

ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO
VARA ESPECIALIZADA EM AÇÕES COLETIVAS

Processo n.º 1036589-38.2018.8.11.0041.

Vistos etc.

Cuida-se de **Ação de Responsabilização Por Ato de Improbidade Administrativa** ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**, em desfavor de **Francisco Anis Faiad, José de Jesus Nunes Cordeiro, Dorlete Dacroce, João Bosco da Silva, JVA Logística, Transportes de Cargas e Armazéns Ltda. EPP., Alessandro Francisco Teixeira Nogueira, Elton Vinicius Brasil Diniz e Jackson William de Arruda**, com o objetivo de condená-los nas sanções previstas no art. 12, inciso II, em razão da suposta prática dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, incisos I e XII e art. 11, todos da Lei n.º 8.429/92.

Ressai da exordial que, após representação apresentada pela empresa Planeta Administração e Serviços Ltda., foi instaurado o Inquérito Civil SIMP n.º 00120-023/2014, para apurar possíveis fraudes no procedimento licitatório Pregão n. 051/2013/SAD, que originou a Ata de Registro de Preço n. 036/2013/SAD, direcionando para a contratação da empresa requerida, a qual teria praticado sobrepreço e superfaturamento na execução dos contratos.

Discorre que em 30/07/2013, o procedimento n.º 405110/2013, foi iniciado a partir do Termo de Referência n. 007/2013, da Secretaria de Estado de Educação – SEDUC/MT, elaborado pela requerida Dorlete Dacroce, que na época era Coordenadora de Aquisições e Contratos da SEDUC/MT, e teria solicitado o registro de preço para futuras contratações de serviços de sistema de armazenamento e logística, seguro de carga/estoque, gestão eletrônica de entrada, histórico diário de estocagem e saída de mercadorias/produtos estoques sob guarda – operação logística.

Aduz que o requerido José de Jesus, na época era o Secretário Adjunto de Estado de Administração, e teria expedido a Autorização n. 172/2013/SAD do processo licitatório Pregão Presencial n. 051/2013/SAD, tipo Menor Preço Unitário por lote.

Relata que em 01/11/2013 foram abertas as propostas apresentadas pelas empresas licitantes, ocasião em que a empresa requerida consagrou-se vencedora da licitação, com proposta no valor de R\$8.838.000,00 (oito milhões oitocentos e trinta e oito mil reais) anual, tendo como sócios da empresa vencedora os requeridos Alessandro Francisco, Elton Vinicius e Jackson Willian.

Alega que em 10/12/2013, o requerido Francisco Faiad era o Secretário de Estado de Administração, e teria homologado o procedimento licitatório, originando a Ata de Registro de Preço n. 036/2013/SAD, que procedeu a contratação da empresa requerida por secretarias de governos, quais sejam: a Secretaria de Estado de Educação – SEDUC/MT; a Secretaria de Estado de Saúde – SES/MT e; a Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso – SECITEC/MT.

Afirma que foi realizada vistoria *in loco* e requisitado informações à Auditoria Geral do Estado de Mato Grosso/ AGE/MT, ocasião em que sobreveio o Relatório de Auditoria n° 0047/2017, com o resumo da Recomendação Técnica n° 0382/2014, que teria sido recomendada a anulação do Pregão Presencial n° 051/2013/SAD, em razão das irregularidades constatadas no procedimento licitatório.

Narra que as irregularidades encontradas no Relatório de Auditoria n° 0047/2017 foram as seguintes: Cláusula restritiva de competição/ direcionamento da licitação; desclassificação da empresa Planeta Administração e Serviços Ltda., fundamentada em cláusula restritiva; apresentação de atestados de capacidade técnica com conteúdo falso; jogo de planilha na proposta final do preço; proposta de preços apresentado pelo licitante JVA Logística Transporte de Carga e Armazéns Ltda., em desacordo com edital; sobrepreço correspondente a 32,40% do valor por metro cúbico e; superfaturamento nos contratos N° 030/2014/SEDUC/MT, N° 001/2014/SES/MT, N° 021/2014/SECITEC, no valor total de R\$2.328.331,78 (dois milhões trezentos e vinte e oito mil trezentos e trinta e um reais e setenta e oito centavos).

Salienta que a AGE/MT teria demonstrado que o local onde a empresa funcionava não comportaria um depósito, e que o número de funcionários seria incompatível com as suas atividades.

Ainda, relata que durante as investigações, foi apurada a existência de vínculos entre os sócios da empresa requerida com as empresas que forneceram os atestados de capacidade técnica.

Assevera que o relatório de auditoria concluiu que o Pregão Presencial n° 051/2013/SAD prejudicou a competitividade dos licitantes ao prever cláusulas restritivas, que inabilitou a empresa Planeta Administração e Serviços Ltda. EPP., cuja proposta teria sido mais vantajosa.

Ao final, postulou pela condenação dos requeridos pela prática do ato de improbidade previstos nos art. 10, I e XII, e art. 11, I, da Lei n° 8.429/92, com as sanções descritas no art. 12, inciso II, da mencionada lei, bem como no ressarcimento integral do dano pela empresa e pelos seus proprietários.

Com a inicial veio cópia do Inquérito Civil Público SIMP n.º 00120-023/2014. Pela decisão constante no Id. 16128544 foi determinada a notificação dos requeridos, para apresentarem as defesas preliminares.

