

FL. _____

*Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte*

**Agravo Regimental Em Agravo de Instrumento Com Suspensividade nº
2013.022106-8/0001.00**

Origem: 1ª Vara Cível da Comarca de Pau dos Ferros/RN

Agravante: Ministério Público

Agravado: Leonardo Nunes Rêgo

Advogado: Hindenberg Fernandes Dutra (OAB 3838/RN)

Ter. Int.: Renato de Lima e Souza

Advogado: Renato de Lima e Souza (OAB 3.983)

Relator: Desembargador Cornélio Alves

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL.
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO
REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO COM
SUSPENSIVIDADE, RECEBIDO COMO AGRAVO
INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU
PROVIMENTO AO AGRAVO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC.
PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO EM FACE
DA PREVENÇÃO DE OUTRO RELATOR, ARGUIDA
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PREVENÇÃO DE
RELATOR NÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO E
ARGUIDA SOMENTE APÓS O JULGAMENTO DO
RECURSO. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA.
REJEIÇÃO. MÉRITO. DISPENSA DE LICITAÇÃO.
ALEGADA EXISTÊNCIA DE MANIPULAÇÃO
INDEVIDA DO VALOR E DIRECIONAMENTO NA
ESCOLHA DA CONTRATADA. PROVA DE
CONTRATAÇÕES POSTERIORES COM MESMO
OBJETO. AUSÊNCIA. PESQUISA MERCADOLÓGICA.

FL._____

REQUISITO NÃO PREVISTO EM LEI PARA AS HIPÓTESES DOS INCISOS I E II DO ART. 24, DA LEI Nº 8.666/93. ORÇAMENTOS COM PREÇOS SEMELHANTES. POSSIBILIDADE. AFINIDADE POLÍTICA DO CONTRATADO COM O GESTOR. FATO INSUFICIENTE PARA SUGERIR DIRECIONAMENTO. OBJETO DO CONTRATO INTEGRALMENTE ADIMPLIDO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DO DOLO OU MÁ-FÉ ANTE A INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. *DECISUM* RECORRIDO EMBASADO EM JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO INTERNO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I – A inobservância das regras de prevenção de Relator, para processar e julgar recursos decorrentes do mesmo processo, trata-se de nulidade relativa, sujeita a preclusão, caso não reconhecida de ofício nem arguida por qualquer das partes até o julgamento do recurso.

II – A ação de improbidade administrativa que tenha por base fática a alegação de suposta manipulação para dispensa indevida de procedimento licitatório deve vir instruída com a prova da existência de, pelo menos, duas contratações, com semelhante ou mesmo objeto, em curto interstício temporal.

III – O art. 26, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 excetua a necessidade de justificação ou pesquisa mercadológica para as contratações resultantes das dispensas elencadas nos incisos I e II do art. 24 do mesmo Diploma Legal.

IV – Não se mostra inverossímil ou pouco provável a

FL._____

existência de pequenas ou ínfimas diferenças de preços para realização de serviços especializados a serem prestados em cidades de pequeno e médio porte, sobretudo em se tratando de pesquisa mercadológica de âmbito local ou regional.

V – A afinidade política do contratado com o gestor, por si só, não é suficiente para sugerir direcionamento indevido de contratação pública.

VI – O Superior Tribunal de Justiça, nos casos relacionados a fraudes em procedimentos licitatórios, firmou o entendimento de que o elemento subjetivo deve ser direcionado à malversação do erário. Assim, nestas hipóteses, a ausência de prejuízo ao Erário, evidenciada pela efetiva prestação do serviço, afasta o dolo necessário à configuração de crimes ou atos de improbidade administrativa.

