

Apelação Nº 0900036-20.2015.8.24.0043/SC

RELATOR: Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA APELADO: NILO JOAO GHILARDI ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: MARIA REGINA MENEGUZZI BALDISSERA ADVOGADO: GUSTAVO HENRICHS FAVERO (OAB SC035580) ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119) APELADO: NOELI MARIA SCHOENINGER GRASEL ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: MARIELE MARA MAZIERO BALDISSERA ADVOGADO: Luiz Alcebiades Pichetti (OAB SC006969) APELADO: RÁDIO CIDADE LTDA ADVOGADO: DANIEL STASIAK (OAB SC036088) ADVOGADO: Luiz Alcebiades Pichetti (OAB SC006969) APELADO: RADIO OESTE LTDA ADVOGADO: LEONIR ADRIANO STAUDT (OAB SC035589) ADVOGADO: IVON MAURÍCIO WANDSCHEER (OAB SC010854) APELADO: SOCIEDADE RADIO PEPERI LTDA ADVOGADO: GUSTAVO HENRICHS FAVERO (OAB SC035580) ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119) APELADO: MARIO DARCI RIBEIRO DE FREITAS ADVOGADO: IVON MAURÍCIO WANDSCHEER (OAB SC010854) ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: ADILSON JOAO BALDISSERA ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119)

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA opôs embargos declaratórios em face de aresto proferido por esta Câmara nos autos da apelação cível em ação de improbidade administrativa movida em desfavor de NILO JOAO GHILARDI, MARIA REGINA MENEGUZZI BALDISSERA, NOELI MARIA SCHOENINGER GRASEL, MARIELE MARA MAZIERO BALDISSERA, RÁDIO CIDADE LTDA, RADIO OESTE LTDA, SOCIEDADE RADIO PEPERI LTDA, MARIO DARCI RIBEIRO DE FREITAS e ADILSON JOAO BALDISSERA.

O decisum embargado manteve o decreto de improcedência exarado em primeira instância. Irresignado, assevera, em suma, que o aresto omitiu-se quanto à aplicabilidade dos arts. 5º, IV, "a", 6º e 19 da Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção). Diz, na essência, ter havido conluio entre as empresas quando da apresentação das propostas, visando fraudar o processo licitatório e que foram essas empresas, inclusive, tendo os particulares sido condenados na esfera criminal.

Pede, assim, que sejam supridos os pontos omissos, concedendo-se efeitos infringentes aos embargos.

Em sede de contrarrazões, o apelado pugnou pela manutenção do decisum.

Este é o relatório.

VOTO

A principal insurgência do Ministério Público diz respeito à pretensão de condenação das empresas de rádio requeridas por infração à Lei n. 12.846/2013, a Lei Anticorrupção, tendo o aresto sido omissivo, a seu sentir, ao não mencionar os arts. 5º, IV, "a", 6º e 19 da referida Lei. Estabelecem os invocados dispositivos legais:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da

administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e
II - publicação extraordinária da decisão condenatória.

§ 1º As sanções serão aplicadas fundamentadamente, isolada ou cumulativamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações.

§ 2º A aplicação das sanções previstas neste artigo será precedida da manifestação jurídica elaborada pela Advocacia Pública ou pelo órgão de assistência jurídica, ou equivalente, do ente público.

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

§ 4º Na hipótese do inciso I do caput, caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).

§ 5º A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensas da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

I - perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

II - suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

III - dissolução compulsória da pessoa jurídica;

IV - proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

§ 1º A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado:

I - ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou

II - ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa.

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Não houve propriamente omissão quanto a tais dispositivos, mas tão só afastamento implícito.

A interpretação literal da norma já mostra, claramente, que a Lei n. 12.846/13 inaugurou uma

nova modalidade de responsabilização de pessoas jurídicas por atos danosos praticados contra a Administração Pública. Nesse particular, em muito se distingue da Lei n. 8.429/92 e alterações. Esta última, a Lei de Improbidade Administrativa, pauta-se na configuração do elemento subjetivo "dolo" para que se autorize a aplicação das sanções nela previstas. Por meio da Lei n. 14.230/2021, aliás, a modalidade culposa foi expressamente excluída do texto normativo (art. 2., parágrafo primeiro da Lei n. 14.230/2021).

