



MPF

Ministério Público Federal

Procuradoria
da República
em Jales

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(ÍZA) DA 1ª VARA
FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE JALES/SP**

*"Na quarta feira é a volta pra realidade
que arde;
Acaba a comemoração apaga a televisão
pra não gastar a eletricidade;
Como na Cinderela carruagem volta a ser
abóbora e na favela o carro alegórico
some;
E volta às sobras:
Sobra de feira, sobra de terra, sobra de
chão, sobra de lama, sobra de bala
perdida, sobra de comida...".
(Mucama – Tony Garrido, Lazão, Da
Gama, Bino e Gabriel O Pensador – 1994)*

O **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, pelo Procurador da República infra-assinado, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, vem, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 37, § 4º, 127, *caput* e 129, da Constituição Federal, na Lei Complementar 75/93, na Lei 8.429/92, na Lei 7.347/85 e demais dispositivos aplicáveis à espécie, ajuizar a presente

AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

em face de:

NELSON PINHEL, brasileiro, na cidade de Ouroeste – SP,



IVAN PERPÉTUO DA SILVA, brasileiro, na cidade de Balsamo – SP (representante da empresa “Ivan Perpétuo da Silva – ME”),

MARA REGINA PEREIRA DA SILVA DIAS, na cidade de Aparecida de Goiânia – GO (representante da empresa Prime Produções Culturais Ltda. ME),

MARCOS ANTÔNIO GAETAN, na cidade de São José do Rio Preto – SP (representante da empresa Marcos Antonio Gaetan ME,),

ANISIO MIOTO, na cidade de Meridiano – SP (representante da empresa Anisio Mioto Eventos & Cia. Ltda.),

pelas razões fáticas e jurídicas que passa a expor:

I – DOS FATOS

a) Convênio Mtur nº 749/2007

Conforme consta dos autos, a Prefeitura Municipal de Ouroeste, através de seu ex-prefeito NELSON PINHEL, firmou o convênio de nº 749/2007 com o Ministério do Turismo, em 26 de dezembro de 2007, objetivando recursos públicos no importe de R\$ 110.000,00 (cento e dez mil reais) para a realização do evento intitulado “Festa de Aniversário de 12 Anos de Emancipação Político Administrativa do Município” (fls. 32/41 – anexo I).

Após a celebração do convênio, visando a contratação de shows de artistas ou bandas musicais para a referida festividade, o ex-prefeito firmou contrato junto à empresa “Ivan Perpétuo da Silva - ME.”, representada pelo corréu IVAN PERPÉTUO DA SILVA, para a realização de



show com a dupla "Guilherme & Santiago", conforme nota de empenho nº 9170 (fl. 06 – anexo I).

Ocorre que a contratação mencionada, realizada mediante Inexigibilidade de Licitação, foi feita de forma irregular, tendo em vista a **ausência de documentação comprobatória de exclusividade (carta de exclusividade) de comercialização dos artistas por parte da empresa contratada**, o que contraria o artigo 25, inciso III, da Lei de Licitações, conforme será melhor explicitado e fundamentado no item V da presente inicial.

b) Convênio Mtur nº 706122/2009

Conforme consta dos autos, a Prefeitura Municipal de Ouroeste, através de seu ex-prefeito NELSON PINHEL, firmou o convênio de nº 706122/2009 com o Ministério do Turismo, em 06 de outubro de 2009, objetivando recursos públicos no importe de R\$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais) para a realização do evento intitulado "13ª Festa do Peão de Boiadeiro de Ouroeste/SP" (fls. 66/83 – anexo II).

Após a celebração do convênio, visando a contratação de shows de artistas ou bandas musicais para a referida festividade, o ex-prefeito firmou o Contrato nº 118/2009 (fls. 101/103 – anexo II) junto à empresa "Prime Produções Culturais Ltda - ME", representada pelo ré MARA REGINA PEREIRA DA SILVA, para a realização de shows com as duplas "Jads & Jadson" e "Gian & Giovani".