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Acordam os Desembargadores que integram a 1^a Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade arguída pelo Ministério Público e, no mérito, por igual votação, em conhecer e negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão vergastada, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo Regimental Em Agravo de Instrumento Com Suspensividade interposto pelo Ministério Público, contra a decisão monocrática de fls. 341/353, que fulcrada no art. 557, § 1º-A, do CPC, deu provimento ao agravo de instrumento interposto por Leonardo Nunes Rêgo, reformando a decisão proferida em 1^a

FL._____

Instância, para rejeitar ação de improbidade ajuizada pelo Ministério Público na origem, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, estendendo os efeitos da decisão a todos os litisconsortes passivos.

Alega, em síntese, que: a) por considerar ausente o elemento subjetivo do tipo, a decisão monocrática proferida contrariou o texto dos arts. 10 e 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92; b) foi negado o direito de ação ao autor da ação, conquanto havendo indícios da prática de improbidade administrativa, impõe-se o recebimento da petição inicial para viabilizar a comprovação dos atos ímpuros durante a instrução do feito; c) se o ato imputado ao gestor municipal foi praticado dolosamente ou de boa-fé, somente a instrução processual poderá esclarecer; e d) o elemento subjetivo da prática da conduta não é circunstância que aproveita a todos os corréus, sendo inviável a extensão do indeferimento da ação de improbidade a todos os litisconsortes.

Pugnou, ao final, pela reconsideração da decisão ou, não sendo o entendimento do Relator, que seja o agravo submetido a este Órgão Colegiado.

O então relator, homenageando o princípio do contraditório, oportunizou a manifestação do agravado.

Devidamente intimado, este apresentou suas contrarrazões (fls. 401/419), arguindo, em resumo, que: a) a lei é clara ao admitir a rejeição precoce da ação de improbidade administrativa, sempre que o Julgador entender presentes as hipóteses prescritas no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92; b) não há qualquer supressão da jurisdição de 1º Grau, conquanto a Lei de Improbidade administrativa prevê expressamente a revisão da decisão que recebe a inicial, mediante agravo de instrumento; c) a ação é precária, ante a ausência de dano ao erário e do dolo; e d) a dispensa de licitação questionada pelo *Parquet* seguiu as formalidades exigidas pela legislação de regência.

As fls. 420/423, o Ministério Público, ora agravante, suscita questão preliminar, requerendo o chamamento do feito à ordem, a fim de que seja reconhecida nulidade da decisão ante a prevenção de outro Desembargador para relatar o feito, com a consequente redistribuição.

FL._____

Às fls. 444/450, o agravado anuiu com o ingresso de Renato de Lima e Souza, litisconsorte passivo da ação ajuizada na origem, como assistente, tendo este Relator deferido (fls. 541) a habilitação do mesmo para intervir neste feito.

É o relatório.

VOTO

Submeto o presente recurso em mesa para julgamento por entender que não é caso de retratação, o que faço com supedâneo no art. 557, § 1º, do CPC¹.

Inicialmente, esclareço que são recursos diversos o agravo regimental e o agravo interno.

Com efeito, contra a decisão que monocraticamente dá provimento a recurso, com base no art. 557, 1º-A, do CPC cabe o agravo interno, previsto no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo. O agravo regimental, por sua vez, como a própria nomenclatura revela, é aquele sem expressa previsão legal, sendo disciplinado pelos regimentos internos dos Tribunais. E no RITJRN, tal disciplina está contida em seu art. 324.

Feitas estas ponderações, observando que ambos os recursos tem mesmo prazo e semelhante forma, não se tratando, pois, de erro grosseiro, há de ser recebido o presente agravo regimental como agravo interno, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal.

Preenchidos, pois, os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Compulsando os autos, não obstante tenha sido suscitada em petição avulsa, aprecio a matéria arguída às fls. 420/423 como preliminar, para, somente após, passar à análise do mérito.

¹ Art. 557, § 1º - Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá

FL._____

Da preliminar de nulidade da decisão ante a prevenção de outro Desembargador para relatar e julgar o feito.

Aduz o recorrente que após a interposição do presente agravo interno, tomou conhecimento da interposição de outro agravo de instrumento, por um dos litisconsortes passivos, contra a mesma decisão de 1º Grau agravada nestes autos, o qual fora distribuído ao Desembargador Ibanez Monteiro em 22 de novembro de 2013.

