



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA
Tribunal de Justiça de Rondônia
Gabinete Des. Glodner Pauletto
Rua José Camacho, nº 585, Bairro Olaria, CEP 76801-330, Porto Velho, - de 480/481 a 859/860

Número do processo: 7053838-48.2017.8.22.0001

Classe: Apelação Cível

Polo Ativo: LUIZ CARLOS GONCALVES DA SILVA, CONSTRUTORA OURO VERDE LTDA, MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE RONDONIA

ADVOGADOS DOS APELANTES: DALMO JACOB DO AMARAL JUNIOR, OAB nº GO13905A, DANIEL PUGA, OAB nº GO21324A, MAYARA CORBARI, OAB nº DF38415A, PEDRO DE ALCANTARA BERNARDES NETO, OAB nº DF31019A, RICARDO COSTA DOS SANTOS, OAB nº DF73946, RODRIGO OTAVIO SKAF DE CARVALHO, OAB nº GO20064A, SABRINA PUGA, OAB nº RO4879A, VICTOR HUGO SIQUEIRA LOTTERMANN, OAB nº DF47886A, DALMO JACOB DO AMARAL JUNIOR, OAB nº GO13905A, DANIEL PUGA, OAB nº GO21324A, MAYARA CORBARI, OAB nº DF38415A, PEDRO DE ALCANTARA BERNARDES NETO, OAB nº DF31019A, RICARDO COSTA DOS SANTOS, OAB nº DF73946, RODRIGO OTAVIO SKAF DE CARVALHO, OAB nº GO20064A, SABRINA PUGA, OAB nº RO4879A, VICTOR HUGO SIQUEIRA LOTTERMANN, OAB nº DF47886A, GABRIELA GUIMARAES PEIXOTO, OAB nº DF30789, JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO, OAB nº SP67219, MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

Polo Passivo: REINALDO ROBERTO DOS SANTOS, ISEQUIEL NEIVA DE CARVALHO, ESTADO DE RONDONIA, DER - Departamento Estadual de Estradas de Rodagem e Transportes, MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE RONDONIA, JULIANA MIYACHI, MARIA APARECIDA PIRES DA SILVA, LUCIANO JOSE DA SILVA, CONSTRUTORA OURO VERDE LTDA, LUIZ CARLOS GONCALVES DA SILVA, CAMARA DE MEDIACAO E ARBITRAGEM DE JI-PARANÁ S/S LTDA

ADVOGADOS DOS APELADOS: SERGIO HOLANDA DA COSTA MORAIS, OAB nº RO5966A, DALMO JACOB DO AMARAL JUNIOR, OAB nº GO13905A, MAYARA CORBARI, OAB nº DF38415A, RODRIGO OTAVIO SKAF DE CARVALHO, OAB nº GO20064A, SABRINA PUGA, OAB nº RO4879A, VICTOR HUGO SIQUEIRA LOTTERMANN, OAB nº DF47886A, FRANCISCO CESAR TRINDADE REGO, OAB nº RO75A, JOSE DE ALMEIDA JUNIOR, OAB nº RO1370A, CARLOS EDUARDO ROCHA ALMEIDA, OAB nº RO3593A, EDUARDO CAMPOS MACHADO, OAB nº RS17973A, PAULO FRANCISCO DE MORAES MOTA, OAB nº RO4902A, JURACI ALVES DOS SANTOS, OAB nº RO10517, PEDRO RODRIGUES DE SOUZA, OAB nº RO10519A, DANIEL PUGA, OAB nº GO21324A, RICARDO COSTA DOS SANTOS, OAB nº DF73946, PEDRO DE ALCANTARA BERNARDES NETO, OAB nº DF31019A, DALMO JACOB DO AMARAL JUNIOR, OAB nº GO13905A, RODRIGO OTAVIO SKAF DE CARVALHO, OAB nº GO20064A, SABRINA PUGA, OAB nº RO4879A, VICTOR HUGO SIQUEIRA LOTTERMANN, OAB nº DF47886A, MAYARA CORBARI, OAB nº DF38415A, JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO, OAB nº SP67219, JOSE EDUARDO MARTINS CARDOZO, OAB nº SP67219, PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA, PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE RONDÔNIA

RELATÓRIO

Tratam-se de apelações cíveis e agravo interno interpostos pelo Ministério Público do Estado de Rondônia e pela Construtora Ouro Verde Ltda e Luiz Carlos Gonçalves da Silva.

O Ministério Público do Estado de Rondônia ajuizou a presente ação civil pública por prática de improbidade administrativa (vide peça principal ao ID 25742819) em face de Luciano José da Silva, Construtora Ouro Verde Ltda, Luiz Carlos Gonçalves da Silva, Isequeil Neiva de Carvalho, Juliana Miyachi, Maria Aparecida Pires da Silva, Reinaldo Roberto dos Santos, Estado de Rondônia e CAMEJI - Câmara de Mediação e Arbitragem de Ji-Paraná S/S Ltda, objetivando a condenação dos acusados pela prática de improbidade administrativa, ao fato de terem realizado a contratação de Juízo Arbitral em desconformidade com normas e leis pertinentes, com a empresa citada Câmara de Mediação e Arbitragem de Ji-Paraná S/S Ltda, para julgar lides contratuais administrativas.

A pretensão foi julgada parcialmente procedente nos seguintes termos do juízo *a quo* (vide sentença de ID 25743597):

"1. Conheço a ilegitimidade passiva dos demandados Luciano José da Silva e Reinaldo Roberto dos Santos, extinguindo o feito em face daqueles nos termos do art. 485, VI, do CPC, determinando, por consequência, a liberação de todos os bens e valores pertencentes àqueles que estejam eventualmente constritos. 2. Julgo improcedente o pedido de condenação dos demandados como incurso na prática de atos de improbidade administrativa. 3. Declaro NULA a sentença arbitral de homologação de acordo, objeto da presente lide, realizado perante o Juízo Arbitral (CAMAJI - Câmara de mediação e Arbitragem de Ji-Paraná), realizado entre o Departamento de Estradas e Rodagens de Rondônia - DER/RO (Representado à época por seu Diretor Isequeil Neiva de Carvalho) e a empresa Construtora Ouro Verde Ltda (representada por seu sócio proprietário Luiz Carlos Gonçalves da Silva) nos termos do art. 32, VIII, da lei 9.307/1966. 4. Condeno a Construtora Ouro Verde Ltda e seu sócio proprietário Luiz Carlos Gonçalves da Silva, a ressarcir aos cofres públicos do DER/RO, o valor de R\$18.500.000,00 (dezoito milhões e quinhentos mil reais)."

Inconformados, a demandada Construtora Ouro Verde Ltda e também Luiz Carlos Gonçalves da Silva apelam narrando que (ID 25743642):

"Trata-se, na origem, de ação civil pública de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Rondônia, em 21.02.2018, na qual pretendeu a condenação dos ora recorrentes e de outros requeridos às sanções do art. 12, II, da LIA, notadamente ao ressarcimento ao erário, em razão da suposta prática de ato de improbidade administrativa qualificada nos incisos VII, IX, X, XI e XII do art. 10 da LIA. Consequentemente ao pedido de reconhecimento da improbidade administrativa, pleiteou-se a declaração de nulidade e desconstituição dos efeitos da decisão proferida pela Câmara Arbitral de Ji-Paraná - coberta pela coisa julgada -, em que se determinou o pagamento por serviços realizados e o reajuste contratual em favor da Construtora recorrente, a serem adimplidos pelo DER/RO. [...] Finda a instrução, o Tribunal Arbitral proferiu sentença - igualmente publicada em DOE de 17.04.2017 - parcialmente procedente em favor da Construtora Ouro Verde, condenando o DER/RO ao pagamento de R\$ 15.866.496,53 relativos à prestação de serviços contratados e não pagos, assim como ao reajuste contratual. Calculados os devidos juros e correção monetária, alcançou-se o valor de R\$46.327.011,02."

Avançando, aduzem que:

"1. Premissa fática equivocada da sentença apelada: para além do laudo particular, a decisão arbitral se fundamentou em perícia técnica produzida no procedimento arbitral, sob o crivo do tribunal arbitral, com ampla participação de todas as partes envolvidas. Ao contrário do que afirmado na sentença ora apelada, a decisão arbitral não se firmou no apontado laudo particular, mas sobretudo em perícia técnica submetida ao devido processo legal, produzida no curso do processo arbitral, com

ampla participação das partes e sob o crivo do tribunal arbitral. Como explicado pela defesa dos ora recorrentes em sede de contestação (ID 59263731) e também nas suas alegações finais (ID 94694493), consta do procedimento arbitral dois importantes estudos técnicos que corroboram a licitude dos valores pretendidos e a correção da sentença arbitral, os quais foram colacionados nos autos da presente ação civil pública. Conforme se afirmou na douda sentença recorrida, no procedimento arbitral existe uma perícia particular, contratada pela Construtora ora recorrente, assinada pelo engenheiro Xisto Deguchi (ID 59264269/ 59264271/ 59264272/59264273). Essa perícia, de fato, foi produzida unilateralmente e quanto a isso não há qualquer discussão. Exatamente por isso, o mencionado laudo particular somente foi referido no início do procedimento arbitral, especificamente para embasar a petição inicial de cobrança de dívida (ID 59263732). No entanto, o laudo particular jamais serviu para lastrear a decisão arbitral, apenas a petição inicial de cobrança, justamente porque se tratava de um documento unilateral. No curso do procedimento arbitral, por ordem e escolha da Câmara de arbitragem, nomeou-se um perito imparcial e independente (ID 59263742), responsável pela elaboração da perícia técnica. No entanto, a sentença apelada se omitiu sobre a existência dessa perícia técnica imparcial produzida – sob o crivo do contraditório e no bojo do procedimento arbitral – pelo engenheiro José Almeida Lourenço, que, insista-se, não se confunde com o mencionado laudo particular. Com efeito, a perícia técnica assinada pelo engenheiro José Almeida Lourenço foi produzida por perito imparcial, independente, devidamente nomeado e habilitado (ID 59263742 - nomeação do perito), aceito por ambas as partes (ID 59263743 - concordância do DER/RO). Neste robusto laudo técnico (ID 59263746/59263748), que conta com 523 páginas, foram respondidos todos os quesitos formulados pelas partes, tanto pela Construtora, quanto pelo DER/RO. Ocorre que o referido laudo pericial imparcial (ID 59263746/59263748) – que, perdoe-se a repetição, não se confunde com a apontada perícia particular – produzido sob o crivo do contraditório, devido processo legal e no bojo do procedimento arbitral e que amparou a conclusão exarada pela decisão arbitral, se posicionou a favor do pleito da Construtora. [...] O DER/RO, embora tenha concordado com a realização da perícia técnica, com a nomeação do perito imparcial e tenha apresentado os respectivos quesitos, impugnou, ao final, a sua conclusão, que não lhe foi favorável (ID 59263749), sem, contudo, questionar a qualidade técnica desse trabalho e sem impugnar qualquer nulidade por violação ao contraditório e devido processo legal, o que, claramente, não ocorreu, haja vista a sua ampla participação na produção do laudo. Esse laudo pericial técnico e imparcial, produzido no bojo do procedimento arbitral sob o crivo do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, fundamentou expressamente a conclusão exarada pela sentença arbitral (ID 59264252), que dele transcreveu diversos trechos, inclusive a resposta aos quesitos formulados por ambas as partes. O laudo particular, por outro lado, não foi sequer citado na sentença arbitral. Ainda segundo o juízo a quo, a prova produzida na instrução da ação civil pública indicaria que o parâmetro de serviços executados e não pagos teria se pautado na existência de laudo pericial privado. Para tanto, transcreve trecho do depoimento de Isequiel Neiva de Carvalho, Diretor do DER/RO à época dos fatos, que assim relata: “a princípio o DER negou participar do procedimento no juízo arbitral; depois da apresentação de perícia por um profissional renomado acabaram concordando o acordo”. Contudo, ao contrário do que afirmado, a declaração em comento não fazia referência ao laudo privado, mas, sim, à perícia técnica que, efetivamente, embasou a conclusão exarada pela sentença arbitral, que, posteriormente, deu origem ao acordo que acabou sendo homologado pela arbitragem. Portanto, resta evidente que a sentença aqui apelada se baseou em premissa fática absolutamente equivocada na medida em que deixou de considerar que o procedimento arbitral se fundamentou em laudo técnico, imparcial, independente, produzido sob o crivo do contraditório, respeitando o devido processo legal, e que, a toda evidência, não se confunde com o laudo particular contratado pela Construtora ora recorrente. Ressalte-se que os recorrentes opuseram embargos declaratórios em face da sentença em razão dessa omissão, que, no ponto, foi absolutamente ignorada pela decisão que os julgou, razão pela qual persiste a omissão apontada. Dessa forma, tem-se que a sentença ora recorrida ofendeu o disposto no inciso IV do §1º do artigo 489 do CPC, verbis: §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador e, por isso, merece ser reformada. Consequentemente, pede-se que o presente recurso de apelação seja provido a fim de corrigir a premissa fática equivocada acima apontada para reconhecer que o procedimento arbitral se fundamentou em laudo técnico, imparcial, independente, produzido sob o crivo do contraditório, respeitando o devido processo legal. 2. Premissa fática equivocada da sentença apelada: informação assinada por parte interessada, dotada de parcialidade, que não tem o condão de refutar o laudo pericial técnico e imparcial. A sentença apelada, além de ignorar a existência do laudo pericial técnico e imparcial mencionado anteriormente, fundamentou a sua conclusão no documento intitulado como “Informação”, acostado perante o Tribunal de Contas Estadual de Rondônia, por meio do protocolo nº 15.117/2017 (id.15322457), verbis: O Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, por meio do protocolo nº 15.117/2017 (id.15322457), aponta inexistência de informações sobre a forma em que teria se chegado aos valores firmados em acordo. Isso porque as medições realizadas pela administração pública não apontaram diferenças a serem pagas, levando-se em consideração os serviços realizados. De acordo com o magistrado, tal documento (ID 15322457) demonstraria a inexistência de informações sobre a forma em que teria se chegado aos valores firmados no questionado acordo arbitral, pois as medições realizadas pela administração pública não teriam apontado diferenças a serem pagas, levando-se em consideração os serviços realizados. Sustenta, em seguida, que o parâmetro de serviços executados e não pagos teria se pautado na existência de laudo pericial privado. Conclui, então, que não teria havido transparência sobre o parâmetro utilizado pelos demandados, principalmente quando o laudo que fundamenta os pedidos da empresa foi confeccionado pela própria. Com todo respeito, há uma série de equívocos fáticos nessa construção. A leitura apressada do mencionado trecho da sentença recorrida faz parecer que teria sido o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia o responsável pela confecção da referida informação, que, por sua vez, teria demonstrado a ausência de transparência acerca dos valores a que se chegou no acordo arbitral. Ocorre que essa leitura é manifestamente equivocada. O referido documento (ID 15322457) intitulado como “Informação” trata-se de um compilado subscrito por um auditor do Tribunal de Contas do Estado que, por ter atuado diretamente no contrato do qual se engendrou o conflito arbitral, possui interesse direto na causa. Isso porque, foi subscrito pelo engenheiro Domingos Sávio, que, além de ter feito uso de meras amostras na confecção de sua “análise”, foi o responsável pela autorização do referido contrato celebrado entre o DER/RO e a Construtora Ouro Verde, ora recorrente. Portanto, o reconhecimento, pela via da arbitragem, da necessidade de reajustes e reequilíbrio econômico oriundos desse contrato, demonstra os equívocos que o mesmo engenheiro cometeu na elaboração do processo licitatório e planejamento da obra, o que, por óbvio, equivale a admitir a sua própria “responsabilidade” face à Administração. Evidentemente, o engenheiro Domingos Sávio tinha interesse na solução da arbitragem e o documento intitulado informação por ele assinado não pode ser considerado técnico, tampouco imparcial, muito menos reflete o posicionamento tomado pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Além disso, como expressamente admitido ao longo de sua narrativa, tal “parecer” – único sustentáculo da pretensão autoral, encampado pela sentença apelada – “não tem como objetivo esmiuçar em detalhes todos os dados contidos no processo administrativo do DER/RO onde está sendo realizada a liquidação da despesa ajustada junto à CAMAJI, em função do caráter preliminar e informativo pretendido” (ID 15322457). Com efeito, é claro que esse

documento não tem o condão de rebater as conclusões exaradas no laudo técnico imparcial produzido, sob o crivo do contraditório, no bojo do procedimento arbitral. Por outro lado, a mencionada informação não reflete a posição tomada pelo Tribunal de Contas de Rondônia em sede de tomada de contas especial, autos nº 01103/2018, que, no acórdão nº 00392/2022 (ID 84943572), declarou a regularidade das contas e concedeu plena quitação à Construtora recorrente (...). Ademais, a Corte de Contas reconheceu ainda a plena validade da perícia técnica imparcial, realizada no bojo do procedimento de arbitragem, que respalda os valores determinados na sentença arbitral. [...] Embora essa matéria tenha sido deduzida em sede de contestação e também de alegações finais, a sentença ora recorrida deixou de se manifestar a seu respeito, o que configura vício de fundamentação nos termos do inciso IV do §1º do artigo 489 do NCPC. 3. Premissa jurídica equivocada da sentença apelada: inexistência de nulidade da sentença arbitral e impossibilidade de se decretar esse tipo de nulidade em sede de ação civil pública, além da inobservância aos limites da causa de pedir da ação civil pública. Embora tenha afastado a existência de qualquer ato de improbidade administrativa (o que, a rigor, deveria esvaziar o objeto desta ação civil pública), para surpresa da defesa, o douto juízo a quo entendeu por bem declarar a nulidade da sentença arbitral, condenando os recorrentes ao indevido ressarcimento ao erário, partindo de algumas premissas que merecem ser rememoradas. Após discorrer sobre a evolução legislativa a respeito da utilização da arbitragem para resolver conflitos com o poder público e sobre o que é passível de ser objeto da arbitragem com o poder público, a sentença recorrida admitiu a sua possibilidade, notadamente a partir da edição da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei da arbitragem, Lei nº 9307/96, para tratar de direitos patrimoniais disponíveis. Ainda assim e ofendendo os preceitos dessa mesma lei, notadamente os artigos 32 e 33 da Lei nº 9307/96, considerou possível avaliar os limites à causa de pedir ou mesmo à fundamentação das sentenças arbitrais, que, conforme assinalou, não se confunde com os objetos possíveis de uma arbitragem. Depois dessas proposições, afirmou que qualquer lesão aos princípios jurídicos é passível de nulidade pelo Judiciário, a fim de justificar a indevida intervenção na sentença arbitral discutida nestes autos, sem trazer qualquer fundamentação jurídica concretamente aplicável para embasar a decretação de nulidade de sentença arbitral pela via da ação civil pública. Passou, então, a discorrer sobre os princípios da administração pública (art. 37, CF) e afirmou que, dentre esses princípios, a legalidade no procedimento arbitral decorre do cumprimento das regras previstas na lei de arbitragem, que prescreve sobre a necessidade de observância obrigatória aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, nos termos do §2º do art. 21 da Lei de arbitragem, assim como se baseia no art. 32 da mesma Lei, que cuida das causas de nulidade da sentença arbitral. Em seguida, partindo da premissa fática equivocada de que teria havido ofensa ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal quanto à produção do laudo técnico utilizado na arbitragem – o que já foi devidamente esclarecido e refutado nos tópicos anteriores –, o douto juízo a quo justificou a nulidade da sentença arbitral, que, a seu entender, seria o bastante para autorizar o revolvimento da decisão arbitral em sede de ação civil pública de improbidade administrativa, malgrado a configuração da improbidade em si tenha sido afastada pela sentença. Amparando-se em nulidade decorrente da suposta e inexistente violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. [...] Primeiro, porque não há que se falar em violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, haja vista que, como bem explicitado nos tópicos anteriores, a prova pericial que lastreou a conclusão exarada pela sentença arbitral não foi produzida de forma unilateral. Em verdade, como dito e repetido, a decisão arbitral se amparou em prova técnica imparcial, produzida no bojo do procedimento arbitral, sob o crivo do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, com ampla participação de todas as partes envolvidas. Inexistente a referida ofensa ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, também não há que se cogitar em nulidade da decisão arbitral. Segundo, mesmo que houvesse a suposta nulidade da decisão arbitral, decorrente da violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, pela utilização de laudo pericial unilateral – o que, insista-se, não ocorreu –, essa nulidade jamais poderia ter sido declarada nesta ação civil pública. Com todo respeito, se antes da sentença apelada existia qualquer dúvida – o que talvez pudesse justificar a prematura rejeição das preliminares na decisão que recebeu a inicial da ação civil pública –, agora é fato incontroverso que se trata o caso de uma pretensão de desconstituição do próprio mérito de sentença arbitral válida, eficaz e já transitada em julgado, por via transversa e em frontal violação às hipóteses legais de nulidade previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. Todos os atos do procedimento arbitral foram precedidos da devida publicidade e publicados no Diário Oficial do Estado de Rondônia, tais como: convocação para audiência; termo de compromisso arbitral; declaração dos árbitros; atas; sentença arbitral; reforma da sentença arbitral; e ata da audiência final. Houvesse qualquer indicio de irregularidade, este poderia ter sido suscitado em tempo e em forma por quem pretendesse impugnar a sua legitimidade, nos termos do art. 33, §1º, da Lei 9.307/96. No entanto, em nenhum momento houve manifestação quanto a pretensas nulidades da sentença arbitral, o que demonstra que, em verdade, o que se efetivou nestes autos foi a desconstituição de uma decisão arbitral válida e eficaz, por meios transversos e diversos daqueles determinados pela legislação pátria. A Lei de Arbitragem – em consonância com o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição – estabelece que a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário a declaração de nulidade da sentença arbitral no lapso de 90 (noventa) dias, a contar da notificação parcial ou final da sentença (art. 33, §1º). Todavia, o pedido de nulidade deverá cingir-se às estritas hipóteses legais taxativamente previstas no art. 32, da Lei 9307/96. Embora não seja passível de recurso, a sentença proferida no procedimento arbitral pode, nas hipóteses estabelecidas no artigo 33 da Lei 9.307/96, ser anulada, pelo Judiciário, no lapso de noventa dias (art. 33, §1º), a contar da notificação parcial, ou final, ou de decisão sobre pedido de esclarecimentos, o que não foi respeitado no caso dos autos. Por outro lado, equivoca-se a r. decisão que acolheu os embargos declaratórios opostos contra a sentença, sem lhes emprestar efeitos modificativos, segundo a qual o Ministério Público do Estado, por não ter feito parte do acordo arbitral, não poderia ser submetido à regra aplicada às partes no que diz respeito ao prazo para questionar a nulidade da sentença arbitral. Ora, tendo em vista a publicidade de todos os atos praticados, é evidente que o MP, como fiscal da lei e titular da defesa da ordem jurídica, poderia ter se oposto, à tempo e à modo, em face da decisão da arbitragem, caso verificasse alguma irregularidade no procedimento arbitral. Mas não o fez. Vale lembrar que a presente ação civil pública limitava-se a pleitear a condenação por improbidade, decorrente da escolha para dirimir o conflito pela via arbitral, e, como consequência da improbidade, a nulidade do procedimento arbitral. Diante da ausência de improbidade administrativa, devidamente consignada na sentença ora apelada, esvaziou-se por completo o conteúdo desta ação, que, insista-se, fundamentava-se apenas nos preceitos da lei de improbidade para justificar a nulidade da arbitragem. Dessa forma, permitiu-se a utilização da ação civil pública como sucedâneo recursal ou mesmo como se tratasse de uma verdadeira ação rescisória, na medida em que se permitiu, sob inconsistentes fundamentos jurídicos aqui combatidos, questionar matérias já decididas pela Câmara Arbitral, tais como o cálculo do saldo devedor e a perícia realizada. Tudo isso, já discutido na sentença arbitral transitada em julgado; questões estas, portanto, de competência da jurisdição arbitral, o que reforça o equívoco da sentença aqui apelada. A controvérsia estabelecida entre as partes no procedimento arbitral – pagamento de encargos contratuais devidos e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, como reconheceu o douto magistrado a quo. Tanto é assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção da jurisdição estatal e do juízo arbitral. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral tratou-se de um ato

