

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

INTERESSADO/APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
INTERESSADO/APELADO: ERNANI JOSÉ SANDER
ERNANI VELASCO SANDER JÚNIOR
NANCY VELASCO SANDER

Número do Protocolo: 15438/2015
Data de Julgamento: 31-07-2017

E M E N T A

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL COM REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – PREFEITO, ESPOSA, SECRETÁRIA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E FILHO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO – CONTRATAÇÃO COM A MUNICIPALIDADE POR MEIO DE PESSOA INTERPOSTA – SERVIÇO DE LIMPEZA DE FOSSAS SÉPTICAS – DOLO GENÉRICO – CONFIGURADO – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – SANÇÕES DO ARTIGO 12, INCISO III, DA LEI Nº 8.429/92 – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – ATO SENTENCIAL REFORMADO – RECURSO PROVIDO EM PARTE – RETIFICADA EM PARTE O ATO SENTENCIAL NOS TERMOS DAS RAZÕES EXARADAS NO APELO.

Demonstrado que os agentes públicos, de forma deliberada, desobedeceram à legislação específica, assim como os princípios elementares da Administração Pública, ao firmar e executar serviços, ausente de procedimento licitatório, por meio de empresa da própria família



Documento assinado digitalmente por: MÁRCIO VIDAL:14, em 09/08/2017 09:33:20
Acesso ao documento em: <http://servicos.fimt.jus.br/processos/tribunal/consulta.aspx>
Chave de acesso: a8a5892e-0ae8-447a-833f-835f946fad92

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

e de preposto, empregado particular do próprio Chefe do Executivo municipal, tem-se configurada a improbidade administrativa.

Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, os atos de improbidade administrativa, descritos no artigo 11 da Lei nº 8.429/1992, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano à Administração Pública ou de enriquecimento ilícito do agente.

Caracterizada a prática de ato administrativo ímprobo, devem ser aplicadas as sanções previstas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992, respeitados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

INTERESSADO/APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
INTERESSADO/APELADO: ERNANI JOSÉ SANDER
ERNANI VELASCO SANDER JÚNIOR
NANCY VELASCO SANDER

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL

Egrégia Câmara:

Trata-se de Recurso de Apelação Cível, interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, contra a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Itiquira/MT, que, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa (cód. 13126), ajuizada em face de Ernani José Sander, Ernani Velasco Sander Júnior e Nancy Alves Velasco, julgou improcedentes os pedidos, extinguindo o feito nos termos do art. 269, I, do CPC/1973, por entender pela ausência de conteúdo probatório que comprove a lesividade ao erário municipal.

Inconformado, apela o Ministério Público Estadual, sustentando que o ex-prefeito e sua família praticaram atos de improbidade administrativa que importaram no respectivo enriquecimento ilícito, causaram prejuízo ao erário e atentaram contra os princípios da Administração Pública.

Alega que não pode o Administrador Público se utilizar de recursos públicos para beneficiar os negócios da sua própria família, que, caso a contratação dos serviços de “limpa fossa” respeitasse os princípios da moralidade administrativa, não haveria necessidade de a parte Recorrida valer-se de terceira pessoa, estranha ao negócio, conhecida como “laranja”, a fim de legitimar a contratação feita com a Administração.

Assevera que, ainda que se diga que não houve prejuízo ao erário municipal, a contratação da própria esposa do Gestor, por meio de pessoa interposta, para desempenhar serviços na cidade de Itiquira/MT, fere os princípios da moralidade e

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

da isonomia na Administração Pública, e evidencia o dolo dos Apelados.

Aduz que o fato de o Magistrado singular ter reconhecido que o Apelado, na condição de Prefeito, e a sua família, não poderiam contratar com o Município e, não obstante, considerar tal fato como mera irregularidade administrativa, fez letra morta às normas constitucionais acerca dos princípios da Administração Pública.

Assim, requer o provimento do recurso para reformar a sentença objurgada e condenar os Apelados por ato de improbidade administrativa, nos termos exarados na peça inicial. (fls. 1.265/1.272).

Ernani José Sander apresentou contrarrazões às fls. 1.274/1.285, nas quais, rebate as alegações recursais, aduzindo, em síntese, que o ato de improbidade administrativa não se confunde com a irregularidade ou até mesmo a ilegalidade do ato, que para a sua configuração é necessário ter a ilegalidade tipificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, ao final, pugna pelo desprovimento do recurso.