Sustenta que aquele Desembargador proferiu, como Relator do Agravo de Instrumento com Suspensividade nº 2013.020242-2, despacho aos 22/11/2014, antes mesmo da distribuição deste feito e, ainda, provimento jurisdicional com conteúdo decisório aos 12/02/2014 (decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo), o qual antecedeu, em mais de um mês a decisão monocrática de fls. 341/353, combatida neste agravo interno.

Conclui que há conexão e prevenção, nos termos dos arts. 103 à 106 do CPC, circunstância que, não observada, enseja nulidade decorrente de afronta ao princípio do Juiz Natural.

Entendo, todavia, que não merece acolhimento a referida preliminar.

Diga-se, primeiramente, os artigos supracitados, esculpidos no CPC, não tratam da regra de prevenção a ser adotada na distribuição de feitos nos Tribunais.

Diante da inexistência de previsão legal deve ser observado, portanto, o que dispõem seus respectivos Regimentos Internos, por força da competência privativa que lhes é conferida no artigo 96, inciso I, da Constituição Federal, para dispor sobre "a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

A regra de prevenção fixada no vigente Regimento Interno

FL._____

deste Tribunal de Justiça (art. 154, III) dispõe que "os feitos com jurisdição preventa caberão ao Relator já sorteado". Embora não especifique o RITJRN o que seja "jurisdição preventa", nem haja unanimidade nesta Corte sobre a aplicação subsidiária do art. 71 do RISTJ para a supressão da lacuna, entendo que, de toda forma, a não observância desta regra enseja apenas nulidade relativa, passível de preclusão, principalmente quando não demonstrado prejuízo, o que se dá na espécie.

No mesmo sentido, é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, expresso nos aretos a seguir, os quais adoto, *per relationem*, como fundamentação:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC)
- AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO NA ORIGEM
- TUTELA ANTECIPADA INDEFERIDA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DO AGRAVO ANTE O ÓBICE DA SÚMULA 182/STJ. 1. A não observância da regra de prevenção contida no art. 71 do RISTJ gera apenas nulidade relativa, de modo que, caso não seja reconhecida de ofício, deve ser suscitada até o início do julgamento do recurso pelo colegiado ou monocraticamente pelo relator, sob pena de preclusão, nos termos do § 4º do citado artigo. Precedentes (...) 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 376.985/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 30/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVENÇÃO SUSCITADA. ARGUIÇÃO ATÉ O INÍCIO DO JULGAMENTO. ART. 71, § 4º, DO RISTJ. DECISÃO QUE DETERMINA A SUBIDA DO RECURSO ESPECIAL.

FL._____

IRRECORRIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO NOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. 1. Segundo o art. 71, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a prevenção pode ser arguida pelas partes somente até o início do julgamento do recurso. 2. No caso dos autos, o pedido foi formulado somente após o julgamento do agravo e nas razões do presente agravo regimental. (...) 5. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no Ag 1415363/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 29/08/2013)

*DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL.
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.
PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA TURMA.
NULIDADE RELATIVA ARGUIDA APENAS EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECLUSÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. PREScriÇÃO. ALEGAÇÃO EM FASE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO À EXECUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A não observância da regra contida no art. 71 do RISTJ gera apenas nulidade relativa, de modo que, caso não seja reconhecida de ofício, deve ser suscitada até o início do julgamento do recurso pelo colegiado ou monocraticamente pelo relator, nos termos do § 4º do citado artigo. (...) 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1392923/RN, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 25/06/2014)*

FL._____

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. PREVENÇÃO. DECISÃO AGRAVADA PROFERIDA POR OUTRO RELATOR. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 315/STJ. INCIDÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. "A competência do relator para todos os recursos posteriores em face da prevenção (art. 71, caput, do RISTJ) é relativa e, quando não-observada, não acarreta a nulidade da decisão proferida por outro relator" (AgRg no Ag 793.473/MG, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJe 3/5/07). (...) 3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EAg 1286657/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/02/2014, DJe 13/02/2014)

Nesta ótica, tendo a arguição de nulidade ocorrido após o julgamento do agravo de instrumento (posteriormente, inclusive, as próprias razões deste agravo interno), rejeito, sem mais delongas a preliminar.