voluntário do poder público. Nesse contexto, a propositura pelo MPRO de ação civil pública visando à impugnação desse ato beira às raíais da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. Além disso, essa demanda atenta contra a soberania do juízo arbitral e causa grave insegurança jurídica. Ademais, não há por que se questionar a mudança de posicionamento do Poder público no que tange ao indeferimento dos pedidos administrativos e a posterior aceitação do procedimento arbitral. O DER-RO possuía conhecimento da insatisfação da Construtora quanto a recusa em reconhecer os serviços prestados e não pagos e os demais pleitos. Recusar-se a aceitar a arbitragem apenas levaria a controvérsia à Justiça comum, o que não era do interesse de nenhuma das partes por razões de celeridade. Extrai-se do processo arbitral que a decisão foi publicada em 03.05.2017 no Diário Oficial do Estado. No entanto, somente em 18.12.2017 e pela vida de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o MPRO requereu a nulidade da sentença arbitral, fora, portanto, do lapso de noventa dias previsto para ação de nulidade. Com todas as vênias, a decisão arbitral faz coisa julgada material, independentemente de sua homologação pelo juízo estatal, produzindo efeitos que devem ser respeitados dentro dos seus limites subjetivos e objetivos, sendo vedado ao Poder Judiciário rever o mérito da causa. No presente caso, a sentença ora apelada ofende a soberania do juízo arbitral e a coisa julgada, na medida em que acabou revendo o próprio mérito da arbitragem, sob o falso pretexto de corrigir uma nulidade que teria decorrido da violação ao devido processo legal, o que, como dito e repetido, não ocorreu. Ao firmar cláusulas ou compromissos arbitrais, a Administração Pública conta com o respaldo normativo sobre a sua decisão, justamente com vistas a impedir o controle posterior relacionado à legalidade da opção pela via arbitral (Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996). Ademais, com todo respeito, a instrução realizada nos presentes autos não corroborou nenhuma das teses do MPRO, o que se percebe da mera leitura das suas alegações finais, que se limitam a reproduzir o que afirmado na exordial, que, por sua vez, se ampara exclusivamente no mencionado documento assinado por um engenheiro inconformado com o resultado do seu próprio trabalho, este sim dotado de clara parcialidade. Vale lembrar que ao longo desta ação civil pública sustentou o MPRO que inexistiria fundamento para a pretensão de pagamento por serviços prestados, reajuste de preços e reequilíbrio econômico submetidos ao procedimento arbitral. Ainda que plenamente demonstrado por meio de perícia técnica imparcial devidamente reconhecido pelo juízo arbitral que tais valores eram devidos, o Parquet insistiu em ignorar tais provas para, baseado em uma nota de "caráter preliminar e informativo", pugnar pela inconsistência dos argumentos apresentados pelos ora recorrentes. Todavia, em nenhum momento conseguiu desconstituir ou sequer impugnar as conclusões da perícia técnica, que é prova irrefutável da correção de tais pagamentos. Todos os valores e cálculos discutidos no procedimento arbitral constam da perícia técnica e da sentença arbitral. Ao contrário do que alega a sentença, foram realizadas duas perícias técnicas, uma contratada pela Construtora recorrente e outra levada a cabo por engenheiro devidamente qualificado e aceito por ambas as partes. Ambos os estudos contam com detalhamento de cálculos e parâmetros, e os dois concluíram que a Construtora tinha razão em seus requerimentos. As verbas públicas foram dispostas para pagamento de débitos comprovados por documentos exaustivamente analisados por árbitros e engenheiros. Houve, no processo arbitral, perícia técnica imparcial para o levantamento das questões técnicas e possíveis valores discutidos. A prova pericial foi submetida ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ao contrário do que entendeu o magistrado a quo. Desse modo, é de se concluir pela regularidade da sentença arbitral, para além da inexistência de qualquer conduta ímproba. Surpreendentemente, o magistrado a quo, embora tenha afastado a existência de improbidade administrativa, entendeu possível decretar a nulidade do acordo arbitral. Mesmo que houvesse – e não há! – qualquer vício no julgamento arbitral, a sentença arbitral e o consequente acordo estabelecido em sede recursal jamais foram objeto de impugnação ou de qualquer pretensão anulatória que pudesse inquirir sua existência, validade ou eficácia. Ressalte-se que a ação civil pública intentada com vistas a rever a sentença arbitral transitada em julgado não questionava sequer a câmara arbitral constituída, tampouco demonstra indícios de corrupção nas decisões da câmara arbitral. Limitava-se a pleitear a condenação por improbidade, decorrente da escolha para dirimir o conflito pela via arbitral, e, como consequência, a nulidade do procedimento arbitral. Diante da ausência de improbidade administrativa, devidamente consignada na sentença ora apelada, esvaziou-se por completo o conteúdo desta ação civil pública, que, insista-se, fundamentava-se apenas nos preceitos da lei de improbidade para justificar tamanha intervenção a ponto de decretar a nulidade da arbitragem. Portanto, para além das premissas jurídicas equivocadas acima destacadas, é evidente que a r. sentença recorrida foi proferida fora dos limites da causa de pedir desta ação civil pública, o que demanda o reconhecimento da sua nulidade, nos termos do parágrafo único do art. 140 e art. 1.013, §3º, II, do CPC. Ao deixar de considerar a necessária aplicação dos referidos dispositivos e ao apresentar conclusão fora dos estritos limites legais, a sentença negou vigência aos referidos dispositivos, razão pela qual merece ser provido o presente recurso de apelação.

4. Outra premissa fática equivocada: inequívoca experiência dos árbitros O magistrado a quo, embora tenha afastado a existência de qualquer ato de improbidade administrativa (o que, a rigor, deveria esvaziar o objeto desta ação civil pública), para surpresa da defesa, entendeu por bem declarar a nulidade da sentença arbitral, condenando os recorrentes ao indevido ressarcimento ao erário. No entanto, ao examinar o suposto ato de improbidade administrativa, a sentença comete um grave equívoco que merece ser esclarecido. Isso porque, considerou "duvidoso" que o poder público tenha concordado em se submeter a um juízo arbitral sem experiência."

Ao final, pleitearam que "seja provido o presente recurso de apelação para reformar a sentença recorrida e restabelecer a decisão arbitral, coberta pelo manto da coisa julgada, indevidamente impugnada por meio desta ação civil pública, bem como para afastar a condenação ao ressarcimento ao erário, pelos fundamentos e nos termos acima deduzidos."

O Ministério Público também apela (ID 25743629) sustentando a legitimidade dos requeridos Reinaldo Roberto dos Santos e Luciano José da Silva, os quais foram tidos por legítimos, pugnando o apelante, não só pela declaração de legitimidade passiva, mas também, como a condenação destes demandados.

Em seguida, sustenta a tese de enquadramento típico da conduta investigada no artigo 10, VII, IX, X e XI, da LIA, evidenciando a caracterização como improbidade administrativa.

E para tanto, aduz que:

"Imputa-se aos requeridos a prática de atos de improbidade administrativa por violação dos princípios constitucionais da Administração Pública, enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário. Como se viu, a petição inicial arguiu aos acionados a prática de atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário capitulados no art. 10, incisos VII, IX, X e XI da Lei Federal nº 8.429/1992. À luz das alterações legislativas, verifica-se que os incisos supracitados permanecem incólumes, salvo o inciso X que passou a constar "agirliticamente" ao invés de "agir negligentemente". Contudo, se reconhece a dificuldade em se demonstrar a incidência do inciso XI do mesmo artigo 103. Entretanto, ainda que se acolha esse posicionamento que favorece aos apelados, é imprescindível que se atente que a alteração legislativa não tem o condão de eximi-los de punição, uma vez que a conduta narrada na exordial permanece eivada de ilicitude e não deixou de constituir improbidade administrativa, mas apenas fora reenquadrada como improbidade na modalidade de violação aos princípios, nos termos do art. 11, inciso V, da LIA, que prevê a conduta de frustração do caráter concorrencial de procedimento licitatório com vistas à obtenção de benefício próprio ou de terceiros, vejamos: 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, caracterizada por uma das seguintes condutas: (...) VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas É digno de nota que, ainda que em caráter subsidiário, a improbidade administrativa por violação aos princípios que regem a administração pública e lesão ao erário sempre fora sustentada, constando expressamente no rol de pedidos da petição inicial. Por isso, não se trata de hipótese de erro simples ou mera negligência, mas de ato doloso que resultou em lesão milionária aos cofres públicos. O princípio da continuidade normativo-típica garante que, mesmo com a revogação da norma incriminadora, a conduta continuará sendo punível se a lei revogadora deslocar a ação para outro dispositivo, não configurando a hipótese de abolição criminis [...] Dessa forma, os indícios apresentados para o caso analisado apontam para o pagamento indevido de aproximadamente R\$30 milhões de reais em favor da Construtora Ouro Verde Ltda., por meio de acordo realizado na Câmara de Mediação e Arbitragem de Ji-Paraná/RO. Quanto à (ir)retroatividade da nova LIA, cediço que, em regra, novas leis não podem retroagir para alcançar fatos pretéritos; aplica-se o princípio *tempus regit actum*. A exceção consta do art. 5º, inc. LX, da CF/88, ao dispor que "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu". Se a retroação fosse regra, comprometeria a segurança jurídica e atentaria contra "o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" (art. 5º, inc. XXXVI da CF/88). Violaria, portanto, norma constitucional e, também, norma infraconstitucional - cito art. 6º da LINDB. Tratando-se de exceção, a norma constitucional em comento deve ser interpretada restritivamente, alcançando unicamente atos/fatos de natureza estritamente criminal. Considera-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 1º, LINDB); in casu, os atos/fatos ímprobos ocorreram/foram praticados na vigência da Lei 8.429/92, cuja norma aplicada permanece essencialmente intacta com o advento da Lei 14.230/2021. E considera-se adquirido o direito que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer (art. 6º, § 2º, LINDB); in casu, o direito de punir do Estado (titular) podia/devia e foi exercido com a propositura da ação pelo Ministério Público. Portanto, somente na esfera penal se admite a retroatividade da lei. A expressão direito administrativo sancionador, constante da nova LIA, não induz ao intérprete equipará-la a norma de natureza penal. [...] As medidas sancionatórias da prática de atos de improbidade administrativa sempre foram classificadas como de natureza civil, em conformidade com o art. 37, § 4º da CF/88, in verbis: 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. A improbidade também é abordada nos artigos 14, § 9º, 15, inc. V e 85, inc. V da CF/88. Não há norma penal (estritamente) nesses textos normativos constitucionais. O mandamento constitucional de punição do ato ímprobo, por tutelar direito difuso (incolumidade do patrimônio público e da moralidade administrativa), é modalidade de direito cível (de cunho sancionatório, evidentemente), não administrativo sancionador, que não se confunde como o direito criminal - uma terceira modalidade de sancionamento. Outrossim, ainda que passemos a enquadrar as sanções de improbidade no conceito de "direito administrativo sancionador", por força da nova LIA (abandonando o correto enquadramento de norma como de natureza civil), não se vislumbra a retroatividade dos comandos mais benéficos da nova lei - comparada à Lei nº 8.429/1992. Se quisesse o legislador que houvesse retroatividade das normas mais benéficas da nova LIA, faria constar expressamente no texto legal o comando de retroação normativa. Mas assim não fez. De se frisar que a adequada tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa são direitos fundamentais e humanos, atraindo, portanto, os primados de vedação do retrocesso e da proteção insuficiente. E se ainda assim houver dúvida quanto à correta e adequada aplicação da nova lei aos processos em andamento, pertinente lembrar que in dubio pro societate. Ex positis, ao fim da instrução probatória, verificou-se existir provas suficientes para a condenação, motivo pelo qual o Ministério Público pugna pela procedência dos pedidos e condenação dos requeridos nos exatos termos da inicial. Vê-se que a ação civil pública deve ser julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, eis que restou concretamente evidenciada a conduta dolosa dos requeridos na prática ímproba. Afinal, não é aceitável que o erário seja lesado mediante a prática de esquema criminoso consistente em acordo feito pelo DER, no Juízo Arbitral de Ji-Paraná, visando o pagamento adicional de mais R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões) de reais referentes a reajuste e realinhamento da obra da ponte do anel viário de Ji-Paraná, sendo que essa obra já estava em uso há mais de cinco anos e já tinha sido recebida em definitivo em 15/02/2011. Todos os requeridos comprovadamente concorreram para a consumação da ilegalidade que culminou pagamento milionário indevido à Construtora Ouro Verde Ltda. 3. EXISTÊNCIA DO FATO e DO DOLO QUE MOVEU OS APELADOS. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DAS PROVAS E RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONDUTA IMPROBA PRATICADA DE FORMA DOLOSA. Apesar de estar evidenciado o esforço do juízo em trazer a melhor construção legislativa ao caso e operar com justiça, vê-se que, o equívoco nas conclusões acerca das inovações da LIA culminou em uma análise superficial do contexto e circunstâncias em que fora praticado o direcionamento ímprobo e uma absolvição manifestamente injusta, que fere o anseio social de respeito ao erário e lisura nas contratações da administração pública. Sobre a existência do fato, o Diretor de Projetos e Obras do Controle Externo do TCE, Dr. Domingos Sávio Villar Caldeira, frisou em seu Parecer (fls. 81/109) que no termo de recebimento definitivo da obra ficou consignado que todos os termos aditivos necessários para execução da obra foram celebrados, com o efetivo pagamentos de todos os serviços executados. Ainda, que após consulta à comissão de fiscalização do DER/RO, que acompanhou a obra pari passu, foram confirmadas as informações contidas nos autos sobre a inexistência de serviços além dos que foram atestados nos autos. Sobre esta pretensão de serviços executados e não pagos, os engenheiros do DER/RO são enfáticos em afirmar que "não houve nenhum evento extraordinário que justificasse a alteração dos preços ou execução de serviços que não pudessem ser identificados antes da apresentação da proposta". 3. I) DOS REAJUSTES Novamente, o auditor Domingos Sávio, com base nos argumentos da procuradoria jurídica do DER/RO, esclarece que a obra que deveria ter sido executada em 150 dias, contudo teve o seu prazo prorrogado para 270 dias, por culpa exclusiva da contratada, o que afasta a hipótese de pagamentos de reajustes, conforme estabelecido na cláusula quinta, parágrafo terceiro, do contrato. Acrescenta que mesmo que houvesse a procedência do pedido, a data base utilizada para o cálculo do reajuste está equivocada, uma vez que a proposta da empresa foi aos 16/02/2009, e não fevereiro de 2008, como indicado na inicial. 3. II) DO REALINHAMENTO Os engenheiros do DER/RO, em seus

minuciosos relatórios técnicos 7 demonstraram que não houve variação de preços no decorrer da obra que trouxesse desequilíbrio econômico-financeiro para a empresa contratada. Ao contrário, explicaram que como num período imediatamente antecedente tinha ocorrido grande aumento nos preços da construção, em razão das obras das duas Usinas do Rio Madeira, já tinha ocorrido a estabilização e estava na fase normal de queda nos preços, de modo que, na verdade, houve uma deflação nos preços dos serviços e insumos da construção civil quando 65% da obra foi realizada. 3. III) DA IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELA CÂMARA ARBITRAL DE JI-PARANÁ A legislação estadual regulamentadora adveio somente em momento futuro (Lei n. 4.007, de 28 de março de 2017), ou seja, ao tempo da proposta de levar a causa para submissão perante a Câmara Arbitral de Ji-Paraná ainda não existia a necessária lei estadual que regulamentasse a utilização das Câmaras arbitrais nos contratos administrativos, nos termos da alteração instituída pela Lei Federal n. 13.129/15. A lei estadual n. 4.007/2017 somente ocorreu em 28.03.2017, trazendo inúmeras exigências para a escolha dos árbitros e da Câmara arbitral competente para a apreciação da causa. Pretendeu-se, com essa nova legislação, permitir ao gestor público concluir obras inacabadas, cujo desfecho apenas dependessem de assunto econômico, a ser feita entre Administração e Construtora e, conseqüentemente, desafogar o Judiciário pegando um atalho na Câmara Arbitral do bairro mais próxima do prédio do Governo. É cediço que, por serem negócio privado, as Câmaras Arbitrais não são

dotadas de imperatividade, de modo que a ela só se submete quem quer. Sendo assim, bastava que o denunciado EZEQUIEL repetisse o seu posicionamento, conforme decisão (fls. 3730) proferida no Processo n. 01.1420.0557/2009/DER e 01.1420.00086/2009/DER aos 09/01/2017: [...] A CONSTRUTORA OURO VERDE sequer possuía capacidade técnica para realizar contrato com a Administração Pública, uma vez que, no curso da investigação, descobriu-se que a referida empresa não poderia ter chamado o Estado para fazer acordo no Juízo arbitral, pois, em 13 de janeiro de 2017, quando fez requerimento para levar a querela para o Juízo arbitral, a empresa Ouro Verde estava proibida de contratar com a Administração Pública pelo período de um ano a contar da publicação do aviso no Diário Oficial, o que ocorreria somente em 02/03/2017. E, o mais grave, é que a suspensão aplicada à Construtora Ouro Verde ocorreu exatamente porque descumpriu reiteradas notificações do DER, para que efetuasse os reparos nas rachaduras desta mesma ponte do anel viário de Ji-Paraná. Assim, a construtora queria receber mais R\$ 46.000.000,00 (quarenta e seis milhões de reais) de realinhamento exatamente da obra em que ela tinha sido punida em razão da má execução no seu serviço. Repisa-se que a empresa logrou êxito em fazer acordo na justiça arbitral, objetivando o recebimento de R\$30 milhões de reais, referente a revisão de uma obra que custaria inicialmente R\$16 milhões de reais. Assim, existindo na obra rachaduras e outras patologias detectadas na vistoria do DNIT11, a demandada, em vez de receber qualquer indenização, tinha – muito pelo contrário – era mesmo é que reparar os problemas detectados e para os quais já havia sido notificada (fls. 3628-3630; 3638/3641), multada (fls. 3650/3652 e 3653/3656) e com o que já havia se comprometido (fls. 3632/3633). In casu, a CONSTRUTORA OURO VERDE não poderia ter sido admitida no Juízo Arbitral já que estava suspensa de contratar com a Administração Pública até o dia 02/03/2017. Desse modo, todos os atos de oferecimento de proposta, aceitação e nomeação dos árbitros, referente às possíveis pendências com o DER/RO, SÃO ABSOLUTAMENTE NULOS. Em que pese as arbitras afirmem em sede de audiência realizada aos 06/02/2023, que não realizou consultas prévias ao cadastro de pessoas impedidas de contratar com a Administração Pública, para, somente então, admitir o litígio, é sabido que é princípio geral do Direito que àquele que auferir os ônus tem o dever de suportar os ônus, assim como os incômodos. Além do mais, a norma arbitral prevê a resolução de conflitos com a Administração Pública não só de pessoas capazes, mas também quanto tratar-se de direitos patrimoniais disponíveis, vejamos: § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O cerne da questão é entender que o conceito de “capacidade” nos contratos da administração pública possui um alcance bem maior do que aquele aplicável entre particulares, até porque não existem sanções – afora os casos de incapacidade - que restrinjam o indivíduo de sua capacidade negocial. Todavia, nenhuma das partes possuíam capacidade para estar no juízo arbitral, visto que a natureza jurídica da arbitragem é o acordo de vontade, de natureza contratual. Assim, estando a CONSTRUTORA OURO VERDE proibida de contratar com a Administração Pública, a Câmara de Arbitragem descumpriu a lei e praticou improbidade na medida em que contribuiu decisivamente para o prejuízo milionário ao erário. Importante destacar a ausência de autorização do Procurador-Geral para que EZEQUIEL NEIVA abrisse mão de quantia milionária do erário. O apelado EZEQUIEL NEIVA não estava autorizado pelo Procurador Geral do Estado para transacionar sobre o dinheiro público do Estado de Rondônia, nos termos da exigência encartada no § 2º do art. 1º da lei federal 13.129/2015, *ipsis litteris*: § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Quanto a necessidade de autorização do Procurador-Geral é muito bem esclarecida pela doutrinadora Maria Silvia Zanela Di Pietro, a qual explica que seria absolutamente irrazoável atribuir a todas as autoridades competentes, para firmar contratos administrativos, o poder de decidir sobre a submissão ao juízo arbitral sobre litígios envolvendo a Administração Pública, e assim conclui, à letra: Diante disso, é possível afirmar, por analogia, que a autoridade que celebra a convenção de arbitragem tem que ser autorizada pelo advogado-geral da União ou pelas autoridades indicadas nas leis estaduais e municipais. Se na via judicial essa é a autoridade competente, do mesmo modo ocorrerá se o litígio for submetido a juízo arbitral. Até com mais razão, por se tratar de modo amigável de solução de disputas. Trata-se de aplicação do velho brocardo jurídico: “Ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositivo” (Onde existe o mesmo fundamento, aplica-se a mesma regra jurídica)”. Diante disso, resta claro que estando a OURO VERDE suspensa de contratar com a Administração Pública, todos os atos praticados na Câmara Arbitral são ABSOLUTAMENTE NULOS, além do que, todos que concorreram com a sequência de atos ilícitos, devem ser responsabilizados pela reposição do prejuízo causado ao dinheiro público. Repisa-se que, ainda que a OURO VERDE estivesse apta a contratar, jamais poderiam discutir pretensão de realinhamento de R\$30 milhões no Juízo Arbitral, por se tratar de preço de obra pública, sendo de direito absolutamente INDISPONÍVEL, ainda mais sem estarem preenchidas as exigências legais pertinentes à espécie¹⁴. Acrescenta-se que, além de ser indisponível, não havia pendências financeiras, pois, como bem explicado pelos senhores engenheiros, o débito estava totalmente quitado. Neste sentido, solicito especial atenção ao parecer do Engenheiro José Alberto Rezek, às fls. 11070/1074, e ao parecer da Procuradora Autárquica, Dra. Augusta Pini, às fls. 1076/1078, do Volume III do procedimento menor referente ao Contrato nº 0114/09/GJ/DER/RO, vez que são bem detalhados e esclarecem qualquer dúvida que ainda pudesse existir. Isto decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, explicado com maestria por Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu Curso de Direito Administrativo (São Paulo: Malheiros, 2015, p. 76): “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público — não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los — o que é também um dever — na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*”. O interesse público é sempre indisponível pela administração pública, porque ele é de titularidade da coletividade, e não do poder público. A administração pública apenas o administra, protege e tem o dever de dar-lhe efetividade. Mas não pode dele dispor livremente porque não lhe pertence 3. IV) DA ANULAÇÃO DA MULTA DE R\$101 MIL APLICADA À CONSTRUTORA OURO VERDE Os fatos