A Requerida Nancy Alves Velasco foi intimada pessoalmente para apresentar contrarrazões, porém deixou transcorrer *in albis* o prazo, sem manifestação (fl. 1.308).

Ernani Velasco Sander Júnior apresentou contrarrazões às fls. 1.313v/1.314, pela manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer da lavra da Dra. Eliana Cícero de Sá Maranhão Ayres, manifestou-se pelo provimento parcial do recurso, a fim de condenar as partes nos dispostos no art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92 (fls. 1.296/1.298v).

É o relatório.

Conforme o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, aplica-se, por analogia, o art. 19 da Lei n. 4717/65, às ações civis públicas, de forma que a sentença de improcedência deve ser submetida ao reexame necessário.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

Assim, recebo o feito também como reexame necessário.

Desse modo, determino à Secretaria que encaminhe os autos ao DEJAUX, para proceder à autuação como Reexame Necessário de Sentença com Recurso de Apelação Cível.

Cumpra-se.

Des. Márcio VIDAL,

Relator.

P A R E C E R (ORAL)

O EXMO. SR. DR. LUIZ EDUARDO MARTINS JACOB

Ratifico o parecer escrito.

V O T O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Como explicitado no relatório, trata-se de Recurso de Apelação Cível, com Reexame Necessário da sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Itiquira/MT, que, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa (cód. 13126), ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, em face de Ernani José Sander, Ernani Velasco Sander Junior e Nancy Alves Velasco, julgou improcedentes os pedidos, extinguindo o feito nos termo do art. 269, I, do CPC/73, por entender pela ausência de conteúdo probatório que comprove a lesividade ao erário municipal.

Consta dos autos que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizou a Ação Civil Pública em desfavor de Ernani José Sander, Ernani Velasco Sander Júnior e Nancy Alves Velasco, pugnando pela condenação das partes requeridas por atos de improbidade administrativa, dispostos no art. 9º, XL, art. 10, I, XI, XII, art.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

11, I, todos da Lei nº 8.429/92, ao alegado de que, o primeiro Requerido, no exercício do cargo de Prefeito Municipal, em conluio com o segundo Requerido, seu filho, na função de Secretário Municipal de Administração, e a terceira Requerida, sua esposa, no cargo de Secretária Municipal de Assistência Social, contrataram, sem a realização de pleito licitatório, a prestação de serviços de limpeza de fossa, por meio de preposto, empregado particular do próprio Chefe do Executivo e da sua família. Requer, assim, a condenação dos Requeridos nas penalidades incertas no art. 12, incisos I, II e III da mesma lei (fl. 14).

Ao analisar os pedidos, o Magistrado singular julgou-os improcedentes, por entender que, não obstante a ilegalidade das ações praticadas pelos Requeridos, descumprimento de normas administrativas, violação ao princípio da isonomia, não ficou comprovado o prejuízo ao Município, uma vez que não há nos autos a prova de que o valor cobrado da municipalidade estava acima do praticado no mercado, bem assim que não há provas de que o serviço não tenha sido prestado.

Na sentença, o Juiz de piso consignou:

(...).

Pois bem, o caso em tela é de complexa solução, pois em que pese o descumprimento de normas administrativas, tenho que não restou provado o prejuízo do município, pois não há nos autos prova de que o valor cobrado do município era acima da média de mercado. Pelo contrário, nos autos consta que quando foi contratada empresa de outra cidade os valores cobrados foram maiores do que o cobrado pela esposa do prefeito.

Tal situação ocorre, pois a cidade de Itiquira dista 140 km do município de Rondonópolis, de forma que se for contratada uma empresa de Rondonópolis ela irá percorrer 280 Km para prestar o serviço.

(...).

No caso dos autos, tenho que em que pese ter sido ferido o princípio da isonomia, aparentemente tenho que foi selecionada a proposta mais vantajosa para a administração, ou melhor, ao menos não há provas de que o município foi lesado, de que a

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

contratação se deu em valores superiores ao cobrado no mercado.

Desta forma, ante a ausência de prova de prejuízo ao ente público, tenho que não restou provada a existência de ato de improbidade (...).

Tenho que nos autos não há prova suficiente de que o serviço não foi prestado ou de que foi prestado com o preço superfaturado. Aliás, neste ponto deve ser dito que caberia ao Ministério Público provar que os serviços não foram realizados, e não o contrário. Assim sendo, não há prova de dano ao erário.

Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão do MINISTÉRIO PÚBLICO, em face dos requeridos, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil.

Contra esta decisão, recorre o Ministério Público Estadual.

O Apelante sustenta que a proteção do dinheiro público é questão de moralidade administrativa, de modo que o Administrador Público não deve utilizar-se de recursos públicos para beneficiar os negócios da sua própria família, e, ainda que se entenda que não houve prejuízos ao erário municipal, é certo que a contratação da própria esposa, para desempenhar serviços na cidade de Itiquira/MT, fere os princípios da moralidade e isonomia da Administração Pública.

Passo à análise do Recurso.

A questão está em saber se os Requeridos, aqui Apelados, contrataram com o ente público, valendo-se de pessoa interposta, e se a referida contratação caracteriza ato de improbidade administrativa.

Sabe-se que a Lei de Improbidade Administrativa tem, como papel principal, coibir atos ilegais e lesivos ao ente e ao patrimônio público e, no caso da transgressão da norma, fazer valer a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, para que possa a Administração Pública cumprir sua finalidade, que é o bem comum.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

É certo que a Lei nº 8.429/1992 busca impedir, ou dificultar, toda e qualquer forma de malversação e de ilicitude no exercício dos cargos públicos e na administração da coisa pública.

Extrai-se dessa definição que o ato de improbidade administrativa ocorre quando o sujeito ativo, investido de função pública, seja ela qual for, temporária ou efetivamente, responsável pelo gerenciamento, destinação e aplicação de valores, bens e serviços de natureza pública, obtenha os seguintes resultados:

- enriquecimento ilícito (artigo 9º, Lei nº 8.429/1992), ou seja, atos que importem auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, função, emprego ou atividade;

- lesão ao erário por ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens, ainda que não receba direta ou indiretamente qualquer vantagem (artigo 10, Lei nº 8.429/1992);

- ação, ou omissão, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (artigo 11, Lei nº 8.429/1992), ou seja, executar o ato proibido em lei, deixar de executar ou retardar ato de ofício necessário para que se alcance determinado resultado, *ex vi*, fraude em concurso público, etc.

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

No caso, analisando detidamente os elementos de provas constantes dos autos, notadamente dos depoimentos das partes Recorridas, colhidos em Audiência de Instrução e Julgamento, observa-se que é incontroverso o fato de que o caminhão limpa fossa (besouro) é de propriedade de Nancy Alves Velasco, da mesma forma, também, é incontroverso nos autos o fato de que o ente público contratava os

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

serviços para a limpeza das fossas de vários órgãos públicos, tais como escolas, creches, hospitais, delegacias, entre outros, durante o período em que o Requerido Ernani José Sander foi prefeito do Município de Itiquira.

Veja-se que, ouvidos em Juízo, Ernani José Sander e a Nancy Alves Velasco (CD-ROM - fl. 1.167) confirmaram que o maquinário utilizado na limpeza de fossa é de propriedade da segunda Requerida, sua esposa, que é a única empresa a fazer esse tipo de serviço naquele Município, declararam, também, que o serviço era realizado pelo seu empregado, Geraldo Gonçalves da Silva, vulgo “Eto”, por meio de contratação verbal, que o valor cobrado estava na média de mercado, em torno de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 130,00 (cento e trinta reais), por hora, que tentaram contratar empresa da cidade de Rondonópolis, porém foi cobrado o preço muito mais caro, no valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais), além do frete.

Indagada acerca do pagamento efetuado pelo serviço, a Requerida Nancy Alves Velasco declarou que ficava com a porcentagem de 60% (sessenta por cento), e que 40% (quarenta por cento) eram repassados ao seu funcionário Eto.

Por sua vez, em declaração feita perante a Promotoria de Justiça da Comarca de Itiquira (fls. 23/24), Geraldo Gonçalves da Silva disse que trabalha há vários anos para a família do ex-prefeito Ernani José Sander, como empregado da chácara do casal, e que realizava o serviço de limpeza de fossas, e recebia a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais) a R\$ 40,00 (quarenta reais) por cada fossa limpa.

Ambos os Recorridos (Ernani e Nancy) declararam que, em razão de ser a única empresa a realizar esse tipo de serviço no Município de Itiquira, não viram qualquer ilegalidade na sua contratação. O ex-Prefeito asseverou que, na gestão anterior à sua prestavam serviços para a Prefeitura e órgãos públicos, que continua a fazê-lo na gestão atual.

