



ESTADO DE MATO GROSSO
PODER JUDICIÁRIO

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO

Número Único: 0005391-56.2014.8.11.0003

Classe: APELAÇÃO CÍVEL (198)

Assunto: [Improbidade Administrativa]

Relator: Dr. GILBERTO LOPES BUSSIKI

Turma Julgadora: [DES(A). JOSE ZUQUIM NOGUEIRA, DES(A). ANTONIA SIQUEIRA GC

Parte(s):

[MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 03.507.415/0018-92 (APELANTE), MUNICIPIO DE RONDONOPOLIS - CNPJ: 03.347.101/0001-21 (APELANTE), JOSE CARLOS JUNQUEIRA DE ARAUJO - CPF: 214.086.611-87 (APELADO), ANDERSON VATUTIN LOUREIRO JUNIOR - CPF: 994.281.137-00 (ADVOGADO), INSTITUTO BRASILEIRO DE APOIO A MODERNIZACAO ADMINISTRATIVA - CNPJ: 04.713.687/0001-63 (APELADO), CHRISTIANO CARVALHO DE ARAUJO - CPF: 905.706.501-00 (ADVOGADO), CLAUDIO ROBERTO NUNES GOLGO - CPF: 010.151.500-63 (ADVOGADO), CLAUDIO ROBERTO DE FREITAS GOLGO - CPF: 456.695.110-34 (APELADO), MPEMT - RONDONÓPOLIS (APELANTE), MUNICIPIO DE RONDONOPOLIS - CNPJ: 03.347.101/0001-21 (TERCEIRO INTERESSADO), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (CUSTOS LEGIS), LENINE POVOAS DE ABREU - CPF: 032.514.961-58 (ADVOGADO)]

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência Des(a). MARIA APARECIDA RIBEIRO, por meio da Turma Julgadora, proferiu a seguinte decisão: **À UNANIMIDADE, DESPROVEU O RECURSO.**

E M E N T A

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PREFEITO MUNICIPAL – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PRIVADA PARA RECUPERAÇÃO DE CRÉDITO DE ISSQN – LICITAÇÃO PÚBLICA NA MODALIDADE PREGÃO – PERMISSIBILIDADE DA CONTRATAÇÃO – PRECEDENTE DE PARECER FAVORÁVEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – MODALIDADE PREGÃO QUE NÃO SE APRESENTA A MAIS ADEQUADA – IRREGULARIDADE QUE POR SI SÓ NÃO CONFIGURA ATO DE IMPROBIDADE – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – NÃO EVIDENCIADO DOLO OU MÁ-FÉ – NÃO OCORRÊNCIA DE

ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU QUALQUER VANTAGEM PESSOAL PARA O GESTOR OU EMPRESA - ATOS ÍMPROBOS NÃO COMPROVADOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1 – Verificando que o Tribunal de Contas do Estado já emitiu parecer favorável para a contratação de empresas privadas para recuperação de crédito de tributo municipal, não há que se falar na proibição, sobretudo quando precedido de licitação.

2 - Embora possa se admitir que a modalidade de licitação escolhida pelo gestor municipal não foi a mais adequada para a contratação dos serviços objeto da ação, não há que se falar em improbidade, se não comprovado que o demandado tenha contribuído de forma dolosa e/ou com má-fé para as irregularidades, tampouco que agiu com animus *fraudandi* (intenção de fraudar) do procedimento licitatório correspondente em conluio com o vencedor, notadamente em virtude de não restarem comprovados os elementos subjetivos para a configuração do ato, quais sejam, o superfaturamento, a ausência de efetiva prestação do serviço, o dano ao erário e o enriquecimento ilícito dos agentes, inexistentes no caso vertente.

3 - A jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, consolidou entendimento sobre a indispensabilidade da efetiva demonstração de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação dos princípios que regem a atuação da Administração Pública, bem como da presença de dolo, nos casos dos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ou, ao menos, culpa grave, quando tratar-se de modalidade tipificada no artigo 10 da Lei nº. 8.429/92. (...)