Do mérito

Também no mérito, verifico que a pretensão do recorrente não merece guarida, pois o provimento monocrático do agravo de instrumento ocorreu dentro do estabelecido no art. 557, § 1º-A, do CPC, seguindo o posicionamento dominante do Superior Tribunal de Justiça sobre as matérias ora impugnadas.

Diga-se, inicialmente, que não houve afronta aos artigos 10 e 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, uma vez este último dispositivo aduz expressamente que, entendendo o Julgador não configurar o ato narrado improbidade administrativa, ou

FL._____

considerando improcedente a ação, deverá rejeitar a petição inicial.

Reproduzo o *decisum* proferido pelo Desembargador que me antecedeu na relatoria do feito, no trecho que interessa:

"observo da decisão recorrida que, em nenhum momento, o Juiz a quo fez referência acerca do eventual dano ao erário na conduta do Réu, ora Agravante, registrando, verbis:

"(...) Todavia, por ora, não há qualquer quantificação de prejuízo econômico efetivo sofrido pelo ente público, porquanto há informação de efetiva prestação do serviço pelo terceiro." (fl. 237)

Assim, ao concluir a Autoridade que proferiu a decisão recorrida que houve a concreta prestação do serviço contratado e que inexistiu "qualquer quantificação de prejuízo econômico efetivo sofrido pelo ente público" entendo que é desnecessária a deflagração do aparelho judiciário estatal para tentar comprovar o que o Ministério Público, em amplo inquérito civil público, não conseguiu demonstrar.

Some-se a isso, que, consoante é possível observar do contrato celebrado entre a Prefeitura Municipal de Pau dos Ferros e a empresa Paulo G Pinto, fls. 85/88, o pacto celebrado ocorreu em harmonia com o disposto no art. 24, II, da Lei nº 8.666/93, cujo valor global contratado representou a quantia de R\$ 7.600,00 (sete mil e seiscentos reais), consoante cláusula terceira, portanto, abaixo do limite objetivo para a contratação mediante dispensa de licitação, qual seja, o valor de 8.000,00 (oito mil reais) previsto no artigo 23, II, "a", da citada lei, aliado ao fato de que o ajuste ocorreu em caráter emergencial, com vigência de apenas um

FL._____

mês (cláusula oitava).

Nessa linha de raciocínio, o sujeito passivo da conduta atribuída ao Agravante é o Estado, em seu sentido amplo, que sofre diretamente o prejuízo patrimonial decorrente da frustração do procedimento licitatório e sob o ponto de vista moral, pela vulneração do princípio da moralidade, que deve nortear os atos da Administração Pública.

No caso presente, inquiero: houve prejuízo para o Município de Pau dos Ferros e, em caso positivo, qual o montante? Quais os beneficiários? E ainda, em que circunstâncias o Agravante agiu de forma dolosa?

Nesse sentido, é necessário que a conduta do inculpado não seja apenas contrária a lei e, sim, que seja desonesta, sendo imprescindível, também, que o ato administrativo imputado ao acusado contenha a pecha de corrupto para, somente assim, ser possível a persecução ministerial, circunstâncias não encontradas pela Juíza de primeiro grau, a qual indeferiu pedido liminar de indisponibilidade de bens não só do Agravado, mas, de todos os outros réus, não havendo notícia nos autos, principalmente pelas contrarrazões ofertadas pelo órgão acusador, fls. 332/336, de qualquer inconformismo no que toca ao indeferimento da indisponibilidade de bens, não só do Agravante, mas, de todos os outros réus.