Denota-se, pelas cópias das notas de empenho e dos cheques,

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

juntados aos autos às fls. 32/78 e fls. 130/245, que até mesmo os próprios Requeridos, Ernani Júnior e Nancy Velasco, requisitaram os serviços de limpeza de fossa, como gestores das respectivas Pastas (Secretaria de Assistência Social e Secretaria Municipal de Administração).

Outrossim, segundo informações prestadas pela municipalidade, por meio de documentos colhidos do Banco do Brasil S.A, quais sejam, cópias de cheques emitidos pela Prefeitura de Itiquira para liquidação dos empenhos (fls. 608/636), percebe-se que vários cheques tiveram como favorecidos, além de Geraldo Gonçalves da Silva, a própria Secretária Nancy Velasco, proprietária do maquinário e esposa do Prefeito, que os sacava “na boca do caixa”, além do seu filho, Ernani Júnior, que, ao que se verifica, por vezes recebeu diretamente o pagamento dos serviços prestados.

Como se vê, é certo que os Apelados incorreram, de forma deliberada, dolosa e conscientemente, na prática de conduta ímproba, afrontando o dever de honestidade e o princípio da moralidade (Princípios da Administração Pública – art. 11 da Lei nº 8.429/1992).

Anoto que a jurisprudência brasileira tem entendido que, para a configuração da improbidade administrativa, prevista no artigo 11 da Lei nº 8429/1992, basta o dolo genérico.

Os estudiosos da LIA, desde o início, valeram-se de noções advindas do Direito Penal, como a de sujeito ativo, sujeito passivo e do dolo.

O dolo, no Direito Penal, segundo Magalhães Noronha, na obra Direito Penal, Introdução e Parte Geral, é assim entendido:

(...) Menciona-as o Código no art. 15: o dolo e a culpa. Reserva o inc. I para aquele, ressaltando o elemento volitivo. Para ele, dolo é vontade, mas vontade livre e consciente.

Dois são, portanto, os elementos do dolo. A consciência há de abranger a ação ou omissão do agente, tal qual é caracterizada pela lei, devendo igualmente compreender o resultado, e, portanto, o nexu causal entre este e a atividade desenvolvida pelo

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

sujeito ativo, Age, pois, dolosamente quem pratica ação (em sentido amplo) consciente e voluntariamente. (...)

Dolo é vontade e representação do resultado, mas, igualmente, é ciência de oposição ao dever ético-jurídico; é ação no sentido ilícito.

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. (págs. 144 e 145).

Guilherme de Souza Nucci conceitua o dolo da seguinte forma:

(...) a) é a vontade consciente de praticar a conduta típica (visão finalista - é o denominado dolo natural); b) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, acompanhada da consciência de que se realiza um ato ilícito (visão causalista - é o denominado dolo normativo) (...); c) é a vontade consciente de praticar a conduta típica, compreendendo o desvalor que a conduta representa (é o denominado dolo axiológico, exposto por Miguel Reale Júnior, Antijuridicidade concreta, p. 42). (*In*: Código Penal Comentado, Rio de Janeiro, Forense, 2016, pág. 205).

O dolo, no entendimento de Rogério Greco, foi assim conceituado:

(...) Dolo é a vontade e a consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no ipo penal incriminador. Conforme preleciona Welzel, toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer - o momento intelectual - e pela decisão a respeito de querer realizá-lo - o momento volitivo. ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica real, formam o dolo (= dolo do tipo); ou, ainda, na lição de Zaffaroni, dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado. Assim, podemos perceber que o dolo é formado por um elemento intelectual e um elemento volitivo. (*In*: Código Penal Comentado, 10ª ed., Rio de Janeiro, 2016, pág. 70).

O Superior Tribunal de Justiça, nos julgamentos de Recursos Especiais, referentes à improbidade administrativa, tem posicionamento pacificado de que, para a caracterização do ato ímprobo, é imprescindível o dolo, elemento subjetivo

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

que distinguiria a improbidade da simples ilegalidade.

O Ministro Arnaldo Esteves de Lima, no julgamento do EDcl no MS nº 16.385/DF, assim se manifestou:

Não se pode perder de vista o caráter excessivamente aberto das palavras utilizadas pelo legislador quando formulou o citado dispositivo legal [...] O art. 11 exige adequada interpretação, pois não seria razoável, por exemplo, entender que simples violação ao princípio da legalidade, por si só, ensejaria a caracterização de ato ímprobo. Seria confundir os conceitos de improbidade administrativa e de legalidade. (STJ - Primeira Seção, Edcl no MS nº 16.385/DF, julgado em 27/02/2013).