RELATÓRIO

RELATÓRIO

EXMO. SR. DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI

Egrégia Câmara:

Recurso de apelação cível interposto pelo **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**, em face da sentença prolatada pelo juízo da Primeira Vara da Fazenda Pública da Comarca de Rondonópolis-MT que, julgou improcedentes os pedidos

contidos nos autos da ação civil pública 0005391-56.2014.8.11.0003, entendendo que as irregularidades descritas inicialmente não caracterizam improbidade administrativa por ausência de liame subjetivo e dano ao erário.

Em suas razões recursais, o Ministério Público ratifica suas alegações postas na inicial, argumentando que foi equivocado o entendimento exalado na sentença, pois, além da ilegalidade verificada na modalidade de licitação levada a efeito, foi ilegal o valor estimado, bem como a remuneração estipulada no contrato; a conduta dos apelados violou os princípios da legalidade, eficiência, economicidade e supremacia do interesse público, lesando, ainda, os cofres públicos. Sustentou, por fim, que ficou demonstrado que os apelados agiram com dolo. Por isto, pugna pelo provimento do apelo, a fim de que seja reformada a sentença, para condená-los por atos de improbidade.

Em contrarrazões (Id n. 2651377 a 2651381) **José Carlos Junqueira de Araújo** defende o acerto da sentença e pede seja mantida, com o consequente desprovimento do apelo.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou pelo provimento do apelo. (Id n. 3117146).

Um terceiro interessado – **Radio Encruzilhadense Ltda.** peticionou (Id n. 7963000) requerendo a modificação em relação à empresa e aos demais quotistas da empresa, dos limites da decisão, no sentido de que se mantenha o bloqueio em relação ao quotista **Cláudio Roberto Nunes Golgo**, e que permita aos demais as devidas alterações contratuais.

Oportunizado ao Ministério Público se manifestar, este veio (Id n. 8409240) expressar a concordância com o parcial desbloqueio da empresa requerente, mantendo-se a indisponibilidade somente em relação às cotas pertencentes a **Cláudio Roberto Nunes Golgo** – réu na ação.

É o relatório.

VOTO RELATOR

EXMO. SR. DR. GILBERTO LOPES BUSSIKI (RELATOR)

Egrégia Câmara:

A ação foi proposta pois, segundo o Ministério Público, José Carlos Junqueira Araújo, no exercício das funções inerentes ao cargo de Prefeito, chancelou pleito licitatório na modalidade pregão presencial 178/2011, eivado de vícios, cujo objeto consistia na contratação de empresa especializada em assessoramento técnico e jurídico,

do qual sagrou-se vencedora a pessoa jurídica de direito privado Instituto Brasileiro de Apoio à Modernização Administrativa – IBRAMA, tendo como Presidente Cláudio Roberto Nunes Golgo.

Com efeito, o Município de Rondonópolis, utilizando-se do procedimento licitatório na modalidade pregão, contratou os demais apelados para prestação de serviços técnicos jurídicos, visando a recuperação de crédito tributário de ISSQN, bem como a implantação da nota fiscal eletrônica.

Segundo as alegações do Ministério Público, os requeridos/apelados teriam cometido atos de improbidade administrativa previstos no artigo 10, *caput* e incisos I, IX, X e XII e artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei nº 8.429/92 sob os seguintes argumentos: 1) ilicitude do objeto (atividades típicas de Estado); 2) modalidade de licitação inadequada (pequena publicidade e direcionamento do certame); 3) ilegalidade da remuneração e 4) dano ao erário, no valor de R\$ 63.000,00.

Diante das alegações, então, tem-se que a controvérsia a ser dirimida está em analisar se a contratação da apelada IBRAMA foi indevida e, se foi, se configurou atos de improbidade administrativa.

Pois bem.

Da leitura da inicial, é possível verificar que o principal fundamento utilizado pelo Ministério Público a amparar o pedido de condenação dos demandados é que eles teriam praticado atos de improbidade administrativa causando prejuízo ao erário municipal e violando os princípios da administração pública, tais como legalidade e interesse público.