Os requeridos João Bosco (Id. 16740114), Dorlete Dacroce (Id. 17096534), Elton Vinícius (Id. 17096534), Alessandro Francisco (Id. 16739697), Francisco Faiad (Id. 17135110), Jackson William (Id. 18486185), JVA Logística, Transporte de Cargas e Armazéns Ltda. EPP. e José de Jesus (Id. 25178719) apresentaram as defesas preliminares nos Id. 16739470, Id. 17208913, Id. 17471801, Id. 17709505, Id. 18709806 e 28794182, respectivamente.

O representante do Ministério Público apresentou impugnação às defesas preliminares no Id. 30637825.

Pela decisão acostada no Id. 69823277 foi determinada a adequação do trâmite processual ao disposto na Lei n.º 14.230/2021, que suprimiu a fase preliminar de notificação e recebimento da petição inicial, determinando-se a citação dos requeridos.

O requerido João Bosco da Silva foi regularmente citado no Id. 73530729 e, por seu advogado, apresentou contestação no Id. 72999940, requerendo a retificação dos seus dados pessoais, para fazer constar os dados corretos. Arguiu a preliminar de nulidade do inquérito civil, alegando que não teria sido intimado da instauração do referido procedimento e, por isso, este seria nulo.

Ainda, arguiu a preliminar de inépcia da inicial, afirmando que os fatos narrados são genéricos, por inexistir nexos entre os fatos e o pedido de condenação, bem como alegou ausência de justa causa, individualização da conduta e prova do dolo.

No mérito, alegou inexistência de dolo na sua conduta, asseverando que o mero exercício da função pública não configuraria ato ímprobo. Alegou, ainda, que não detinha competência para anular ou autorizar o processo licitatório, que apenas executava as ordens como pregoeiro.

Asseverou que declarou como vencedora a empresa Planeta Administração e Serviços Ltda., mas que por meio de recurso para autoridade superior, foi alterada a classificação do certame, que consagrou a empresa requerida como vencedora, salientando que, por isso, não teria causado o prejuízo alegado. Ao final, requereu a improcedência de todos os pedidos.

O requerido Francisco Anis Faiad, devidamente citado no Id. 71466204 e, por seu advogado, apresentou contestação no Id. 73604804, arguindo a preliminar de nulidade do Inquérito Civil, alegando em suma, que não foi intimado para ser ouvido perante o Ministério Público, e que não foi colhido nenhum depoimento nos autos do Inquérito Civil e, por isso, seria nula a presente ação.

Ainda, arguiu preliminar de inépcia da inicial, alegando que não teriam sido individualizadas as condutas, estando ausente, neste ponto em particular, a causa de pedir.

Alegou que inexistem justa causa e que não houve comprovação de que teria agido com dolo, asseverando que homologou a licitação após o parecer jurídico afirmar inexistência de ilegalidade no processo licitatório.

No mérito, alegou a inexistência do ato de improbidade e a ausência de dolo, asseverando que não teria influenciado nos processos licitatórios, mas apenas convalidou o pedido de abertura do certame e homologou o resultado, que estavam acompanhados de pareceres jurídicos, atestando a sua legalidade. Salientou que não houve impugnação de nenhuma cláusula ou item do edital de licitação e, por isso, não haveria irregularidade no edital.

Ainda, asseverou que os preços praticados pela empresa requerida estavam de acordo com a Tabela de pesquisa apresentada pela SEDUC, antes do Pregão. Assim, requereu, ao final, a improcedência da ação.

Os requeridos JVA Logística, Transporte de Cargas e Armazéns Ltda. EPP., Jackson William de Arruda, Elton Vinicius Brasil Diniz e Alessandro Francisco Teixeira Nogueira foram regularmente citados nos Id. 72413432 e Id. 71073373, e por seu advogado, apresentaram contestação no Id. 74908623, alegando apenas questões relativas ao mérito, afirmando que a empresa requerida detinha capacidade técnica para prestar os serviços contratados, asseverando que prestou serviços para o Estado de Mato Grosso por quatro (04) anos, sem qualquer notícia por falta de prestação dos serviços ou incompetência para os serviços contratados.

Ainda, afirmaram que eventual ilegalidade nas cláusulas restritivas constantes no certame, não caberia aos requeridos a responsabilização, mas que a cláusula que restringe a distância, buscou atender o interesse público, já que reduziria os custos de deslocamento e facilitaria o transporte.

Salientaram que a empresa Planeta Administração foi desclassificada, em razão da aplicação da pena de inidoneidade ao reconhecer o abuso de personalidade jurídica, a qual, inclusive, teria buscado na justiça a manutenção do certame que lhe consagrou como vencedora, mas por meio de decisão judicial foi mantida a legalidade da decisão da banca julgadora e, por isso, a empresa requerida venceu o certame.

Asseveraram que a empresa requeria não estabeleceu preço ao contrato, já que teria sido consagrada vencedora do certame, em razão da desclassificação da primeira colocada, afirmando que caberia aos agentes públicos analisar se o preço ofertado estaria ou não acima do preço do mercado, salientando, ainda, que os fatos alegados na exordial não comprovaram o preço praticado no mercado, e, que por isso, inexistiu o sobrepreço e o superfaturamento alegado.