José dos Santos Carvalho Filho, *in*: Garcia Emérson. Alves, Improbidade Administrativa, 5ª ed., RJ, pág. 29, diz:

(...) o processo histórico-filosófico, portanto, nunca esqueceu a improbidade dos homens, da sociedade e dos homens do Estado. Aquela é a improbidade comum, própria da humanidade em geral; esta, a improbidade que atinge os valores morais do Estado, a improbidade administrativa.

Kant, na Metafísica dos Costumes, enuncia o que entende por relação jurídica fundamental, base de todas as demais relações jurídicas:

Todo homem tem uma pretensão jurídica a respeito dos seus semelhantes e reciprocamente está obrigado a respeitar os outros.

Aquele autor arremata dizendo que o imperativo categórico de cada homem constitui um fim em si mesmo e leva todos a um princípio geral de respeito.

Hegel também tem análogo entendimento, quando afirma que "o imperativo do direito é portanto: se uma pessoa respeita aos outros como pessoa".

In casu, o fato de existir apenas uma empresa prestadora do

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

serviço desejado não isenta a Administração Pública de realizar o procedimento licitatório, ou, ainda, dispensá-lo, uma vez que é a própria lei que indica quais as hipóteses em que será dispensada, ou inexigível, a realização da licitação, o que não é o caso dos autos.

Ademais, o próprio Recorrido, Ernani José Sander declarou, em Juízo, que o valor dos serviços prestados, por reiteradas vezes, à Administração Pública, ultrapassou a quantia exigida legalmente para a dispensa da licitação.

Com efeito, o art. 9º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Licitação) dispõe:

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Assim, tem-se que os servidores efetivos, ocupantes dos cargos em comissão, ou mesmo de função de confiança, não podem contratar com o Poder Público do qual fazem parte, seja por meio de empresa/comércio próprio, ou por meio de sociedade que integrem. Ainda, que proprietários de empresas ou que tenham participação em sociedade, não podem sequer participar do processo de licitação, menos ainda firmar contrato com o Poder Público, considerando que a execução contratual sucede a própria participação na licitação.

Sobre o tema, proibição de servidor público de participar de

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

procedimento licitatório, *mutatis mutandis*, o entendimento do STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONTRATAÇÃO DE MILITAR LICENCIADO PARA PRESTAR CONSULTORIA À EMPRESA RECORRIDA NA EXECUÇÃO DE CONTRATO COM O EXÉRCITO BRASILEIRO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 9º DA LEI 8.666/1993 E 7º DA LEI 10.502/2002. COMPORTAMENTO INIDÔNEO. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Não se olvida que a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a reavaliação do conjunto probatório existente nos autos, quando vinculada a fatos incontroversos, não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. Ademais, é certo que o objeto do recurso foi devidamente deliberado no acórdão recorrido, circunstância que indica a devolutividade da matéria ao STJ, tendo em vista a ampla admissão do chamado prequestionamento implícito.

3. Trata-se, originalmente, de Mandado de Segurança impetrado pela recorrida contra o Comandante do 59º Batalhão de Infantaria Motorizado, Órgão vinculado ao Ministério da Defesa, para que seja "declarada a ilegalidade das sanções aplicadas (no Processo Administrativo 64106.002902/2014-99) em razão de inexistência de comportamento inidôneo por parte da Impetrante ou, acaso esse v. Juízo entenda que ocorreu irregularidade na conduta da Impetrante, que seja fixada sanção em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade" (fls. 1-19, e-STJ).

4. Estando incontroversa a moldura fática delineada pelas instâncias ordinárias, conclui-se que, de fato, embora não seja possível afirmar que o Sr. William dos Santos Moreira participou do procedimento licitatório, ele inegavelmente exerceu a função de consultor/administrador da empresa impetrante, ora recorrida, durante a execução do contrato licitado.