ocorridos foram tão graves que, sob a chancela dos árbitros da CAMA/JI, cancelaram até mesmo a multa de R\$101 mil aplicada à construtora Ouro Verde pelo descumprimento contratual e, ainda, pactuaram sobre a desistência desta mesma execução fiscal que estava em curso na Vara de execução fiscal da capital. É notório que um tribunal de arbitragem não pode decidir sobre as prerrogativas do art. 58 da Lei de Licitações, que se referem aos atos de império do Estado, quais sejam, alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidades, entre outros. Só nisto, ao pactuarem numa Câmara Arbitral e efetivamente levado a cabo o cancelamento da multa e a desistência da execução fiscal em curso, já cometeram mais uma improbidade administrativa, prevista no artigo 10, VII, da Lei de Improbidade Administrativa, in verbis: 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: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; Assim, tanto o procurador LUCIANO JOSÉ DA SILVA, quanto o gestor ISEQUIEL NEIVA foram agiram dolosamente, aos se mancomunarem com o senhor LUIZ CARLOS GONÇALVES, dono da CONSTRUTORA OURO VERDE, para juntos desviarem R\$ 30 milhões de reais dos já combalidos cofres públicos. Os requeridos levaram ao Juízo Arbitral uma causa absolutamente indevida, visando o pagamento de realinhamento a uma empresa que estava proibida de contratar com o poder público, exatamente pelo fato de ter sido executada com inúmeros defeitos naquela mesma obra que se buscou indenização. Não bastasse, a pretensão ao realinhamento já estava prescrita, e se referia a eventos pretéritos, e a períodos retroativos de mais de 6 anos. Os fatos descritos estão cristalinos nos presentes autos, sendo evidente, conforme laudos periciais, que nada mais era devido à CONSTRUTORA OURO VERDE. Ainda assim, desafiando o parecer dos engenheiros com mais de 30 anos de experiência no DER/RO, e afrontando a moralidade e o patrimônio público, o Diretor-Geral do DER/RO, ISEQUIEL NEIVA, fez acordo para pagar mais R\$30 milhões de reais numa obra que custaria inicialmente R\$ 16 milhões 15 e que já havia sido recebida há 6 anos. 3. V) DA PRECLUSÃO LÓGICA DE EVENTUAL DIREITO DE PLEITEAR DIREITO DE REALINHAMENTO – Art. 10, I da LIA. A CONSTRUTORA OURO VERDE requereu realinhamento somente depois de finalizada a obra, sendo certo que o instituto do realinhamento nunca poderia ser pago de forma retroativa ou em relação a eventos pretéritos. A Lei de Improbidade dispõe em seu artigo 10, I, que “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: I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei”. No caso, somente poderia ser feito em relação ao ano seguinte. Assim, totalmente ilegal a forma como os requeridos fizeram, pois pagaram em julho de 2017 por uma obra feita em meados de 2009-2011. Assim é o entendimento do Tribunal de Contas da União 16 : “As repactuações a que o contratado fizer jus e não forem solicitadas durante a vigência do contrato, serão objeto de preclusão com a assinatura da prorrogação contratual ou com o encerramento do contrato”. Mas não é só, a Construtora Ouro Verde comprometeu-se a reparar os defeitos existentes na obra às fls. 3677 e 3678, admitindo – deste modo – que a sua execução havia sido feita de forma defeituosa, de modo a necessitar de reparos, ou seja, agiu de forma totalmente incompatível com a pretensão de tentar receber a mais pelo serviço deficiente, e este seu proceder se chama preclusão lógica em processo civil. Vejamos: “A preclusão lógica trata-se de fenômeno processual, que acaba por interferir no direito material da parte.” 3. VI) DA AUSÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO EDITAL DA OBRA E NOS CONTRATOS FIRMADOS – Art. 10, I da LIA A Fazenda Pública apenas poderia se submeter ao juízo arbitral caso houvesse inserção da cláusula compromissória nos editais licitatórios ou nos contratos administrativos Esta exigência era, inclusive, para ter sido inserida no texto da lei, mas como essa limitação ficou de fora do texto final, a questão continuará a ser resolvida à luz dos demais elementos do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de ser possível a inclusão posterior da cláusula compromissória nos contratos privados, o mesmo não é possível nos contratos administrativos, uma vez que todas as hipóteses de aditamento contratual estavam taxativamente previstas no art. 65 da Lei n. 8.666/9317 e permanecem na novel Lei n. 14.133/21, art. 124, sendo que nenhuma delas abriria ensejo para tal alteração. 3. VII) DOS ILÍCITOS DE RENÚNCIA FISCAL E SUPRESSÃO DE DOCUMENTOS PÚBLICOS – Art. 10, VII da LIA. Apurou-se que os requeridos ISEQUIEL NEIVA, LUCIANO JOSÉ DA SILVA e LUIZ CARLOS GONÇALVES, em conluio e unidade de desígnios, e visando simular o preenchimento dos requisitos de capacidade da empresa Ouro Verde, “deram baixa” na multa da empresa Ouro Verde que estava inscrita na Dívida Ativa (fls. 3.736), assim como desistiram de execução fiscal da cobrança desta mesma multa (fls. 3.735 e verso). Ademais, de forma dolosa, desordenaram as folhas do processo, de modo que as páginas contendo a exclusão da multa e a desistência do processo de execução fiscal ficassem posicionados na frente nos autos, a fim de aparentar – a uma fiscalização desatenta – que a empresa estava em condições de contratar com a administração pública. Assim, por consequência, estaria a CONSTRUTORA OURO VERDE em condições legais de levar a controvérsia para o Juízo Arbitral. Excelência, basta prestar atenção que a numeração reordenada, feita fraudulentamente em duplicidade, realmente confunde num primeiro momento, e passa esta impressão “dúbia” de forma intencional e dolosa. De natureza igual, diversas folhas dos autos aparentam ter sido suprimidas maliciosamente dos autos, a exemplo da folha mencionada pela Procuradora Autárquica Dra. Andréa Cristina Nogueira (fls. 110/111) que ao juntar a sentença que homologou a desistência da execução fiscal, disse que também anexou um despacho exigindo explicações do procurador LUCIANO DA SILVA, ora requerido, para que explicasse os motivos que o levava a fazer tal renúncia fiscal, tendo ele invadido – naquela oportunidade – a sua área de atuação. No entanto, a mencionada folha que foi anexada aos autos por determinação da Procuradora Andréa não se encontra nos autos na página antecedente à sentença (fls. 3735/3737). Perceba, Excelência, o quão espantosa a inversão tumultuária em que se encontram os autos em questão. Ressalta-se que a Procuradora Andréa explicou em seu depoimento que ao juntar a sentença, o fez acompanhado de seu despacho digitado e impresso, o qual nos mostrou e está filmado em seu depoimento. Os engenheiros, as procuradoras autárquicas, assim como o servidor Gustavo, encarregado pela autuação das folhas e pelo andamento desses processos, mencionaram em seus depoimentos sobre folhas sumidas nos autos, chegando este último a insinuar que elas – possivelmente – teriam sumido no Gabinete da Direção Geral, em razão da assinatura aposta no canto superior direito, junto da numeração. 3. VIII) DA UTILIZAÇÃO DE JUROS DE 1% AO MÊS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA Com relação aos “juros aplicados contra a Fazenda pública”, nos cálculos apresentados em mãos do réu Ezequiel Neiva, foram utilizados juros de 1% ao mês contra a Fazenda Pública, contrário ao entendimento sedimentado no ordenamento pátrio de que o juro moratório aplicável seria de 6% a.a. 3. IX) DA ATUALIZAÇÃO MALICIOSA DOS VALORES ARBITRADOS – Art. 10, X da LIA. A decisão arbitral condenou a indenizar em R\$ 15.866.496,53 em 17/04/2017 (DOE n. 71) às fls. 148/verso, no entanto um cálculo apócrifo, que foi entregue em mãos do senhor Diretor-Geral, Isequiel Neiva, elevou este valor para R\$ 46 milhões (fls.163). Curiosamente, em sede de depoimento (fls. 124), o requerido ISEQUIEL alegou que não se recorda quem e onde foram entregues os mencionados cálculos. Contudo, no relatório feito pelo Controle Externo do Tribunal de Contas, de fls. 80/109, o auditor de controle externo, Sr. Domingos Sávio Caldeira faz algumas ponderações inquietantes quanto à metodologia utilizada para realizar esse cálculo apócrifo que elevou os valores de

R\$15,8 para R\$46 milhões de reais. Esclarece o senhor perito que outro erro crasso pôde ser identificado na metodologia utilizada para efetuar os cálculos de reajustamentos. 3. VIII) DA UTILIZAÇÃO DE JUROS DE 1% AO MÊS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA Com relação aos "juros aplicados contra a fazenda pública", nos cálculos apresentados em mãos do réu Ezequiel Neiva, foram utilizados juros de 1% ao mês contra a Fazenda Pública, contrário ao entendimento sedimentado no ordenamento pátrio de que o juro moratório aplicável seria de 6% a.a. Acontece que a cláusula terceira do contrato n. 046/09GJ/DER/RO, com fundamento na Lei Federal n. 8.880/94, estabeleceu que o contrato permaneceria IRREAJUSTÁVEL pelo período de doze meses a partir da data da abertura das propostas, conforme definido no parágrafo quarto do mesmo ajuste. Assim, ainda que houvesse a possibilidade de se efetuar cálculos de reajustamentos, o mesmo ocorreria a contar da data após o decurso de prazo de um ano da data da proposta, ou seja, o reajustamento seria calculado sobre o saldo do contrato a partir de março/2010, momento em que teria decorrido um ano da data da proposta. Desta forma, se fossem efetuados cálculos de reajustamentos, deveria incidir sobre os valores computados a partir da 8ª medição e, repita-se, única e exclusivamente sobre o saldo contratual a ser realizado, pois no momento da assinatura do contrato as partes estavam plenamente cientes da obrigação definida na Lei nº 8.880/94 que exige que todo contrato permanece irreajustável pelo período de um ano. Assim também ficou definido na Lei Federal nº 10.192/2001, que dispôs sobre medidas complementares ao plano real, quando definiu no §1º do art. 2º a vedação de reajustes em contratos com prazo inferior a um ano senão vejamos: Art. 2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. § 1º É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano. (grifo nosso) Outro erro explícito na forma como foram calculados os reajustes é identificado quando são atribuídos mês a mês os índices de reajustamento. Nesse caso, a Lei Federal nº 10.192/2001 é muito clara quando em seu art.3º define que os reajustamentos devem ocorrer ANUALMENTE, ou seja, decorrido o prazo de um ano da data da proposta o saldo do contrato pode ser reajustado (se presentes os requisitos legais) e devem permanecer imutáveis por mais um ano. [...] 4. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Restou sobejamente comprovado pela vasta documentação acostada nos autos, a lesão milionária aos cofres públicos, gerando responsabilidade solidária para todos os apelados em recompor o erário. O juízo a quo reconheceu a nulidade da sentença arbitral de homologação do acordo, objeto da presente lide, realizado perante o juízo arbitral da Câmara de Mediação e Arbitragem de Ji-Paraná - CAMAJI, entre o DER/RO e a Construtora Ouro Verde, nos termos do art. 32, VIII, da Lei n. 9.307/66, in verbis: 3. Declaro NULA a sentença arbitral de homologação de acordo, objeto da presente lide, realizado perante o Juízo Arbitral (CAMAJI - Câmara de mediação e Arbitragem de Ji-Paraná), realizado entre o Departamento de Estradas e Rodagens de Rondônia - DER/RO (Representado há época por seu Diretor Isequeil Neiva de Carvalho) e a empresa Construtora Ouro Verde Ltda (representada por seu sócio proprietário Luiz Carlos Gonçalves da Silva) nos termos do art. 32, VIII, da lei 9.307/1966. E, em razão da nulidade da sentença arbitral, decide que os valores repassados à empresa deverão ser ressarcidos ao erário, uma vez que, conforme prova nos autos, em decorrência do acordo firmado perante o Tribunal Arbitral, já foram repassados à Construtora Ouro Verde Ltda (representada por seu sócio proprietário Luiz Carlos Gonçalves da Silva) o montante de R\$ 18.500.000,00. Ocorre que, em que pese o juiz da vara de origem entenda que somente a empresa Construtora Ouro Verde e seu representante sejam responsáveis pelo ressarcimento aos cofres públicos, é cediço que a empresa somente logrou êxito em receber tal quantia milionária em razão do conluio e unidade de desígnios dos demandados. O ato ímprobo praticado pelo gestor está totalmente demonstrado nos autos, uma vez que tentou a todo custo e modo realizar um acordo milionário eivado de diversas irregularidades, visando o favorecimento indevido da construtora Ouro Verde. Verifica-se que o próprio magistrado em sua fundamentação descreve que é totalmente contraditória a aceitação de tentativa de solução de conflito perante o Juízo Arbitral, "pois estar-se-ia diante de vultuoso montante de verbas públicas que deveria ter tratamento especial, com a necessidade de análise documental e até perícia técnica, demonstrando indícios de irregularidades no acordo que geraram danos ao erário". Em seguida, aduz que "na decisão perante o Tribunal Arbitral não houve a preocupação em realizar estudos junto à equipe técnica do DER/RO a justificar o pagamento de tais valores, até porque em momentos anteriores, via administrativa, já teriam sido indeferidos requerimentos de realinhamento de forma fundamentada pelo corpo técnico de obras do DER/RO e procuradoria autárquica". O magistrado fundamenta que "a produção do laudo pericial deveria ter ocorrido perante o Juízo arbitral, com a participação dos envolvidos e dos órgãos fiscalizadores competentes do DER/RO, o que não ocorreu, tendo sido violado o princípio do devido processo legal, ao lesar o contraditório e ampla defesa". Acrescenta que "não houve transparência sobre o parâmetro utilizado pelos demandados, principalmente quando o laudo que fundamenta os pedidos da empresa foi confeccionado pela própria", o qual "não pode ser tomado como prova absoluta de suas argumentações, sob pena de desrespeito aos princípios constitucionais listados no art. 5º, LV, CF/88". [...] Ora, os atos dolosos estão plenamente demonstrados nos autos, inclusive, na própria sentença de primeiro grau, na qual reconhece que os apelados tinham conhecimento de todas as irregularidades e, ainda assim, celebraram acordo perante o juízo arbitral de forma contrária aos pareceres técnicos anteriores, decisões administrativas, inclusive da Corte de Contas do Estado de Rondônia. Assim, é imperioso reconhecer a natureza solidária da obrigação reparatória, haja vista que todos os demandados concorreram para a prática dos atos de improbidade administrativa dos quais resultou o prejuízo ao erário e serviram de causa para a condenação ao ressarcimento, de modo que devem ser todos responsabilizados solidariamente, sendo inaplicável a responsabilidade pro rata. É sabido que a pena de reparação de ano prevista nos incisos do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa alcança todos os coautores do prejuízo gerado ao erário, devendo ser, em regra, definida a responsabilidade solidária pela reparação. In casu, não se confunde o dever de reparar o dano causado com o proveito econômico obtido pelo agente, cuja pena é a de perdimento da vantagem indevidamente incorporada ao patrimônio. Nesse ponto, o dever de reparar o dano não possui apenas o condão punitivo, mas também um desdobramento da cláusula geral da responsabilidade civil, que tem como fundamento a regra que proíbe o dano a bem jurídicos alheios (neminem laedere), pela qual qualquer evento lesivo juridicamente tutelado (dano) a determinado bem jurídico implica a formação de uma relação de cunho obrigacional que tem como objeto a reparação do mesmo e a restituição ao estado de coisas anterior (status quo ante). Portanto, verifica-se que os réus não demonstraram no decorrer da instrução processual argumentos suficientes de modo a desconstituir as informações elencadas por este parquet na peça exordial, visto que as provas apresentadas, e os ilícitos cometidos se mostram nítidos ante a conduta praticada."

Ao final requereu "(...) seja o presente recurso CONHECIDO e, ao final, INTEGRALMENTE PROVIDO, para que seja reformada a sentença ora impugnada e sejam todos os apelados CONDENADOS nos termos da exordial. Ainda, SUBSIDIARIAMENTE, seja fixada a responsabilidade solidária dos apelados, pela reparação do ano ao erário."

Apelação Adesiva do Estado de Rondônia (ao ID 25743630).

Contrarrazões de Isequiel Neiva de Carvalho ao apelo ministerial no ID 25743636.

Contrarrazões de Juliana Miyachi ao apelo ministerial no ID 25743637.

Contrarrazões de Maria Aparecida Pires da Silva ao apelo ministerial no ID 25743638.

Contrarrazões de Luciano José da Silva ao apelo ministerial no ID 25743644.

Contrarrazões do Estado de Rondônia ao apelo da Construtora Ouro Verde no ID 25743648.

Contrarrazões do Ministério Público do Estado de Rondônia ao apelo da Construtora Ouro Verde no ID 25743653.

A d. Procuradoria de Justiça pugnou pelo seguinte (vide parecer de ID 26263105):

"1 – Pelo CONHECIMENTO dos recursos de apelação; 2 – Pela REJEIÇÃO das preliminares e pelo NÃO PROVIMENTO do recurso de apelação apresentado pela CONSTRUTORA OURO VERDE e LUIZ CARLOS GONÇALVES DA SILVA; 4 – pela EXCLUSÃO do polo passivo do recurso de apelação manejado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA em face de REINALDO ROBERTO DOS SANTOS, uma vez que a questão já foi decidida nos autos do agravo de instrumento nº 08010770-64.2022.8.22.0000; 4 – pelo PROVIMENTO PARCIAL do recurso de apelação manejado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DE RONDÔNIA, para que os Apelados ISEQUIEL NEIVA DE CARVALHO, CONSTRUTORA OURO VERDE, LUIZ CARLOS GONÇALVES DA SILVA, MARIA APARECIDA PIRES DA SILVA e JULIANA MIYACHI, sejam condenados pela prática de atos de improbidade administrativa que geraram enriquecimento ilícito, causaram prejuízo ao erário do Estado de Rondônia e violaram princípios da administração pública, previstas nos artigos 9º, 10 e 11, da Lei Federal nº 8429/1992, impondo as sanções previstas no artigo 12, incisos I, II e III, do mesmo codex. 5 – pelo NÃO PROVIMENTO do recurso de apelação em relação ao Apelado LUCIANO JOSÉ DA SILVA."

Interposto agravo interno por Construtora Ouro Verde Ltda e Luiz Carlos Gonçalves da Silva impugnando decisão que indeferiu Justiça Gratuita, deferindo, entretanto, o parcelamento do preparo.

É necessário relatar.

VOTO

DESEMBARGADOR GLODNER LUIZ PAULETTO

Inicialmente, declaro a perda do objeto do agravo interno oposto por Luiz Carlos Gonçalves da Silva e CONSTRUTORA OURO VERDE LTDA, que combatia a decisão que indeferiu a Justiça Gratuita, e que, contudo, deferiu o parcelamento do preparo recursal, a medida em que as referidas partes promoveram posteriormente a implementação do preparo, evidenciando-se, em consequência, a perda do objeto do recurso.

Desta forma, conheço ambos os apelos.

Preambularmente, anoto que as preliminares lançadas em primeiro grau, foram apreciadas no meio de recursos de agravo de instrumento (0809337-25.2022.8.22.0000, 0801158-05.2022.8.22.0000, 0805883-71.2021.8.22.0000), os quais transitaram em julgado, donde se aprecia questões de justa causa para a ACP, ilegitimidade passiva, incompetência do juízo, ausência de interesse de agir ante a soberania da Justiça Arbitral, dentre outras teses preliminares, cuja coisa julgada exclui a apreciação nesta sede.

Do mérito

Do apelo da Construtora Ouro Verde Ltda, Luiz Carlos Gonçalves da Silva e do Ministério Público.

1. Da nulidade do Contrato de Arbitragem

Na presente ação civil pública, o primeiro pedido do Ministério Público, foi a decretação de nulidade do contrato de arbitragem.

Desta forma, a presente questão – que precede à análise da improbidade administrativa – deve ser analisada primeiramente, o que faço sob a perspectiva da existência de nulidade ou não do ato administrativo (relativo à contratação da arbitragem).

Sob o tema da arbitragem trago à baila a lição do profº Oscar César de Jesus Rocha, especialista em arbitragem do TCU, o qual doutrina o seguinte:

A arbitragem é um meio de jurisdição privada presente na civilização desde a Idade Antiga e, portanto, antecede a jurisdição estatal. O instituto jurídico também não é uma novidade em território brasileiro, tendo sido objeto de legislação desde o período colonial no qual vigiam as Ordenações do Reino de Portugal. Não obstante a existência de autorização legal para utilização da arbitragem, por vezes as normas vigentes criavam muitos entraves tornando o instituto ineficaz a ponto de desestimular os litigantes a elegerem a via arbitral, justificando, em certa medida, “a ausência de efetiva utilização e consequente falta de tradição do instituto no Brasil. Nesse contexto, consolidou-se na sociedade brasileira a cultura da litigância judicial fundada na equivocada crença estabelecida no inconsciente popular de que somente a jurisdição estatal estaria apta a solucionar os conflitos de interesse e a promover a pacificação social, como se não existissem outras formas de resolução de controvérsias (LIMA, 1997, p. 2; LIMA, 2021). A concentração de processos no âmbito do Judiciário foi tornando a prestação jurisdicional estatal cada vez mais lenta e, consequentemente, anacrônica. Nas primeiras décadas do século XIX, Barbosa (2019, p. 59) criticava a morosidade da jurisdição estatal: “[...] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”. A partir da promulgação da Constituição de 1988 o acesso ao poder judiciário foi sendo ampliado e facilitado, ocasionando o incremento do número de processos em proporção muito superior à capacidade de julgamento estatal, fenômeno que intensificou ainda mais a morosidade processual e, consequentemente, a insatisfação dos jurisdicionados (LIGMANOVSKI, 2018, p. 37). Como não conseguia atender a contento a finalidade para a qual havia sido constituída, a jurisdição estatal passou a ser desacreditada. (AZEVEDO, 2018, p. 22). Essa crise da jurisdição estatal provocou a necessidade de promover profundas e abrangentes reformas nas formas de resolução de conflitos e de prestação de tutela jurisdicional (FIGUEIRA JR., 2019, p.51). Segundo Azevedo (2018, p. 22), é nesse “contexto crítico de efetividade da prestação jurisdicional [...] que ressurgiu a arbitragem como mecanismo adequado de solução de conflitos”. Ligmanovski (2018, p. 37) observa que devido a seu elevado custo financeiro, a viabilidade da arbitragem concentra-se em causas complexas e que envolvem vultosos valores em discussão, não sendo adequado, portanto, atribuir a ela a tarefa de desafogar o judiciário. Com a promulgação da Lei 9.307/1996, surge, pela primeira vez, uma norma específica e moderna sobre arbitragem, alinhada com as diretrizes internacionais (FRANZONI, 2018, p. 36). A arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de litígios que possui a característica impositiva da solução arbitral, diferentemente da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de resolução de litígios. No âmbito da jurisdição privada (arbitragem), o árbitro ou o tribunal arbitral exerce o papel de terceiro neutro e imparcial. Importa observar, todavia, que na hipótese de alguma decisão interlocutória ou sentença arbitral ser descumprida por um dos litigantes, ante a carência de direito de império na jurisdição privada, o Poder Judiciário terá de ser acionado para efetivar coercitivamente a medida (ALVIM, 2022, p. 121; SCAVONE JUNIOR, 2020, p. 32; PICCOLI; THOMÉ, 2021, p. 2). Segundo Figueira Jr. (2019, p. 51), a Lei de Arbitragem revolucionou a cultura jurídica brasileira ao oferecer “mais uma forma de resolução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, especialmente os mais complexos, de elevado valor econômico”. No que tange à possibilidade ou não de a Administração Pública valer-se da via arbitral para a resolução de disputas decorrentes de contratos públicos, duas correntes doutrinárias levaram anos discutindo a questão: (i) uma corrente entendia que a arbitragem não seria cabível em quaisquer casos em que a Administração Pública, direta ou indireta, integrasse a relação contratual, pois a hipótese caracterizaria a chamada inarbitrabilidade subjetiva; (ii) a outra corrente, mais flexível, entendia que Administração Pública poderia utilizar-se a arbitragem desde que, estivessem em disputa interesses patrimoniais disponíveis, circunscrevendo eventual restrição ao âmbito da arbitralidade objetiva. (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 50-53; CARMONA, 2021). Mesmo após a promulgação da Lei de Arbitragem, o Tribunal de Contas da União (TCU) manteve, por algum tempo, posição contrária à ampla aplicação da arbitragem pela Administração Pública, admitindo-a somente em setores nos quais havia autorização específica em lei (OLIVEIRA; ESTEFAM, 2019, p. 50-53). Finalmente, em 2015, com a promulgação da Lei 13.129, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), restou superada a controvérsia sobre a arbitralidade subjetiva da Administração Pública, pois a norma passou a consignar expressamente que administração pública direta e indireta poderia se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 2015c, art. 1º, § 1º). A partir desse momento restou incontroversa a possibilidade de o contrato público conter cláusula compromissória (aquela que é firmada em abstrato, antes de a controvérsia surgir) e que, na ausência desta, compromisso arbitral (firmado após o surgimento da controvérsia) poderia ser posteriormente celebrado pela Administração Pública. Não obstante a existência de autorização legal para utilização da via arbitral pela Administração Pública, ainda restavam dúvidas que careciam de resposta para a implementação segura do instituto, a exemplo de: (i) como identificar, na prática, quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis?; (ii) como escolher os árbitros sem afrontar o princípio da impessoalidade?; (iii) como credenciar as câmaras arbitrais?; (iv) como remunerar os serviços de câmara arbitral, dos árbitros e de eventuais peritos?; e (v) como concretizar o princípio da publicidade na via arbitral? [...] Os princípios básicos da arbitragem. A lei brasileira de arbitragem (BRASIL, 1996) consignou em seu art. 21, § 2º, quatro princípios basilares do processo arbitral com o objetivo precípuo de fornecer aos litigantes razoável garantia de um julgamento justo, quais sejam, os princípios: (i) do livre convencimento motivado; (ii) da igualdade das partes; (iii) do contraditório; e da (iv) da imparcialidade do árbitro (CARMONA, 2012, p. 293; LAMAS, 2021, p. 37). Princípio do livre convencimento motivado. Princípio que concede aos árbitros liberdade para avaliação e valoração das provas, sem que tal liberdade implique em discricionariedade ou arbítrio, pois os julgadores são obrigados a fundamentar suas sentenças acerca das questões suscitadas no procedimento arbitral, esclarecendo os motivos de seu convencimento com vistas a permitir o controle das decisões. (arts. 21, § 2º, e 26, II, da LA). Princípio da igualdade das partes. Princípio que impõe aos árbitros a obrigação de dispensar tratamento isonômico às partes durante todo o procedimento arbitral, proibindo tratamento prioritário ou diferenciado a quaisquer partes. Garante-se apenas a igualdade formal, o que não significa que necessariamente haverá igualdade material ou real entre as partes. Ao contrário da justiça estatal, não existem no processo arbitral instrumentos de transformação da igualdade formal em material (art. 21, § 2º, da LA). Princípio do contraditório. Princípio que compreende os aspectos de informação e possibilidade de reação, garantindo que as partes sejam cientificadas de todos os atos do procedimento arbitral para que possam se manifestar, aduzam suas razões e produzam provas de forma a tentar convencer o julgador da causa. (art. 21, § 2º, da LA). Princípio da imparcialidade do árbitro. Princípio que impõe aos árbitros o dever de atuar com imparcialidade durante todo o procedimento, isto é, que mantenham equidistância das partes e sejam indiferentes ao resultado do processo, haja vista que eventual parcialidade do julgador torna inidôneo o processo (arts. 13, § 6º; 14, § 1º; 21, § 2º, da LA). A doutrina elenca outros quatro princípios especificamente relacionados à convenção de arbitragem e à sentença arbitral: (i) da separabilidade da convenção de arbitragem; (ii) da Competência-Competência; (iii) da não denegação da justiça; e (iv) da não revisão do mérito da sentença arbitral. Princípio da separabilidade da convenção de arbitragem. Princípio que