Ao final, aduziram inexistir justa causa por ausência de ocorrência de fraude ou de ato de improbidade no processo licitatório, afirmando que o requerente fundamentou suas alegações com suposições, assim, requereram a improcedência dos pedidos.

A requerida Dorlete Dacroce foi regularmente citada no Id. 72413425 e, por seu advogado, apresentou contestação no Id. 77574921, arguindo a preliminar de inépcia da inicial, alegando ausência de individualização das condutas, que ensejasse ato de improbidade e ausência de dolo.

No mérito, alegou ausência de comprovação de conduta que ensejasse ato de improbidade e, que não teve nenhuma participação no processo licitatório, mas que apenas solicitou o registro de preço para futuras contratações, atendendo os critérios exigidos à época. Ao final, requereu a improcedência da ação.

O requerido José de Jesus Nunes Cordeiro foi regularmente citado no Id. 87678121 e, por sua advogada, apresentou contestação no Id. 90079322, alegando apenas questões relativas ao mérito, afirmando inexistir ato de improbidade e conduta dolosa, asseverando que para configurar ato ímprobo seria necessário o elemento subjetivo, demonstrando a intenção de praticar a ilegalidade, o que não teria ocorrido nos autos. Ao final, requereu a improcedência dos pedidos.

O representante do Ministério Público apresentou impugnação no Id. 110873600, rechaçando as preliminares arguidas por todos os requeridos, ratificando os argumentos da inicial, requerendo o saneamento do processo e a fixação dos pontos controvertidos.

No Id. 124984554 o requerido Francisco Faiad apresentou manifestação, requerendo a juntada da decisão proferida no Inquérito Policial n. 0004897-40.2015.8.11.0042, que apurava os mesmos fatos da presente ação, o qual foi determinado o arquivamento por ausência de justa causa da ação penal.

Os autos vieram conclusos.

**É o relato dos fatos.
Decido.**

Cuida-se de **Ação de Responsabilização Por Ato de Improbidade Administrativa** ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**, em desfavor de **Francisco Anis Faiad, José de Jesus Nunes Cordeiro, Dorlete Dacroce, João Bosco da Silva, JVA Logística, Transportes de Cargas e Armazéns Ltda. EPP., Alessandro Francisco Teixeira Nogueira, Elton Vinicius Brasil Diniz e Jackson William de Arruda**, com o objetivo de condená-los nas sanções previstas no art. 12, inciso II, em razão da suposta prática dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, incisos I e XII e art. 11, todos da Lei n.º 8.429/92.

Em primeiro lugar, verifico que o requerido João Bosco da Silva informou inconsistência na sua qualificação apresentada na inicial, oportunidade em que informou os seus dados pessoais corretos para a devida retificação.

Dessa forma, **determino** a retificação dos dados pessoais do requerido João Bosco da Silva, para constar: filho de Maria das Dores da Silva e inscrito no CPF número: XXXXXXXXXX

Os requeridos Francisco Faiad, Dorlete Dacroce e João Bosco, alegaram nulidade do Inquérito Civil, argumentando que não participaram do procedimento, e por isso seria nulo.

Ocorre que, a Lei n.º 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, atribui ao Ministério Público a competência para instaurar inquérito civil ou procedimento investigativo semelhante, para apurar ilícitos previstos na referida norma, *in verbis*:

“Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta Lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14 desta Lei, poderá instaurar inquérito civil ou procedimento investigativo assemelhado e requisitar a instauração de inquérito policial.”

Como se verifica, a instauração do Inquérito Civil não é condição de procedibilidade da ação de improbidade administrativa, mas procedimento, não exclusivo, colocado à disposição do Ministério Público, para a apuração dos ilícitos definidos na lei, já que os elementos necessários ao exercício da ação poderão ser obtidos por meio de outros procedimentos investigatórios, inclusive, pelo inquérito policial.

Na condução do Inquérito Civil, o Ministério Público se reveste de poderes de natureza instrutória, na medida em que, ciente da lesão ou risco de lesão a um interesse público, poderá ouvir interessados e testemunhas, requerer documentos, realizar inspeções pessoalmente, requisitar perícias e entre outros, para a propositura de ação civil pública, sendo que é desnecessária a observância da ampla defesa e do contraditório, ante a natureza inquisitorial do inquérito civil público.

Nesse sentido, vejamos a seguinte jurisprudência:

“EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - INQUÉRITO CIVIL - NATUREZA DE PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO E INVESTIGATÓRIO - FASE INSTRUTÓRIA - NULIDADE - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - INOCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Compete ao Ministério Público instaurar o inquérito civil, que detém natureza de procedimento preparatório e investigatório, precedente à instauração da ação civil pública e da ação de improbidade administrativa, para apurar ilícitos previstos na LIA, nos termos do artigo 22 da Lei n.º 14.230/21 e da

Resolução n.º 23/07 do CNMP. 2. **Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio do contraditório e da ampla defesa não se aplicam à fase instrutória, a qual se presta à simples colheita de informações** (RE 481955 AgR / PR). 3. Recurso não provido.” (TJ-MG - AI: 10000220360317001 MG, Relator: Maria Inês Souza, Data de Julgamento: 31/01/2023, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/02/2023). (grifo nosso).

Dessa maneira, a participação dos requeridos no Inquérito Civil, não é requisito necessário para a propositura da ação de improbidade administrativa, razão pela qual **indefiro** o pedido de nulidade.