Na sentença, o Juiz cuidou de separar cada um dos pontos ressaltados pelo Ministério Público, que estariam a ensejar os atos de improbidade, e, em conformidade com as provas nos autos, concluiu que as irregularidades apontadas não caracterizam, por si só, ato de improbidade administrativa. Destacou que, como não restou comprovado ter havido dano ao erário, nem conduta dolosa dos agentes, é de ser afastada a acusação do Ministério Público de prática de atos de improbidade administrativa.

Decidiu com acerto o Juiz, proferindo sentença harmônica com as provas colacionadas aos autos, bem como com a jurisprudência, sobretudo respaldado em resposta do Tribunal de Contas do Estado, numa consulta pública que abarca o tema *sub judice*.

Assim, para melhor elucidação das questões, vejo por bem segmentar os elementos da decisão, tal qual feito pelo magistrado, retomando cada conduta imputada como ímproba aos apelados.

Vejam os.

Conforme relatado, o Município de Rondonópolis, utilizando-se do procedimento de licitação pregão, contratou com os demais réus a prestação de serviços técnicos e jurídicos visando a recuperação de crédito tributário de ISSQN, bem como de implantação da nota fiscal eletrônica.

Do Objeto Licitado.

O Ministério Público Estadual alega ilegalidade no processo de licitação sob o argumento de que os serviços contratados se referem a funções típicas da própria administração pública, as quais, alega que poderiam ser executadas pelos servidores que compõe o fisco municipal – fiscais de tributo e procuradores do Município.

Ocorre que, no caso, o Pregão Presencial nº 178/2011 teve como objeto a “contratação de empresa especializada em assessoramento técnico e jurídico, para postular, em nome da Prefeitura Municipal de Rondonópolis, em todas as instâncias administrativas e judiciais, a identificação e recuperação de receitas sonegadas do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) incidente sobre as operações de arrendamento mercantil, leasing, de cartões de créditos e dos bancos e a implantação da nota fiscal eletrônica”, ou seja, abarcou-se mais que a “simples cobrança”.

Não se olvida que as atividades administrativas tributárias de lançamento, cobrança administrativa ou judicial e fiscalização de tributos são funções tipicamente públicas e, em regra, indelegáveis, ou seja, somente poderão ser exercidas por agentes públicos. Entretanto, é perfeitamente possível eventuais contratações de prestadores de serviços privados, mediante licitação quando constatada a dificuldade para a cobrança de créditos inscritos ou não em dívida ativa. Aliás, deve ser anotado aqui, que existem precedentes que até dispensam a licitação, sob o argumento de conhecimentos técnicos específicos. Não foi o caso, todavia, porquanto o prefeito apelado procedeu com a licitação, ainda que na modalidade “Pregão”.

Essa permissibilidade se dá porque a contratação destes serviços pelas prefeituras é medida muitas vezes necessária para que não seja inviabilizado o seu próprio funcionamento, pois muitos municípios não possuem estrutura física e profissional para desempenhar as atividades que lhes são inerentes. Assim, ainda que se fale que o Município de Rondonópolis tivesse a estrutura de pessoal, o serviço é técnico, especializado e, inclusive, abrangeu o treinamento do pessoal. Ou seja, não retirou a função dos servidores, mas a qualificou.

Outrossim, na hipótese, as atividades a serem executadas pelo IBRAMA consistiam na identificação e recuperação de valores não recolhidos a título de ISSQN e implantação de nota fiscal eletrônica por meio de suporte técnico, o que demonstra a necessidade do conhecimento tecnológico aprimorado. Assim, como salientado pelo magistrado sentenciante, embora não haja notória especialização da empresa, é evidente que o objeto do contrato em debate foge da função dos Fiscais de Tributos e dos Procuradores Municipais.

Verifica-se que não se trata de atividade simples e típica inerentes às funções dos servidores públicos municipais como alegou o Ministério Público, pois a questão aqui tratada é mais específica, exige conhecimento contábil (identificação de crédito tributário) e tecnológico (implantação de nota fiscal eletrônica), o que nem todos possuem.