estabelece uma artificial autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato no qual eventualmente esteja inserida, de modo a protegê-la de modo que alegações questionando a validade do contrato não atingissem a cláusula compromissória, evitando-se, assim, a necessidade de deslocar a jurisdição arbitral para a jurisdição estatal. Princípio da Competência-Competência. Princípio que estabelece que o árbitro é o juiz primeiro da sua própria competência, cabendo-lhe decidir se possui competência para julgar o conflito, bem como deliberar sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. (art. 8º, parágrafo único, da LA). Princípio da não denegação da justiça. Princípio geral do direito que também se aplica à esfera arbitral, “notadamente para o fim de atribuir eficácia a uma cláusula compromissória cuja cláusula não garanta a uma das partes uma solução jurisdicional à questão” (LAMAS, 2021, p. 50- 54). Princípio da não revisão do mérito da sentença arbitral. Princípio impede o Poder Judiciário de rever o mérito da sentença arbitral, permitindo somente a propositura de ação anulatória para desconstituí-la, caso sejam verificados erros formais no procedimento (art. 33, § 2º, da LA). Há ainda, outros princípios e subprincípios que podem ser cotejados em outros Diplomas (e também na própria L.A) aos quais destaco:

princípio do livre acesso à jurisdição arbitral (art. 1º, caput da LA c/c art. 3º do CPC);

princípio da autonomia da vontade (art. 1º, caput c/c arts. 2º e 3º da LA);

princípio da publicidade mitigada (art. 2º, § 3º c/c art. 13, § 6º, in fine e art. 22-C, parágrafo único, da LA c/c art. 93, IX, da CF);

princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estatal das decisões arbitrais nacionais (art. 5º, XXXV, da CF c/c arts. 32 e 33 da LA);

princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estatal das decisões arbitrais estrangeiras (arts. 34, 35 e 36 da LA);

princípio da livre iniciativa (art. 6º, caput e parágrafo único c/c arts. 7º e 37);

princípio da independência (art. 13, § 6º);

princípio do exercício qualificado da função arbitral (competência técnica e diligência (art. 13, § 6º);

princípio da discricção – confidencialidade (art. 13, § 6º);

princípio dispositivo (art. 22);

princípio da lealdade processual (art. 27);

princípio da congruência – relação entre o pedido e o pretenso (art. 32, IV);

princípio do juiz natural (art. 32, II, da LA c/c art. 5º, LIII, da CF);

princípio da ampla defesa (arts. 20, 22, 38, III, e 39, parágrafo único, da LA c/c art. 5º, LV, da CF);

princípio da razoável duração do processo (art. 23, da LA c/c art. 5º, LXXVIII, da CF);

princípio da efetividade do processo arbitral (art. 31);

princípio da observância aos bons costumes e à ordem pública (arts. 2º, § 1º, e 39, da LA c/c art. 17 da LINDB);

princípio da sucumbência (art. 27, L.A).

[...]

Arbitragem na administração pública.

A Lei 13.129/2015 é considerada o marco fundamental para aceitação definitiva da possibilidade de adoção pela Administração Pública direta e indireta da arbitragem como meio adequado para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, porquanto introduziu essa expressa autorização no § 1º do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) [...] Na atualidade, a definição do termo direito patrimonial disponível é considerada o tema prático de maior relevância envolvendo a arbitragem no âmbito da Administração Pública, não se vislumbrando solução trivial. Embora existam situações extremas nas quais se percebe de plano que conflito envolve direito indisponível, que não pode ser submetido à arbitragem, remanesce uma zona cinzenta, a ser definida pela doutrina, pela legislação e pela cláusula arbitral a ser consignada no texto do contrato público. Segundo DEUS (2021) existem três correntes propondo definir as matérias que podem ser submetidas à arbitragem (arbitralidade objetiva) quando envolve a Administração Pública:

A 1ª Corrente é a mais restritiva e atualmente minoritária, que prevaleceu por muito tempo, pois entendia que tudo que envolvesse interesse público seria indisponível, e razão dessa indisponibilidade nenhum ato da administração pública poderia ser submetido à arbitragem.

A 2ª Corrente é um pouco mais flexível, bastante adotada pela doutrina e pela jurisprudência, mas que também vem perdendo força, sendo fundamentada na diferença entre o interesse público primário (interesses coletivos) e o interesse público secundário (interesse da Administração enquanto ente autônomo). Assim, a indisponibilidade do interesse público recairia tão somente sobre o interesse público primário.

A 3ª Corrente é a mais contemporânea e que vem avançando com mais força, sendo embasada na dicotomia entre atos de gestão (praticados pela Administração sem seu poder de império, em regime de paridade com os destinatários, como se fosse um particular na gestão de seus negócios) e atos de império (praticados pela Administração no gozo das prerrogativas de autoridade em relação aos particulares em razão de sua superioridade decorrente do regime de exorbitância em relação ao direito comum, a exemplo da imposição de medida regulatória; sanção contratual, decisões sobre desapropriação, tombamento, servidão administrativa).

Segundo essa corrente os atos de império não seriam arbitráveis. A autora vai além, e defende que tampouco seriam arbitráveis os atos de gestão que não possuíssem margem de discricionariedade para a transação, alienação ou renúncia.

Conforme essa terceira corrente doutrinária, apenas direitos patrimoniais decorrentes de atos de gestão da Administração Pública poderiam ser classificados como disponíveis, pois os oriundos de atos de império seriam completamente indisponíveis, não podendo ser objeto de arbitragem.

[...]

E tem-se por norte a Lei 13.448/2017, que dispõe regras gerais sobre prorrogação antecipada de contratos de concessão e cria o instituto da relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, reconhece expressamente três hipóteses de litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis que poderiam vir a ser objeto de arbitragem.

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

[...]

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Em princípio, a expressão contida no § 4º do art. 31, "[...] para fins desta Lei", circunscreve-se a aplicabilidade do rol de hipóteses de direitos patrimoniais disponíveis ao âmbito específico abrangido pela referida norma, isto é, ao contexto de prorrogações antecipadas e relicitações de contratos de parceria dos setores rodoviário/ferroviário/aeroportuário.

[...]

A reforma da Lei de Arbitragem introduzida pela Lei 13.129/2015 estabeleceu a obrigatoriedade que a arbitragem quando envolver a Administração Pública seja julgada utilizando como base o critério "de direito", mediante a observância dos dispositivos vigentes no ordenamento jurídico, afastando a possibilidade de submeter-se à arbitragem julgada pelo critério da equidade, que se baseia no senso de justiça dos árbitros. No julgamento por equidade, o árbitro recebe "autorização para deixar de lado as normas de direito posto e julgar segundo o que parecer justo no caso concreto". Confirma-se a redação do parágrafo introduzido na Lei de Arbitragem: Art. 2º. Omissis [...] § 3º A arbitragem que envolva administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. A restrição à arbitragem por equidade decorre do princípio constitucional da legalidade previsto no artigo 37, caput, da Constituição, ao qual a Administração Pública direta e indireta encontra-se submetida, razão pela qual, nesses casos, os árbitros estão proibidos de decidir com base na equidade, podendo, todavia, utilizar os princípios previstos no ordenamento jurídico para fundamentar suas decisões. (autor citado in Arbitragem na administração pública – publicação por Instituto Serzedello Corrêa/Tribunal de Contas da União, em 2023, vide versão digital no sítio eletrônico www.tcu.gov.br)

À época dos fatos, ainda não existia a atual Lei de Licitações, e a questão das Câmaras Arbitrais era regulada pela Lei Federal nº 13.129/15, que alterou a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem). A alteração permitiu a inserção do instituto da arbitragem no âmbito da Administração Pública, estabelecendo que:

Art. 1º Os arts. 1º, 2º, 4º, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 1º

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações." (NR)

"Art. 2º

.....

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade." (NR)

"Art. 4º

.....

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO)." (NR)

"Art. 13.....

.....

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

....." (NR)

"Art. 19.....

§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição." (NR)

"Art. 23.....

§ 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais.

§ 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final." (NR)

" Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

.....

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29." (NR)

"Art. 32.....

I - for nula a convenção de arbitragem;

....." (NR)

" Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil) , e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

§ 3º A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial.

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem." (NR)

" Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça." (NR)

" Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que:

....." (NR)

Art. 2º A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 , passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 22-A e 22-B, compondo o Capítulo IV-A, e do seguinte art. 22-C, compondo o Capítulo IV-B

Em seguida, adveio a Lei Estadual n. 4.007, de 28 de março de 2017, que ao regulamentar o juízo arbitral no âmbito estadual, estabeleceu:

Art. 1º. O juízo arbitral, instituído pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015, para a solução de litígio em que o Estado de Rondônia seja parte, será efetivado conforme procedimentos estabelecido nesta Lei. Art. 2º. O Estado de Rondônia e os órgãos e as entidades da administração estadual direta e indireta poderão optar pela adoção do juízo arbitral para a solução dos conflitos relativos a direito patrimonial disponível. Art. 3º. A inclusão de cláusula compromissória em contrato celebrado pelo Estado Rondônia ou a estipulação de compromisso arbitral obedecerão ao disposto na Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterada pela Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015, nas normas que regulam os contratos administrativos e nesta Lei, respeitados os princípios que orientam a administração pública, estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal e na Constituição do Estado de Rondônia. Art. 4º. O juízo arbitral, para fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional. Art. 5º. São requisitos para o exercício da função de árbitro: I - ser brasileiro, maior e capaz; II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato; III - não ter, com as partes nem com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil; e IV - ser membro de câmara inscrita no Cadastro Geral de Fornecedor de Serviços do Estado de Rondônia. Art. 6º. Para fins desta Lei, somente se admitirá a arbitragem de direito, instaurada mediante processo público. Parágrafo único. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. Art. 7º. A arbitragem relativa aos contratos internacionais em que o Estado de Rondônia for parte atenderá as normas e aos tratados internacionais com eficácia no ordenamento jurídico nacional. Art. 8º. O procedimento arbitral para a solução de litígio relativo a contrato, acordo ou convênio celebrado pelo Estado de Rondônia fica condicionado à existência de cláusula compromissória cheia ou à formação de compromisso arbitral. Art. 9º. O procedimento arbitral instaura-se mediante provocação de uma das partes contratantes. Art. 10. A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado de Rondônia, e deverá atender aos seguintes requisitos: I - estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos; II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; III - ter como fundadora associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo; e IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais. Parágrafo único. As intimações relativas à sentença arbitral e aos demais atos do processo serão feitos na forma estabelecida pelas partes ou no regulamento da instituição arbitral responsável pela administração do procedimento. Art. 11. No edital de licitação de obra e no contrato público constará: I - a declaração, por opção da administração pública, pela arbitragem; II - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com arbitragem; e III - a fixação dos honorários do árbitro ou dos árbitros. Art. 12. Ressalvado os dispostos na legislação federal e nesta Lei, prevalecerão as regras instituídas no regulamentação do juízo arbitral institucional, obedecidos o disposto no art. 10 desta Lei, ao qual compete decidir a causa. Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Por efeito da doutrina mais abalizada, aqui citada, e das normas influentes no presente caso, aqui destacadas, extrai-se as seguintes premissas:

- 1) Edital de licitação de obra, deve haver previsão – declaração – de opção da administração pública, pela arbitragem (art. 11, da Lei Estadual n. 4.007/2017 e L.A.);
- 2) Existência de cláusula de arbitragem (juízo arbitral), no contrato a que será à este submetido (art. 8º da Lei Estadual n. 4.007/2017 e L.A.);
- 3) Juiz arbitral pertencente à Câmara com inscrição no Cadastro Geral de Fornecedor de Serviços do Estado de Rondônia (art. 5º, IV, da Lei Estadual n. 4.007/2017);
- 4) Estabelecimento no contrato de Juízo Arbitral, de arbitragem – julgamento – de direito, sob pena de nulidade (art. 1º, § 3º, da L.A. e Lei Estadual n. 4.007/2017);
- 5) Obediência irrestrita à publicidade e contraditório e ampla defesa (art. 1º, § 3º, da L.A. e Lei Estadual n. 4.007/2017); e,
- 6) disputa no juízo arbitral de direito patrimonial disponível, os quais apenas compreendidos (somente atos de gestão puramente patrimoniais da Administração Pública, e vedados atos de império):
 - I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
 - II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e
 - III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Tais premissas se revelam inafastáveis e constitutivas do ato de constituição do juízo arbitral, já que compõem alicerce central desta espécie de ato administrativo, no âmbito de aplicação da arbitragem pela Administração Pública.

No caso dos autos, a CAMEJI - Câmara de Mediação e Arbitragem de Ji-Paraná S/S Ltda, fora contratada para mediar e exercer juízo arbitral de eventuais lides dos Contratos nº 046/2009/GJ/DER/RO e 114/09/GJ/DER/RO, que tiveram por objeto a construção de ponte em concreto protendido sobre o rio Machado, ou seja, contratada após a pactuação, realização e execução de contrato, incorrendo nas primeiras nulidades de sua contratação, quais sejam (por óbvio):

- 1) inexistência, no edital de licitação das citadas obras, da previsão da arbitragem;

2) inexistência, no contrato das citadas obras, de cláusula expressa sobre arbitragem;

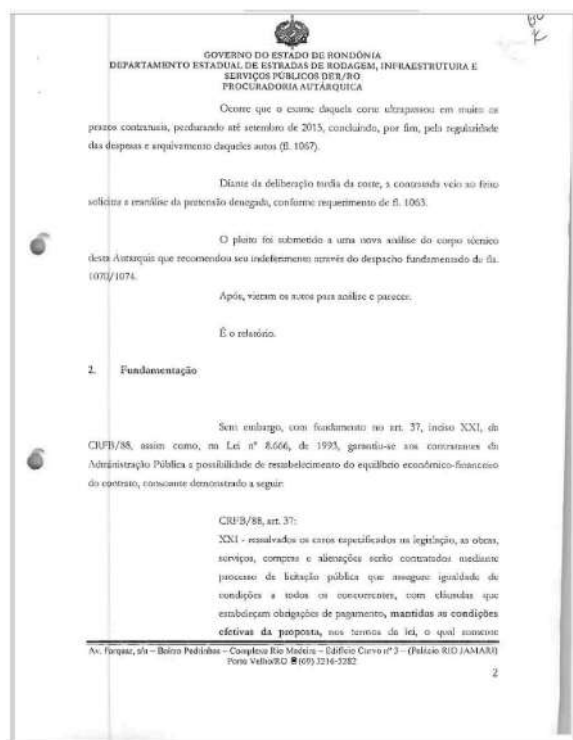
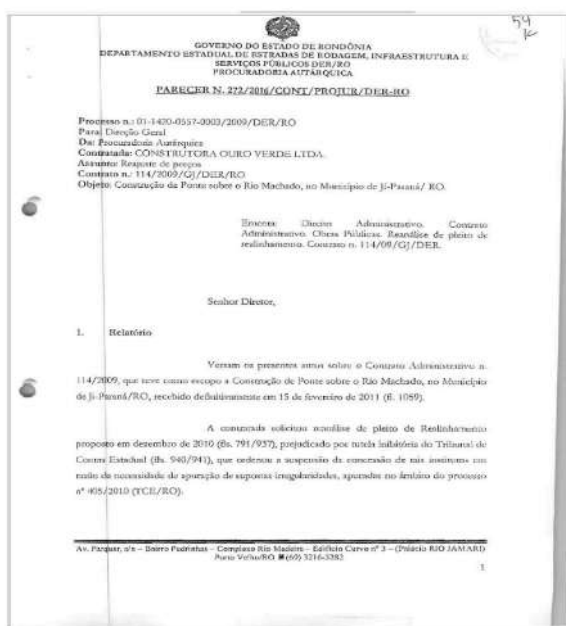
Os apelantes/apelados certamente argumentarão que, à época da celebração dos contratos de obras, as leis mencionadas ainda não estavam em vigor, e, portanto, não havia a necessidade de cumprir as formalidades que elas impõem.

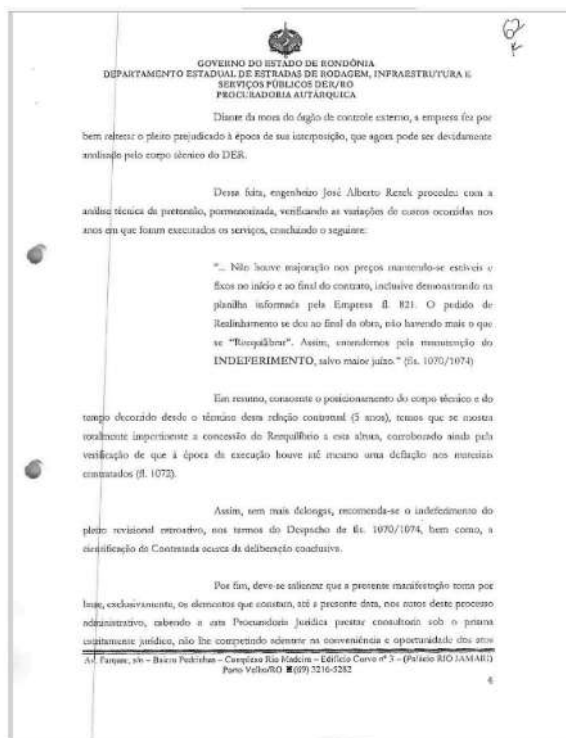
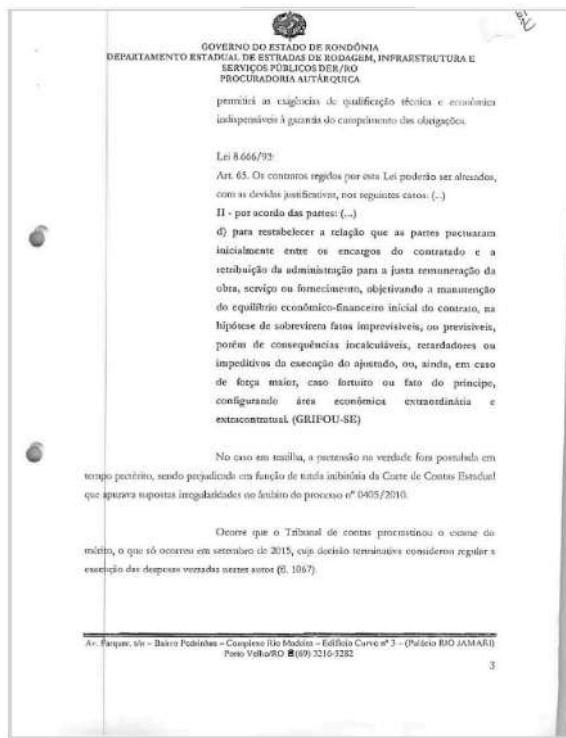
Mas, é aqui que se entra o ilícito (e o dolo específico da improbidade futuramente debatida) suficiente a ensejar a nulidade contratual.

De fato, não existiam tais normas à época, porém, como destacado na doutrina citada, a contratação da Câmara Arbitral ocorreu sem qualquer parcimônia, de forma dolosa, por assim dizer, em um momento posterior à assinatura do contrato, ou seja, sem a devida estipulação anterior.

A administração pública optou pela arbitragem (contratação) após a vigência do instituto no âmbito nacional e estadual, mas apenas naquilo que lhe era conveniente. Contudo, ao aplicar a norma, desconsiderou as restrições legais que a acompanhavam, como já foi amplamente destacado (incluindo as causas de nulidade absoluta da referida contratação).

A clara intenção de violar a legalidade, que configura a nulidade do ato, é evidente no fato de que, pouco antes de contratar a arbitragem com a CAMAJI, o setor jurídico do DER/RO já havia indeferido o pleito administrativo da Construtora Ouro Verde Ltda., conforme decisão administrativa que trago à baila e colaciono (vide ID 25742272).





159
6


GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA
DEPARTAMENTO ESTADUAL DE ESTRADAS DE RODAGEM, INFRAESTRUTURA E
SERVIÇOS PÚBLICOS DER/RO
PROCURADORIA AUTARQUICA

privadas no âmbito administrativo, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

3. Da Conclusão

Por todo o exposto, tendo em vista a análise técnica realizada pelo Grupo Técnico (fls. 1070/1074), esta Procuradoria se manifesta pela manutenção do **INDEFERIMENTO** da pretensão de realinhamento proposta às fls. 791/795, reanalisando em razão das motivações explanadas no requerimento de fl. 1053 e deliberação emanada pelo TCE no Decisão nº 832/2015 – 2ª CÂMARA (fl. 1567).

É o parecer.

Povo Velho/RO, 04 de novembro de 2016.

Angusta Pini Silveira
Procuradora Autárquica - DER/RO

Maurício Calixto Júnior
OAB/RO 3996

De Acordo com o parecer:

Isequiel Neiva de Carvalho
Diretor Geral/RO

A v. Piquari, 01 – Bairro Pedrinhas – Complexo Rio Molhado – Edifício Curvo nº 2 – (Paralelo RJO JAMARU)
Povo Velho/RO ■ (69) 3216-5282

5

Contudo, após a insistência da então apelante, Construtora Ouro Verde Ltda., e diante da introdução do novo instituto na legislação prática, a Administração resolveu contratar a CAMAJI para atender ao pedido reiterado da construtora, cujo pleito já havia sido previamente decidido. Além disso, a Corte de Contas – TCE/RO, já havia julgado como irregular o pedido de pagamento de realinhamento, conforme exposto no seguinte documento (vide ID 25742275, fl. 3):

Acórdão nº34/2013-PLENO, com a seguinte Decisão:

do eminente Relator;

II - Considerar ilegal o pagamento efetuado pelo Departamento de Estradas de Rodagem e de Transporte, no valor de R\$ 602.161,70 (seiscentos e dois mil, cento e setenta e um reais e setenta centavos), a título de realinhamento de preços, por ausência do princípio *rei sic stantibus*, à luz da Teoria da Imprevisto, dada que a alegação da empresa se refere à defesa de preços ocorrida em razão da demora para a contratação, tendo como marco inicial a data de realização do certame licitatório, circunstância distinta daquela em que cabe o instituto de realinhamento pleiteado.

Em linguagem simples e popular, invoca-se o novo instituto legal para modificar o cenário em favor da empresa, porém, vamos desprezar suas restrições.

Consoante a doutrina citada, a previsão editalícia, bem como da própria cláusula de juízo arbitral, garantia previstas em lei, advém do fato de dar segurança aos participantes, e mais, proteger a Administração Pública de qualquer outra má-intenção.

A insistência da construtora está evidenciada pelo requerimento de suscitação de arbitragem (vide ID 25742295), após ter o pedido administrativo rejeitado (inclusive, transitado em julgado), a qual, no citado pleito, dentre suas razões, também já indica a CAMAJI para arbitrar o conflito.

Não havia previsão contratual ou obrigação legal para que a Administração Pública acolhesse o pleito de arbitragem. Contudo, pasmem, o pedido foi aceito, mesmo diante de parecer contrário à sua recomendação. Ressalte-se que a decisão competia única e exclusivamente ao Diretor do DER/RO, cuja manifestação colaciono (vide ID 25742296):



DEPARTAMENTO ESTADUAL DE ESTRADAS, RODAGENS, INFRAESTRUTURA E SERVIÇOS PÚBLICOS (DER/RO)
PROCURADORIA JURÍDICA

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA 1ª CÂMARA DE MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO OU ARBITRAGEM DE JI-PARANÁ - RO (CAMAJI).