5. Desse modo, ficou caracterizada a conduta inidônea da empresa recorrida, com a quebra de confiança da Administração, o que vai de encontro aos dispositivos legais sob análise.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

6. Consigne-se que, consoante o entendimento do STJ, "não pode participar de procedimento licitatório a empresa que possuir em seu quadro de pessoal servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação (...) O fato de estar o servidor licenciado, à época do certame, não ilide a aplicação do referido preceito legal, eis que não deixa de ser funcionário o servidor em gozo de licença" (REsp 254.115/SP, Rel. Min. Garcia Vieira, Primeira Turma, julgado em 20.6.2000, DJ de 14.8.2000, p. 154.) 7. Por fim, quanto à fixação de multa pela autoridade coatora, verifica-se que foi aplicada com base na previsão contida na Ata de Registro de Preços, obedecendo aos limites contratualmente previstos, não havendo falar em ilegalidade na sua arbitração.

8. Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença de 1º grau, denegando a segurança. (REsp 1607715/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 20/04/2017).

Para corroborar, oportuno citar o art. 3º, § 3º, do Decreto Federal nº 7.203/2010, que estabelece regras, vedando o nepotismo no âmbito da Administração Pública Federal, traz a seguinte previsão:

Art. 3º. No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

(...). § 3º É vedada também a contratação direta, sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública federal de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação ou de autoridade a ele hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão e de cada entidade.

Como se vê, no âmbito federal, veda-se a contratação direta, e sem licitação, por órgão ou entidade da administração pública, de pessoa jurídica em que

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

haja administrador ou sócio com poder de direção, familiar de detentor de cargo em comissão ou função de confiança, atuante na área responsável pela demanda ou pela contratação. A vedação tem o justo propósito de impedir a contratação de empresas dirigidas por familiares de funcionários que ocupam cargos em comissão ou função de confiança na Administração Pública.

Nessa linha, cumpre frisar que a Lei de Improbidade Administrativa instituiu normas para a atuação na Administração Pública, em que consta o dever de probidade, bem como a observância aos princípios esculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que visa a agasalhar o interesse público na tutela dos bens da coletividade.

De outro giro, tem-se, ainda, que o princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito, retira dos agentes públicos a chamada autonomia da vontade, uma vez que a sua liberdade é tão somente a que a lei lhe concede, sendo-lhe defeso invocar elementos de ordem subjetiva em sua atuação, a menos que a lei deixar margem para escolhas, o que não é o caso dos autos.

Como bem registrou a douta representante do Ministério Público, em segundo Grau:

No caso em exame é claravidente, que os Recorridos, de forma deliberada, desobedeceram legislação específica assim como princípios basilares da Administração Pública, ao firmar e executar serviços ausente de procedimento licitatório ou mesmo contrato, e o mais grave, com preposto/empregado particular do próprio Chefe do Executivo local, frustrando a possibilidade do Município optar por propostas mais vantajosas.

(...).

De fato, resta evidente que os Apelados agiram em desacordo com a lei, frustraram certame licitatório, violaram princípios da administração pública, bem como fizeram uso de suas prerrogativas para atribuir ares de legalidade à conduta manifestamente ilegal e malsã na contratação de serviços prestados pelos mesmos ao Município de Itiquira através de preposto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

De outro norte, em que pesem as alegações do douto Magistrado de piso, não é aceitável que agentes públicos e políticos desconheçam regras comezinhas da Administração Pública.

No caso em apreço, o elemento subjetivo doloso resta consubstanciado no fato de que os Apelados na qualidade de Prefeito Municipal (ordenador de despesas), Secretária de Assistência Social e Secretário Municipal de Administração tenham agido de deliberada e voluntária e assim violaram consciente e injustificadamente regras basilares da Administração Pública, fazendo figurar como prestador de serviços junto a municipalidade funcionário de sua propriedade rural sendo posteriormente revertido os valores auferidos aos mesmos. (sic- fls. 1297v/1298).

Como dito em linhas anteriores, basta verificar as notas de empenho e liquidação, juntados aos autos, em que figurava como credor o empregado particular da família Sander, e responsável pela execução do serviço, bem assim o fato de os saques dos pagamentos, feitos em cheques, serem efetuados pelos próprios agentes públicos, Nancy Velascc e Ernani Velascc Sander Júnior, para se perceber a prática de improbidade administrativa.

Por outro lado, no caso vertente, entendo que, embora seja evidente a ilegalidade praticada pelos Recorridos, no que diz respeito à violação aos princípios comezinhos da Administração Pública, notadamente o princípio da moralidade, o Ministério Público Estadual não logrou em comprovar o dano ao erário, bem assim o enriquecimento ilícito dos agentes públicos.

Não há nos autos documentos que demonstrem que o serviço de limpeza de fossa não tenha sido realizado pela empresa da família Sander, bem assim que o valor cobrado estivesse superfaturado, a ensejar o alegado prejuízo à municipalidade.