Os requeridos João Bosco, Francisco Faiad e Dorlete Dacroce arguiram a preliminar de inépcia da inicial, sob o argumento de ausência de indícios mínimos da prática de ato de improbidade administrativa, e de individualização da conduta, bem como ausência de dolo e justa causa.

Entretanto, os argumentos expostos na preliminar se confundem com o mérito da ação, sendo assim, será apreciada por ocasião da análise do mérito.

Não foram alegadas outras matérias preliminares ou prejudiciais de mérito.

Analisando os autos, verifico que a matéria em debate no presente feito é eminentemente de direito, hipótese que autoriza o julgamento antecipado do mérito, pois não se mostra necessária a produção de outras provas, além dos documentos que instruem os autos, nos exatos termos do art. 355, inciso I, do Código de Processo Civil.

“ Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I – não houver necessidade de produção de outras provas.”

Importante consignar que cabe ao Juiz aferir sobre a necessidade ou não da produção de outras provas, a teor do que estabelece o art. 370, do Código de Processo Civil. Assim, o Magistrado que preside a causa tem o dever de evitar a coleta de prova que se mostre inútil à solução do litígio.

A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou seu entendimento:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO MORAL COLETIVO - DIVULGAÇÃO DE PUBLICIDADE ILÍCITA - INDENIZAÇÃO - SENTENÇA QUE ACOLHEU O PEDIDO INICIAL DO MPDFT FIXANDO A REPARAÇÃO EM R\$14.000.000,00 (QUATORZE MILHÕES DE REAIS) E DETERMINOU A ELABORAÇÃO DE CONTRAPROPAGANDA, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA - INCONFORMISMOS DAS RÉS - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA PARA REDUZIR O QUANTUM INDENIZATÓRIO E EXCLUIR DA CONDENAÇÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER CONTRAPROPAGANDA, BEM COMO A MULTA MONITÓRIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DAS RÉS - OGILVY BRASIL COMUNICAÇÃO LTDA. E DA SOUZA CRUZ S/A - E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. 1. DO RECURSO ESPECIAL DA OGILVY BRASIL COMUNICAÇÃO LTDA.

(...). 1.2. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Inexistência de cerceamento do direito de defesa. Produção de prova documental suficiente. Impossibilidade de revisão. Incidência da Súmula 7/STJ. Livre convencimento motivado na apreciação das provas. Regra basilar do processo civil brasileiro. Precedentes do STJ.” (REsp 1101949/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 30/05/2016.

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. RELEVÂNCIA DA PROVA INDEFERIDA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ. SUSPENSÃO DO PROCESSO. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS. SÚMULA 283/STF. 1. A jurisprudência do STJ reconhece que não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo (REsp 1.252.341/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 5/9/2013, DJe 17/9/2013). 2. Insuscetível de revisão, nesta via recursal, o entendimento do Tribunal de origem - que, com base nos elementos de convicção dos autos, entendeu que não ocorreu cerceamento de defesa e que a produção da prova requerida pelo município era prescindível -, por demandar a reapreciação de matéria fática, o que é obstado pela Súmula 7/STJ. (...).” (AgRg no REsp 1.445.137/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/3/2015, DJe 30/3/2015.).

O requerente pretende a condenação dos requeridos pela suposta prática de ato de improbidade administrativa praticados no procedimento licitatório Pregão n. 051/2013/SAD, que originou a Ata de Registro de Preço n. 036/2013/SAD, os quais teriam causado prejuízo ao erário, em razão de diversas irregularidades constatadas no certame, que teria praticado sobrepreço e superfaturamento nos contratos administrativos N° 030/2014/SEDUC/MT, N° 001/2014/SES/MT, N° 021/2014/SECITEC, no valor total de R\$2.328.331,78 (dois milhões trezentos e vinte e oito mil trezentos e trinta e um reais e setenta e oito centavos), conforme o relatório de auditoria n. 0047/2017 expedido pela CGE.

Consta no referido relatório as seguintes irregularidades: “cláusula restritiva de competição/direcionamento da licitação; desclassificação da empresa Planeta Administração e Serviços Ltda., fundamentada em cláusula restritiva; apresentação de atestados de capacidade técnica com conteúdo falso; jogo de planilha na proposta final do preço; proposta de preços apresentado pela licitante JVA Logística Transporte de Carga e Armazéns Ltda., em desacordo com o edital; sobrepreço de R\$8,10 (oito reais e dez centavos) por metro cúbico, correspondendo a 32,40% do valor por metro cúbico; superfaturamento.”

Os requeridos em suas defesas, afirmaram, em síntese, que não causaram prejuízo ao erário, e que a contratação da empresa requerida JVA Logística, Transportes de Cargas e Armazéns Ltda. EPP. foi precedida de licitação, com pareceres favoráveis, afirmando que a empresa requerida não teria sido a vencedora do certame, mas que em grau de recurso administrativo a empresa vencedora teria sido considerada inabilitada e, na mesma decisão, foi convocada a empresa requerida, que ficou em segundo lugar no certame.

Ainda, afirmaram que a empresa requerida prestou integralmente os serviços contratados, e que não consta nenhuma informação de que os serviços foram ineficientes.