Lado outro, a Lei n. 12.846/2013 sabidamente trouxe a possibilidade de responsabilização "objetiva" das pessoas jurídicas. Há distinções ainda importantes, no ponto: a) a Lei de Improbidade prevê a responsabilização dúplice de agentes públicos e particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, ao passo que a Lei Anticorrupção tem como foco apenas as pessoas jurídicas; b) na Lei de Improbidade, só há tipificação legal se o agente público for o objeto do pedido, e eventualmente, também o particular; c) na Lei Anticorrupção, a pessoa jurídica pode ser punida independentemente de participação do agente público; d) na Lei n. 8.429/92, já era assente o entendimento de que não poderia haver responsabilização exclusivamente do particular, pois a improbidade pressupõe a participação de um agente público/político. Basta ver da estrutura normativa da Lei n. 12.843/13, que inclusive, a Administração Pública pode adotar e aplicar medidas administrativas contra as empresas infratoras. As penalidades também se distinguem.

Agora, uma vez não demonstrado o dolo na presente ação, e reconhecido que os agentes públicos não agiram voluntariamente para beneficiar as aludidas emprestas, tendo-se julgado improcedente a demanda contra estes, quer o embargante, com esteio na Lei Anticorrupção, ver condenada apenas a pessoa jurídica.

Corroboram os entendimentos acima expostos a afirmação de Marcelo **Harger:**

A lei anticorrupção somente se aplica quando o ato ilícito for praticado exclusivamente pela pessoa jurídica, sem a participação de um agente público, pois as hipóteses típicas previstas no art. 5. da Lei n. 12.846/13 independem do concurso de algum agente público.

Quando houver a conduta de um agente público em concurso com pessoa física ou jurídica que contrate com o poder público, a lei aplicável é a de improbidade administrativa (Comentários à Lei Anticorrupção. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 36-37).

Com efeito, também na presente ação a causa de pedir é baseada no elemento subjetivo, voltada contra os agentes públicos e as pessoas jurídicas privadas, daí porque, em sede de ação de improbidade não se pode admitir a condenação apenas da pessoa jurídica. Segundo a causa de pedir aqui posta, ou se reconhece a responsabilidade de ambos, ou só do agente público. Condenar apenas a empresa, é hipótese que não encontra respaldo na Lei n. 8.429/92. Observe-se, ademais, a redação do parágrafo segundo, do art. 3., da Lei n. 14.230/2021: "Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade.

(...)

§ 2º As sanções desta Lei não se aplicarão à pessoa jurídica, caso o ato de improbidade administrativa seja também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013."

O que se está a dizer, em suma, é que não se pode tomar de empréstimo a causa de pedir típica da ação de improbidade, aproveitando tal demanda para ver condenada exclusivamente a pessoa jurídica, com base na Lei n. 12.846/2013. Numa palavra, ou se aplicam as disposições da Lei de Improbidade ao agente público e ao particular, ou somente ao agente público, quando cabíveis, ou se aplica exclusivamente às pessoas jurídicas que causarem dano ao Poder Público, sem participação de agente público, apenas a Lei Anticorrupção, em processo próprio, que discuta a sua responsabilização objetiva.

De uma forma ou de outra, ponderou-se, no aresto, não ter havido sobrepreço, e bem assim foi afastada a improbidade no tocante a um eventual ajuste dos requeridos para fixação do preço, o que desaguou na manutenção do decreto de improcedência e no afastamento implícito da aplicação da Lei Anticorrupção no caso vertente, posto que a inicial expressamente afirmou que os particulares foram beneficiados pelos atos supostamente ímprobos dos réus. Logo, se

afastada a improbidade dos agentes públicos, impossível, com esteio na mesma causa de pedir, buscar a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, dado que exigiria causa de pedir distinta, e demanda autônoma.

Ante o exposto, voto por rejeitar os embargos.