Ocorre que a contratação mencionada, realizada mediante o Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 83/2009 (fls. 37/57 – anexo II), **foi feita de forma irregular, uma vez que não se deu diretamente com os artistas, nem tampouco através de seus empresários exclusivos**, mas sim com uma empresa intermediária, que detinha "exclusividade" de comercialização da dupla somente para as datas



correspondente às respectivas apresentações no evento, conforme cartas de exclusividade (fls. 46/47 – anexo II), o que contraria o artigo 25, inciso III, da Lei de Licitações, conforme será melhor explicitado e fundamentado no item V da presente inicial.

c) Convênio Mtur nº 740091/2010

Conforme consta dos autos, a Prefeitura Municipal de Ouroeste, através de seu ex-prefeito NELSON PINHEL, firmou o convênio de nº 740091/2010 com o Ministério do Turismo, em 23 de junho de 2010, objetivando recursos públicos no importe de R\$ 130.000,00 (cento e trinta mil reais) para a realização do evento intitulado “2º Arraial de Ouro de Ouroeste/SP” (fls. 41/59 – anexo III).

Após a celebração do convênio, visando a contratação de shows de artistas ou bandas musicais para a referida festividade, o ex-prefeito firmou os Contratos nº 87 e 90/2010, o primeiro junto à empresa “Marcos Antonio Gaetan - ME”, representada pelo corréu MARCOS ANTÔNIO GAETAN, para realização de shows com a dupla “João Vitor & Ricardo” e grupo “Tradição” (fls. fls. 76/79 – anexo III); e o segundo com a empresa “Anisio Miotto Eventos & Cia. Ltda.”, representada por ANISIO MIOTO, para apresentação da dupla “Mato Grosso & Mathias” (fls. 80/83 – anexo III).

Ocorre que as contratações mencionadas, realizadas mediante o Processo de Inexigibilidade de Licitação nº 53/2010 (fls. 60/83 – anexo III), **foram feitas de forma irregular, uma vez que não se deram diretamente com os artistas, nem tampouco através de seus empresários exclusivos**, mas sim com uma empresa intermediária, que detinha “exclusividade” de comercialização dos artistas somente para as datas correspondente às respectivas apresentações no evento, conforme cartas de exclusividade (fls. 65/68 – anexo III), o que contraria o artigo 25, inciso III, da Lei de Licitações, conforme será melhor explicitado e fundamentado no item V da presente inicial.



II – DA LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade do Ministério Público Federal para ajuizamento da presente ação de improbidade administrativa repousa, essencialmente, na Constituição Federal de 1988.

Ao definir as funções institucionais do *Parquet*, a Lei Maior prediz, expressamente, no inciso III, do seu art. 129, que lhe compete “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Atentando para o mandamento constitucional, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, Lei Complementar 75/93, reza, *in verbis*, que:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:

(...)

b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Por fim, completando o arcabouço normativo que confere legitimidade ao Órgão Ministerial para a propositura das ações de improbidade administrativa, tem-se o disposto na Lei 8.429/92, artigo 17: “A *ação principal, que terá o rito ordinário, **será proposta pelo Ministério Público** ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar*” (grifamos).

Logo, indubitável a legitimidade ativa do *Parquet* para figurar no pólo ativo da presente demanda.

III – DA LEGITIMIDADE PASSIVA



Nos termos da Lei 8.429/92, sujeitam-se às sanções nela previstas os agentes públicos, servidores ou não, bem como os particulares que de qualquer forma induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

O artigo 2º do diploma legal supracitado conceitua agente público nos seguintes termos, *in verbis*:

*Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que **transitoriamente** e sem remuneração, por **eleição**, nomeação, designação, **contratação** ou qualquer outra forma de investidura ou **vínculo**, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (grifo nosso)*

Os requeridos, segundo consta, foram participantes da contratação, mediante inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25, III da Lei 8.666/93, concorrendo, mediante suas respectivas atuações para a violação de princípios exigidos no trato da coisa pública bem como na perpetração de grave prejuízo ao erário, sendo considerados para efeitos da Lei 8.429/92 agentes públicos.