Aduziram que o edital de licitação estava acompanhado de pareceres favoráveis, que teriam atestado as legalidades das cláusulas. Ainda, afirmaram que não houve sobrepreço na prestação dos serviços pela empresa requerida, tampouco superfaturamento. Salientaram, também, que os preços oferecidos pela empresa requerida estavam de acordo com a pesquisa de preço.

No caso em questão é incontroverso a contratação da empresa requerida JVA Logística, Transportes de Cargas e Armazéns Ltda. EPP., mediante o processo licitatório Pregão n. 051/2013/SAD, que originou a Ata de Registro de Preço n. 036/2013/SAD, para a prestação de serviços junto aos órgãos do Estado. A controvérsia reside no fato se houve ou não irregularidade na condução do certame licitatório, e se essas irregularidades teriam causado prejuízos ao erário, com a prática de sobrepreço e superfaturamento nos serviços prestados.

Pois bem. Sabe-se que o edital de licitação define as regras para o certame, ou seja, é a lei da licitação, de observância obrigatória pelos licitantes, bem como a própria Administração Pública e, uma vez publicado, o seu cumprimento é imperativo.

É certo que a administração possui discricionariedade para estabelecer os requisitos de procedimento licitatório, sem que isso caracterize ilegalidade ou abuso de poder, quando a restrição se mostrar razoável e não atentatória à livre concorrência.

A inicial e o relatório de auditoria n. 0047/2017, expedido pela CGE (Id. 16099092; Id. 16099097; Id. 16099105; Id. 16099110 e; 16099113), apontaram que o certame licitatório restringiu a competitividade, por exigir que a estrutura física de armazenagem deveria estar no máximo a uma distância de 2,0km da contratada.

Analisando o edital de Pregão n° 051/2013/SAD, acostado no Id. 16061971, observo que a exigência da administração pública é plenamente justificável, pois o objetivo da licitação era o serviço de armazenamento e logística; seguro de carga/estoque; gestão eletrônica de entrada; histórico diário de estocagem e saída de mercadorias/produtos; estoques sob guarda (operação logística); se mostrando fundamental e importante a limitação da distância, visando a redução de custos com o transporte dos materiais e agilidade na entrega dos mesmos, conforme justificado no item 15.2.1, do referido edital.

Quanto a alegada restrição da competitividade, por conter no edital cláusula impedindo a participação de diretores, sócios ou dirigentes de empresas suspensas de contratar com a administração pública, também, tal argumento não merece prosperar.

A alusiva restrição contida no item 3.3, inciso IV, do edital, é razoável, pois atendeu o princípio constitucional da moralidade, ao vedar a possibilidade de contratação com a administração pública aqueles que participavam de sociedade de empresa, que estavam impedidos de contratar com o Governo do Estado.

Assim, verifico que o agente público agiu corretamente ao inabilitar a empresa Planeta Administração e Serviços Ltda. EPP., que venceu a licitação num primeiro momento, estendendo os efeitos da pena de inidoneidade aplicada também à empresa Agilize, conforme decisão constante no Id. 16062304 (fl. 26).

Por conseguinte, não vislumbro nenhuma irregularidade na desclassificação da empresa acima referida, ainda que a sua proposta tenha sido mais vantajosa, uma vez que esta não preencheu os

requisitos previstos no edital, conforme previsto no art. 48, inciso I, da Lei 8.666/93, vigente à época da licitação.

O ente público deve prezar pela satisfação do interesse público, sem medir esforços para alcançar a melhor proposta e com o menor dispêndio de dinheiro público, atendendo ainda, para o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Portanto, a competitividade no Pregão Presencial nº 051/2013/SAD não foi afetada pela restrição de distância da localização da estrutura física de armazenagem, tampouco pela proibição de participação de pessoas que integravam sociedades de empresas declaradas inidôneas, pois se tratavam de exigências possíveis de cumprimento e previstas no edital.

Com relação a alegação de que a empresa requerida teria apresentado atestado de capacidade técnica com conteúdo falso, verifico que o relatório de auditoria n. 0047/2017, expedido pela CGE (Id. 16099092; Id. 16099097; Id. 16099105; Id. 16099110 e; 16099113), se baseou apenas suposições, e não em efetiva ausência de capacidade técnica ou mesmo deficiência na prestação dos serviços contratados.

Isso porque, fundamentou que os atestados, supostamente, teriam conteúdo falso, porque a primeira nota fiscal emitida pela empresa requerida JVA Logística, Transportes de Cargas e Armazéns Ltda. EPP. teria sido quando já estavam executando os serviços contratados, bem como as empresas que emitiram os atestados de capacidade técnica teriam vínculo familiar e profissional com os sócios da empresa requerida (Id. 16061975; fls. 62 e 63).

Ressalto que a exigência da capacidade técnica é para garantir a segurança da contratação, tendo como escopo aferir, durante a realização do certame, se os licitantes possuem pleno conhecimento do objeto a ser contratado, de modo que desempenhe os serviços contratados com qualidade e eficiência, nos termos do art. 30, inciso II, parágrafo primeiro, da Lei 8.666/93, vigente a época da licitação.

No caso, verifico inaptidão do responsável pela condução do certame, ao deixar de averiguar as veracidades dos conteúdos dos atestados apresentados, porém, tal fato não acarretou prejuízo ao erário, pois, ao que consta dos autos, os serviços foram efetivamente prestados nos termos previsto no edital.

