa. E a mesma ideia de que, nos atos de improbidade causadores de prejuízo ao erário, exige-se dolo ou culpa, repete-se no art. 5º da lei.

[...]

No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. **Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e perda da função pública.**”(GRIFO NOSSO)

Neste sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. SÚMULA 7/STJ. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME FÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS.
COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967.

(...)

3. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

4. É pacífico no STJ que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 exige demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

5. 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.

(...)

8. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido.

(REsp 1662580/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017)

(grifei)



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

Conforme salientado pelo próprio Apelante em suas razões recursais, a execução da despesa orçamentária pública, nos termos da Lei nº 4.320/64, transcorre em três fases, quais sejam empenho, liquidação e pagamento, consistindo o primeiro na reserva de dotação orçamentária.

A regra, em respeito à anualidade orçamentária, é que as despesas sejam empenhadas, liquidadas e pagas no mesmo exercício financeiro, devendo as não pagas ser incluídas nos Restos a Pagar, estejam estas liquidadas (processadas) ou não.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que, conforme reconhecido pelo Apelante, o cancelamento de empenhos não é, por si só, prática irregular ou ilícita, uma vez que existe previsão de realização em determinados casos e condições.

Com efeito, o Decreto Municipal nº 42.360 (fls. 54/55, index 000283), de 17/10/2016, regulamentou o encerramento do exercício financeiro de 2016, último ano do mandato do 1º Agravado.

Assim dispõem os arts. 6º e 7º do referido Decreto, *in verbis*:

“Art. 6º Todos os saldos de empenhos não liquidados deverão ser cancelados até 09 de dezembro de 2016.

§ 1º Excluem-se do "caput" deste artigo, os empenhos das despesas relacionadas no art. 5º e das despesas do





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

exercício de 2016 relativas aos serviços que sejam prestados e aos materiais entregues até 31 de dezembro de 2016, a serem inscritos em Restos a Pagar Não Processados.

§ 2º Os saldos dos empenhos das despesas relacionados no art. 5º, que porventura não se referirem ao exercício de 2016, deverão ser cancelados até 16 de dezembro de 2016.

Art. 7º A inscrição em Restos a Pagar Não Processados e eventuais cancelamentos são de responsabilidade de cada Ordenador de Despesa.”

E o art. 42 da LRF:

Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Ocorre que o TCM determinou o arquivamento do processo administrativo acerca dos cancelamentos realizados ao fim de 2016 (nº 40/000167/2017), conforme esmiuçada decisão acostada ao index 001459, cujo Redator foi o Conselheiro Felipe Galvão Puccioni.

O voto restou assim ementado:



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO E FINANCEIRO. RESTOS A PAGAR. NECESSIDADE DE DISPONIBILIDADE FINANCEIRA. EXIGIBILIDADE NA LIQUIDAÇÃO. SEM EXIGIBILIDADE ANTES DA LIQUIDAÇÃO. PRECEDENTE DO TCMRJ. PROCESSO Nº 40/6066/2015. CANCELAMENTO DE EMPENHOS NÃO LIQUIDADOS. PREVISÃO LEGAL. JURISPRUDÊNCIA DO TCMRJ EM 2016. ART. 42 DA LRF CUMPRIDO. SUFICIÊNCIA FINANCEIRA AO FINAL DE 2016. MATRÍCULA GENÉRICA. FUNCIONALIDADE POSSÍVEL, QUESTÃO OPERACIONAL “INTERNA CORPORIS”. SEPARAÇÃO DE PODERES. UTILIZAÇÃO DE MATRÍCULAS PESSOAIS. FALHA CORRIGIDA IMEDIATAMENTE. RESPONSÁVEIS CLARAMENTE IDENTIFICADOS. JUSTA INCERTEZA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ART. 359-B DO CÓDIGO PENAL. CANCELAMENTO DE DESPESA NÃO É DESPESA SEM PRÉVIO EMPENHO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADES. AUSÊNCIA DE DANO. POSSIBILIDADE DE SUPERÁVIT FINANCEIRO FICTÍCIO. ANÁLISE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS.

De se ressaltar que o TCM corroborou a alegação dos Apelados de que estes haviam agido de acordo com as orientações da Corte de Contas (fls. 16, index 000523).

No voto, o Conselheiro informou que em 2016 vigorava a decisão do TCM/RJ (40/6066/2015), de junho de 2016, que fixava a tese de que a exigibilidade somente surgiria com a liquidação da despesa, de modo que foi orientado ao então Prefeito que a análise de contas deveria ter sido realizada sem a inclusão dos empenhos não liquidados, mesmo com serviços e produtos entregues, visto que não eram



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

considerados “exigíveis”, conforme posição firmada em junho de 2016 pela Corte de Contas.

O TCM indicou, ainda, que mesmo se incluindo as despesas empenhadas não liquidadas, com serviços prestados ou produtos entregues, haveria um superávit de disponibilidades financeiras de R\$ 38,9 milhões.

Veja-se (fls. 6, index 001459):

5. Seguindo entendimento desta Corte à época – não incluindo as despesas empenhadas, não liquidadas, mesmo com serviços “prestados” ou produtos “entregues”, como dívida do ente por não ter havido a liquidação e nascido a exigibilidade para o credor - o superávit de caixa ao final de 2016 foi de R\$ 545,36 milhões.
6. Mesmo incluindo as despesas empenhadas não liquidadas, com serviços prestados ou produtos entregues, no cálculo da suficiência financeira no final de 2016, haveria um *superavit* de disponibilidades financeiras de R\$ 38,9 milhões.
7. Sob os dois ângulos de análise, o saldo de disponibilidades financeiras - já subtraídas todas as dívidas da Prefeitura – foi positivo no final de 2016 e, portanto, houve cumprimento do artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Outrossim, a Corte foi categórica quanto a inexigibilidade de conduta diversa do Chefe do Executivo à época dos fatos (index 001459, fls. 07).