Com efeito, para que a conduta do Agravante se revista de tipicidade, faz-se necessária a referência concreta à intenção do Agente, a existência material do ato de improbidade e a vontade deliberada de agir para a obtenção de vantagem ilícita em proveito próprio, e, principalmente, o dano

FL._____

causado ao erário, circunstâncias sem as quais, o agir do Agravante torna-se atípico.

Assim, a ausência de "qualquer quantificação de prejuízo econômico efetivo sofrido pelo ente público", aliado ao fato de que houve a prestação do serviço contratado pelo Administração Municipal, circunstâncias estas registradas na decisão recorrida, além de o contrato subscrito pelo Agravante haver obedecido as disposições contidas na lei geral de licitações, já referidas anteriormente, aliado ao fato de que não demonstrado, por mínimo que seja, o dolo do ora Agravante, remetem a conclusão de que não há elementos nos autos para que a conduta do Agravante seja tipificada no artigo 10, inciso IX, da Lei de improbidade administrativa, a ensejar a propositura e a tramitação da ação."

Com efeito, nos casos onde se questiona a idoneidade de procedimentos licitatórios, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça vincula o elemento subjetivo, tanto na esfera penal como na da improbidade administrativa, à efetiva ocorrência de prejuízo ao Erário, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FAVORECIMENTO DE EMPRESA VENCEDORA DE LICITAÇÃO. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO AGENTE. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO PROVIMENTO DO APELO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO DESPROVIDO, NO ENTANTO.

1. A primeira e mais urgente função preparatória da

FL._____

aceitação da petição inicial da Ação por Ato de Improbidade Administrativa é a de extremar o ato apontado de ímprebo da configuração da mera ilegalidade (dada a inegável afinidade formal entre as duas entidades), para verificar se o ato tido como ímprebo não estará apenas no nível da mera ilegalidade, ou seja, não se alça ao nível da improbidade; essa atividade é relevante porque especializa a cognição judicial no objeto específico da ação em apreço, evitando que a sua energia seja drenada para outras áreas afins, ou desperdiçada em movimentos processuais improdutivos. 2. *Dessa atuação malsã do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º. da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).* 3. *A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.* 4. *In casu, o Tribunal de origem julgou improcedente o pedido por reconhecer que a licitação não violou o art. 9º., III da Lei 8.666/93, uma vez que a empresa não estava impedida de participar da licitação e, ainda que se considerasse irregular a licitação, nem o dano causado nem o proveito patrimonial alegadamente usufruído pelos requeridos foram significativos, porquanto os serviços contratados foram*

FL._____

efetivamente prestados ao Município. 5. A conduta imputada aos recorridos não revela o dolo específico de lesar os cofres públicos ou de obter vantagem indevida, requisitos indispensáveis à infração dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Improbidade Administrativa. 6. Recurso Especial do Ministério Público de São Paulo desprovido. (REsp 984.808/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 05/11/2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUTAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO NO SUPRIMENTO DE MEDICAMENTOS NAS UNIDADES DE SAÚDE, HOSPITAIS, SERVIÇOS DE EMERGÊNCIA E PROGRAMAS DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA E ACÓRDÃO RECORRIDO QUE RECONHECERAM EXPRESSAMENTE A AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO, DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E DE DOLO, AFASTANDO A CONFIGURAÇÃO DE QUALQUER ATO ÍMPROBO. DECISÃO QUE NÃO ADMITIU O RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. ART. 544, § 4º, I, DO CPC. (...) 3. Ainda que se ultrapassasse o óbice imposto pelas Súmulas aplicadas, ainda assim, não comportaria êxito o reclamo do Parquet estadual, porquanto o entendimento assentado pelo acórdão recorrido esteja em consonância com a

FL._____

jurisprudência desta Corte, a qual entende que estando ausente a comprovação da conduta dolosa dos agravados em causar prejuízo ao Erário - bem como inexistente a constatação de dano efetivo ao patrimônio material do Poder Público - não há que se falar em cometimento do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92, que exige a presença do efetivo dano ao Erário. 4. O Tribunal a quo reconheceu expressamente a ausência do dolo, de dano ao Erário e de enriquecimento ilícito, o que, por si só, afasta qualquer hipótese de improbidade administrativa, nos termos do posicionamento consolidado pelo STJ. (...) 6. Agravo Regimental do MP/RJ a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 509.655/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 04/08/2015)