DEPARTAMENTO DE ESTRADAS, RODAGENS, INFRAESTRUTURA E SERVIÇOS PÚBLICOS (DER/RO), pessoa jurídica de direito público interno, constituída sob a forma de autarquia, atualmente regida pela Lei Complementar nº 333, de 31 de janeiro de 2006, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.283.970/0001-5, com sede na Avenida Parque, s/n, Bairro Pedrinhas, Complexo Rio Madeira, Pólo Curva 3, 1ª Andar, Nova Capital, neste ato representado por seu Diretor Geral, o Senhor **ISQUEL NEIVA DE CARVALHO**, portador da cédula de identidade RG nº 326.457/SSP-RO e inscrito no CPF nº 313.682.702-91, residente e domiciliado à Rua Padre Chiquinho, nº 779, Bairro Pedrinhas, nesta cidade, surtindo sobre o pleito de instauração do procedimento arbitral, informa que concorda com sua constituição e outa o termo do presente instaurado pelo Requerente.

Reza, entretanto, que questões que envolvam direitos indisponíveis não poderão ser objeto de procedimento de arbitragem, ficando o procedimento limitado somente aos aspectos patrimoniais relacionados aos contratos intervenientes na peça inicial do requerente, fato que deverá, ainda, como outras condições apresentadas no momento de instauração, ser observado no termo de compromisso.

Oportunamente, o DER/RO indica o nome do senhor **Bernardo de Figueiredo Rocha**, inscrito no CREA RJ nº 2007/08/43, endereço e domiciliado na Rua Maria Portugal, 112, ap. 610, Charitas, Niterói - RJ, e-mail: bernardo.rocha@niteroi.ajrj.br, a ser indicado para funcionar como árbitro, visto que, em pesquisas na rede mundial de computadores, observa-se que o profissional possui respeitável atuação e qualificação na área em debate.

Por derradeiro, requer seja o profissional mencionado no parágrafo antecedente contestado, por esta 1ª Câmara de Arbitragem, para se manifestar se aceita o encargo, o que deverá ser feito mediante atendimento formal.

Porto Velho - RO, 16 de janeiro de 2017.


ISQUEL NEIVA DE CARVALHO
Diretor Geral do DER/RO.

Mesmo contrariando ato administrativo perfeito (decisão administrativa anterior rejeitando o pedido), mesmo contrariando parecer com advertência, aceitou-se o juízo arbitral.

E o termo de compromisso arbitral está nos IDs 25742296 e seguintes, que colaciono:

 **CAMAJI**
CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE JI-PARANÁ

TERMO DE COMPROMISSO ARBITRAL

Pelo presente Instrumento Particular de Compromisso Arbitral, de um lado a Associação empresária **CONSTRUTORA OURO VERDE LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, registrada por atos constitutivos, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 04.218.548/0001-61, com sede na Rua Rui, n.º 353, Bairro Indaí, na cidade de Ji-Paraná - RO, representado por **LUZ CARLOS GONÇALVES DA SILVA**, brasileiro, casado, inscrito no CPF nº 162.171.262-58, residente e domiciliado na Rua Monte Castelo, 675, Jardim dos Migrantes, Ji-Paraná - RO e de outro o **DEPARTAMENTO DE ESTRADAS, RODAGENS, INFRAESTRUTURA E SERVIÇOS PÚBLICOS (DER/RO)**, pessoa jurídica de direito público interno, constituída sob a forma de autarquia, atualmente regida pela Lei Complementar nº 335, de 31 de janeiro de 2006, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.283.970/0001-5, com sede na Avenida Parque, s/n, Bairro Pedrinhas, Complexo Rio Madeira, Pólo Curva 3, 1ª Andar, Porto Velho - RO, do presente designado DER ao concordante, neste ato representado por seu Diretor Geral, o Senhor **ISQUEL NEIVA DE CARVALHO**, portador da cédula de identidade RG nº 326.457/SSP-RO e inscrito no CPF nº 313.682.702-91, residente e domiciliado à Rua Padre Chiquinho, nº 779, Bairro Pedrinhas, na cidade de Porto Velho - RO, ao final infra-assinadas, convençionam que submetem ao juízo arbitral, nos termos da Lei nº 9.307/96, a solução definitiva de conflito decorrente do Contrato nº 046/09/GU/DER/RO e do Contrato nº 114/09/GU/DER/RO, referente à contratação e execução de obra pública, qual seja, a ponte em concreto pretendido sobre o Rio Macaúba, no Acre Várzea de Ji-Paraná, na BR 364, KM 34,408 com extensão de 48m, (quarenta e oito metros e trinta centímetros), a qual já foi executada e entregue, cujo procedimento foi instrumentalizado nos autos dos Processos Administrativos nº 01.3430.00086-00/2009/DER/RO e nº 02.3430.00087-00/2009/DER/RO, existentes entre ambas, de acordo com as seguintes condições:

1. Nomeiam a Câmara de Mediação e Arbitragem de Ji-Paraná, pessoa jurídica de direito privado, portadora do CNPJ 20.274.216/0001-52, localizada na Av. JK, 136, Bairro Casa Preta, Ji-Paraná - RO, fone (640) 3422-4128, e-mail: camaji@outlook.com.br, como entidade responsável pela administração do procedimento arbitral, cuja presidente funcionará como presidente do tribunal arbitral.
2. As partes qualificadas neste Termo de Compromisso Arbitral, no gozo de sua autonomia de vontade, indicam os árbitros **Síndreama Crispina Silva**, brasileira, advogada, inscrita na OAB/RO, sob o nº 7721, residente e domiciliada na Rua Secundária, nº 1950, Condomínio Nova Era II, Bairro Novo Horizonte, na cidade de Porto Velho - RO, e-mail: sindreama@outlook.com, indicada pela requerente, e **Bernardo de Figueiredo Rocha**, brasileiro, casado, inscrito no CREA RJ nº 2007/08/43, residente e domiciliado na Rua Maria Portugal, 112, ap. 610, Charitas, Niterói - RJ, e-mail: bernardo.rocha@niteroi.ajrj.br, indicado pelo requerido.

CNPJ 20.274.216/0001-52 - Av. JK, 136 - Bairro Casa Preta - Ji-Paraná - RO - CEP 76.267-944
fone 34224209/34261445

CAMAJI
CAMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE J. PARANÁ

Fl. 38
Data: 06/12/2017
Assinatura: [Assinatura]

1. A CAMAJI entrará em contato com as sessões indicadas pelas partes, para funcionarem como árbitros, as quais deverão apresentar declaração de aceitação, no modelo será encaminhado pela CAMAJI por e-mail.

4. No caso de necessidade de substituição de um dos árbitros, a parte que o indicar, indicará o substituto ou autorizará que a presidência da CAMAJI o faça.

5. O objeto da arbitragem é a solução definitiva do conflito surgido entre as partes decorrente do Contrato nº 04/01/0000000000 e do Contrato nº 11/01/0000000000, referente à construção e execução de obra pública, qual seja, parte em concreto pretendida sobre o Rio Machado, no Areal Várzea de J. Paraná, na BR 366, KM 348,06 com extensão de 400m, (quatrocentos e sessenta e oito metros), a qual já foi construído e entregue, cujo procedimento foi instrumentalizado nos autos dos Processos Administrativos nº 01.1420.0000000000/2009/DE/RO e nº 01.1420.0000000000/2009/DE/RO, nos seguintes termos:

a. A requerente pleiteia pagamento por serviços efetivamente executados, e que não tenham sido pagos; o pagamento por Reajustamento Contratual, bem como valores referentes à revisão contratual para corrigir o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que tenha ocorrido ao longo da execução de obra nos contratos em epígrafe, cujos requerimentos apresentados administrativamente foram rejeitados pela segunda qualificada.

6. A Sentença Arbitral será proferida na cidade de J. Paraná - RO, na sede da CAMAJI.

7. Os locais onde será desenvolvida a arbitragem ficarão a critério dos árbitros, conforme a forma e os prazos estabelecidos neste Termo.

8. Na designação arbitral preliminar para o dia 10/02/2017, na qual haverá tentativas de realização de acordo entre as partes.

9. Na audiência preliminar, deverá ser apresentada conexão com a indicação das provas a serem produzidas, visando-se, se houver, o rol de testemunhas.

10. Na mesma ocasião, a parte requerente também deverá apresentar, caso haja, e no de testemunhas e a indicação de todas as provas que pretende produzir.

11. Aceitação e contestação, será aberto o prazo de 05 (cinco) dias para apresentação de réplica pela requerente.

12. No caso de manifestação, em qualquer fase do procedimento, antes de transcorridas as prazos estipulados, caracterizar-se-á a preclusão de sorte que não poderá o manifestante aditar ou modificar, devendo os árbitros promover o imediato

CNPJ 20.274.215/0001-02 - Av. J. 1429 - Bairro Casa Verde - J. Paraná - RO - CEP 76.907-000
(06) 3423.0339 / 3427.8181

CAMAJI
CAMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE J. PARANÁ

Fl. 39
Data: 06/12/2017
Assinatura: [Assinatura]

Início do procedimento, sempre em busca do princípio da eficiência, economicidade e celeridade processual.

13. Caso haja necessidade de contratação de perito, a CAMAJI nomeará profissional de elevada reputação e notórios conhecimentos na área de construção de pontes em concreto pretendido em balancos sucessivos com extensão e complexidade técnica compatíveis com o objeto da demanda e com conhecimento das características da região em que foi executada a obra, a ser acompanhado mediante apresentação de currículo profissional, devidamente registrado no CREA.

14. O laudo pericial deverá ser protocolado na CAMAJI, na forma física e eletrônica, no prazo de até 30 (trinta) dias após o aceite da perícia, devendo as partes ser notificadas de entrega do mesmo para, se quiserem, impugná-lo no prazo de 15 (quinze) dias.

15. Apresentadas as impugnações ao laudo pericial ou transcorrido o prazo sem manifestação, será designada audiência de instrução e julgamento, cuja realização ocorrerá dentro dos 10 (dez) dias seguintes ao transcurso do prazo para impugnação do laudo.

16. Caso a sentença arbitral não seja proferida na audiência de instrução e julgamento, os árbitros deverão iniciar as partes do dia e horário em que será proferida para não sofrerem assim que proferida.

17. Quaisquer despesas e desembolsos necessários, realizados antes da prolação da sentença arbitral, tais como despesas processuais, honorários de perito, etc., caberá à requerente custodiá-los, mesmo que o procedimento seja requerido pelo DE/RO.

18. Os honorários dos árbitros serão fixados pela CAMAJI conforme Tabela de Custas e Honorários do Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco - CTVAPE disponível no site www.camajp.org.br e anexada a este compromisso arbitral.

19. As partes convençam que as custas e os honorários da arbitragem serão custeados pela parte sucumbente.

20. A sentença arbitral, caso o DE/RO seja sucumbente, determinará o ressarcimento dos adiantamentos realizados, pela requerente, a título de despesas processuais e honorários de perícia.

21. Os árbitros julgarão de acordo com a legislação brasileira, sendo as regras, unicamente, de direito, aplicando-se os princípios que regem a Administração Pública e os princípios gerais de direito.

22. A sentença arbitral deverá ser prolatada no prazo máximo de 90 (noventa dias) da assinatura deste termo, sob pena de extinção do presente compromisso.

CNPJ 20.274.215/0001-02 - Av. J. 1429 - Bairro Casa Verde - J. Paraná - RO - CEP 76.907-000

CAMAJI
CAMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE J. PARANÁ

Fl. 40
Data: 06/12/2017
Assinatura: [Assinatura]

23. Em todas as fases do procedimento (audiência preliminar e audiência de instrução), os árbitros promoverão o tentativo de conciliação e acordo entre as partes.

24. Todos os atos praticados deverão observar o princípio da publicidade, conforme preconizado no art. 25, § 3º, da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

25. As partes convençam, a título de custas do procedimento arbitral, devidas à Instituição administradora do conflito, o equivalente a duas vezes o valor devido ao árbitro.

Isaque Nêiva de Carvalho
Diretor Geral do DE/RO.

Conselheiro Olyro Verde Gde.
Representante Legal

Testemunhas:

Nome: [Assinatura]
CPF: 003.096.242-93

Nome: [Assinatura]
CPF: 415.645.618-88

E mais, passem, a decisão da CAMAJI determinou o cancelamento inclusive da multa de R\$ 101 mil aplicada à construtora Ouro Verde pelo descumprimento contratual. Ademais, pactuou-se a desistência da execução fiscal que tramitava na Vara de Execução Fiscal da capital, sem a aquiescência do Procurador responsável pelo feito.

Tal decisão é nula de pleno direito, pois contraria frontalmente o art. 1º, § 3º, da Lei de Arbitragem e a Lei Estadual n. 4.007/2017, que estabelecem, sob pena de nulidade, que o Juízo Arbitral poderá apenas realizar julgamento de Direito, excluindo-se atos de império, como a imposição de multa e o manejo de execução fiscal.

O cenário de nulidades evidenciado contamina o ato administrativo.

E sobre o referido instituto, cito a inquestionável profª Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

De acordo com a dicotomia existente no direito civil, a noção de ato é necessariamente ligada a uma conduta humana, ao passo que a ocorrência de um fato está condicionada a acontecimentos naturais independentes da interferência do homem, que poderá ser apenas indireta.

Nas hipóteses em que uma norma legal descreve a existência de determinado fato, a sua ocorrência produzirá efeitos jurídicos; por isso, a ele denominamos fato jurídico. Caso os efeitos jurídicos sejam produzidos na área do direito administrativo, tratar-se-á de um fato administrativo, como no caso da morte de um servidor público (que gera a vacância do cargo anteriormente ocupado por ele), ou do simples decurso do tempo (que gera a prescrição administrativa). Contudo, quando a ocorrência de um fato não produzir nenhum efeito jurídico ligado ao direito administrativo, estaremos diante de um fato da Administração. O termo atos da Administração, por sua vez, representa o gênero composto por todos os atos praticados no exercício da função administrativa. Ora, o próprio Código Civil Brasileiro dá a chave para obtermos a definição de ato administrativo. Se ato jurídico é toda manifestação lícita da vontade humana que tem por objetivo imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar e extinguir direitos, o ato administrativo, sendo espécie de ato jurídico, nada mais será do que todo ato produzido por agente credenciado da Administração, que tem por efeito imediato a aquisição, o resguardo, a modificação, a transformação ou a extinção de direitos, em matéria administrativa. Assim, temos as seguintes características do referido instituto: 1) é uma declaração jurídica que produz efeitos, como a certificação, declaração, criação, extinção, transferência, ou modificação de direitos ou obrigações; 2) provém do Estado, ou de quem esteja investido de prerrogativas públicas; 3) a autoridade que o pratica encontra-se regido pelo Direito Público; 4) é providência jurídica complementar à lei (infralegal ou sublegal) a título de lhe dar cumprimento (todavia, excepcionalmente, existem atos administrativos complementares à Constituição – infraconstitucionais); 5) submete-se a exame de legitimidade pelo Poder Judiciário (controle judicial), podendo ser invalidados em casos de ilegalidade. Esta definição engloba, além dos atos administrativos em sentido estrito, os atos normativos da Administração Pública, que são gerais e abstratos (como regulamentos, instruções e resoluções), além dos atos convencionais (os contratos administrativos). Por outro lado, pode ser adotado um conceito em sentido estrito, levando-se em conta apenas os atos administrativos que apresentem as características de concreção e unilateralidade, excluindo-se os atos normativos da Administração Pública (gerais e abstratos) e os atos convencionais (contratos administrativos). [...] Pra que o ato administrativo se aperfeiçoe, reunindo condições de eficácia para a produção de efeitos jurídicos válidos, a sua estrutura deverá ser composta por certos requisitos: competência, finalidade, forma, objeto e motivo. A competência é o primeiro e o mais importante requisito exigido para a prática de um ato administrativo. Trata-se de um requisito de ordem pública, que resulta da lei, intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. [...] Nesse sentido, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 401) definem a competência como o “poder legal conferido ao agente público para o desempenho específico das atribuições de seu cargo”. Por ser elemento vinculado de todo ato administrativo, sempre que um agente praticar um ato sem a devida competência, ou quando ultrapassar os limites por ela delimitados, esse será inválido “por lhe faltar elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração” (MEIRELLES, 2004, p. 149). [...] Assim como a competência, a finalidade também é um requisito vinculado de todo ato administrativo, porque o ordenamento jurídico não permite que a Administração Pública atue de maneira a distanciar-se ou desviar-se da finalidade pública. Representa, pois, o interesse público a ser atingido, indicado pela lei de maneira explícita ou implícita, sendo vedado ao administrador, em quaisquer hipóteses, escolher outra finalidade a ser atingida pelo ato, ou substituir a prevista em lei (MEIRELLES, 2004, pp. 149-150). As atividades desempenhadas pela Administração Pública são voltadas para a realização do interesse coletivo; portanto, os atos deverão buscar o fim público, caso contrário, serão considerados nulos. Quando o administrador alterar a finalidade, contida explicitamente na norma legal ou de modo implícito no ordenamento jurídico, restará caracterizado o desvio de poder, o que torna o ato administrativo passível de invalidação, em razão da ausência da finalidade pública – um dos seus requisitos de validade. [...] A forma – requisito vinculado para a edição, modificação e desfazimento do ato administrativo – pode ser definida como o revestimento material exteriorizador do ato. Em princípio, todo ato administrativo é formal e, normalmente, na forma escrita; todavia, existem atos que se manifestam sob as formas de ordens verbais (nos casos das instruções de superior a inferior hierárquico) e sinais convencionais (como ocorre no trânsito e nas abordagens policiais) (MEIRELLES, 2004, pp. 150-151). Se no direito privado os atos jurídicos gozam da liberdade de forma (desde que não seja utilizada uma proibida por lei), com os atos administrativos é diferente, visto que estes se submetem a um regime jurídico de direito público, e para esse ramo do direito a liberdade de forma é a exceção. A forma é, em regra, um requisito vinculado, haja vista que a lei define previamente o modelo de exteriorização a ser utilizado em um ato administrativo (por exemplo, decreto, resolução, portaria). Entretanto, em alguns casos, a lei prevê mais de uma forma possível para a edição de um mesmo ato; nessas hipóteses, haverá discricionariedade em relação à forma. [...] O objeto é o conteúdo do ato administrativo, por meio do qual a Administração Pública cria, modifica ou comprova determinadas relações jurídicas que digam respeito a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à tutela do Poder Público (MEIRELLES, 2004, p. 152). É um requisito que poderá ser vinculado – nos casos em que a lei apontar apenas um objeto como possível para a consecução de algum fim –, ou discricionário – quando existirem vários objetos possíveis, previstos em lei e voltados para a consecução do mesmo fim. [...] Como último requisito, surge o motivo, definido como pressuposto de fato e de direito que determina ou autoriza a edição do ato administrativo, sendo responsável por integrar a perfeição do ato. (MEIRELLES, 2004, p. 151). O motivo do ato administrativo, a depender do caso, poderá ser vinculado ou discricionário. Será vinculado quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva. [...] Por outro lado, será discricionário quando: a) a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; b) a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa. A motivação, prevista expressamente como princípio[7] pela Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, é a indicação dos pressupostos fáticos e jurídicos que possibilitaram a prática do ato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações ocorridos e a sua edição. O princípio constitucional da moralidade (CF, art. 37, caput) e outras passagens da nossa Lei Maior[8] (art. 1º, II, parágrafo

único; art. 5º, XXXV) fundamentam a obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos, que só não existirá quando a lei a dispensar, ou caso seja incompatível com a natureza do ato. Assim, a Administração Pública deverá, ao praticar um ato, indicar o motivo que impulsionou a sua atuação. Quando a matéria de fato ou de direito em que se fundamenta o ato for materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido, o ato poderá ser invalidado judicialmente. [...] Para conseguir concretizar o interesse do povo – titular da coisa pública –, a Administração precisa estar em posição de supremacia sobre os particulares. Destarte, ela dispõe de poderes-deveres que a auxiliam na busca da realização da finalidade pública. Não obstante, o exercício dos poderes administrativos deve se dar sempre conforme a lei, haja vista que um Estado Democrático de Direito subordina-se ao princípio da legalidade, com o escopo de combater os abusos de poder e as arbitrariedades. Desse modo, os poderes exercidos pela Administração Pública são regrados pelo ordenamento jurídico. Há casos em que tal regramento atinge os vários aspectos de uma determinada atividade, isto é: a lei estabelece a maneira pela qual a Administração Pública deverá agir, sem deixar opções – temos aí o poder vinculado. A vinculação existirá quando uma lei, ao regular determinada situação, antecipar (ou estabelecer) de maneira rigorosamente objetiva os requisitos necessários para a edição de um ato administrativo perfeito. Assim, sempre que a situação hipotética regulada pela lei ocorrer, a Administração Pública (ou quem lhe faça as vezes) deverá atuar concretamente, através de um ato administrativo que será vinculado (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 885). O poder vinculado não deixa opções ao administrador, pois estabelece previamente a forma através da qual se dará a sua atuação – a lei, diante de certa situação de fato, prevê uma única solução possível. Em tais casos, pode ser dito que os particulares, desde que preencham certos requisitos, possuem o direito subjetivo de exigir da Administração Pública a prática de determinado ato administrativo (como, por exemplo, a outorga de uma licença para dirigir automóveis ou de uma admissão para estudar em uma escola pública) Por outro lado, em certas hipóteses a lei não rege todos os aspectos de uma determinada atividade administrativa, deixando uma parcela de liberdade decisória para que o administrador, diante do caso concreto, escolha uma dentre as soluções possíveis e válidas. Nessas hipóteses, a Administração Pública faz uso do poder discricionário, que lhe permite encontrar uma solução para o caso concreto seguindo critérios próprios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade. Ao conceituar a discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 48) nos lembra que o seu exercício deve estar sempre condicionado aos limites de razoabilidade, de modo que seja possível concretizar a finalidade legal: Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. O motivo e o objeto são requisitos do ato administrativo que, a depender da situação, poderão ser discricionários, ou seja, poderão ser decididos livremente pela Administração Pública, desde que respeitado o princípio da legalidade e por conseguinte, os princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Destarte, percebe-se que o motivo e o objeto do ato administrativo discricionário guardam relação direta com o mérito administrativo, porque este estará presente “toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as consequências ou vantagens do ato” (MEIRELLES, 2004, p. 152). O princípio da legalidade nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, já que a lei ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. Aqui se enquadra aquela máxima de que, na relação administrativa, a vontade da Administração é que decorre da lei. [...] Na realidade, essa prerrogativa, como todas as demais dos órgãos estatais são inerentes à ideia de “poder” como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular. [...] Diversos são os fundamentos que os autores indicam para justificar esse atributo do ato administrativo:

1. O procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei;
2. O fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos;
3. A necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular;
4. O controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade;
5. A sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

[...]

Presunção relativa, é certo; contudo, é do devedor o ônus de produzir a prova que elida essa presunção, devendo apontar e comprovar os vícios, formais ou materiais.

Não se trata, portanto, da presunção absoluta, juris et de jure, que é aquela que não admite prova em contrário. Outrossim, caberá ao devedor apresentar prova inequívoca capaz de afastar a referida presunção”.

(autora citada in Direito Administrativo, 30ª edição, Editora Gen Forense, 2018).

No caso concreto, diante dos vícios apontados, verifica-se a contaminação tanto da forma quanto da finalidade, em evidente descompasso com o ordenamento jurídico pátrio. Torna-se, assim, imperativa a necessidade de expurgo do ato administrativo — contrato de compromisso arbitral — do mundo jurídico, conforme corretamente delineado pelo juízo de primeiro grau. Por essa razão, deve ser mantida a pretensão de anulação do ato, rejeitando-se, portanto, a tentativa da apelante Construtora Ouro Verde Ltda. (e outros) de revalidá-lo.

2. Da caracterização da improbidade Administrativa

Em seu apelo, pugna o *parquet* “para que seja reformada a sentença ora impugnada e sejam todos os apelados CONDENADOS nos termos da exordial”.

Diante do novo espectro normativo trazido à Lei de Improbidade Administrativa, pela n. 14.230/2021, convém estabelecer alguns conceitos.

2.1 Do conceito de Dolo e sua prova

Convém aqui, destacar um mini teorema sobre o dolo.