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

Ademais, conforme bem ressaltado no *decisum*, o cancelamento de empenhos nada tem a ver com a conduta proibida de realizar despesa sem prévio empenho (art. 60 da Lei nº 4.320/64).

Ora, não se pode entender como ato revestido de má-fé aquele praticado de acordo com orientação da Corte de Contas do Município.

Assim, os demais Réus cumpriram ordens do ex-Chefe do Executivo Municipal, ordens não manifestamente ilegais, e este agiu de acordo com orientações oriundas do TCM/RJ.

Quanto às conclusões divergentes entre a CGM e o TCM, vale ressaltar que ambos os pareceres possuem caráter opinativo, contudo, o parecer da Corte de Contas veio acompanhado de dados específicos, analisando detalhadamente as contas do, à época, ex-Prefeito Eduardo Paes.

Ainda nesse contexto, dúvidas não há quanto à independência entre o Judiciário e a Corte de Contas, esposado em inúmeros votos das instâncias superiores, não se vinculando esta Corte de forma alguma às conclusões do TCM/RJ.

Contudo, a decisão de arquivamento acima citada não pode ser ignorada, diante do teor de suas conclusões.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

Noutro giro, com relação à necessidade de Tomada de Contas Especial, com fundamento na Lei Orgânica do TCM (arts. 33-C e 39, Lei nº 289/1981), conforme afirmado pelo próprio Recorrente, esta somente é exigida quanto a Corte encontra indícios de irregularidades o que, repita-se, não ocorreu no caso em comento, tendo a aprovação das contas sido rigorosa e minuciosa e o suposto ato de improbidade foi praticado seguindo justamente a determinação do Tribunal de Contas.

Demais disso, com relação ao dano ao erário, conforme já exposto à época do julgamento do agravo de instrumento (recurso nº 0038946-12.2018.8.19.0000) foi acostada somente uma única denúncia aos autos, deflagrada por Macport Estrutura Ltda. EPP, na condição de contratada pela Prefeitura através da Função GEO-RIO, no sentido que o empenho financeiro correspondente ao valor que lhe seria devido teria sido subitamente cancelado em 30/12/2016.

Destaque-se também que foi esclarecido pelo Técnico de Controle Interno Flávio Vital de Oliveira Vasco, Coordenador I da Coordenadoria de Monitoramento e Informações, que a funcionalidade do sistema utilizada para cancelar os empenhos já existia, embora se encontrasse inativa, o que afasta a tese que a mesma havia sido especialmente criada e alterada para mascarar a atividade do ex-gestor público.

Assim, não há que se falar em indícios de prática do ato ímprobo já que, repita-se, sequer há comprovação do dano, já que a aprovação de contas levou em consideração, como visto, dois cenários





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

(seguindo a recomendação da Corte de Contas ou desconsiderando-a) e, em ambos, haveria um superávit.

Inexiste, assim, violação à LRF, tampouco indício de violação ao dever de responsabilidade fiscal ou comprovação, ainda que mínima, do especial desvio ético, elemento subjetivo do ato de improbidade.

Não é demais destacar também que o E. STJ, com exceção dos casos de fraude ao processo licitatório ou dispensa indevida de licitação, não acolhe a tese do dano presumido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE CONVÊNIO. ACÓRDÃO QUE AFASTA A OCORRÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO. ALEGADA VIOLAÇÃO ART. 10 DA LIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DO DANO PRESUMIDO.

1. A jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a atuação do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010).

2. Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, as condutas descritas no art. 10 da LIA demandam a comprovação de dano efetivo ao erário público, não sendo possível caracterizá-lo por mera presunção.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

3. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem consignou expressamente a ausência de demonstração da efetiva lesão ao patrimônio público, de modo que a alteração das conclusões adotadas, para o fim de verificar a existência de dano aos cofres públicos, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1585939/PB, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

Assim, merece ser mantida a sentença que julgou manifestamente improcedente o pedido, impondo-se o consequente desprovimento do recurso, já que não se pode permitir a tramitação de ação de improbidade sem indícios da prática do ato ou mesmo do alegado dano, tendo em vista as graves consequências para aqueles que figuram em seu polo passivo.

No que tange aos dispositivos legais prequestionados, devem ser feitas as seguintes observações.

Conforme fundamentação supra, rechaçada a tese de violação dos arts. 17 da Lei nº 8.429/1992, da Lei nº 289/81 (Lei Orgânica do TCM/RJ), do art. 42 da LRF e do art. 37, §4º, da Constituição Federal.

Com relação à alegação de violação ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, CRFB/88), deve-se ressaltar que a





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Vigésima Primeira Câmara Cível

necessidade de comprovação de lastro probatório mínimo da prática do ato de improbidade não importa em violação à referida norma.

Isto porque não é vedada a posterior instrução probatória na ação de improbidade para obter-se a certeza da prática do ato e/ou a extensão do dano, contudo, no ajuizamento, exige-se a mínima comprovação das alegações, um lastro mínimo e indícios do desvio ético dos acusados, o que não restou demonstrado na hipótese.

Do mesmo modo, inexistente violação ao art. 489 do CPC, visto que a sentença recorrida se encontra suficiente e adequadamente fundamentada, havendo sua prolatora se manifestado sobre todas as provas produzidas pelas partes, inclusive o mencionado parecer da CGM.

Diante de todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 12 de abril de 2022.

Desembargadora **MÔNICA FELDMAN DE MATTOS**
Relatora