AÇÃO PENAL. EX-PREFEITA. ATUAL CONSELHEIRA DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. FESTA DE CARNAVAL. FRACIONAMENTO ILEGAL DE SERVIÇOS PARA AFASTAR A OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO. ARTIGO 89 DA Lei N. 8.666/1993. ORDENAÇÃO E EFETUAÇÃO DE DESPESA EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. PAGAMENTO REALIZADO PELA MUNICIPALIDADE ANTES DA ENTREGA DO SERVIÇO PELO PARTICULAR CONTRATADO. ARTIGO 1º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N. 201/1967 C/C OS ARTIGOS 62 E 63 DA LEI N. 4.320/1964. AUSÊNCIA DE FATOS TÍPICOS. ELEMENTO SUBJETIVO. INSUFICIÊNCIA DO DOLO GENÉRICO. NECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO DE

FL._____

CAUSAR DANO AO ERÁRIO E DA CARACTERIZAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. - Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto, fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal. - Caso em que não estão caracterizados o dolo específico e o dano ao erário. Ação penal improcedente. (APn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/03/2012, DJe 15/06/2012)

PENAL. ARTIGO 89 DA LEI N.º 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA CORTE ESPECIAL. RESSALVA DA RELATORA. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA RECONHECIDA. 1. Nos autos da Ação Penal n.º 480/MG, a Corte Especial deste Sodalício acolheu, por maioria, a tese de ser imprescindível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo para a tipificação do crime previsto no artigo 89 da Lei n. 8.666/1993. Ressalva do entendimento da relatora. 2. Na hipótese em apreço, a própria denúncia, de modo expresso, afirma que não houve prejuízo, pois teria sido o montante relativo à burla da licitação devolvido, devidamente

FL._____

corrigido. 3. Ordem concedida para trancar a ação penal, por falta de justa causa, estendendo, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, os efeitos da decisão aos demais acusados que ainda figuram no processo. (HC 291.145/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 29/04/2015)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA ÁREA DE EDUCAÇÃO. PROGRAMA DE CONTROLE ESCOLAR. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ART. 89 CAPUT, DA LEI N. 8.666/1993. AUSÊNCIA DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. (...) 2. Para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n.º 8.666/1993 é imprescindível a comprovação do dolo específico de fraudar a licitação, bem como de efetivo prejuízo ao erário. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal. 3. Mostra-se incongruente exigir a comprovação de dano ao patrimônio público, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração do ato de improbidade administrativa

FL._____

(previsto no art. 10, inciso VIII, da Lei n. 8.429/1992) e não para o crime de dispensa irregular de licitação. É dizer, a mesma conduta não pode ser irrelevante para o direito administrativo e, ao mesmo tempo, relevante para o direito penal, sob pena de ofensa ao princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção penal só deve ocorrer quando os demais ramos do direito não forem suficientes para a resolução da questão conflituosa. (...) 5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício para extinguir a ação penal movida contra a paciente, ante a evidente falta de justa causa. (HC 272.295/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014)

In casu, pela leitura da exordial da ação de improbidade (fls. 30/48), da manifestação ministerial (fls. 223/224v) e da própria decisão proferida pelo Juízo de 1^a Grau, resplandece que os serviços contratados foram efetivamente prestados. O Ministério Público discute, portanto, a ocorrência de um prejuízo **presumido** ao Erário, ante a suposta frustração da possibilidade de escolha, pela Administração, da proposta mais vantajosa.