Por sua vez, o artigo 3º da mesma lei dispõe, *in verbis*:

As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Desse modo, torna-se incontestável a legitimidade passiva dos réus para integrar o pólo passivo da presente demanda.

IV – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A competência para o processamento e julgamento da presente ação é da Justiça Federal, posto que os recursos para realização



da avença objeto dos autos foram entregues à municipalidade por força de convênio firmado com a União Federal, por meio do Ministério do Turismo.

Além disso, não há que se falar no caso dos presentes autos em foro privilegiado por prerrogativa de função a qualquer dos réus, devendo, portanto, ser julgados perante o juízo federal de primeiro grau. Nessa linha é o que se encontra patente nas decisões dos Tribunais Regionais Federais, como no julgado transcrito abaixo, *in verbis*:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPASSE DE VERBAS FEDERAIS. FISCALIZAÇÃO DO TCU. COMPETÊNCIA.

- 1. "COMPETE À JUSTIÇA FEDERAL PROCESSAR E JULGAR O PREFEITO MUNICIPAL POR DESVIO DE VERBA SUJEITA À PRESTAÇÃO DE CONTAS PERANTE ÓRGÃO FEDERAL".** CUIDANDO-SE, NA ESPÉCIE, DE AÇÃO DE IMPROBIDADE POR IRREGULARIDADE NA APLICAÇÃO DE VERBA DO FNDE, REPASSADA AO MUNICÍPIO E SUJEITO À FISCALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU (ART. 71, VI - CF), COMPETENTE É A JUSTIÇA FEDERAL. TRF1 - APELAÇÃO CIVEL: AC 5823 PA 2001.39.00.005823-8 RELATOR(A): DESEMBARGADOR FEDERAL OLINDO MENEZES, JULGAMENTO: 31/07/2006
- 2. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI Nº 8429/92). LIMINAR CONCEDIDA EM AÇÃO CAUTELAR DE SEQÜESTRO DE BENS EM DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.** INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. **I - COMPETENTE A JUSTIÇA FEDERAL PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO EM QUE É PARTE O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ.** II- AS AÇÕES DE RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO SÃO IMPRESCRITÍVEIS (ARTIGO 37, § 5º, DA CF). III - A APRECIÇÃO DE MEDIDA LIMINAR É ATO QUE SE INSERE NO PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. QUANDO INDEFERITÓRIO, SÓ PODE SER REVISTO SE FOI PRATICADO COM ABUSO DE PODER OU ILEGALIDADE FLAGRANTE. IV - A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL (ARTIGO 37, § 4º, CF), "IN CASU", É MEDIDA QUE VISA A ASSEGURAR O RESULTADO ÚTIL DA AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. V - AGRAVO IMPROVIDO (TRF2, Terceira Turma, AG 9802257940 - AG - AGRAVO DE



INSTRUMENTO - Relator Desembargador Federal JULIO MARTINS) (grifamos).

Ademais, insta consignar que, os valores utilizados para o pagamento da contratação realizada mediante dispensa de licitação (artigo 25, III da Lei 8.666/93) advieram, como já dito, da União Federal, mediante convênio firmado com o Ministério do Turismo, ou seja, trata-se de verba pública federal.

Destarte, resta cristalina a competência da Justiça Federal, mormente por envolver interesse da União, conforme disposição no artigo 109, inciso I, da Constituição Federal.

V – DO DIREITO

a) Da irregular contratação mediante inexigibilidade de licitação (art. 25, III da Lei 8.666/93)

Sabemos que o dever da administração pública, como regra geral, quando da realização de contratações é proceder a licitação, de modo a buscar não apenas as condições mais vantajosas para o poder público mas também garantir que o primado da impessoalidade seja implementado, permitindo que todos os agentes com capacidade para contratar tenham iguais condições para tanto.