Destaco a lição do prof. Renato Brasileiro de Lima:

Não há como negar que umas das tarefas mais ingratas para a acusação no processo sancionador é a prova do dolo do agente, seja porque o elemento subjetivo carece de dimensão material, seja pelo fato de ser ele anterior à própria conduta. Para além disso, como o acusado não é obrigado a fazer prova contra si mesmo em virtude do princípio que veda a autoincriminação, jamais poderia ser constrangido a confessar sua verdadeira intenção por ocasião da prática delituosa. A solução, então, é inferir seu estado anímico com base em circunstâncias fáticas objetivas externas de seu comportamento. [...] O objeto central da fonte de significação denominada "dolo" está vinculada ao conceito de má-fé. Originariamente, o conceito de dolo (do latim dolus, doli) não era sinônimo de "má-fé", sendo que a carga pejorativa que atualmente possui foi adquirida, através dos tempos, notadamente pela sua conceituação jurídica. Era sim expressão que significava artifício, maquinação, engenho, esperteza, tanto que os romanos distinguiam o dolo "bom" do dolo "mau", onde o primeiro seria o artifício "legítimo" e o segundo seria artifício "perverso", coligado ao negócio entre duas partes. A palavra "dolo" ganhou significado negativo, alçada a esta condição, exatamente pelo conceito jurídico-normativo que ganhou do direito civil e, especialmente, do direito penal. Foi a partir do direito penal que a termo "dolo" adquiriu notável carga semântica e, deixando de ser palavra substantiva, passou a adjetivar tudo aquilo que é "querido por má-fé", e o que era sinônimo de "artifício de má-fé", passou a significar a própria "má-fé". No direito penal, é comum vermos o conceito de dolo como o "querer do resultado típico", ou "a vontade dirigida à realização do tipo penal". Verifica-se que há uma justaposição do elemento subjetivo (vontade) ao elemento objetivo (resultado típico lesivo a bem jurídico), cuja integração se dá exatamente pelo vínculo dirigido pelo agente, através do dolo. No direito civil, por não haver uma correlação direta da expressão de vontade com uma norma tipicamente proibida, como no direito penal, o conceito de dolo tem uma visão mais aberta e mais próxima da origem romana. Caio Mário da Silva Pereira conceitua dolo como "a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir. Percebe-se, claramente, que a ideia de dolo, tal qual no direito penal, se aproxima do elemento volitivo do agente e, partindo desta vontade, se espalha no ato juridicamente relevante, sob a forma de infração ou falta (ilícito). Neste aspecto, o único elemento aparentemente diferenciador é que o direito civil, por não estar vinculado diretamente a um rol de tipos proibidos, é mais rigoroso no sentido de estabelecer a imprescindibilidade do "conhecimento da ilicitude", como elemento caracterizador. Esta conclusão não é diferente no direito administrativo. Ao se buscar estabelecer uma parametrização dos conceitos do dolo, recorrendo-se à doutrina, percebe-se que, em muitos casos, há equiparação dos conceitos de dolo no direito administrativo, ora ao direito penal, ora ao direito civil. Em alguns casos, o elemento "dolo" somente foi situado como elemento integrativo do ato administrativo juridicamente relevante. Tal ideal conceitual repete-se com relação ao Direito Sancionador. O dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie. [...] Hugo Nigro Mazzilli afirma que "o dolo (para fins de aplicação da lei de improbidade) que se exige é o comum; é a vontade genérica de fazer o que a lei veda ou não fazer o que a lei manda." Fábio Medina Osório, também, sobre a improbidade administrativa, afirmou que "O dolo é a vontade e a consciência de realizar a conduta, ou seja, o caminho intencional percorrido pelo agente. A intenção pressupõe a consciência." Rita Tourinho também esboçou a aplicação do conceito do dolo em direito administrativo: "Dolo e culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado. (...) Age com dolo quem atua visando que seu ato contrarie o direito ou quer contrariar o direito e atua para isso. (...) Transportando esta noção para o direito administrativo, age com dolo o agente que voluntariamente realiza determinada conduta proibida pela ordem jurídica. O dolo em direito administrativo deve obediência ao princípio da tipicidade (não existe hipótese legal de sanção administrativa, sem prévia previsão de sua ilegalidade), mas não se vincula restritivamente ao tipo, como é voz corrente no direito penal. Basicamente, o princípio conceitual do dolo, em direito administrativo se baseará em uma contraposição ao "tipo" administrativo, se baseará no desrespeito à legalidade exigida para o ato e se baseará na necessária conclusão de que tal desrespeito baseou-se em uma vontade dirigida contra a boa-fé estatal (princípio reitor da finalidade administrativa). O dolo, em direito administrativo, não se localiza no tipo, como na teoria finalista para o direito penal. Tal constatação decorre da falta de previsão de aplicação de sanção por "tentativa de ilícito administrativo". Tampouco, o dolo se compõe na mera ilegalidade do ato, visto que, nas hipóteses de infração administrativa juridicamente relevante, há que se fixar, além da mera transgressão aos vínculos da lei a necessária avaliação do dolo. Assim, não basta a ilegalidade do ato, mas também a avaliação subjetiva do ato do agente para se formar juízo claro de reprovabilidade. O professor Celso Antônio Bandeira de Mello defende claramente a aplicação do princípio da tipicidade ao Direito Administrativo, no que é seguido, sem embargos, por outros estudiosos do fenômeno da sanção administrativa: "O pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os sujeitos saberem previamente qual a conduta que não devem adotar ou a que devem adotar para se porem seguramente a salvo da incursão na figura infracional (...). A ser de outro modo, além de as sanções estabelecidas para a incursão neles não terem como cumprir a função que lhes é própria, os sujeitos viveriam em área permanente, por ignorarem como deveriam proceder para estarem ajustados ao Direito, pois tanto poderiam incorrer como não incorrer nelas ao sabor do acaso, isto é, independentemente de suas próprias vontades de escolherem o comportamento conforme ou não ao Direito – o que, a final, seria a própria negação da ordem jurídica." A tipicidade dos ilícitos administrativos é condicionante da aplicabilidade da sanção. Não é a mera transgressão da tipicidade que determina a aplicação da sanção: diferentemente do direito penal, onde o cometimento do ilícito sugere imediata sanção, o direito administrativo deverá reclamar uma segunda etapa de interpretação. É que os "tipos" administrativos não contêm em si o dolo como no Direito Penal. Sua existência é vetor da ocorrência de ilegalidade, ou seja, de transgressão à lei. O exame da aplicabilidade da sanção deverá percorrer, além da avaliação da ilegalidade (requisito objetivo), a avaliação subjetiva, ou seja, o atuar do agente público, de modo a apurar o elemento volitivo que impulsionou o ato. [...] A grande incidência do princípio da

moralidade é indicar por que caminho deve seguir a vontade de agente público: não se admitem atos contrários à lei, mas também não se admitem atos contrários à razoabilidade, ao bom senso, ao interesse público, à finalidade pública. E, se o princípio da moralidade serve como um limitador do desvio de atitude do agente público, há que se notar que sua compreensão depende da avaliação do ato do agente e de seu aspecto subjetivo: a vontade do agente. Por isso, a violação à moralidade e à boa-fé representa indicativo claro da presença do elemento subjetivo de desvio: dolo. Violação à legalidade pode ensejar a anulação do ato, mas pode absolver o agente caso se comprove erro sobre as circunstâncias do fato. Violação à moralidade, porque é um princípio que exige a expressão volitiva do agente em prol da finalidade pública é elemento eficaz para imputar o desvio de conduta, notabilizado pelo dolo ou pela culpa. Já se disse antes que há tipos administrativos que, simplesmente, ignoram a necessidade de perscrutar o elemento subjetivo. Mas, para aqueles que expressamente impõem tal exigência, a avaliação da moralidade do ato é instrumento indicativo eficaz para a responsabilização subjetiva. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro caracteriza, claramente, a indicação do princípio da moralidade, como um princípio de característica jurídica e ética. O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. – A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (Parte da ementa do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2661, rel. Celso de Mello, j. 05/06/2002) [...] A técnica de comprovação do dolo deve ser realizada com os mesmos mecanismos com que se aborda a observação da ilegalidade do ato ou atividade administrativa, como asseverado pelo grande mestre administrativista: levam-se em conta diversos elementos para a caracterização da responsabilidade subjetiva 26. Deverá ser uma abordagem de constatação, baseada na regra de proibição tipificada normativamente somada a uma avaliação interpretativa da realidade concreta (avaliação dos fundamentos, meios e fins que justificaram o ato). O resultado da avaliação probatória, portanto, aceita os elementos normativos e os elementos interpretativos e deve operar no sentido de afirmar se houve ou não desvio de intenção do agente. Juarez Freitas aponta para esta soma de fatores afirmando que “sem uma visão sistemática e substancialista do Direito, faz-se impossível dar conta das características funcionais do sistema”.

Além disso, servem de indicadores algumas observações extrínsecas que sempre são convenientes à avaliação fática. Os tipos administrativos que contenham correlação lógica com tipos penais²⁹ aproveitam, na sua interpretação, a teorização do dolo, inclusive com a repercussão da sentença penal como indicador da responsabilidade subjetiva. Assim, a técnica penal servirá de elemento orientador, nestes casos, para a imputação do dolo na infração administrativa. A evidente verificação da irrazoabilidade da medida também demonstra cabalmente a intenção desviada, visto que se for impossível ao exercício lógico-abstrato deduzir alguma finalidade pública na medida administrativa, estará evidente o elemento subjetivo contra legem. Concorrem, da mesma forma, como evidências do dolo do agente, a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e na conclusão dos atos, evidências claras de indisposições de caráter pessoal ou de ordem política para a realização ou omissão do ato e a desproporcionalidade do conteúdo do ato e os fatos que os embasou. A atividade completamente discrepante à conduta habitual da Administração em casos similares, serve, também, como instrumento indiciário para a responsabilização do agente. Por fim, em razão das consequências materiais do ato, pode-se infirmar a existência do elemento volitivo desviado, como a prova material de que o agente obteve vantagem de índole pessoal ou patrimonial ao realizar tal ato. Neste caso, embora haja necessidade de se comprovar o vínculo causal entre o ato e a obtenção da vantagem é elemento que pode indicar claramente a existência do dolo. Aliás, esta hipótese (obtenção de vantagem pessoal ou patrimonial para o agente) é tratada apenas na forma dolosa pela lei da improbidade administrativa (art. 9º da Lei n.º 8.429/92), visto que considera impossível que alguém vá obter, culposamente, vantagem pessoal a partir de um ato ilícito. Outro elemento que pode ensejar a comprovação do dolo é a inexistência de causa justificável para a realização do ato ilícito (ausência de excludentes de responsabilidade subjetiva, situadas nas hipóteses de erro, que estão discorridas em tópico a seguir) A avaliação, portanto, do conjunto probatório demonstrativo do dolo leva em conta a análise conjuntural das circunstâncias mediatas e imediatas relacionados ao ato ou atividade administrativa. Vale como técnica de interpretação e valoração que deve ser adequada construtivamente pelo aplicador do direito e esta técnica deve ser adequada construtivamente pelo aplicador do direito e esta técnica deve estar exaustivamente motivada na decisão aplicadora da sanção (seja por julgamento administrativo ou sentença judicial). (autor citado in Legislação Criminal Especial Comentada – Teoria do Dolo – Prova Indiciária do dolo, pg 672, Editora Juspodivim, 8ª edição, 2022).

E com didática ímpar, o prof. Marcos Augusto Brandalise, leciona:

Dolo no Direito Penal: Visão geral. Um contributo à improbidade No Direito Penal, o dolo está previsto no art. 18, I, do CP, que define o crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Daí decorre a previsão do dolo direto e do dolo eventual. No âmbito do Direito Penal, o estudo do dolo está inserido no contexto da teoria do delito (causalista, finalista, funcionalismo, etc). A questão é que, para a justificação do dolo no Direito Penal, poucas não foram as teorias que surgiram para tentar justificá-lo. Conforme Stefan, destacam-se as seguintes: Teoria da vontade, segundo a qual o dolo é a vontade voltada ao resultado, de modo que o sujeito que realiza a conduta volitiva dolosa, o faz tendo o conhecimento do resultado e mesmo assim realiza seu propósito, intencionalmente, em busca do resultado. Oportuna a anotação do professor Cezar Roberto Bitencourt de que “Essa teoria não nega a existência da representação (consciência) do fato, que é indispensável, mas destaca, sobretudo, a importância da vontade de causar o resultado.” Para ele a vontade e a consciência (representação) são “irmãs siamesas [...], pois a previsão sem vontade é algo completamente inexpressivo, [...] e a vontade sem representação, isto é, sem previsão, é absolutamente impossível, eis que vazia de conteúdo.” Teoria da representação: Haverá dolo com a conduta comissiva ou omissão considerando a previsibilidade do resultado como já alcançado (certo) ou alcançável, ainda que o agente não o queira produzi-lo. Há correspondência, portanto, entre dolo eventual e culpa consciente. Teoria do assentimento ou consentimento, consentimento ou anuência: É dolosa a conduta do agente que consente com o resultado, o que equivale ao querer. De outro modo: sendo previsto o resultado, há dolo na conduta daquele que assumiu o resultado de alcançá-lo. A conclusão referida por Bitencourt permite compreender a questão do dolo na improbidade, se analisada a partir do Direito Penal, na medida em que as diferenças entre a teoria da vontade e da representação, permitiram chegar “à conclusão de que dolo é, ao mesmo tempo, representação e vontade.” Isso porque “é através da constatação desses dois elementos estruturais do dolo que o operador jurídico poderá chegar à conclusão de que o autor da conduta típica tomou uma decisão contra o bem

jurídico. O CP brasileiro adotou a teoria da vontade (dolo direto, primeira parte do inciso I do art. 18 do CP) e teoria do assentimento em relação ao dolo eventual (segunda parte do inciso II do art. 18 do CP). Para o fim que estamos tratando, importa a teoria da vontade (pois não há previsão na lei de improbidade de dolo eventual), assim entendida o desejo voltado à obtenção do resultado. Para o reconhecimento da conduta como dolosa, é necessária a integração de dois elementos: o volitivo e (+) o intelectual. No elemento intelectual "o sujeito deve saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica." Em curtas palavras, é a consciência da convergência subjetiva com a típico-objetiva. O aspecto volitivo consubstancia-se na vontade do agente em realizar a conduta típica e "corresponde, portanto, à intenção (como modalidade de dolo), em que o autor se propõe à consecução do resultado típico." O dolo, assim, é composto pelo "saber" e pelo "querer". O agente que tendo ciência da conduta ilícita e agita sua vontade em realizar a conduta com vista ao resultado, age com dolo. Não basta apenas "ter conhecimento" sem a vontade; e a "vontade" sem o conhecimento também é insuficiente para carrear o dolo. É a conjugação dos dois elementos que resulta o elemento subjetivo doloso. Essa sucinta digressão para dizer que o dolo é a consciência adicionado a vontade. E é justamente essa disposição que integra o conceito de dolo insculpido no art. 1º, §2º da lei de improbidade ao considerar o dolo "a vontade livre e consciente". A parte final é absolutamente despicienda, pois ao estatuir que não "basta a voluntariedade" do agente, nada mais faz do que dizer o óbvio, ou seja, não basta, isoladamente, a voluntariedade. Correto. É necessário o segundo elemento: a consciência da ilicitude, o que já consta na primeira parte. Em nosso entendimento, a parte final é a conformação do dolo em si. Como norma de interpretação autêntica, o dispositivo legal apenas definiu, nas exatas palavras do legislador, o dolo de acordo com a teoria da vontade (consciência e vontade). Assim, dizer que é necessária a vontade e a consciência para a configuração do ato ímprobo e, de outro lado, dizer que é necessário o dolo é, em nosso entendimento, redundante. Essa análise, aliada à leitura da justificativa do anteprojeto, conduz a asserção de que o §2º do art. 1º da lei 14.230/21 exigiu o dolo como elemento subjetivo para a caracterização do ato de improbidade. Dolo e dolo "específico": Rápida abordagem a partir do Direito Penal A distinção entre dolo e dolo específico conduz a caminhos diferentes, tanto no direito material quanto no processual (destacadamente no ponto probatório). Sua compreensão conceitual é condição inicial de partida para a estruturação dogmática. Conforme lições de Hungria, o dolo "conceitualmente, é a vontade a exercer-se por causa ou apesar do previsto resultado antijurídico". Noronha assevera a respeito do dolo que "Age dolosamente quem atua com conhecimento ou ciência de agir no sentido do ilícito ou antijurídico, ou, numa palavra: com conhecimento da antijuridicidade do fato." Basileu Garcia também entende que "Dolo vem a ser a vontade, que tem o agente, de praticar um ato, incriminado como delito, consciente da relação de causalidade entre ação e resultado." Aníbal Bruno analisa o elemento subjetivo porque "No dolo, o indivíduo sabe o que quer e decide realizá-lo, consciente de que o seu querer é ilícito. [...] O dolo é, portanto, representação e vontade em referência a um fato punível, que o agente pratica sabendo ser o mesmo ilícito." Welzel dispõe que "Dolo em el sentido del derecho penal, significa el querer realizar, no solamente el querer aspirar. Pues querer es un verbo auxiliar que necesita siempre de un verbo principal para la determinación precisa del contenido, y este contenido es para el concepto del dolo el querer realizar". Nesse panorama, cabe analisar qual a compreensão do dolo "específico" na improbidade. Consigna-se, desde já, que partilhemos do entendimento de que "Essa classificação de dolo genérico e dolo específico, a nosso ver, encontra-se superada em face da teoria finalista da ação. Entendemos que o dolo é natural, uno, variando de acordo com a descrição típica de cada delito, não podendo ser confundido com os demais elementos subjetivos do tipo." A denominação de dolo "específico" é refutada por significativa parte da literatura, como diz Sanches "Esta denominação também é relativa à teoria causalista e indicava que o tipo penal trazia destacado o especial fim de agir. Atualmente, sob a égide da teoria finalista, a expressão cede lugar a elemento subjetivo do tipo ou do injusto." Em arremate, tem-se que com a adoção no Direito Penal pátrio - em grande parte - da teoria finalista, a distinção entre dolo e dolo específico perdeu parcela (se não toda) de sua importância, na medida em que já há valoração da vontade cognitiva para a confirmação do dolo. Dolo "específico" no ato de improbidade administrativa O dolo específico, firmado a partir da teoria causalista, a qual não tem sido aderida em solo pátrio, mas que, por deferência ao debate, põe-se em causa, é constituído pelo dolo genérico (vontade mais conhecimento) acrescido da chamada especificadora ou especificante. "Quando a lei menciona ou pressupõe um fim especial e tal fim fica sendo elemento integrante do dolo, este é específico. O dolo genérico não exige qualquer fim particular." Porém, de outro lado, o que a literatura tem sustentado é que, a partir da teoria finalista da ação, fala-se em elemento subjetivo do injusto ou elemento subjetivo do ilícito, elemento subjetivo do tipo ou finalidade específica do dolo. O §2º do art. 1º da lei de improbidade definiu o dolo como vontade livre e consciência de praticar as condutas "tipificadas" nos arts. 9º, 10 e 11. Refere, na parte final, ser insuficiente a mera voluntariedade (óbvio). A regra, portanto, de acordo com a lei de improbidade administrativa, na redação que lhe foi dada pela lei 14.230/21, especificamente no seu §2º do art. 1º, é que a conduta, para ser definida como ímproba, deve ser dolosa. Diz a literatura que "será considerado, portanto, dolo específico não aquela ausência de diligência em se praticar o ato, mas de não atuar com diligência necessária e assim possibilitar o ato". Na obra de Neves e Oliveira, o fundamento utilizado para concluir pela necessidade do dolo específico é que a partir da lei 14.230/21 se "supera o entendimento jurisprudencial para exigir, a partir de agora, o dolo específico para a configuração da improbidade" e arremata, em conclusão, que a improbidade administrativa somente ocorrerá com a comprovação do dolo específico "inexistindo, portanto, a modalidade culposa de improbidade, ainda que a culpa seja grave e o erro seja grosseiro". Assim, a partir da harmonização hermenêutica entre os dispositivos mencionados, define-se dolo, para os fins da Lei de Improbidade Administrativa, como vontade livre e consciência, voltada à prática de quaisquer condutas tipificadas como improbidade, seja na lei de regência, seja em leis esparsas, praticadas pelo sujeito ativo, com o fim de obter proveito próprio ou benefício indevido para si ou para outrem. A norma do §2º do art. 1º prevê o dolo direto, enquanto os §§ 1º e 2º ambos do art. 11 complementam o elemento subjetivo do injusto ao exigir um propósito específico, consagrado pela fórmula "com o fim de". (autor citado in O dolo na lei de improbidade administrativa a partir da lei 14.230/21, vide sítio eletrônico www.migalhas.com)

À luz de tais conceitos – especialmente sobre a constituição elementar do dolo sobre o manto sancionador - passo à análise dos autos.

2.2 - Da responsabilidade, dolo específico e prova da Construtora Ouro Verde, Isequiel Neiva, Luciano José da Silva, Juliana Miyachi e Luiz Carlos Gonçalves

Aqui, sinteticamente reportar os fatos em apuração.

O Ministério Público ajuizou a presente ação, ao fato do pagamento de indenização, pelo Departamento de Estradas e Rodagens – DER/RO, autorizado pelo seu Diretor-Geral, Isequiel Neiva, o valor de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões) para a Construtora Ouro Verde Ltda, referente a reajuste, realinhamento e serviços realizados e não pagos resultantes dos Contratos nº 046/2009/GJ/DER/RO e nº 114/09/GJ/DER/RO, que tiveram por objeto a construção de ponte em concreto protendido sobre o Rio Machado em Ji-Paraná/RO.

Em um primeiro olhar, tais fatos são dotados em breve singeleza, e torna-se, aparentemente, mais um comum ato igual como os milhares atos praticados pela Administração Pública em geral no país inteiro.

Contudo, vasculhando os pormenores, verifica-se tamanha ilegalidade, e especialmente, dolo específico de fraudes o erário em benefício de terceiros.

Deve ser trazido à superfície os elementos (que estavam, subterfugamente enterrados) que levam à prática de improbidade.

Com efeito, como já destacado no capítulo anterior (para fundamentação da nulidade do ato administrativo), a empresa Construtora Ouro Verde Ltda postulou indevidamente verbas de realinhamento de preços dos Contratos nº 046/2009/GJ/DER/RO e nº 114/09/GJ/DER/RO, referentes à construção de ponte em concreto protendido sobre o Rio Machado em Ji-Paraná/RO.

E por que digo que tal pedido era indevido?

Por vários motivos, e aqui, se desenrola o dolo específico dos representantes da Construtora Ouro Verde Ltda, Isequiel Neiva, Luciano José da Silva e Luiz Carlos Gonçalves, com o fim e propósito de, organizacionalmente, favorecer a citada pessoa jurídica em detrimento do erário, que se extraem dos autos condutas que incorrem no art. 10, e incisos da Lei de Improbidade Administrativa:

- a) promover o pagamento de indenização, ainda que incabível, decorrente de realinhamento de preços, quando a empresa sequer havia concluído a obra, cumprindo apenas parcialmente sua obrigação contratual;
- b) formular novo pedido de pagamento da referida indenização, mesmo após rejeição anterior, decisão esta já transitada em julgado (coisa julgada administrativa);
- c) desconsiderar decisão do TCE/RO, que havia determinado a suspensão do pagamento e reconhecido sua ilegalidade;
- d) ter acolhido o pedido (ID 25742288) de instituição de juízo arbitral, sem qualquer previsão contratual, contrariando norma legal, a fim de discutir coisa julgada administrativa, e o pior, ter aceitado a indicação da CAMAJI, sem qualquer objeção ou contraposição, em direcionamento explícito, consciente e ilícito, com evidente parcialidade;
- e) submeter ao juízo arbitral, pretensão administrativa (e judicial), absolutamente prescrita;
- f) submeter ao juízo arbitral a revisão de ato de império, vedados por lei, já que refogem ao conceito de julgamento de Direito, porquanto excluíram multa administrativa aplicada e impuseram, como elemento transação, a extinção de execução fiscal por parte do Estado de Rondônia.

Tais atos praticados com a intenção – ainda que com formação eventual – de organização, para, especificamente neste caso, de forma dolosa, favorecer a empresa. Eis aqui a intenção (dolo) específico de tais acusados: Construtora Ouro Verde, Isequiel Neiva, Luciano José da Silva, Juliana Miyachi e Luiz Carlos Gonçalves.

A conduta da Construtora Ouro Verde Ltda, por meio de seu sócio-gerente, Luiz Carlos Gonçalves, agiu dolosamente, com fins de obter proveito indevido em detrimento do erário, a medida em que, mesmo preclusa, prescrita, e tornada indevida pela Corte de Contas, sugeriu rediscussão, via Juízo Arbitral, ao Procurador-Geral do DER/RO, cooptando este para sua intentada, donde, inclusive, indicou a empresa privada para realizar tal julgamento, a CAMAJI (indicada pela construtora, e que seria paga e remunerada está, com evidente parcialidade).