Para respaldar a possibilidade da contratação, ressaltou o magistrado que “nessas condições específicas, o TCE/MT autoriza eventuais contratações de prestadores de serviços privados, mediante licitação, conforme acórdão extraído do endereço eletrônico www.tce.mt.gov.br, no link de jurisprudências/Pesquisa:

“GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO. CONSULTA. CONTRATO. DÍVIDA ATIVA. COBRANÇA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. PREVISÃO DA DESPESA NA LEI ORÇAMENTÁRIA. 1) O Estado de Mato Grosso tem a obrigação de instituir e arrecadar tributos, bem como a de recuperar créditos inadimplidos, tributários ou não, inscritos ou não em dívida ativa, da forma menos onerosa ao erário. **2) Os procedimentos para recuperação desses créditos podem ser efetuados, por uma escolha discricionária, com a opção que demonstre maior vantagem para a administração, dentre duas formas descritas a seguir:** 2.1) de forma direta pelo Estado de Mato Grosso; e, 2.2) por instituição financeira, nas condições previstas na Resolução 33/2006 do Senado Federal, observadas as competências privativas da Procuradoria Geral do Estado a respeito da execução judicial. 3) **Sendo a cobrança realizada de forma direta pelo Ente Político, é permitida a contratação de pessoa jurídica de direito privado**, instituição financeira ou não, para prestação de serviços de consultoria e assessoramento à gestão de créditos com objetivo de recuperação desses créditos tributários ou não, inscritos ou não em dívida ativa, por intermédio de apoio técnico à cobrança administrativa ou judicial. 4) **A contratação da pessoa jurídica de direito privado referida no tópico anterior, deverá ocorrer somente após regular procedimento licitatório, observadas as disposições legais pertinentes.** 5) Os serviços da instituição contratada poderão ser pagos por preço unitário ou global, ou por percentual sobre os créditos efetivamente recuperados. 6) É imprescindível que as despesas decorrentes de eventual contratação, constem da Lei Orçamentária Anual do Ente Federado, não sendo necessária lei específica. 7) A instituição contratada poderá realizar todos os serviços que não sejam típicos e exclusivos do Estado. (Processo: 20386/2015. Resolução de Consulta. Publicado em 21/12/2015). (destaquei).

Esta consulta não foi a única. Em pesquisa a respeito do tema, perante o Tribunal de Contas deste Estado, verifica-se que o assunto já foi objeto de outras situações análogas, onde o Governo do Estado questionou, diretamente a possibilidade e foram dadas as seguintes respostas:

Acórdão n. 1.524/2003 (DOE 14/10/2003). Contrato. Tributação. Recuperação de créditos. Contratação profissionais. Observância aos requisitos.

O administrador público municipal tem obrigação de instituir e arrecadar tributos, da forma menos onerosa possível, com obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal e à Lei de Licitações. Deve assegurar efetiva vantagem para a administração pública, mediante análise do custo/benefício da arrecadação de tributos, através da estrutura municipal existente (Procuradoria) ou de eventuais contratações de profissionais para recuperação dos créditos. (destaquei)

Acórdão n. 557/2007 (DOE 14/03/2007). Contrato. Recuperação de Créditos. Possibilidade de risco, observadas as condições.

É possível a celebração de contrato de risco para a prestação de serviços, visando à recuperação de créditos do Estado, estabelecendo remuneração com base em percentual incidente sobre créditos recuperados. (...) (destaquei)

Ficou claro e afirmado no relatório da Consulta Técnica (20.3386/2015) que "**Nestas condições específicas, o TCE/MT autoriza eventuais contratações de prestadores de serviços privados, mediante licitação, para fazer as vezes de Procuradoria Municipal, atuando tanto na cobrança administrativa, quanto na cobrança de dívida ativa tributária [...]**", ou seja, cai por terra a alegação do Ministério Público de que o serviço não poderia ser objeto de contratação de empresa privada.

Modalidade de licitação.

A alegação do Ministério Público também foi de que foi indevida a contratação da empresa IBRAMA por meio de processo licitatório na modalidade pregão, uma vez que o Decreto Municipal nº 4.292/2006 estabelece que a modalidade pregão será realizada para aquisição de bens e serviços comuns, sendo considerado bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (artigo 1º, §2º). Invocou também o artigo 13, incisos II e III da Lei nº 8.666/93 discrimina os serviços técnicos profissionais especializados.