Com base na lei geral de licitações (Lei 8.666/93), temos que, por força do artigo 23, II se fará licitação na modalidade convite para compras e serviços que não sejam de obra e engenharia (como é o caso), no valor de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), e para valores acima, na modalidade tomada de preços, para até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Mais adiante, entretanto, a própria norma prevê hipóteses nas quais não será exigível daquele que administre a coisa pública que



proceda com procedimentos licitatórios como condição da realização do contrato. São as denominadas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Tais situações, conforme alerta a doutrina, são excepcionais e justificadas por fatores que ou inviabilizam a competição (ex. apenas um único fornecedor para o produto que se busca adquirir) ou torna desarrazoada a realização de procedimento licitatório, em razão da situação concreta (ex. urgência na aquisição de medicamentos durante uma epidemia).

Dentre tais hipóteses, onde não será exigível a realização de procedimento licitatório, está o caso que, especificamente, nos interessa, aquele previsto no artigo 25, III da Lei 8.666/93, que assim dispõe, *in verbis*:

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(...)

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Acerca do tema, vale transcrever o sempre lúcido ensinamento de Hely Lopes Meirelles¹, *in verbis*:

"A nova lei, endossando a doutrina, que equipara os trabalhos artísticos aos serviços técnicos profissionais especializados (cf. cap. II, item III, in fine) prescreve a inexigibilidade de licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de seu empresário. O essencial para legitimar a dispensa do procedimento licitatório é que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública." (grifamos)

Como visto, diante das opções legalmente possíveis, a autoridade administrativa poderia optar legitimamente pela realização de

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO**, 11ª EDIÇÃO, Malheiros Editores, pg. 99:



uma contratação DIRETA mediante inexigibilidade licitatória, ou contratá-los através de EMPRESÁRIO EXCLUSIVO do artista.

O que ocorre nos autos, é que não se tratou de contratação feita nos parâmetros legais, visto que, as "cartas de exclusividade" apresentadas pelas empresas, revelam, justamente, que não se trata de empresário exclusivo do aludido artista, uma vez que as tais cartas se tratam, em verdade, de declarações de exclusividade daqueles especificamente para as apresentações nos dias e horários determinados para cada um dos shows.

O que ocorreu no caso foi que a empresa contratada conseguiu, junto ao empresariado do artista, uma declaração de exclusividade daquele para a apresentação nas festividades relacionadas ao já citado convênio, na data específica da apresentação na pretensão de firmar contrato administrativo através de INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO junto à Municipalidade, com o evidente intuito de burlar o ordenamento jurídico positivado, fugindo da necessária realização de processo licitatório.

Vale insistir na ontológica diferença entre o EMPRESÁRIO EXCLUSIVO e MERO INTERMEDIÁRIO.

Enquanto o empresário exclusivo representa determinado artista, com exclusividade, o intermediário (caso dos autos) é aquele que agencia eventos em datas específicas.

Para configurar as hipóteses de inexigibilidade de licitação prevista no inciso III, do artigo 25, da Lei Geral de Licitações, a contratação deve se dar diretamente com o artista ou através do seu empresário exclusivo, que é aquele que gerencia o artista de forma permanente.



Para tanto é importante citar as lições de Ércio de Arruda Lins² que, em seu artigo “Inexigibilidade de Licitação”, adverte, *in verbis*:

"Veja que o termo empresário não pode ser confundido com intermediário. Aquele gerencia os negócios de artistas determinados, numa relação contratual duradoura. O último, intermedeia qualquer artista, sempre numa relação pontual e efêmera."

No mesmo sentido do entendimento retrotranscrito, já vem decidindo os tribunais de contas, que, ao se depararem com este ardil, utilizado para burlar a regra geral acerca da exigência de licitação, vêm buscando coibir tal prática nefasta.