Já destaquei anteriormente, os pedidos e propostas (colacionando tais documentos), da Construtora Ouro Verde Ltda., a conduta desta apelante incorre com perfeito amolde fático no art. 10, I, da Lei de Improbidade Administrativa.

Nenhum dos argumentos e/ou tese defensiva da recorrente – empresa e seu proprietário-gerente – tem o condão de desconstituir ou ilidir a prática ímproba com a presença do elemento anímico que a Lei lhe exige (dolo).

Destaco aqui que, a fim de evitar tautologias desnecessárias, remeto à trechos, passagens e documentos colacionados e transcritos anteriormente a fim de fundamentar a conduta ímproba e o dolo que ora, aqui se afirma existir.

Por seu turno, Isequiel Neiva e Luciano José da Silva (em favor de Luiz Carlos Gonçalves), em conluio, unidade de desígnios, de forma dolosa, a fim de simular o preenchimento dos requisitos de capacidade da empresa Ouro Verde, “deram baixa” na multa da empresa Ouro Verde que estava inscrita na Dívida Ativa (fls. 3.736); desistiram de execução fiscal da cobrança desta mesma multa (fls. 3.735 e verso) e, de forma proposital e maliciosamente, desordenam as folhas do processo, de modo que as páginas contendo a exclusão da multa e a desistência do processo de execução fiscal ficassem posicionados na frente nos autos, de modo a aparentar – a uma

fiscalização desatenta – que a empresa estava em condições de contratar com a administração pública. Assim, por consequência, estaria a Construtora Ouro Verde em condições legais de levar a controvérsia para o Juízo Arbitral (*Improbidade do artigo 10, II, da Lei Federal nº 8.429/92, no qual: “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie”.*)

Primeiramente, os citados Diretor e Procuradores Autárquicos incorreram em ofensa à Lei de Arbitragem, a medida em que a mesma estabelece:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

(g.n)

A Construtora Ouro Verde Ltda, não poderia contratar, e consequentemente, ser admitida no Juízo Arbitral, porquanto estava suspensa para contratar com a Administração Pública até o dia 02/03/2017, por aplicação de sanção aplicada, justamente pelo próprio DER/RO, que fora desfeita posteriormente, pelo próprio agente sancionador.

A improbidade detectada, por parte dos Gestores Autárquicos (um deles Diretor Geral do DER/RO e outro Procurador), Isequiel Neiva e Luciano José da Silva, vai além do favorecimento à empresa, para que esta aufera valor astronômico indevido.

Prova tal desígnio, o depoimento do servidor Gustavo, encarregado pela atuação das folhas e pelo andamento desses processos, mencionando em seus depoimentos sobre as folhas sumidas nos autos, chegando este último a insinuar que elas – possivelmente – teriam sumido no Gabinete da Direção Geral em razão da assinatura aposta no canto superior direito, junto da numeração. Neste sentido é o seu depoimento gravado em vídeo, com a mídia anexada às fls.117.

A conduta pecaminosa-voraz desses demandados, na condição de agentes públicos, de promoverem, a qualquer custo, regularização de uma situação ilícita a fim de favorecer a empresa (e neste mundo não há almoço grátis), leva à prática, dolosa, contida no art. 10, VII, da LIA.

E porque se deferiu o juízo arbitral, mesmo sendo ilegal? Justamente para dar aparência da existência de um direito (revitalizar um espectro de legalidade que já não mais existia), e aqui, entra outro personagem para consecução de tal intento: Juliana Miyachi, que não só subscreveu o contrato da CAMAJI, na formalização do juízo arbitral, mas como, especifica e dolosamente, proferiu decisão desfavorável ao erário, com decisão pra lá de deficiente (consciente de todo estratagema arquitetado).

Porque os atores vislumbam e se utilizam da ideia do juízo arbitral? Resposta simples: Pelo fato de que, por lei, uma decisão proferida em sede do juízo arbitral estaria protegida de desconstituição (em razão vedação ao Judiciário de contestar seu mérito), e consequentemente, além de protegida, dar-se-ia uma faceta de legalidade.

Para infortúnio dos atores citados, a contratação do juízo arbitral está condicionada ao cumprimento de requisitos legais, cuja observância pode ser aferida pelo Poder Judiciário (como já demonstrado em capítulo anterior desta decisão). Ademais, o uso indevido do referido instituto pode configurar, inclusive, prática de improbidade administrativa, como frequentemente ocorre, especialmente no presente caso.

E nisto, incorreu a Juliana Miyachi, que fora indicada pela Construtora Ouro Verde Ltda e remunerada por esta (tendo em vista que o DER/RO nada arcava com as despesas de sua contratação, o que leva à sua parcialidade) que, aderindo conscientemente à toda trama orquestrada (aqui indicando o dolo específico desta personagem), elaborou um julgamento sem qualquer correspondência fático-jurídica, de forma parcial, desfavorável à Autarquia demandada naquele juízo.

A título de exemplo, sobre o tema da prescrição, Juliana Miyachi fundamentou na criticada decisão do juízo arbitral (vide Ids 25742565, e seguintes):

“Quanto à preliminar arguida pela requerida, no tocante à prescrição, antes se faz necessário discorrer sobre o instrumento no âmbito do Direito Administrativo e, por conseguinte, do contrato administrativo. O prazo da prescrição, no processo administrativo, é quinquenal e o marco inicial para a contagem desse prazo ocorre no surgimento do direito, consoante previsto no ordenamento jurídico nacional. Há, porém, causas que suspendem e interrompem a prescrição. Os requerimentos administrativos suspendem o prazo prescricional pelo período em que estiver pendente de deliberação pela Administração, (art. 4º, parágrafo único. Decreto n. 20.910 de 6 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal). Podemos concluir, assim, que o prazo prescricional só volta a fluir novamente depois de o pleito administrativo ser analisado com a respectiva deliberação da Administração Pública. [...] A requerente, ao longo da execução do contrato, apresentou vários pedidos administrativos sobre o pleito guerreado. Essa informação pode ser confirmada na própria manifestação do DER, despacho assinado pelos engenheiros Rezek e Augusto, em 24/03/2017, senão vejamos: A empresa por diversas vezes requereu reiteradamente realinhamento de preços sem contudo demonstrar as variações de preços ocorridas, tendo sido INDEFERIDO em suas solicitações, vez que nem os preços dos insumos e nem os índices de reajustes da

FGV apontaram quaisquer variações que indicassem algum desequilíbrio econômico e financeiro da obra. A obra foi concluída e emitido os Termos de Recebimento Provisório e Definitivo em 15/02/2011, conforme anexo e todos atestaram o recebimento da obra, sendo a Comissão de Fiscalização, a Empresa Ouro Verde e o DER. Nos causa estranheza o fato de hoje (após 6 anos do recebimento do contrato) a empresa entrar com nova linha de reivindicação apontando agora serviços executados extra Contrato e/ou extra Processo, (negritamos). Em algumas desses pedidos apresentados pela requerente, só houve manifestação da requerida em datas relativamente recentes, portanto o prazo prescricional permaneceu suspenso, voltando a fluir há pouco tempo. Conforme relatado na descrição dos fatos, houve requerimento em 02/12/2010, pleiteando o pagamento dos serviços objeto da demanda e, diante da Inércia do requerido, a requerente buscou soluções junto ao Tribunal de Contas do Estado, cujo julgamento ocorreu em 18/04/2013. Em 23/10/2015, houve novo requerimento para reanálise do pedido de realinhamento de, preços, respondido apenas em novembro de 2016. Observamos também que o mesmo pleito foi realizado administrativamente, junto à requerida, cuja decisão de indeferimento foi assinada em 09 de janeiro de 2017. Forçoso concluir, pois, que não subsiste o fundamento apresentado, em sede de preliminar de mérito, referente ao instituto da prescrição. Assim, em que pese o recebimento definitivo da obra ter mais de cinco anos, a prazo prescricional de cinco anos estava suspenso. Resta afastada a preliminar de mérito no tocante à prescrição alegada pela requerida, uma vez que constam nos autos elementos suficientes a demonstrar a improcedência da alegação."

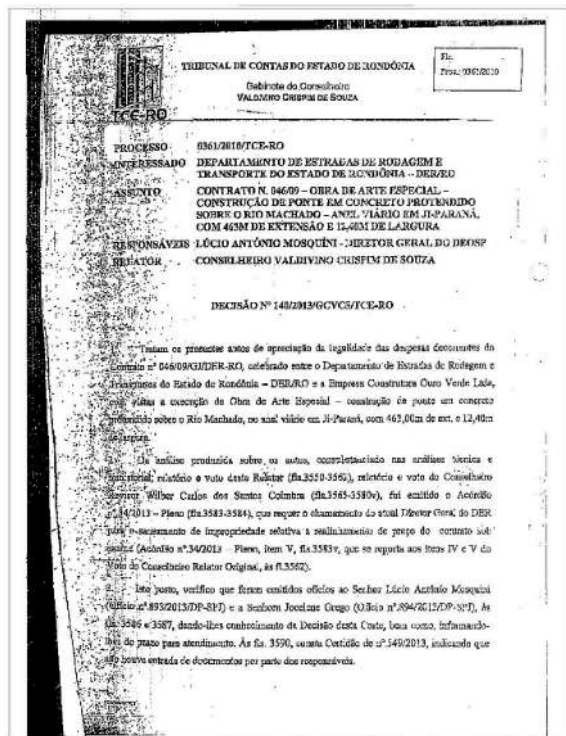
O primeiro argumento, de que os novos pedidos administrativos teriam interrompido a prescrição administrativa, é extremamente repulso, à medida em que, aqui, desprezou-se a jurisprudência da época de onde o col. STJ já havia sufragado o entendimento no sentido de que tais requerimentos não possuem efeito interruptivo:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA RECURSAL DA AUTORA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que o pedido de reconsideração apresentado na via administrativa não tem o condão de suspender a contagem do prazo prescricional. Incidência da Súmula 83 do STJ. 2. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt no AREsp: 2076484 BA 2022/0050738-1, Data de Julgamento: 26/09/2022, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/09/2022)

Noutro plano, o segundo argumento de que a decisão da Corte de Contas teria suspenso a prescrição, é algo, incrivelmente fora de lógica.

Ora, não houve simples suspensão por parte do TCE/RO do processo administrativo no DER/RO, houve declaração de ilegalidade do pagamento e determinação de recomposição do valor já pago.

Colaciono tal decisão do TCE/RO (vide ID 25742560):



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE RONDÔNIA
 Gabinete do Conselheiro
 VALDINO CRISPIM DE SOUZA

TCE-RO

4. Pelo exposto, considerando a necessidade de sanear os autos, **DECIDO** pela reiteração dos termos do Ofício nº 893/2013/DP-SPJ, dando conhecimento ao Senhor Lúcio Antônio Mosquin, atual Diretor Geral do DER, do Acórdão nº 34/2013 – Pleno, abrindo-se novo prazo para cumprimento da referida decisão, especificamente quanto aos itens abaixo relacionados (extraídos do voto do Conselheiro Relator Original, fls. 3562), a saber:

IV – Determinar ao Diretor Geral do DER que incorpore aos cofres do DER os valores pagos a título de realinhamento de preços, conforme item II desta Decisão, comprovando a esta Corte de Contas, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação desta Decisão;

V – Alertar o atual Diretor Geral do DER que o não atendimento das determinações nos prazos estipulados sujeitará o responsável à aplicação da sanção prevista no art. 55, IV da Lei Complementar nº 154/96;

5. Para subsidiar o responsável mencionado, faça acompanhar à notificação, cópia do relatório e voto deste Relator Original (fls.3559-3562), cópia do relatório e voto do Conselheiro Relator Wilber Carlos dos Santos Coimbra (fls.3565-3580), cópia do Acórdão nº 34/2013 – Pleno (fls.3583-3584), cópia do Ofício nº 893/2013/DP-SPJ (fls. 3585) e cópia desta Decisão.

6. Exatidão em o prazo de 15 (quinze) dias para que o responsável apresente justificativa junto a esta Corte acompanhada da documentação necessária, salientando que o não atendimento e/ou omissão deste Tribunal de Contas, sujeita-o à penalidade prevista no artigo 55, inciso IV, da Lei Complementar nº 154/96.

7. Encaminhe-se os autos ao Departamento do Pleno para cumprimento do disposto nos parágrafos 4, 5 e 6 desta Decisão.

8. Adote-se medidas de cumprimento desta Decisão.

Porto Velho, 06 de setembro de 2013

Conselheiro Valdino Crispim de Souza
 Relator

Importante ressaltar o seguinte trecho da citada decisão:

"Pelo exposto, considerando a necessidade de sanear os autos, DECIDO pela reiteração dos termos do Ofício nº 893/2013/DP-SPJ, dando conhecimento ao Senhor Lúcio Antônio Mosquin, atual Diretor Geral do DER, do Acórdão nº 34/2013 – Pleno, abrindo-se novo prazo para cumprimento da referida decisão, especificamente quanto aos itens abaixo relacionados (extraídos do voto do Conselheiro Relator Original, fls. 3562) a saber:

IV - Determinar ao Diretor Geral do DER que incorpore aos cofres do DER os valores pagos a título de realinhamento de preços, conforme item II desta Decisão, comprovando, a esta Corte de Contas, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da notificação desta Decisão; V- Alertar o atual Diretor Geral do DER que o não atendimento das determinações nos prazos estipulados sujeitará o responsável à aplicação da sanção prevista no art. 55, IV da Lei Complementar nº 154/96".

A decisão do juízo arbitral considerou apenas como mero ato suspensivo de direito e que não teria efeito de consumir a prescrição, não considerou que seria ato declaratório de inexistência de direito (destaque-se que a citada decisão da Corte de Contas remonta a ato anterior, ou seja, quando se decidiu o juízo arbitral, já teria ultrapassados mais de 5 anos).

Cujo acórdão colaciono (ID 25742560):

Tribunal de Contas do Estado de Rondônia
 Secretaria de Processamento e Arquivamento
 Departamento do Pleno

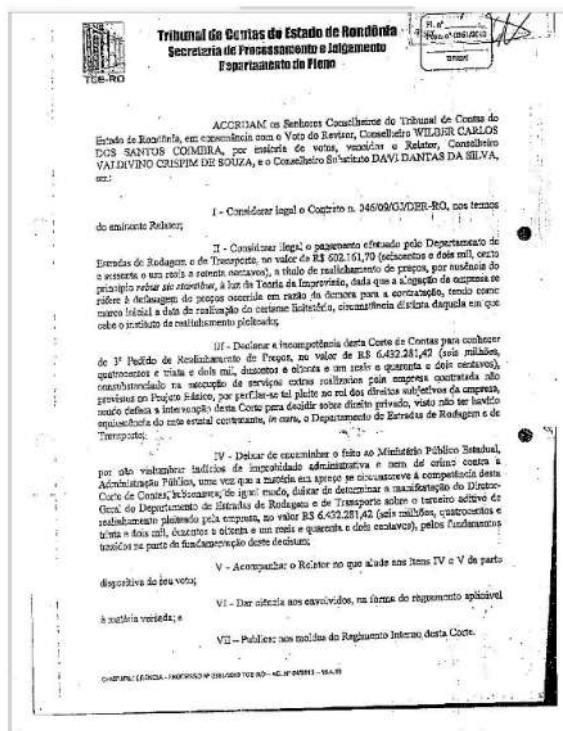
Fls.º
 Data: 11/09/2013
 00029

PROCESSO Nº: 0561/2010
 INTERESSADO: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM E TRANSPORTES DO ESTADO DE RONDÔNIA – DER/RO
 ASSUNTO: CONTRATO N.º 046/09 – OBRA DE ARTE ESPECIAL – CONVERSÃO DE PONTE EM CONCRETO PROTENDIDO SOBRE O RIO MACHADO – AEL VIÁRIO EM II-PARANÁ, COM 468M DE EXTENSÃO E 12,40M DE LARGURA
 RESPONSÁVEL: LÚCIO ANTÔNIO MOSQUINI
 REVISOR: DIRETOR-GERAL DO DER-RO
 CONSELHEIRO WILBER CARLOS DOS SANTOS COIMBRA

ACÓRDÃO Nº 34/2013 – PLENO

Análise de legalidade de atuação de contrato administrativo. Falha de realinhamento de preços. Não demonstração de ocorrência de erro de fato. Responsabilidade da pagamento. Pendência de notificação ao administrado quanto em face de plano de cobrança. Inaplicabilidade de tempo em abstrato de prazo. A não manifestação do poder público em face de plano de cobrança particular, em que se busca direito subjetivo de prazo, não compete ao Tribunal de Contas, mas o dever de manifestação, por garantir o direito do contratado no âmbito das decisões administrativas, sendo terreno próprio à competência das instâncias de Contas Administrativas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, que tratam do ajuizamento de legalidade ou ilegalidade de despesa decorrente da execução do Contrato n.º 046/09/DER-RO, em que figura como contratante o Departamento de Estradas de Rodagem e de Transportes do Estado de Rondônia e como contratado a Pessoa Jurídica de Direito Privado Construtora Ouro Verde Ltda., que tem como objeto a construção da ponte de concreto protendido sobre o Rio Machado, no AEL viário de II-Paraná, sendo objeto de execução e 468m de largura, inicialmente orçada em R\$ 16.327.378,93 (dezesseis milhões, trezentos e vinte e sete mil, trezentos e trinta e oito reais e noventa e cinco centavos), cujo todo dos autos consta.



E mais, a decisão do juízo arbitral, contrariando a determinação de julgamento de direito, portanto, vedando-se a equidade, decidiu no mérito (mesmo ID já destacado anteriormente):

Não seria justo nem razoável que a contratada realizasse as obras, e não fosse ressarcida dos gastos efetuados, simplesmente porque foram realizados sem os procedimentos formais e legais que regem os contratos administrativos; os quais deveriam ser obrigatoriamente e principalmente observados pela Administração Pública com quem contratou. Pensar ao contrário disso, seria penalizar a contratada e dar causa ao enriquecimento ilícito do Estado de Rondônia, pois que este vem se beneficiando e tirando proveito das obras realizadas.

Aqui, está-se decidindo com base em equidade, justiça, e não por direito, *stricto sensu* (aqui remeto a leitura da doutrina anteriormente citada que contém conceitos elucidativos sobre o instituto).

E porque tal decisão do juízo arbitral contém estes *aberratio juris*? Simples, porquanto tudo estava pré-determinado e pré-ordenado a promover a existência de um direito (inexistente) para a Construtora.

Adentrei no mérito da decisão do juízo arbitral, apenas para evidenciar o desvio de finalidade e categorizá-lo como um ato não-neutro e imparcial, mas sim, ato tendencioso e parcial (atropelando-se os mais princípios jurídicos de Direito Administrativo), sincronizado com a espírito da organização, específica neste caso, no sentido do favorecimento da empresa ora apelante.

E isso pode ser representado pelo depoimento do DER/RO, servidor José Alberto Rezek que declarou (vide Ata de Audiência de ID 25743460):

"(...) é especialista em Rondônia na formação de custo na malha viária; já trabalha no DER desde 1986; quem atua em orçamento e custos de obra é o depoente; faz parte da ABDER há 33 anos. [...] o dono da construtora conversou com o depoente várias vezes sobre realinhamento e sempre deixou claro que não haveria espaço para isso; antes de levar a ação pro juízo arbitral viu que o responsável pelo DER já tinha indeferido o pleito de realinhamento, não sabendo se foi 5 dias antes da propositura da ação no juízo arbitral; não é comum pedido de realinhamento de preço depois da conclusão da obra. [...] soube do pedido de realinhamento de 46 milhões de reais; considera que esse valor é incabível, porque o valor de 22 milhões já pago foi suficiente para realização da obra; [...] o valor de 46 milhões tinha por fundamento três motivos a) realinhamento sob alegação de preço defasado (aumento extraordinário), b) reajuste para correção de inflação pelo prazo a mais da construção da obra (TCE disse que não caberia essa correção se o pagamento atrasou pelo atraso da obra) e obras executadas e não pagas (área de vivência maior, por exemplo); não teve nenhuma documentação da fiscalização dizendo que essas obras a mais teriam sido feitas; [...] nunca viu antes enviarem para cobrança em juízo arbitral para cobrança de realinhamento; não auxiliou o Ezequiel Neiva no juízo arbitral; pelo que soube foram levados vários CDs descrevendo obras construídas e não pagas que precisariam de uns dois meses para análise; depois da demanda no juízo arbitral, a equipe técnica foi consultada manifestando sobre o não cabimento de novos pagamentos, havendo defeitos a serem recuperados; estava há algumas décadas no DER; sempre fez análise de orçamento e de composição de preços de obras; o depoente sempre se manifestou nos processos administrativos de reequilíbrio financeiro e composição de preços; o papel do depoente sempre analisou custos das obras e passava para o controle interno; o pedido de reequilíbrio financeiro do contrato em debate foi encaminhado para o depoente para análise; pela análise que fez não haveria justificativa para a pretensão de reequilíbrio; a ponte foi inicialmente orçada em 16 milhões de reais e pagamento de 22 milhões".

(g.n)

Domingos Sávio Villar Caldeira, Auditor do TCE/RO declarou (mesmo ID):

"(...) auditor de controle externo do Tribunal de Contas; foi ouvido no MP; apresentou seus esclarecimentos de forma espontânea; confirma as declarações já prestadas; fez uma perícia junto ao Tribunal de Contas, que ratifica; realinhamento (desequilíbrio) e reajustamento são dilapidação do valor durante determinado período; a Lei 8880 obrigou que os reajustamento ocorresse um ano após à data da proposta; Realinhamento já é diferente, estabelecido na Lei 8066; pode ser feito a qualquer momento, desde que tenha ocorrido de forma imprevisível; só um "evento espetacular" (álea extraordinária) autorizaria o realinhamento; o Tribunal de Contas no Acórdão 34/2013 já tinha decidido ser ilegal realinhamento; pelo que entende da Lei 8066 o realinhamento exige paralisação ou retardamento da obra; se a obra não retardou ou não paralisou não se imaginou o evento espetacular que justificasse o realinhamento; [...] na perícia da Câmara Arbitral não trouxe a referência da composição do seu cálculo; no valor pleiteado pela empresa viu erros nos cálculos dos juros; cálculo de reajustamento está errado, porque não obedeceu um ano previsto na Lei 8880; houve duplicidade de realinhamento com reajustamento e com juros não previstos em lei; esse erro existiu, mesmo se fosse cabível algum valor à empresa construtora; soube de um cálculo que foi apresentado no juízo arbitral; [...] não sabe se foi reconhecido prescrição pelo juízo arbitral; a empresa pediu realinhamento antes da conclusão da obra e essa questão passou pelo Tribunal de Contas."

A Procuradora do DER/RO, Augusta Gabriela Pini, testemunhou e declarou (vide outra Ata de Audiência de ID 25743515):

"(...) advogada, ocupando o cargo de procuradora autárquica do DER; está de licença por interesse particular; pelo que se lembra do caso (não lembra muito) houve um parecer do núcleo técnico sendo contrário ao realinhamento ou reajuste requerido pela empresa; a procuradoria jurídica seguiu a orientação técnica da engenharia pugnando pelo indeferimento do realinhamento; não sabe se a empresa já tinha requerido antes o realinhamento; não se lembra de ter feito parecer jurídico contrário à conclusão da engenharia; de 2016 até 2017; nunca viu alguma questão contratual ser levada para solução arbitral; soube do acordo arbitral, não sabendo o que já foi pago; lembra que o parecer falava de deflação, mas não com exatidão se 65% da obra foi feito em tempo de deflação; não leu o processo arbitral; não sabe de decisão do TCE eximindo a mediadora de responsabilidade.