Frisa-se, do caderno processual que toda a matéria, fática e probatória, carreada aos autos leva à conclusão de que os Apelados incorreram na

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

prática de ato de improbidade administrativa, restando incontroversa a contratação com a municipalidade, em total afronta aos princípios elementares da administração pública, porém não ficaram evidenciados o enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário.

Ressalto, todavia, que os atos de improbidade administrativa, descritos no mencionado art. 11 da Lei nº 8.429/1992, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano à Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

Nesse passo, os Apelados, conforme repisado, abstiveram-se de cumprir a determinação, legal e moral, ficando claramente comprovados os atos atentatórios aos princípios da legalidade e da moralidade, caso em que a conduta dos agentes se amolda ao disposto no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, uma vez que nela foi constatado o elemento subjetivo dolo, mesmo na modalidade genérica.

Em vista da comprovação da prática de ato de improbidade administrativa pelos Requeridos, ora Apelados devem ser aplicadas aos agentes ímprobos, cumulativamente, as sanções previstas no artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/1992.

Quanto à aplicação das penalidades, anoto que a jurisprudência pátria consolidou o entendimento, no sentido de que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade determinam a aplicação individualizada das penas do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, conforme as peculiaridades do caso em análise, podendo ocorrer de forma conjunta ou isolada.

O Julgador, no momento da aplicação das sanções previstas no mencionado dispositivo legal, observando o caso concreto, deve limitar-se àquelas razoáveis e proporcionais necessárias à consecução dos objetivos da lei, não devendo simplesmente aplicar em bloco as penalidades previstas.

Nessa quadra, é necessário a razoabilidade no momento de se fazer a correlação entre fato e sanção, para que não se configurem situações absurdas, desarrazoadas, decorrentes da aplicação de sanções exageradas ou ínfimas.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

Sendo assim, a aplicação cumulativa, parcial ou isolada das sanções estabelecidas no artigo 12, da Lei nº 8.429/1992, subordina-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porque se deve consideração à extensão do dano causado.

Nessa linha de ideias, vem trilhando a jurisprudência do STJ, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DOSIMETRIA DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. INVIABILIDADE NA VIA RECURSAL ELEITA. SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 12 da Lei n. 8.429/1992, em seu parágrafo único, estabelece que na fixação das penas relativas à prática de atos de improbidade administrativa, devem ser levados em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

2. A esse respeito, a jurisprudência deste Sodalício prescreve que é preciso analisar a razoabilidade e a proporcionalidade em relação à gravidade do ato ímprobo e à cominação das penalidades, as quais podem ocorrer de maneira cumulativa ou não. Precedentes do STJ.

3. (..). (AgRg no REsp 1319480/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013). (Destaquei).

Nessa quadra, torna-se necessário, mediante ponderação, à luz dos princípios invocados, verificar quais, dentre as sanções previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/1992, mais se ajustam ao caso em apreço, de modo a harmonizar os fins da lei com os que serão atingidos, mediante a sua aplicação, como solução mais justa.

Em casos dessa natureza, não se descurando de os agentes, quando em juízo, confessaram os fatos alegados, atendendo aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, entendo que devem ser impostas aos demandados as

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

seguintes penalidades:

a) suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 03 (três) anos, a contar do trânsito em julgado deste acórdão;

b) pagamento de multa civil correspondente a 02 (duas) vezes os subsídios que os demandados recebiam à época, respectivamente, como Prefeito Municipal, Secretária de Assistência Social e Secretário Municipal de Administração, considerando, para efeito de cálculos, o valor do último mês em que o primeiro Recorrido esteve à frente da administração do citado Município, e os demais, no exercício dos cargos públicos, devendo os valores apurados ser corrigidos monetariamente, a partir do ajuizamento da presente ação, pelo INPC e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da citação;

c) proibição de contratar, pelo prazo de 03 (três) anos, com o Poder Público, ou dele receber benefícios, ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, a contar do trânsito em julgado deste acórdão;

e) pagamento das custas processuais.

Do Reexame Necessário

Como dito alhures, o Magistrado singular julgou improcedentes os pedidos da inicial, por entender pela ausência de conteúdo probatório que comprove a lesividade ao erário municipal.

Conforme o entendimento consolidado nos Tribunais Superiores, aplica-se, por analogia, o art. 19 da Lei n. 4717/65, às ações civis públicas, de forma que a sentença de improcedência deve ser submetida ao reexame necessário.