Assim, com base na legislação, argumentou que os serviços de assessoria técnica e jurídica para fins de identificação e recuperação de crédito tributário, bem como implantação da nota fiscal eletrônica, não podem ser considerados serviços comuns ou facilmente encontrados no mercado comum, pois demandam como condição para execução o concurso de profissionais com formação superior em conhecimento contábil, tecnológico, dentre outros.

O Magistrado sentenciante concordou com a tese e ressaltou que "o procedimento de licitação para a contratação desses serviços era, de fato, necessário. Contudo, a escolha da modalidade Pregão para a realização dessa contratação não foi a mais adequada. No entanto, **embora se reconheça a falta de regularidade da escolha da modalidade de licitação, no caso, o conjunto da obra permite concluir ter havido irregularidade sem foros de imoralidade, não havendo, portanto, prova de que a licitação em questão foi direcionada para a contratação de apadrinhados políticos, e de que esta foi realizada sem nenhum zelo e exigência técnica.**" (destaquei).

Em outras palavras, o magistrado assentou que, embora a contratação dos serviços não tenha sido realizada pela modalidade de licitação mais adequada, a simples irregularidade não tem contorno de improbidade.

De fato, a conclusão é acertada e se adequa aos precedentes do STJ, bem como deste Tribunal.

o Superior Tribunal de Justiça, em voto da relatoria do Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/10/2013, publicado no DJE 29/10/2013 (AgRg no AREsp 270.857/MG), confirmou entendimento que partiu da premissa de que **a infringência aos ditames da Lei nº. 8.666/93, por si só, não seria suficiente para a subsunção automática das condutas demandadas aos tipos previstos na lei de improbidade.** E, ainda, de que, **inexistindo prova de que o administrador tenha se beneficiado com as possíveis falhas, tampouco tenha delas advindo real prejuízo ao erário municipal, improcede a condenação na prática e atos de improbidade administrativa.**

Nosso Tribunal de Justiça também vem decidindo no sentido de que, na ausência de má-fé ou desonestidade do agente público, **a simples inobservância formal do ordenamento jurídico, embora censurável, não configura ato de improbidade administrativa, ou seja, não constando dos autos provas sólidas que evidenciem que o agente público, ao praticar atos ou omissões apontadas pelo Parquet, agiu com má-fé e desonestidade, tem-se como não configurada a improbidade administrativa, não se olvidando neste particular ser impossível a presunção da ocorrência de dolo ou culpa diante da severidade das sanções previstas na lei nº. 8.429/92** (TJMT – 3ª Câmara Civil. Ap. 80838/2012, rel. Desa Maria Aparecida Ribeiro, DJE 25/11/2013 e TJMT – 3ª Câmara Civil, AP. 0000683-42.2009.8.11.0098.Rel. Desa Maria Erotides Kneip Barajak. DJE 25.7.2014).

No mesmo sentido, é o seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO PÚBLICA – CARTA CONVITE PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS (LIMPEZA E COLETA DE LIXO) – **ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADES NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE O SERVIÇO OBJETO DA LICITAÇÃO NÃO FOI REALIZADO A CONTENDO, OU DE QUE O PREÇO OFERTADO VENCEDOR ESTÁ ALÉM DOS PRATICADOS NO MERCADO – AUSÊNCIA DE PROVA DE DIRECIONAMENTO OU FAVORECIMENTO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO A BENEFICIAR OS AGENTES PÚBLICOS OU TERCEIROS – DANO AO ERÁRIO OU ENRIQUECIMENTO ILÍCITO INEXISTENTES – ATOS ÍMPROBOS NÃO COMPROVADOS** – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência, especialmente a do Superior Tribunal de Justiça, consolidou entendimento sobre a indispensabilidade da efetiva demonstração de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação dos princípios que regem a atuação da Administração Pública, bem como da presença de dolo, nos casos dos artigos 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ou, ao menos, culpa grave, quando tratar-se de modalidade tipificada no artigo 10 da Lei nº. 8.429/92. (...) Embora as provas colhidas apontem no sentido da existência de irregularidades praticadas pela comissão de licitação, com infração à lei de licitação [art. 22, §3º, da Lei nº. 8.666/93], cujo objeto foi adjudicado pelo ex-gestor público do Município, não se pode afirmar, com apoio no conjunto probatório, que o demandado tenha contribuído de forma dolosa e/ou com má-fé para as