Vejamos decisão do TCE/MG sobre o assunto, na qual a Corte de Contas acabou por adotar o mesmo pensamento quando apreciou a Denúncia nº 749058, da relatoria do Conselheiro Eduardo Carone Costa, em sessão do dia 09/10/08, *in verbis*:

Contratação de músicos sem licitação só pode se dar diretamente ou através de empresário exclusivo. Distinção entre empresário e intermediário. "(...) pela irregularidade da contratação direta dos shows, mediante inexigibilidade de licitação, pelas razões a seguir expostas: (...) a empresa (...) detinha a exclusividade de venda das referidas bandas apenas nas datas dos referidos shows, o que comprova que esta foi apenas uma intermediária na contratação dos grupos. A dita exclusividade seria apenas uma garantia de que naquele dia a empresa (...) levaria o referido grupo para o show de seu interesse, ou seja, a contratada não é empresária exclusiva das bandas em questão, o que contraria o art. 25, III da Lei de Licitações. (...) a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas aprazadas, específicas, eventuais. (...).

(Denúncia n.º 749058. Sessão do dia 09/10/2008, <http://www.tce.mg.gov.br>)

² Lins, Ércio de Arruda. Inexigibilidade de Licitação. Disponível em: <http://www.ipees.org.br/artigos_detalhe.asp?id=7>.



No mesmo processo se manifestou o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais da seguinte maneira, *in verbis*:

A interpretação do dispositivo legal não deixa margem para dúvida: a contratação de profissional ou qualquer setor deve ser feita diretamente ou através de empresário exclusivo.

(...) a figura do empresário não se confunde com a do intermediário. Aquele é o profissional que gerencia os negócios do artista de forma permanente, duradoura, enquanto que o intermediário, hipótese tratada nos autos, agencia eventos em datas apazadas, específicas, eventuais.

Também nesse sentido foi o entendimento do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, na apreciação do Termo de Ocorrência nº 93.016/09, de relatoria do conselheiro José Alfredo Rocha Dias, *in verbis*:

O vínculo de exclusividade deverá ser devidamente comprovado através de carta de exclusividade ou contrato, assinados por quem detenha condição para representar banda, grupo musical ou profissional do setor artístico, conforme indicação em contrato social ou estatuto registrado nos órgãos competentes, de sorte que as meras declarações de exclusividade acostadas aos processos de inexigibilidade, ainda que com firma reconhecida, não legitimam a condição dos signatários respectivos, uma vez que não foram instruídas, como devido, com os respectivos contratos sociais ou estatutos, de sorte que não ficou comprovada a condição daqueles signatários para representar as bandas.

Também na mesma linha, trazemos à colocação o entendimento esposado em caso semelhante pela Conselheira Doris Coutinho do Tribunal de Contas do Tocantins³, *in verbis*:

(...) a empresa contratada pelo responsável funcionou na presente contratação direta como intermediária, já que como resta provado nos autos a 'exclusividade'

³ www.tce.to.gov.br/sitephp/noticiasLer.php?codigo=261.



declarada nos documentos se deu somente nos dias definidos para apresentação no carnaval de Palmas o que não certeza não reflete a vontade do legislador quando exigiu na norma a exclusividade para fundamentar a inexigibilidade.