Sobre o tema, veja o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REEXAME NECESSÁRIO. CABIMENTO. PACÍFICO ENTENDIMENTO NO STJ DE QUE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DEVE SER APLICADO SUBSIDIARIAMENTE À LEI DE IMPROBIDADE

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

ADMINISTRATIVA. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ART. 19 DA LEI 4.717/1965. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Município de Vieiras contra Juvenal Soares Duarte, objetivando a condenação do réu por ter deixado que prescrevessem, durante o seu mandato, as dívidas de IPTU e ISS relativas aos anos de 1999 e 2000.
2. O Juiz de 1º Grau julgou improcedente o pedido e afirmou que a sentença estava sujeita ao reexame necessário.
3. O Tribunal a quo não conheceu da remessa oficial.
4. É pacífico o entendimento no STJ de que o Código de Processo Civil deve ser aplicado subsidiariamente à Lei de Improbidade Administrativa. Assim, é cabível o reexame necessário na Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do artigo 496 do CPC/2015.
5. No mais, por "**aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário**" (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, j. 19.5.2009, DJe 29.5.2009).
6. Recurso Especial provido para anular o v. acórdão recorrido e determinar a devolução dos autos para o Tribunal de origem a fim de prosseguir no julgamento. (REsp 1613803/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/02/2017, DJe 07/03/2017). (Destaquei).

De início, impende destacar que, em se tratando de recurso de ofício, está o Tribunal autorizado a examinar integralmente a sentença, podendo modificá-la, total ou parcialmente, pois, no que tange ao reexame necessário, impera o efeito translativo pleno, que é manifestação decorrente do princípio inquisitivo.

Como se vê, a parte demandante incorreu, de forma deliberada, dolosa e conscientemente, na prática de conduta ímproba, afrontando o dever de honestidade e o princípio da moralidade (Princípios da Administração Pública – art. 11 da Lei nº 8.429/1992).

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

Como registrei em linhas anteriores, o fato de existir apenas uma empresa prestadora do serviço desejado, no caso, o de limpeza de fossa, não isenta a Administração Pública de realizar o procedimento licitatório, ou, ainda, dispensá-lo, uma vez que é a própria lei que indica quais as hipóteses em que será dispensada, ou inexigível a realização da licitação, o que não é o caso dos autos.

Dessarte, impõe-se a reforma da sentença pelas próprias razões exaradas quando da análise do Apelo interposto pelo Ministério Público Estadual.

Ante o exposto, **PROVEJO PARCIALMENTE** o recurso, para reformar o ato sentencial e julgar parcialmente procedentes os pedidos da Ação Civil Pública, e, de conseguinte, condenar os Apelados, nas seguintes sanções: a) suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 03 (três) anos, a contar do trânsito em julgado deste acórdão; b) pagamento de multa civil correspondente a 02 (duas) vezes os subsídios que os demandados recebiam à época, respectivamente, como Prefeito Municipal, Secretária de Assistência Social e Secretário Municipal de Administração, considerando, para efeito de cálculos, o valor do último mês em que o primeiro Recorrido esteve à frente da administração do citado Município, e os demais, no exercício dos cargos públicos, devendo os valores apurados ser corrigidos monetariamente, a partir do ajuizamento da presente ação, pelo INPC e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês, a partir da data da citação; c) proibição de contratar, pelo prazo de 03 (três) anos, com o Poder Público, ou dele receber benefícios, ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, a contar do trânsito em julgado deste acórdão; e) pagamento das custas processuais. Em Reexame Necessário **RETIFICO, em parte**, a sentença, nos termos do Apelo.

Determino, ainda, à Secretaria que sejam extraídas cópias do acórdão e encaminhadas ao Ministério Público Eleitoral e ao Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral - TRE.

É como voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO / REMESSA NECESÁRIA Nº 15438/2015 - CLASSE CNJ - 1728
COMARCA DE ITIQUIRA
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. MÁRCIO VIDAL, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DES. MÁRCIO VIDAL (Relator), DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK (Revisora) e DESA. HELENA MARIA BEZERRA RAMOS (Vogal), proferiu a seguinte decisão: **À UNANIMIDADE, PROVEU EM PARTE O RECURSO E EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO RETIFICOU PARCIALMENTE A SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Cuiabá, 31 de julho de 2017.

DESEMBARGADOR MÁRCIO VIDAL - RELATOR