Documento eletrônico assinado por PEDRO MANOEL ABREU, Desembargador, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico

<https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 1873490v24 e do código CRC 9079a5e1. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): PEDRO MANOEL ABREU Data e Hora: 15/2/2022, às 17:1:44

Apelação Nº 0900036-20.2015.8.24.0043/SC

RELATOR: Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA APELADO: NILO JOAO GHILARDI ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: MARIA REGINA MENEGUZZI BALDISSERA ADVOGADO: GUSTAVO HENRICHS FAVERO (OAB SC035580) ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119) APELADO: NOELI MARIA SCHOENINGER GRASEL ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: MARIELE MARA MAZIERO BALDISSERA ADVOGADO: Luiz Alcebiades Pichetti (OAB SC006969) APELADO: RÁDIO CIDADE LTDA ADVOGADO: DANIEL STASIAK (OAB SC036088) ADVOGADO: Luiz Alcebiades Pichetti (OAB SC006969) APELADO: RADIO OESTE LTDA ADVOGADO: LEONIR ADRIANO STAUDT (OAB SC035589) ADVOGADO: IVON MAURÍCIO WANDSCHEER (OAB SC010854) APELADO: SOCIEDADE RADIO PEPERI LTDA ADVOGADO: GUSTAVO HENRICHS FAVERO (OAB SC035580) ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119) APELADO: MARIO DARCI RIBEIRO DE FREITAS ADVOGADO: IVON MAURÍCIO WANDSCHEER (OAB SC010854) ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: ADILSON JOAO BALDISSERA ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119)

EMENTA

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEMANDA AFORADA INICIALMENTE CONTRA OS AGENTES PÚBLICOS E PARTICULARES. ALEGADA FRAUDE A PROCESSO LICITATÓRIO PELA ELIMINAÇÃO DE CONCORRÊNCIA E PRÁTICA DE SOBREPREÇO. IMPROCEDÊNCIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EM SEGUNDO GRAU. ALEGADA OMISSÃO QUANTO À APLICAÇÃO DOS ARTS. 5., A, 6., E 19 DA LEI N. 12.843/2013, A LEI ANTICORRUPÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO IMPLÍCITO, POIS AS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 12.843/2013 SOMENTE SE APLICAM ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, SEM PARTICIPAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS E/OU POLÍTICOS. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE EXIGE A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO 'DOLO' PARA A CORRETA TIPIFICAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. LEI ANTICORRUPÇÃO, LADO OUTRO, ESTABELECE A RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DE PESSOAS JURÍDICAS QUE CAUSAREM DANO AO PODER PÚBLICO. CAUSAS DE PEDIR DISTINTAS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAR, EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, APENAS A PESSOA JURÍDICA, SEM CONCURSO DE AGENTES PÚBLICOS E/OU POLÍTICOS. EMBARGOS REJEITADOS.

'A LEI ANTICORRUPÇÃO SOMENTE SE APLICA QUANDO O ATO ILÍCITO FOR PRATICADO EXCLUSIVAMENTE PELA PESSOA JURÍDICA, SEM A PARTICIPAÇÃO DE UM AGENTE PÚBLICO, POIS AS HIPÓTESES TÍPICAS PREVISTAS NO ART. 5. DA LEI N. 12.846/13 INDEPENDEM DO CONCURSO DE ALGUM AGENTE PÚBLICO.

QUANDO HOVER A CONDUTA DE UM AGENTE PÚBLICO EM CONCURSO COM PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA QUE CONTRATE COM O PODER PÚBLICO, A LEI APLICÁVEL É A DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA' (MARCELO **HARGER**).

A INTERPRETAÇÃO LITERAL DA NORMA MOSTRA, CLARAMENTE, QUE A LEI N. 12.846/13 INAUGUROU UMA NOVA MODALIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DE PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS DANOSOS PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE EM MUITO SE DISTINGUE DA LEI N. 8.429/92 E ALTERAÇÕES. ESTA ÚLTIMA, A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, PAUTA-SE NA CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO "DOLO" PARA QUE SE AUTORIZE A APLICAÇÃO DAS SANÇÕES NELA PREVISTAS. POR MEIO DA LEI N. 14.230/2021, ALIÁS, A MODALIDADE CULPOSA FOI EXPRESSAMENTE EXCLUÍDA DO TEXTO NORMATIVO (ART. 2., PARÁGRAFO PRIMEIRO DA LEI N. 14.230/2021).