Por derradeiro, o próprio Tribunal de Contas da União⁴, ao analisar situação fática muito semelhante à presente, envolvendo, justamente, verbas relacionadas a convênios firmados entre a municipalidade e a União Federal, por intermédio do Ministério do Turismo, voltada à consecução de Shows mediante a contratação de artistas, entendeu por bem recomendar àquela Pasta Ministerial, *in verbis*:

e) determine ao Ministério do Turismo que informe em seus manuais de prestação de contas de convênio e no próprio termo de convênio que, quando da contratação de artistas consagrados, enquadrados na inexigibilidade prevista no inciso III do art. 25 da Lei nº 8.666/1992, por meio de intermediários ou representantes:

- deve ser apresentada cópia do contrato de exclusividade dos artistas com o empresário contratado, registrado em cartório. Deve ser ressaltado que o contrato de exclusividade difere da autorização que confere exclusividade apenas para os dias correspondentes à apresentação dos artistas e que é restrita à localidade do evento;

Portanto, é inaceitável, em afronta aos princípios da LEGALIDADE, MORALIDADE e IMPESSOALIDADE, bem como ao Primado da Livre concorrência. Patente pois a necessidade de decisão judicial, visando assegurar o cumprimento da Legalidade Administrativa em situações em que se tenta burlar os requisitos da Lei de Licitações nos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação.

Nesse sentido entende o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OUTRAS EMPRESAS APTAS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE. OMISSÃO. RECONHECIMENTO SEM EFEITOS MODIFICATIVOS.

⁴ TCU, Acórdão 96/2008 – Plenário, AC-0096-02/08-P.



I - O embargante alega que o dissídio jurisprudencial apresentado nas razões do recurso especial, por meio do cotejo analítico com o REsp nº 213.994/MG, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 27/09/1999, não foi analisado por esta Corte, caracterizando-se, assim, evidente omissão.

II - O acórdão paradigma não tem o condão de infirmar o decisum combatido, tendo em vista que a caracterização do ato administrativo como ímprobo não depende somente da existência de enriquecimento ilícito ou de prejuízo ao erário público.

III - O ato ímprobo decorre essencialmente da inobservância de princípios genéricos que regem a Administração Pública, especialmente, o da legalidade.

IV - A Lei de Improbidade Administrativa considera ato de improbidade aquele tendente a frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.

V - Foi exatamente o que ocorreu na hipótese dos autos quando restou comprovado, de acordo com o circunlóquio fático apresentado no acórdão recorrido, que houve burla ao procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

VI - Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, apenas para sanar a omissão apontada. (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 691.038/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 02/05/2006, p. 253).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. COMPRA DE MATERIAIS. FRACIONAMENTO DE NOTAS FISCAIS. IMPROBIDADE.

I - A Lei de Improbidade Administrativa considera ato de improbidade aquele tendente a frustrar a licitude de processo

licitatório ou dispensá-lo indevidamente. Foi exatamente o que ocorreu na hipótese dos autos quando restou comprovado, de acordo com o circunlóquio fático apresentado no acórdão recorrido, que houve burla ao procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

II - O artigo 11 da Lei 8.429/92 explicita que constitui ato de improbidade o que atenta contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Na hipótese presente também se tratou de atentado, ao menos, contra os deveres de imparcialidade e legalidade, em face do afastamento da norma de regência, in casu, a Lei nº 8.666/93.

III - Recurso especial improvido.



(REsp 685.325/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/12/2005, DJ 06/03/2006, p. 188).

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE – PREJUÍZO PARA O ERÁRIO – MULTA – CONSTITUCIONALIDADE – 1 - A hipótese de inexigibilidade de licitação apenas aflorou em razão do fracionamento do objeto do aditamento contratual, no tocante às tarefas a serem realizadas, isolando-se o treinamento de pessoal (art. 13, VI c/c art. 25, II, da Lei nº 8.666/93); o que evidencia o intuito de burlar o limite constante dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei de licitações, bem assim o comportamento ímprobo dos administradores.

2 - Prescinde-se da comprovação de enriquecimento ilícito ou prejuízo para o erário, posto que se cuida de malferimento a princípio da administração, estando a imputação capitulada no art. 11 da Lei nº 8.429/92. 3 – O disposto no art. 12 da Lei nº 8.429/92 se coaduna com a ordem constitucional vigente, mais precisamente com o art. 37, § 4º, da atual Constituição Federal, sendo cabível a aplicação de sanções outras que não as previstas no referido dispositivo constitucional. (STJ-RESP nº 440178/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.08.2004). 4 - Apelações desprovidas.