irregularidades, tampouco que agiu com animus fraudandi (intenção de fraudar) do procedimento licitatório correspondente em conluio com o vencedor, notadamente em virtude de não restarem comprovados os elementos subjetivos para a configuração do ato, quais sejam, o superfaturamento, a ausência de efetiva prestação do serviço, o dano ao erário e o enriquecimento ilícito dos agentes, inexistentes no caso vertente. (N.U 0003398-02.2010.8.11.0008, , ANTÔNIA SIQUEIRA GONÇALVES , SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 18/12/2018, Publicado no DJE 25/01/2019) (destaquei)

Da remuneração e ausência de prejuízo ao erário.

Conforme bem delineado na sentença, os documentos encartados aos autos também demonstram que não houve prejuízo ao erário, já que a empresa contratada prestou efetivamente o serviço, tendo recebido tão somente os valores condizentes com o serviço prestado, no valor de R\$ 63.000,00 (sessenta e três mil reais) conforme se denota da Nota de Movimentação Orçamentária e Financeira de fls. 280/281 e relatório dos serviços (fls. 283/284).

Fazendo referência ao conjunto probante na tese defensiva de inexistência de prejuízo ao Erário, também asseverou o magistrado:

Conforme se extrai, ainda, do relatório de fls. 283/284, o valor pago a IBRAMA refere-se aos resultados obtidos com a arrecadação de janeiro de 2012 (R\$ 3.265.174,51) e corresponde ao percentual de 46,99% sobre a arrecadação média mensal do ISSQN no exercício de 2011 que era de R\$ 2.222.061,33 (dois milhões duzentos e vinte e dois mil, sessenta e um reais e trinta e três centavos).

Como se vê, a remuneração recebida pela empresa ré foi calculada com base em percentual incidente sobre créditos recuperados (cláusula quinta do contrato nº 4082/2011 – fls. 290/296) e não foi pago nenhum valor a título de honorários de sucumbência, razão pela qual não ficou demonstrada a ilegalidade da remuneração apontada às fls. 19 da inicial. (destaquei)

Assim, demonstrado que não houve pagamento a maior, não havendo, portanto, prova de prejuízo ao erário municipal.

Com efeito, demonstrada a possibilidade da contratação dos serviços por empresa privada; contratação que, embora não pela modalidade mais adequada, foi precedida de licitação e, sobretudo, sem prejuízo ao Erário, não se pode aceitar a figura de lesão à moralidade administrativa somente pelo fato da inadequação do procedimento licitatório adotado.

Isso porque, em nenhum momento as provas indicaram que o contrato firmado causou prejuízo à Municipalidade, muito menos que a empresa licitante deixou de preencher os requisitos previstos no edital do procedimento licitatório ou que

tenha havido licitação direcionada ou vantagem pessoal recebida por qualquer um dos apelados.

Na verdade, o caso trazido nos autos revela uma irregularidade administrativa (modalidade de licitação), que, como dito, não pode ser lida como improbidade.

Cumprе salientar que, para que se configure a conduta de improbidade administrativa, é necessária a perquirição do elemento volitivo do agente público e de terceiros (dolo, nos casos dos artigos 9º e 11 e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), não sendo suficiente, para tanto, a irregularidade ou a ilegalidade do ato.