LADO OUTRO, A LEI N. 12.846/2013 TROUXE A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO "OBJETIVA" DAS PESSOAS JURÍDICAS. HÁ DISTINÇÕES IMPORTANTES, NO PONTO: A) A LEI DE IMPROBIDADE PREVÊ A RESPONSABILIZAÇÃO DÚPLICE DE AGENTES PÚBLICOS E PARTICULARES, SEJAM PESSOAS FÍSICAS OU JURÍDICAS, AO PASSO QUE A LEI ANTICORRUPÇÃO TEM COMO FOCO APENAS AS PESSOAS JURÍDICAS; B) NA LEI DE IMPROBIDADE, SÓ HÁ TIPIFICAÇÃO LEGAL SE O AGENTE PÚBLICO FOR O OBJETO DO PEDIDO CONDENATÓRIO, E EVENTUALMENTE, TAMBÉM O PARTICULAR; C) NA LEI ANTICORRUPÇÃO, A PESSOA JURÍDICA PODE SER PUNIDA INDEPENDENTEMENTE DE PARTICIPAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO, E DE FORMA OBJETIVA; D) NA LEI N. 8.429/92, JÁ ERA ASSENTE O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO PODERIA HAVER RESPONSABILIZAÇÃO EXCLUSIVAMENTE DO PARTICULAR, POIS A IMPROBIDADE PRESSUPÕE A PARTICIPAÇÃO AO MENOS DE UM AGENTE PÚBLICO E/OU POLÍTICO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina decidiu, por unanimidade, rejeitar os embargos, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Florianópolis, 15 de fevereiro de 2022.

Documento eletrônico assinado por PEDRO MANOEL ABREU, Desembargador, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <https://eproc2g.tjsc.jus.br/eproc/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador 1873491v10 e do código CRC efed8c36. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): PEDRO MANOEL ABREU Data e Hora: 15/2/2022, às 17:1:44

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA POR VIDEOCONFERÊNCIA DE 15/02/2022

Apelação Nº 0900036-20.2015.8.24.0043/SC

INCIDENTE: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

RELATOR: Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

PRESIDENTE: Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA

PROCURADOR(A): PAULO CEZAR RAMOS DE OLIVEIRA

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA APELADO: NILO JOAO GHILARDI ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: MARIA REGINA MENEGUZZI BALDISSERA ADVOGADO: GUSTAVO HENRICHS FAVERO (OAB SC035580) ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119) APELADO: NOELI MARIA SCHOENINGER GRASEL ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: MARIELE MARA MAZIERO BALDISSERA ADVOGADO: Luiz Alcebiades Pichetti (OAB SC006969) APELADO: RÁDIO CIDADE LTDA ADVOGADO: DANIEL STASIAK (OAB SC036088) ADVOGADO: Luiz Alcebiades Pichetti (OAB SC006969) APELADO: RADIO OESTE LTDA ADVOGADO: LEONIR ADRIANO STAUDT (OAB SC035589) ADVOGADO: IVON MAURÍCIO WANDSCHEER (OAB SC010854) APELADO: SOCIEDADE RADIO PEPERI LTDA ADVOGADO: GUSTAVO HENRICHS FAVERO (OAB SC035580) ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119) APELADO: MARIO DARCI RIBEIRO DE FREITAS ADVOGADO: IVON MAURÍCIO WANDSCHEER (OAB SC010854) ADVOGADO: ANGELICA HISTER (OAB SC042320) APELADO: ADILSON JOAO BALDISSERA ADVOGADO: JOSÉ LUIZ FAVERO (OAB SC003119)

Certifico que este processo foi incluído na Pauta da Sessão Ordinária por Videoconferência do dia 15/02/2022, na sequência 11, disponibilizada no DJe de 28/01/2022.

Certifico que o(a) 1ª Câmara de Direito Público, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão: A 1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO DECIDIU, POR UNANIMIDADE, REJEITAR OS EMBARGOS.

RELATOR DO ACÓRDÃO: Desembargador PEDRO MANOEL ABREU

Votante: Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Votante: Desembargador JORGE LUIZ DE

BORBAVotante: Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
MARCELO DONEDA LOSSOSecretário