(TRF 2ª R. – AC 2000.51.01.017778-2 – 8ª T.Esp. – Rel. Des. Fed. Poul Erik Dyrland – DJU 26.01.2006 – p. 200).

b) Responsabilização pelos atos de Improbidade Administrativa

O fundamento para a responsabilização por atos de improbidade administrativa repousa no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível;



Visando a dar concreção ao mandamento constitucional acima, foi editada a Lei 8.429/92, a qual definiu os atos de improbidade administrativa, separando-os em três modalidades: a) no artigo 9º, tratou dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito; b) ao artigo 10, reservou as condutas que causam prejuízo ao erário; c) e, finalmente, dedicou o artigo 11 aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública.

Diversamente das normas penais incriminadoras, que exigem a perfeita correlação entre a conduta do agente e o tipo previsto em lei, os atos de improbidade administrativa vem exemplificativamente elencados nos artigos mencionados no parágrafo precedente.

c) Dos atos que causaram prejuízo ao erário

Pois bem, como primeiro ato de improbidade administrativa temos as ações que causaram lesão ao erário, quais sejam, permitir e facilitar a aquisição de bens por preço superior ao de mercado, frustrar a licitude de processo licitatório ou não realizar licitação quando exigido por lei e, por fim, permitir e facilitar para que terceiro se enriqueça ilicitamente.

Tais condutas estão descritas como atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, insculpido no artigo 10, incisos V, VII e XII, da Lei 8.439/92- LIA, *in verbis*:

Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

- 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.

Desta forma, por terem os requeridos participado de contratação realizada sem prévia licitação, quando a lei exigia tal providência, mediante o pagamento de valores acima do praticado em mercado e permitido enriquecimento ilícito de terceiro, cometeram o primeiro ato de improbidade administrativa que, conseqüentemente, causou lesão ao erário.

d) Dos atos que atentaram contra os princípios da Administração Pública

O segundo ato de improbidade administrativa diz respeito à não observância dos deveres de honestidade, legalidade e lealdade às instituições, conforme se depreende do artigo 11, *caput* e I, da Lei 8.429/92, *in verbis*:

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

(...)

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

Extrai-se, dos documentos em anexo, que os requeridos não observaram o dever de honestidade ao burlarem exigência da realização de licitação prévia por ocasião da contratação realizada mediante inexigibilidade de licitação, bem como desrespeitaram a legalidade por não cumprirem os procedimentos exigidos pela Lei 8.666/93 e, por fim, violaram o dever de lealdade com a administração pública, uma vez que se espera dos agentes públicos o cumprimento fiel da lei e uma boa representação dos interesses dos órgãos públicos.



Insta consignar, que pelo princípio da moralidade administrativa ou da probidade administrativa, requer-se dos administradores públicos a observância *"não só da legalidade formal restrita, mas também de princípios éticos, de lealdade, de boa-fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública"* (Di Pietro, Maria Sylvia Zanela. Direito Administrativo, 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 647).

Em outras palavras, sublinha com exatidão Hely Lopes Meireles ao dizer que: *"a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do 'bom administrador', que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, 'é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum'"* (Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed. São Paulo: 2002, p. 89).

e) Das Penalidades

Por todo o alegado, este órgão ministerial considera que há elementos suficientes que justificam a aplicação das sanções previstas aos requeridos, por todos os atos de improbidade administrativa acima descritos, conforme sanções cominadas no artigo 12, incisos II e III, da referida Lei de Improbidade Administrativa. Senão vejamos, *in verbis*:

Artigo 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

(...)

II- na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos, pagamento de multa civil de até 2 (duas) vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 (cinco) anos;



III- na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Note-se que a reparação do dano causado deve ser integral, devendo ser observado, outrossim, além do proveito obtido pelos requeridos, também o prejuízo experimentado pela administração pública no caso concreto.