E também a Procuradora Andréa Cristina Nogueira:

"(...) procuradora autárquica do DER; sobre o caso, lembra que os colegas do DER tinham o costume de apresentar manifestação juntos; o que sabe do caso é que o Luciano deu um parecer e o Reinaldo assinou junto; na época era costume os procuradores assinarem em conjunto as peças; como não estudou o caso não sabe se o realinhamento era devido ou não; sabe da multa de R\$ 101 mil pelo DNIT por má execução (falhas, trincas); não se recorda no escritório arbitral sobre o cancelamento da multa; não sabe quem cancelou a multa; não leu o processo arbitral; a depoente era responsável pela execução fiscal do DER; não gostou da atitude do Luciano de peticionar em autos de execução fiscal da atribuição da depoente (a execução fiscal da multa); fez manifestação que foi juntada aos autos do processo administrativo, questionando essa atuação do Luciano; o MP sustentou que o houve desentranhamento dessa manifestação da Andrea no processo administrativo; considera uma injustiça a ação contra o Reinaldo; este sempre foi bom chefe e honesto; o Reinaldo sempre foi solidário com os colegas; o parecer era bem fundamentado; não viu conluio, nem dolo e culpa do Reinaldo; Reinaldo era chefe na época; não tem conhecimento de má-fé ou corrupção do Luciano; quando foi ouvida no MP, a depoente e todos os procuradores do DER estavam com raiva do Luciano por conta da chefia; ele tirou o Reinaldo da chefia; o Reinaldo comunicava sobre as decisões e o Luciano não; foi estagiária do Dr. Geraldo e Dr. Adonai (do MP) e professora do Dra. ; quem anexava o parecer aos autos administrativos era o chefe de cartório; a ordem da chefia era após a juntada fazer a numeração; não sabe se o processo administrativo foi para o MP; sobre o sumiço de página do processo administrativa não se abre processo administrativo para investigar servidor; não conversou com o Luciano sobre ele ter pedido a extinção da execução fiscal que era atribuição da depoente; não época não conversava com o Luciano; não sabe o motivo do Luciano ter sucedido ao Reinaldo na chefia; não sabe ao certo, mas o Reinaldo voltou à chefia e o Luciano foi cedido para a Assembleia Legislativa; na época que o Reinaldo saiu, foi um assessor de deputado ofendendo o Reinaldo (humilhou dizendo que não era mais chefe, não lembra qual assessor e qual deputado); o chefe do Reinaldo era o Diretor do DER; não tem nada contra o Luciano; nunca ouviu se o Luciano recebeu algum tipo de vantagem para elaborar o parecer; o Secretário não é obrigado a seguir o parecer do Luciano; não sabe se o parecer do Luciano provocou prejuízo à administração pública; já assinou pareceres com outros colegas; essa era uma prática mais comum entre os procuradores administrativos; acredita que o Reinaldo assinou o parecer do Luciano após ler o parecer, mas sem ler o processo; não sabe quem tirou o parecer (crítica sobre a extinção da execução) da depoente do processo administrativo; ninguém disse que foi o Luciano; se no depoimento do MP constou afirmação de que o Luciano desentranhou o parecer da depoente foi uma interpretação errada; depois da confusão dos autos, nunca soube de outro processo que foi para o juízo arbitral."

E a Procuradora Cristiane Carli Lima de Sousa:

"(...) é procuradora autárquica do DER; teve conhecimento da questão quando o processo estava no juízo arbitral; foi procurada pelo Luciano para ver se poderia assinar em conjunto uma contestação no juízo arbitral; como era matéria nova, todos tinham muito receio sobre o tema; quando foi ver a questão, viu que o advogado da empresa, o Dr. Lenine foi padrinho de casamento da depoente; não achou conveniente atuar no caso; era nova na carreira (um ano só) e não se sentiu muito segura; entende que há correntes que sustentam a possibilidade do juízo arbitral na fazenda pública e outros que não; não sabe se outro Estado faz juízo arbitral para questões dos autos; acredita que antes ninguém enviou para o juízo arbitral porque a lei era nova (2015); depois nunca mais mandaram; a contestação estava bem feita; lembra que na contestação constava uma prejudicial de mérito de prescrição; a decisão de ir para o juízo arbitral foi do Diretor do DER, na época o Isiquiel Neiva; a informação que tem é que o Dr. Luciano é Procurador Geral da Assembleia Legislativa; não sabe se Luciano recebeu vantagem para emitir parecer; não sabe se a administração pública teve prejuízo com o parecer do Luciano, acredita que essa é discussão destes autos; não tomou conhecimento do parecer sobre a possibilidade do juízo arbitral; a preliminar de prescrição é usual na contestação; não sabe de

parecer da Andreia retirada de processo administrativo; não é comum sumir documento de processo administrativo; caso suma documento de processo administrativo deve ser certificado nos autos (quando for de processo físico); hoje nem acontece mais isso porque é virtual."

Aqui, dos depoimentos citados, revela-se algo assustador:

1) a empresa solicitou, ainda durante a execução da obra (em sua fase final), o realinhamento de preços, pedido que foi indeferido, mas, posteriormente, parte do valor foi misteriosamente paga;

2) tal pagamento foi glosado pela Corte de Contas, que em acórdão já destacado e colacionado sua ementa anteriormente, declarou a sua ilegalidade;

3) inconformada, a empresa, por intermédio de seu sócio-gerente, Luiz Carlos Gonçalves da Silva, passou anos reiterando o pedido, abordando servidores, inclusive o servidor depoente e testemunha José Alberto Rezek, que peremptoriamente rejeitou o pedido inescrupuloso, cuja conduta avançou sobre a Diretora do DER e Procuradores;

4) passados anos, inclusive, estando prescritas a pretensão, surpreendente e dolosamente, o Diretor-Geral do DER, Isekiel Neiva de Carvalho, com auxílio do Procurador Autárquico, Luciano José da Silva, modificou entendimento e decisão anterior (proferida há mais de cinco anos), atuando em unidade de desígnios e com o propósito específico de lesar o erário em benefício da empresa. Tal conduta enquadra-se no art. 10, I, da LIA, ao acolher pedido flagrantemente ilegal e criminoso de remessa de requerimento administrativo de realinhamento a juízo arbitral, inclusive com prévia indicação da CAMAJI, aceita sem qualquer contestação;

5) E, aderindo consciente e dolosamente a tal trama beneficiadora, Juliana Miyachi, representante legal da CAMEJI - Câmara de Mediação e Arbitragem de Ji-Paraná S/S Ltda, inclusive, atuando como juíza-arbitra do caso, proferiu julgamento absolutamente contrário aos princípios basilares do Direito, deliberadamente desfavorável à Fazenda Pública (DER/RO).

Aqui, destaca-se atuação consciente e dolosa, de Luciano José da Silva, o que não só o torna legítimo para a ação (ao contrário do capitulado pela sentença), mas também, responsável e apto à sanção por improbidade administrativa.

E mais, houve adulteração de documentos públicos – processo administrativo – com renumeração de folhas após exclusão de manifestação de Procuradora contrária à extinção de execução fiscal (que era parte da obrigação contida no juízo arbitral, ilegal, diga-se de passagem), praticada por Luciano José da Silva, em flagrante atuação indevida e ilegal aos interesses da construtora.

Como destacado, pela testemunha, o perito em análise financeiro-econômica do DER/RO, até os cálculos contidos na perícia realizados no juízo arbitral foram grotescos.

Estamos aqui diante de um escândalo, não só ímprobo, mas, fortemente criminoso que remonta, *ictu oculi*, à era medieval, como atos de arrancamento de folhas de processo e consequente renumeração.

Toda essa trama engenhosa, dos agentes citados, decorreu de forma consciente e dolosa no específico fim de favorecer indevidamente a empresa – tendo, inclusive, atos meios, como adulteração de documentos – de modo a incidirem todos, no art. 10, I, e VII, da LIA.

2.3 - Da ausência de dolo e/ou conduta ímproba de Maria Aparecida Pires da Silva e Reinaldo Roberto dos Santos

O *parquet*, em seu apelo, postulou pela condenação de todos os acusados da presente ação civil pública.

Contudo, após detida e profunda análise, com leitura total dos autos, não encontrei qualquer prova que pudesse ensejar a declaração de prática de improbidade administrativa por parte de Maria Aparecida Pires da Silva e Reinaldo Roberto dos Santos.

A primeira, Maria Aparecida Pires da Silva, porquanto nada praticou nos autos, e o segundo, Reinaldo Roberto dos Santos, Procurador Autárquico, a medida em que, inclusive, era "adversário" da turma que comandou a trama, sendo afastado do cargo de Procurador-Geral, para que Luciano José da Silva ocupasse o cargo, e nesta função, cometer as barbaridades já esclarecidas.

Embora Reinaldo estivesse no cargo de Procurador-Geral início dos fatos e da trama, contudo, em nada participou voluntária e dolosamente (ao menos de nada se tem prova) no sentido de beneficiar a empresa.

Desta forma, neste pequeno particular, a pretensão ministerial é improcedente, com relação a esses dois acusados.

2.4. Das sanções e sua Razoabilidade e Proporcionalidade.

Resta claro e inequívoco que o pedido da ação esteia-se no art. 10, caput e incisos III e XI, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), o qual, após sua modificação pela Lei 14.230/2021), passou a ter a seguinte redação:

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

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:

I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei;

[...]

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

[...]

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

[...]

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

[...]

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos;

Para fazer o contraponto com redação antiga do art. 12 (revogada pela Lei n. 14.230/2021), cito o texto original da Lei n. 8.429/92:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

[...]

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

Como se observa, a Lei n. 8.429/92, antes de suas alterações pela Lei n. 14.230/2021, estabelecia que, além de outras sanções, haveria suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, ao passo que a atual norma, sem quantificar um mínimo legal, estabeleceu a pena máxima de 12 (doze) anos de suspensão dos direitos políticos.

Aqui se observa que com o advento da nova norma, houve efetivo prejuízo aos demandados com a inovação da norma, que agravou a penalidade político-administrativa.

Sobre o tema, cito a lição do prof. Fernando da Fonseca Gajardoni:

Ponto relevante reside na pena de suspensão dos direitos políticos, isso quando há prática de ato por improbidade administrativa. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se dentro dos limites dos direitos políticos o direito de voto em eleições (votar e ser votado), em plebiscitos e referendos, o de iniciativa popular e o de organizar e participar de partidos políticos. São direitos que decorrem do status do indivíduo frente ao Estado. Como é decidido pelo STF: "O exercício e o gozo dos direitos políticos perfazem uma das facetas mais importantes dos direitos fundamentais do cidadão. Remonta uma conquista histórica por séculos de batalhas, e que se traduz, em suma, na possibilidade do indivíduo influir no destino do Estado e opinar, em uma conjuntura coletiva, na fixação dos fins e das regras aplicáveis a sua comunidade, histórica e espacialmente contextualizada". [...] Com a suspensão dos direitos políticos há sérios reflexos na vida política/social do condenado, não podendo esse, durante em que vigorar seus efeitos: a) ser elegível para cargo público (art. 14, § 3º, inciso II); b) (perda) de ocupar cargo público cuja obtenção tem como pressuposto pleno exercício dos direitos políticos (cargos eletivos – art. 55, inciso IV, CF-88, p. ex.); e, c) exercer o direito de voto. [...] A nova lei inovou substancialmente a lei revogada. Nesse ponto, cumpre destacar que houve elevação do tempo máximo da suspensão dos direitos políticos, sem partir de um prazo mínimo como antes previa a lei. Por exemplo: I) no caso do art. 9º, antes a gradação deveria observar o intervalo de 8 a 10 anos, e agora apenas tem o teto de 14 anos; II) na hipótese do art. 10, a variação era de 5 a 8 anos, passando para o limite único de 12 anos. Se existem críticas quanto a alguns abrandamentos sancionatórios da reforma legislativa, no caso houve elevação do tempo possível da penalidade de suspensão dos direitos políticos".

(autor citado e outros in ob. cit.).

Os fatos imputados e considerados ilícitos nos presentes autos ocorreram sob a vigência da norma anterior, de modo que o agravamento das sanções trouxe prejuízo significativo aos acusados.

E neste espectro – do Direito Sancionador – aplica-se matriz coincidente como direito penal em que autoriza o sancionamento da pena equânime com a norma vigente à época dos fatos.

Aqui, cito a Lição de Medina:

"O Direito Administrativo Sancionador é um autêntico subsistema do Direito Penal. Aplica-se aos dispositivos da Nova Lei, acima tratados, o princípio penal previsto no artigo 5º, inciso XL, da CF/88, em sua totalidade: "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", podendo, excepcionalmente, ultrativar-se".

(autor ob. cit)

E tal posição encontra agasalho em posição da Suprema Corte, que pode ser assim exemplificada:

Assim, pode-se resumir o conflito do direito intertemporal no seguinte princípio: o da retroatividade e ultratividade da lei mais benigna. A lei penal mais benéfica, repetindo, não só é retroativa, mas também ultrativa. A eficácia ultrativa da norma penal mais benéfica, sob o império da qual foi praticado o fato delituoso, deve prevalecer sempre que, havendo sucessão de leis penais no tempo, constatar-se que o diploma legal anterior era mais benéfico ao agente. Esses efeitos retroativo e ultrativo, consagrados pela Constituição, que configurarem lei penal mais benigna, aplicam-se às normas de Direito Penal material, tais como nas hipóteses de reconhecimento de causas extintivas da punibilidade, tipificação de novas condutas, cominação de penas, alteração de regimes de cumprimento de penas, ou qualquer norma penal que, de qualquer modo, agrave a situação jurídico-penal do indiciado, réu ou condenado, conforme já reconheceu o próprio Supremo Tribunal Federal. (STF - Ag. 177.313/MG, Rel. Celso de Mello, RTJ 140/514).

Isso porque, o ordenamento como um todo deve ser harmônico entre si, de tal modo que deve ser afastado qualquer desequilíbrio normativo que venha, ainda que inconscientemente, promover prejuízos aos acusados em qualquer esfera jurídica.

No caso em comento, temos ainda que a própria Lei da Ficha Limpa - Lei Complementar nº 64/90 – e suas alterações prevê a suspensão dos direitos políticos de ex-parlamentares por ato de improbidade por 8 anos (art. 1º, 'b', e 'e').

Aqui, a sanção de suspensão dos direitos políticos por 8 anos, dentro deste cenário normativo-principlológico, se apresenta extremamente razoável.

Abrindo um parênteses, a fim de iluminar esta sensível parte, de imposição da penalidade, invoco o conceito sobre Razoabilidade do prof. Humberto Ávila:

"Princípio da razoabilidade: A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa. Podemos considerar três acepções da razoabilidade, a primeira é usada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. A segunda acepção diz respeito ao emprego da razoabilidade como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceira, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. A Razoabilidade como Equidade. + Na primeira acepção a razoabilidade exige a harmonização da norma geral com o caso individual. A razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração

daquilo que normalmente acontece. Na aplicação do direito, é razoável presumir que as pessoas dizem a verdade e agem de boa-fé, ao invés de mentir e agir de má-fé. Na interpretação das normas legais deve-se presumir o que normalmente acontece, e não o extraordinário. A razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. Desta forma, exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal. A razoabilidade exige, ainda, a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é desconsiderado pela generalização legal. Em alguns casos, em razão das especificidades, a norma geral não pode ser aplicável por se tratar de caso anormal. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável, a um determinado caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça. Razoabilidade como Congruência Na segunda acepção a ser considerada a razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. Os princípios constitucionais do Estado de Direito e o devido processo legal impedem a utilização de razões arbitrárias e a subversão dos procedimentos institucionais utilizados. Para a aplicação da razoabilidade não se pode desvincular-se da realidade. Essa forma de aplicação também deve ser utilizada em casos em que a norma, concebida para ser aplicada em determinado contexto sócio-econômico, não mais possui razão para ser aplicada. Não se trata de analisar a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. A eficácia dos princípios constitucionais do Estado de Direito e do devido processo legal soma-se à eficácia do princípio da igualdade, que impede a utilização de critérios distintivos inadequados. Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade. Razoabilidade como Equivalência A razoabilidade também exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Não pode haver desproporção entre o direito e o custo a ser pago pelo cidadão, um exemplo que pode ser considerado dentro desta acepção é de que a culpa serve de critério para a fixação da pena a ser cumprida, devendo esta pena ser equivalente à culpa. A razoabilidade exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado quando promove o fim a que se propõe. Um meio é dito necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais e um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de forma que, adotando-se o meio, chega-se ao fim. A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como um instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devam ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade de regra geral depende do enquadramento do caso concreto. Nessas hipóteses, princípios constitucionais sobrejacentes impõem verticalmente determinada interpretação. Não há, no entanto, nem entrecruzamento horizontal de princípios, nem relação de causalidade entre um meio e um fim. A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas exige a relação das normas com as condições de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de alguma medida quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. A conjugação entre a Razoabilidade e a Proporcionalidade, é, antes de mais nada, a utilização do senso de equilíbrio, ponderação e Justiça. (in Teoria dos Princípios – Editora Malheiros, 6a edição, 2006, SP, pg 138)

E sob efeito de tal instrumento axiológico, estabeleço esse patamar de sanção com relação aos direitos políticos.

Com a ação devidamente instruída e reunido um espectro probatório robusto e consistente, capaz de caracterizar e tipificar as condutas dolosas no ilícito político-administrativo — provas estas já exemplificadas em razão de sua quantidade e relevância —, conclui-se pela necessária responsabilização. Passa-se, portanto, à especificação e individualização da sanção prevista no Diploma da Improbidade Administrativa.

Assim, sob a égide desse conceito, firmou-se a imputação da responsabilidade, conduzindo, naturalmente, à procedência parcial do apelo do *parquet*.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Determino a liberação incontinenti dos bens, eventualmente constritos, de Maria Aparecida Pires da Silva e Reinaldo Roberto dos Santos.

Mantenho a constrição e indisponibilidade dos demais acusados aqui condenados.

Isento o Estado de Rondônia de qualquer condenação material.

Dispositivo:

Pelo exposto:

a) conheço e nego provimento ao recurso de Construtora Ouro Verde Ltda e Luiz Carlos Gonçalves da Silva;

b) dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público para, nos termos da Lei n. 8.429/92 (alterada pela Lei n. 14.230/2021), ante a prática de ato doloso de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, I, VII e XII c/c 12, II, ambos da citada lei, condenar os acusados:

1) Construtora Ouro Verde Ltda e Luiz Carlos Gonçalves da Silva: a) no pagamento de multa civil equivalente ao valor de 30 (trinta) vezes o salário mínimo; b) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de 8 (oito) anos, permanecendo ainda a condenação solidária de ressarcimento ocorrida em primeiro grau; c) e, em relação a Luiz Carlos Gonçalves da Silva acresço, ainda, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos.

2) Isequiel Neiva de Carvalho: a) na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos; b) no pagamento de multa civil equivalente ao valor de 10 (dez) vezes o salário mínimo; c) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de 8 (oito) anos, bem como condeno no ressarcimento solidário do dano causado;

3) Juliana Miyachi e CAMEJI - Câmara de Mediação e Arbitragem de Ji-Paraná S/S Ltda: a) no pagamento de multa civil equivalente ao valor de 10 (dez) vezes o salário mínimo; b) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de 8 (oito) anos, bem como condeno no ressarcimento solidário do dano causado; c) e, em relação a Juliana Miyachi acresço, ainda, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos.

4) Luciano José da Silva: a) na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos; b) no pagamento de multa civil equivalente ao valor de 10 (dez) vezes o salário mínimo; c) proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de 8 (oito) anos, bem como condeno no ressarcimento solidário do dano causado;

Condeno, ainda, os réus ao pagamento solidário das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em favor do DER/RO e do Estado de Rondônia, na proporção de metade para cada ente. Nos termos do art. 85, § 2º, do CPC, arbitro os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

As multas aplicadas, deverão ser recolhidas aos cofres do DER/RO, pessoa jurídica lesada e grande vítima da improbidade.

É como voto.

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARBITRAGEM. NULIDADE DE SENTENÇA ARBITRAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DOS RÉUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA CONSTRUTORA NÃO PROVIDO.

I. CASO EM EXAME

1. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Rondônia contra a Construtora Ouro Verde Ltda., seus sócios e gestores públicos vinculados ao DER/RO, além da CAMAJI e sua árbitra, visando à declaração de nulidade de sentença arbitral e à condenação dos réus por improbidade administrativa. A decisão arbitral da CAMAJI condenou o DER/RO ao pagamento de R\$ 46.327.011,02 à construtora, sendo R\$ 18.500.000,00 já pagos. A sentença de primeiro grau declarou a nulidade da arbitragem e condenou a construtora e seu sócio ao ressarcimento, mas rejeitou a imputação de improbidade administrativa.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão:

- (i) definir se o contrato de arbitragem e a sentença arbitral proferida pela CAMAJI observam os requisitos legais e, em caso negativo, se devem ser anulados;
- (ii) estabelecer se os réus praticaram atos dolosos de improbidade administrativa, passíveis de sanções nos termos da Lei no 8.429/1992, à luz da redação dada pela Lei no 14.230/2021.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O juízo arbitral não pode versar sobre atos de império da Administração, sendo nula a decisão da CAMAJI que cancelou multa inscrita em dívida ativa e determinou a desistência de execução fiscal, por afrontar o art. 1º, § 3º, da Lei Estadual no 4.007/2017 e o art. 32, VIII, da Lei no 9.307/1996.

4. A arbitragem com a Administração Pública exige previsão expressa no edital de licitação e no contrato, além de observância obrigatória ao julgamento de direito e à publicidade, requisitos ausentes no caso concreto.

5. O procedimento arbitral foi instaurado após a conclusão da obra e sem amparo contratual, em descompasso com decisões administrativas e do Tribunal de Contas do Estado, configurando nulidade absoluta.
6. A configuração de improbidade administrativa, mesmo após a Lei no 14.230/2021, depende da demonstração de dolo específico, consistente na vontade livre e consciente de obter proveito ilícito ou causar dano ao erário.
7. Construtora Ouro Verde Ltda. e seu sócio Luiz Carlos Gonçalves da Silva agiram dolosamente ao reiterar pedidos de realinhamento já rejeitados e ao indicar a CAMAJI, remunerada pela própria empresa, para obter vantagem indevida.
8. Isekiel Neiva de Carvalho e Luciano José da Silva, em conluio, manipularam o processo administrativo, baixando multa inscrita em dívida ativa, desistindo de execução fiscal e ocultando documentos para viabilizar a arbitragem, em violação consciente à legalidade e concorrendo, dolosamente, com dano ao erário.
9. Juliana Miyachi, árbitra indicada e remunerada pela construtora interessada, de forma livre e consciente, bem como dolosamente, decidiu com base em equidade, e não em direito, favorecendo deliberadamente a empresa em detrimento do erário, evidenciando dolo específico.
10. Maria Aparecida Pires da Silva e Reinaldo Roberto dos Santos não tiveram comprovada participação dolosa, razão pela qual devem ser excluídos da condenação.
11. O princípio da retroatividade da lei mais benéfica, próprio do direito sancionador, impõe a aplicação das sanções nos limites da lei anterior mais favorável, fixando-se a suspensão de direitos políticos em 8 anos.

IV. DISPOSITIVO E TESE

12. Recurso da Construtora Ouro Verde Ltda. e de Luiz Carlos Gonçalves da Silva não provido. Recurso do Ministério Público parcialmente provido.

Tese de julgamento:

1. A arbitragem instaurada pela Administração Pública somente é válida se houver previsão no edital e no contrato, inscrição da câmara arbitral no cadastro oficial e julgamento de direito, sendo vedada a apreciação de atos de império.
2. A sentença arbitral que cancela multa administrativa e determina desistência de execução fiscal é nula por violar normas de ordem pública.
3. A configuração de improbidade administrativa exige dolo específico, caracterizado pela intenção consciente de obter vantagem ilícita ou causar dano ao erário.
4. Agentes públicos e privados que, em conluio, instauram arbitragem irregular e manipulam processos administrativos para beneficiar indevidamente particular cometem ato doloso de improbidade administrativa.

Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 5º, XL; Lei no 9.307/1996, art. 32, VIII; Lei no 8.429/1992 (com alterações da Lei no 14.230/2021), arts. 9º, 10, I, VII e XII, 11, V, e 12, II; Lei no 13.129/2015, art. 1º, § 2º; Lei Estadual no 4.007/2017, art. 1º, § 3º.

Jurisprudência relevante citada: STJ, REsp no 1.666.258/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 19.09.2017 (prescrição em pedidos administrativos). TCE/RO, Acórdão no 42/2016-Pleno.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Magistrados da(o) 1ª Câmara Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, a seguinte decisão: "RECURSO NÃO PROVIDO DE LUIZ CARLOS GONÇALVES DA SILVA, CONSTRUTORA OURO VERDE LTDA, RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E AGRAVO INTERNO PREJUDICADO, À UNANIMIDADE."

Porto Velho, 20 de outubro de 2025

Desembargador GLODNER LUIZ PAULETTO

RELATOR

 Assinado eletronicamente por: GLODNER LUIZ PAULETTO
03/12/2025 08:46:18
<https://pje-g-consulta.tjro.jus.br/443/consulta/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>
ID do documento:



25120308464100000000030089586

IMPRIMIR GERAR PDF