Portanto, ainda que a inobservância do procedimento previsto na norma seja ilegal, para que isso se caracterize como ato ímprobo, exige a jurisprudência, a doutrina e a legislação, a demonstração do dolo genérico, dolo este que deve ser extraído de uma análise acurada de todo contexto fático. Em outros termos, não constando dos autos provas sólidas que evidenciam que o agente público, ao praticar atos ou omissões apontadas, agiu com má-fé e desonestidade, tem-se como não configurada a improbidade administrativa, não se olvidando neste particular ser impossível a presunção da ocorrência de dolo ou culpa diante da severidade das sanções previstas na Lei nº. 8.429/1992. A propósito:

"RECURSO DE EMBARGOS INFRINGENTES - INTERPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO NÃO-UNÂNIME PROFERIDO EM APELAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DESCARTE, POR INCINERAÇÃO, DAS QUARTAS VIAS DAS NOTAS FISCAIS DE SAÍDA DE ICMS - CONDUTA PRATICADA EM RAZÃO DO MOMENTO HISTÓRICO E SOCIOECONÔMICO DO ESTADO DE MATO GROSSO POR OCASIÃO DOS FATOS E DA CARÊNCIA DE PESSOAL E DE EQUIPAMENTOS PARA PROCEDER-SE AO PROCESSAMENTO DE TODAS AS NOTAS FISCAIS COLETADAS - AUSÊNCIA DE DOLO - EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS PARA FISCALIZAÇÃO DAS OPERAÇÕES REPRESENTADAS EM TAIS VIAS DE NOTAS FISCAIS - PORTARIA N. 013/94/CAD/SEFAZ - VIOLAÇÃO NÃO OCORRIDA - IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADA - ACÓRDÃO MANTIDO - RECURSO DESPROVIDO. 1. Para a configuração da improbidade administrativa é necessário que o agente público aja com má-fé, propósitos maldosos ou desonestidade na condução dos negócios públicos, não bastando para tanto a prática de mera ilegalidade ou irregularidade administrativa, se estas não vêm acompanhadas daqueles predicados negativos. 2. Não há falar-se em improbidade administrativa decorrente do descarte, mediante incineração, das quartas vias das notas fiscais de ICMS por servidores da Secretaria de Fazenda do Estado de Mato Grosso se a prova documental e oral produzida na demanda conduz à conclusão de que o ato tido como ímprobo foi praticado não por desonestidade ou má-fé, mas em razão do momento histórico e socioeconômico vivido pelo Estado de Mato Grosso por ocasião dos fatos e da carência de pessoal e de equipamentos para proceder-se ao processamento de todas as notas fiscais coletadas pela referida Secretaria. 3. Alia-se a essa conclusão o fato de que a destruição das quartas vias das notas fiscais de saída não impede o Fisco de proceder à fiscalização das

operações nelas representadas, em razão da existência de outros meios para se atingir essa finalidade, bem como a circunstância de que não houve efetiva violação à Portaria n. 013/94/CAD/SEFAZ, que disciplina o tempo de vida útil dos documentos processados pela Secretaria de Fazenda. 4. Hipótese em que deve ser mantido o acórdão embargado que, reformando integralmente a sentença objeto da apelação, julgou improcedente a ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.” (EI 116493/2014, DESA. MARIA APARECIDA RIBEIRO, TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Julgado em 03/09/2015, Publicado no DJE 25/09/2015) (destaquei)

Não é demais lembrar que o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa dispõe: 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 (...).**

Verifica-se que a lei define os atos de improbidade como atos que afetam negativamente o patrimônio público em seu sentido estrito, ou seja, o erário e, analisando o caso dos autos, não é possível constatar prejuízo ao erário, uma vez que o contrato firmado com a empresa foi cumprido, sendo que o objeto da licitação serviu à municipalidade e atingiu sua finalidade.

Por fim, há que se admitir que “equivocos do procedimento” não podem gerar maiores consequências aos demandados, uma vez que a ação de improbidade somente deve servir para punir o administrador desonesto, afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mau administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação.

Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF e 211/STJ. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO. NÃO-COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO.

1. Inexiste violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, quando o aresto recorrido adota fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes.

2. A ausência de prequestionamento do dispositivo legal tido como violado torna inadmissível o recurso especial. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.

3. Na hipótese dos autos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra o prefeito do Município de

Ponte Nova/MG e Secretários Municipais, em face de supostas irregularidades ocorridas em licitação para a locação de máquinas e veículos.