Para alicerçar tal assertiva, sustenta que a dispensa de licitação operada pelos demandados, dentre os quais o ora agravado, foi manipulada pela restrição do objeto e do prazo da contratação, a fim de que não ultrapassasse o limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), bem como direcionada para a empresa vencedora, mediante conluio com outras duas pessoas jurídicas demandadas, que supostamente teriam concorrido para a "montagem" do procedimento administrativo.

Ocorre que, não bastasse a efetiva prestação dos serviços contratados – o que afastaria, *prima facie*, tanto o enriquecimento ilícito como o prejuízo ao erário –, para a configuração da manipulação referida pelo *Parquet*, que corresponde a

FL. _____

um verdadeiro "fracionamento", seria necessária a demonstração de que o objeto contratado repetiu-se, de forma idêntica ou semelhante, em outros procedimentos licitatórios ou de dispensa, em interstício temporal reduzido.

A simples suposição de que "*outros problemas de manutenção elétrica poderiam concretamente ocorrer durante o restante do ano, especialmente diante da quantidade de imóveis e logradouros públicos relacionados aos autos*" (fls. 40), desvestida de qualquer sustentação (seja empírica, seja jurídica), não é suficiente para demonstrar que o recorrido, isoladamente ou em comunhão de desígnios com terceiros, tenha realizado atos de improbidade administrativa para beneficiar empresas ou pessoas físicas contratadas pela municipalidade.

Por outro lado, a existência de orçamentos com reduzida diferença de preços não se mostra como indício idôneo para a deflagração da ação prevista na Lei nº 8.429/92. O simples fato de serem similares, não autoriza a presunção de conluio entre as empresas, ainda mais em se tratando de pesquisa mercadológica realizada localmente, em município de pequeno porte situado no interior do semiárido Nordestino, onde a concorrência empresarial e, portanto, a variação de preços, é obviamente diminuta.

As afirmações de "montagem" de orçamentos ou combinação entre as empresas, na mesma senda, decorrem unicamente das suposições do órgão ministerial, que vislumbrou similitude exacerbada nos documentos 64/72, mas olvidou que na descrição disponibilizada pela Administração (fls. 63), os objetos do contrato estavam grafados e divididos tal e qual foram reproduzidos pelas empresas, não sendo ilógico admitir que todas tenham se valido daquela diretriz para elaborar seus orçamentos.

Ressalte-se, oportunamente, que se a intenção fosse direcionar a contratação, mediante a dispensa do procedimento licitatório, sequer era exigida a apresentação de justificativa, quiçá pesquisa mercadológica, porquanto o art. 26, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, excetua as hipóteses de dispensa prescritas nos incisos I e II do art. 24 do mesmo Diploma Legal.

Mesmo com a análise da dita "prova nova" juntada às fls. 438/441, não se reveste de razoabilidade a suposição de que a contratação se deu em razão

FL._____

da afinidade política do contratado com o agravado ou por ter prestado serviços ou financiado-o quando este era candidato. Seria necessário demonstrar indícios mínimos de que se trataria de uma "compensação" escusa, mas há apenas a suposição (indireta/vaga/genérica, ressalte-se) de um indivíduo que acredita poder ter isto acontecido (fls. 440v).

Por fim, a extensão dos efeitos da decisão, com a rejeição da ação de improbidade com relação aos demais requeridos na origem, é consectário lógico da *ratio decidendi*, que não analisou tão somente o elemento subjetivo do agravado, mas os próprios atos narrados, que, consoante a narrativa ministerial, orbitam o procedimento de dispensa de licitação, cujos indícios suficientes de fraude não foram colacionados, e a ocorrência de prejuízo ao Erário, igualmente não evidenciado, sequer minimamente.

Ante o exposto, sem maiores elucubrações, considerando que a decisão monocrática seguiu posicionamento dominante do Superior Tribunal de Justiça, não merecendo reparos, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

Natal, 03 de dezembro de 2015.

Desembargador Expedito Ferreira
Presidente

Desembargador Cornélio Alves de Azevedo Neto
Relator

Dr^a. Geralda Franciny Pereira Caldas
10^a Procuradora de Justiça