No que se refere a alegação do requerente de que houve um suposto jogo de planilha na proposta final do preço apresentado pela empresa requerida; porque estariam em desacordo com o edital e teria ocasionado superfaturamento do serviço contratado; mais uma vez constato que o relatório de auditoria se baseou em suposições.

Consta do relatório de auditoria n. 0047/2017, expedido pela CGE (Id. 16099092; Id. 16099097; Id. 16099105; Id. 16099110 e; 16099113), a proposta inicial da empresa requerida no valor de R\$25,00 (vinte e cinco reais) o metro cúbico, para o item 1, do lote único, com a seguinte descrição: “**Serviço de Sistema de armazenamento e logístico com seguro** de carga/estoque, com gestão eletrônica de entrada de carga/estoque, com gestão eletrônica de entrada, histórico diário de estocagem e saída de mercadoria/produtos estoque sob guarda (operação logística) código 1051528.” E o valor de R\$20,00 (vinte reais) o metro cúbico, para o item 2, do lote único, com a seguinte descrição: “**Serviço de sistema de armazenamento sem seguro** de carga/estoque, com gestão eletrônica de entrada, histórico diário de estocagem e saída de mercadoria/produtos estoque sob guarda (operação logística) código 1051529.”

Por ocasião da apresentação dos valores finais, a empresa requerida diminuiu o valor do item 2, para o valor de R\$12,90 (doze reais e noventa centavos) o metro cúbico, conforme Id. 16062298

(fl. 33), porém, foram contratados apenas os serviços constantes no item 1, do lote único, da Ata de Registro de Preço n. 036/2013/SAD.

No entanto, a conduta da empresa requerida em reduzir apenas o preço do item 2, não caracteriza jogo de planilha, porquanto não é possível vincular os preços dos serviços constantes nos itens da licitação, em razão dos meios distintos de execução.

Observa-se, a comparação feita no relatório de auditoria foi com base na proposta apresentada pela empresa requerida, ao comparar o item 1 e o item 2, do lote único, os quais contêm execução dos serviços diferentes, e que logicamente acarretaria preços distintos.

Ainda, o relatório menciona que no item 2, sem seguro, o valor é de R\$12,00 (doze reais) o metro cúbico, e o seguro tem o custo de R\$4,00 (quatro reais), com isso o item 1, com seguro, deveria ser de R\$16,90 (dezesseis reais e noventa centavos) o metro cúbico.

Entretanto, conforme mencionado acima, no item 1, os serviços são de armazenamento “E” logístico com seguro, enquanto que o item 2, o serviço é de apenas armazenamento sem seguro, portanto, a diferença do preços entre os itens, não é somente a incidência de seguro ou não, mas no item 1 tem o serviço adicional de logística, com meios de execução distintos, o que certamente influenciou no preço, inexistindo, assim, o sobrepreço alegado na exordial.

Destaco, ainda, analisando o mapa Comparativo de Preços realizado antes do certame, acostado no Id. 16061970 (fl. 41), o resultado para o item 1, do lote único, foi no valor de R\$26,33 (vinte e seis reais e trinta e três centavos) o metro cúbico, e para o item 2, do lote único, o resultado foi no valor de R\$16,67 (dezesseis reais e sessenta e sete centavos) o metro cúbico, ou seja, a proposta apresentada pela empresa requerida, estava condizente com o levantamento no mapa comparativo de preços realizado pelo ente público, inclusive, o preço ofertado pela empresa requerida estava em valor abaixo do resultado desse levantamento prévio.

Com isso, não há que se falar em sobrepreço no valor ofertado pela requerida, tampouco jogo de planilha ao apresentar a oferta final, com redução do valor apenas no item 2, do lote único, já que os serviços seriam executados por meios distintos.

Consequentemente, inexistindo o sobrepreço, não há que se falar em superfaturamento na execução dos contratos administrativos. Logo, não vislumbro o dano ao patrimônio público.

Isso porque, na narrativa constante nos autos não há quaisquer informações de que a empresa requerida não prestou os serviços que foram contratados, ou mesmo, que não teria conseguido cumprir os mesmos em sua integralidade, não havendo que se falar em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou ofensa grave aos princípios da Administração Pública.

É certo que para a configuração do ato de improbidade administrativa exige-se mais do que mera irregularidade ou ilegalidade; a conduta do agente público deve estar permeada de abuso, má-fé e com a finalidade específica de tirar proveito para si ou para outrem, causando prejuízo ao bem comum. Trata-se, portanto, de um desvio de conduta qualificado pela falta de retidão e moralidade daquele que tem o dever de agir com honestidade no exercício do cargo público que lhe foi confiado.

Também, o E. STJ já decidiu: “A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e afastar da atividade pública todos os agentes que demonstraram pouco apreço pelo princípio da juridicidade, denotando uma degeneração de caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida” (REsp 1297021/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 20/11/2013).

No caso em comento, não obstante os diversos documentos acostados nos autos e os argumentos expostos pelo requerente, em suma, não há indícios de ato de improbidade administrativa praticado pelos requeridos.

Por outro lado, ainda que por hipótese se pudesse afirmar alguma irregularidade no procedimento licitatório em questão, também não é possível comprovar ocorrência de ato ímprobo praticado com dolo ou má-fé, indispensáveis à aplicação das sanções, na forma da lei.