4. O entendimento majoritário desta Corte Superior é no sentido de que a configuração de ato de improbidade administrativa exige, necessariamente, a presença do elemento subjetivo, inexistindo a possibilidade da atribuição da responsabilidade objetiva na esfera da Lei 8.429/92.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido" (STJ - REsp: 891408 MG 2006/0215123-3, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 25/11/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/02/2009). (destaquei)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI Nº 8.429/92. EX-PREFEITO E EX-MEMBROS DE COMISSÃO DE LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE ÔNIBUS E EQUIPAMENTOS HOSPITALARES DESTINADOS A UNIDADES MÉDICAS MÓVEIS. SUPERFATURAMENTO E FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DANO AO ERÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Apelação desafiada pela União e Remessa Necessária em face da sentença que julgou improcedentes os pedidos inaugurais, para rejeitar a imputação de improbidade na modalidade de lesão ao erário, feita aos Réus ex-prefeito e ex-membros da Comissão de Licitação do Município de São Luiz do Quitunde/AL, bem como a acusação subsidiária feita contra o Réu ex-prefeito, quanto à prática de ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração Pública.

2. Os atos ímprobos apontados são os tipificados no artigo 10, incisos V, VIII e XII, ou subsidiariamente, no artigo 11, todos da Lei nº 8.249/92, que descrevem as ações consistentes em permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado, frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente, permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente e violar os princípios da Administração Pública.

3. Como é cediço, para a caracterização do ato de improbidade, deve ser comprovada a desonestidade na conduta do agente público, mediante a qual este enriquece ilicitamente ou obtém vantagem indevida. Assim, deve ser analisado o elemento subjetivo para caracterização do ato de

improbidade administrativa, ou seja, o dolo, nas hipóteses elencadas nos artigos 9º e 11, da Lei nº 8.429/92, e dolo ou culpa, naquelas mencionadas no artigo 10.

4. Do exame dos autos, verifica-se que não houve o alegado superfaturamento de preços, tendo em vista a variação de apenas 7,94% entre o valor do objeto licitado e a pesquisa de preços feita pela Controladoria Geral da União, o que pode ser causado pela oscilação comum de preços no mercado, até porque a proposta foi vencedora em época diversa da pesquisa feita pelo Órgão da União. Não comprovação de dano ao Erário.

5. A aquisição de ônibus e de equipamentos hospitalares destinados a unidades médicas móveis através de licitações distintas não constitui fracionamento ilícito de licitação, notadamente porque permite ampliação do número de fornecedores de veículos e dos equipamentos que ordinariamente são vendidos separadamente.

6. Quanto ao argumento de omissão em anular procedimento licitatório, é sabido que a Administração tem o dever de anular os seus próprios atos quando eivados de vícios, contudo, a ausência de anulação, por si só, sem má-fé, e notadamente por terem ocorrido tão somente irregularidades formais, não configura improbidade lesiva a princípio da Administração Pública, até porque o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos alternativos adequados para combater a referida omissão, ao admitir a possibilidade de anulação dos atos administrativos pelos interessados perante o Poder Judiciário, inclusive pelo próprio Ministério Público e pelas pessoas jurídicas de Direito Público interessadas por meio de ação civil pública. 7. Apelação e Remessa Necessária improvidas” (TRF-5 - REEX: 200980000054911 , Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 17/07/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 22/07/2014). (destaquei)

Conclui-se, pois, que, uma vez que as irregularidades apontadas pelo Ministério Público não caracterizam, por si só, ato de improbidade administrativa; como não restou comprovado ter havido dano ao erário, nem conduta dolosa dos agentes, é de ser mantida a sentença que afastou a acusação do Ministério Público de prática de atos de improbidade administrativa.

Consequentemente, o reconhecimento da inexistência da prática de atos de improbidade, repercute na efetivação do comando posto na sentença a respeito da retirada das restrições, o que abrange também o pleito da **Radio Encruzilhadense Ltda.** (Id n. 7963000), sobre o qual houve a concordância do Ministério Público.

Isso posto, **nego provimento ao recurso**, mantendo a sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Data da sessão: Cuiabá-MT, 26/08/2020

Assinado eletronicamente por: **GILBERTO LOPES BUSSIKI**

31/08/2020 14:57:11

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

ID do documento: **55880490**



PJEDBKYSNDFD

IMPRIMIR

GERAR PDF