Assim, constato que, a rigor, a licitação foi regular, sagrando-se vencedora a empresa requerida, conforme se vê dos contratos firmados e dos pagamentos, os quais os serviços contratados foram totalmente executados.

Há que ser considerado, ainda, que esta ação foi proposta antes do advento da Lei n.º 14.230/2022, que trouxe profundas alterações acerca da responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, prevista na Lei n.º 8.429/92.

Sobre a aplicação da nova lei, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843.989/PR, processo-paradigma do Tema n. 1199, fixou as seguintes teses:

“1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se – nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei.”

As teses acima transcritas possuem caráter vinculante, nos termos do disposto nos arts. 927, inc. III, e 987, § 2º, ambos do Código de Processo Civil e, assim, devem ser observadas nos processos em curso, de modo que a nova norma será aplicada de imediato e não haverá retroatividade para as questões de caráter processual; para as alterações de caráter material, haverá retroatividade, se a nova norma for mais benéfica, respeitada a coisa julgada.

Ainda, a nova lei acrescentou o §4º, ao art. 1º, da Lei n.º 8.429/92, para aplicar, ao sistema de proteção da probidade administrativa, os princípios do direito administrativo sancionador.

O colendo Superior Tribunal de Justiça já foi expresso em reconhecer a retroatividade da norma mais benéfica em sede de direito administrativo sancionador, no recurso em Mandado de Segurança RMS 37.031/SP. Dessa maneira, se vislumbra a possibilidade da retroação da nova legislação, por ser mais benéfica aos requeridos.

A sistemática trazida pela nova lei impõe que a configuração do ato de improbidade administrativa depende da inequívoca comprovação do dolo do sujeito, afastando-se da esfera de punição, a modalidade culposa.

É o que se extrai do disposto no art. 1º, §2º, da Lei de Improbidade Administrativa, com redação dada pela Lei n.º 14.230/2021:

“Art. 1º

(...).

§2º. Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente”.

Sobre a tipificação dos atos de improbidade atribuídos aos requeridos na inicial, quais sejam, o art. 10, *caput* e incisos I e XII e, subsidiariamente, no art. 11, *caput*, inciso I, estes sofreram significativa mudança e revogação expressa.

Quando esta ação foi proposta, o art. 10, *caput*, incisos I e XII, da Lei n.º 8.429/92 tinha a seguinte redação:

“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:

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

(...).

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

(...).”

Com a nova lei, o mencionado dispositivo passou a ter a seguinte redação:

“(...).

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;

(...).

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
(...).”

Verifica-se, assim, que o tipo aberto previsto no *caput*, do art. 10, da Lei n.º 8.429/92, quanto ao tipo específico previsto no inciso I, do mencionado artigo, passaram a exigir, para a sua configuração, além do dolo específico, que a conduta do agente acarrete perda patrimonial efetiva e comprovada, não sendo mais admitido o dano presumido.

Como já mencionado, a petição inicial não indica a existência de dano efetivo e acréscimo patrimonial indevido, tampouco que os serviços não foram prestados; os fatos narrados e as provas juntadas não evidenciam prática de ato de improbidade administrativa no procedimento licitatório, que tenha causado dano ao erário.

O requerente imputou aos requeridos, de forma alternativa, a conduta prevista no art. 11, *caput*, inciso I, da Lei n.º 8.429/92.

À época da propositura da ação, o dispositivo acima mencionado tinha a seguinte redação:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.

(...).”

Com a nova lei, o mencionado dispositivo passou a ter a seguinte redação:

“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, imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

I – (revogado).

(...).”

Veja-se que o art. 11, *caput*, teve a sua redação alterada, substituindo-se se a expressão “notadamente” por “caracterizada por uma das seguintes condutas”. Antes da reforma, o mencionado dispositivo tinha caráter exemplificativo. Com a nova lei, é necessário que os fatos se amoldem a uma das condutas descritas nos incisos do mencionado artigo, que agora encerra um rol taxativo daquilo que configura violação aos princípios da Administração Pública.

Já a hipótese prevista no inciso I, do mencionado artigo foi expressamente revogada.

Como já consignado, o Supremo Tribunal Federal definiu, no julgamento do Tema 1.199, que a Lei n.º 14.230/2021 se aplica aos atos que, embora praticados na vigência do texto anterior, não são objeto de condenação transitada em julgado.

Tem-se, portanto, que a imputação da prática de ato de improbidade administrativa com fundamento no art. 11, da Lei n.º 8.429/92, somente se admite se tratar de ato doloso e se a conduta se enquadrar em uma das hipóteses taxativas previstas nos incisos do mencionado artigo, o que não é o caso dos autos.

O doutrinador Marçal Justen Filho, ao comentar os efeitos da reforma da lei de improbidade administrativa, defendeu a sua aplicação aos processos em curso:

"As alterações introduzidas pela Lei 14.230/2021, em todas as passagens que configurem tratamento mais benéfico relativamente à configuração ou ao sancionamento por improbidade administrativa, aplicam-se a todas as condutas consumadas em data anterior à sua vigência. Isso significa que, mesmo no caso de processos já iniciados, aplica-se a disciplina contemplada na Lei 14.230/2021. Portanto e por exemplo, tornou-se juridicamente inexistente a improbidade meramente culposa, tal como não se admite mais a presunção de ilicitude ou de dano ao erário. Logo, os processos em curso que envolvam pretensão de aplicação da disciplina original da Lei 8.429 subordinam-se às regras mais benéficas da Lei 14.230/2021." (Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021/Marçal Justen Filho. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2022.pág. 293)

Não obstante os judiciosos argumentos expostos pelo representante do Ministério Público acerca da não aplicação das modificações introduzidas no sistema de proteção da probidade nova lei, não se pode olvidar que se trata de norma legal com presunção de constitucionalidade e não há como afastar o que está expressamente previsto na lei.

Desse modo, inexistente prova do dolo e do efetivo prejuízo ao erário estadual, não há como acolher a pretensão ministerial, pois, o princípio da lei sancionadora mais benéfica (CF/88, art. 5º, inciso XL) é aplicado para todo o direito sancionador, seja ele administrativo ou penal.

E o §4º, do art. 1º, da Lei n.º 8.429/92, estabelece ao sistema de proteção da probidade administrativa o regime jurídico do direito administrativo sancionador.

A exemplificar, abaixo alguns entendimentos a respeito da não comprovação do dolo e da ausência de prejuízo ao erário:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALTERAÇÕES DA LEI 14.230/21. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. TESE 1199 DO STF. PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. 1. Merece ser mantida a sentença que absolveu a apelante da prática do ato ímprobo previsto no art. 10, XI da Lei 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/2021. 2. Para a configuração das improbidades administrativas capituladas no art. 10 e incisos da Lei nº 8.429/92, com as alterações da Lei 14.230/21 é necessária a demonstração do elemento subjetivo doloso, bem como a comprovação do efetivo dano acarretado ao erário do Poder Público, sob pena de inadequação típica. 3. O Supremo Tribunal Federal, em 18/08/2022, ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário no Agravo nº 843989, fixou a tese do Tema 1199 nos

seguintes termos:"1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei" (Grifei). 4. Embora comprovadas materialidade e autoria da conduta, o elemento subjetivo necessário à caracterização do ato ímprobo não ficou demonstrado. **5. A responsabilização do agente com base nos tipos descritos na Lei de Improbidade, com as alterações da Lei 14.230/2021, exige agora a demonstração de intenção dolosa. 6. A perda patrimonial efetiva tornou-se aspecto nuclear da conduta ímproba descrita no artigo 10 da LIA, junto do elemento subjetivo doloso, o que impede a configuração de improbidade administrativa por dano presumido ao erário. 7. Apelação não provida.**" (AC 0001538-46.2018.4.01.4001, JUIZ FEDERAL MARLLON SOUSA (CONV.), TRF1 - TERCEIRA TURMA, PJe 01/09/2022 PAG.). (grifo nosso).

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N.º 8.429/91. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ENTRADA EM VIGOR DA LEI N.º 14.230/21. APLICAÇÃO DA NOVA REDAÇÃO MAIS BENÉFICA. ROL TAXATIVO. REVOGAÇÃO DO INCISO I DO ART. 11. ATIPICIDADE SUPERVENIENTE. MANIFESTA INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (Tema n.º 1199), a nova redação trazida pela Lei n.º 14.230/21 é aplicável aos atos de improbidade administrativa culposos, praticados na vigência do texto anterior, desde que não haja condenação transitada em julgado. 2. Em relação à improbidade administrativa das condutas dos agentes públicos com enquadramento no artigo 10, nota-se que com o advento da novel legislação, passou-se a exigir expressamente a prova do dolo para sua caracterização. **3. Uma das alterações mais significativas decorrentes do advento da Lei n.º 14.230/21 ocorreu no enunciado do art. 11 da Lei n.º 8.429/91 (atos ímprobos que atentam contra os princípios da Administração Pública), cujo rol passa a ser taxativo. 4. Tendo em vista que a conduta imputada aos réus não se enquadra, atualmente, nas hipóteses específicas dos seus incisos, é imperioso concluir pela ausência de tipicidade, sob o foco da Lei de Improbidade.**” (TJMG - Apelação Cível 1.0000.23.070806-7/001, Relator(a): Des.(a) Wagner Wilson , 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/06/2023, publicação da súmula em 29/06/2023). (grifo nosso)

Em suma, a pretensão ministerial de responsabilizar os requeridos pela prática de ato de improbidade administrativa, do art. 10, *caput* e incisos I e XII, da Lei n.º 8.429/92, não pode ser acolhida, pois não foi comprovada a ocorrência de dano efetivo ou perda patrimonial do ente público.

Também a pretensão alternativa, de condenar os requeridos na forma do art. 11, inciso I, da Lei n.º 8.429/92, não encontra mais fundamento legal com as inovações introduzidas pela Lei n.º 14.230/2021, dentre elas, a revogação expressa do mencionado inciso.

Diante do exposto, **julgo improcedentes** os pedidos, com fundamento no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sem custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 23-B, da Lei n.º 8.429/92.

Desnecessário o reexame, nos termos do art. 17, § 19, IV, da Lei n.º 8.429/92.

Transitada em julgado e, nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

Publique-se.

Intime-se.

Cumpra-se.

Cuiabá/MT, 14 de maio de 2024.

Celia Regina Vidotti

Juíza de Direito

Assinado eletronicamente por: CELIA REGINA VIDOTTI

<https://clickjudapp.tjmt.jus.br/codigo/PJEDAFSBTXQVG>



PJEDAFSBTXQVG