VI – INDISPONIBILIDADE DOS BENS

Para assegurar o completo ressarcimento dos danos causados e a imposição das sanções de cunho patrimonial, mister a decretação judicial da indisponibilidade dos bens em nome dos réus.

Aludida medida, em consonância com o art. 37, § 4º, da Constituição Federal, veio regulada expressamente pela Lei 8.429/92, *in verbis*:

Artigo 7º. Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

(...)

Artigo 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.



Os fundados indícios de responsabilidade do ato de improbidade administrativa, representativos do *fumus boni iuris* da medida, encontram-se devidamente comprovados, por meio dos documentos acostados aos autos.

Quanto ao *periculum in mora*, a melhor doutrina entende seja ele presumido, tratando-se de responsabilização por atos de improbidade. Nessa linha, impende destacar o magistério do eminente Wallace Paiva Martins Júnior, *in verbis*:

A indisponibilidade de bens exige os pressupostos gerais da medida de cautela (fumus boni iuris e periculum in mora), considerando que o periculum in mora é presumido porque o § 4º do artigo 37 da Constituição Federal, ao determinar de modo expresso que 'os atos de improbidade administrativa importarão ... a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário...' (sublinha-se), e sendo a primeira figura nitidamente acautelatória – diversamente da segunda –, evidentemente manda presumir, em relação a ela, o requisito do 'periculum in mora'. O dispositivo constitucional demonstra claramente a imprescindibilidade da providência quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público. Daí a razão do artigo 7º da Lei nº 8.429/92 não esclarecer quais os requisitos exigíveis para a sua concessão, diferentemente de outras medidas acautelatórias⁵.

Realmente, a indisponibilidade de bens dos réus é medida imprescindível para assegurar o integral ressarcimento dos danos, visando evitar que dilapidem seus patrimônios e propositadamente se reduzam à insolvência para se furtarem às suas responsabilidades.

VII – DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** requer seja julgada totalmente **PROCEDENTE** a presente Ação Civil Pública, pugnando-se:

⁵ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*, 2ª edição, Editora Saraiva, pág. 396.



a) Seja decretada a indisponibilidade dos bens dos réus, nos termos da fundamentação delineada no item anterior da presente peça exordial;

b) pela notificação dos requeridos para, querendo, oferecerem manifestações por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 17, § 7º, da Lei 8.429/92;

c) seja recebida a presente petição inicial, determinando-se a citação dos requeridos para, se assim desejarem, oferecerem as suas contestações;

d) a condenação pela prática de atos de improbidade administrativa, que causam lesão ao Erário e que atentam contra os princípios da Administração Pública, nos termos dos artigos 10, incisos V, VIII e XII e 11, *caput*; aplicando-se todas as sanções do artigo 12, incisos II e III, da referida Lei de Improbidade Administrativa, quais sejam:

- 1.** ressarcimento integral dos danos;
- 2.** perda da função pública eventualmente exercida;
- 3.** suspensão dos direitos políticos por 08 (oito) anos;
- 4.** pagamento de multa civil no importe de 02 (duas) vezes o valor dos danos perpetrados ou de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público quando do exercício de seu cargo;
- 5.** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

e) a citação do Município de Ouroeste/SP, para os fins do art. 17, § 3º, da Lei 8.429/92;



f) pela produção de todas as provas admitidas em direito, especialmente a oitiva de testemunhas (cujo rol será oportunamente apresentado), depoimento pessoal dos réus, juntada de documentos e expedição de ofícios;

g) a citação da União Federal, por meio da Advocacia-Geral da União em São José do Rio Preto, para, querendo, integrar o presente feito;

h) a intimação pessoal deste signatário de todos os atos processuais, na forma do artigo 236, § 2º, do Código de Processo Civil, e do artigo 18, alínea *h*, da Lei Complementar 75/93, na sede da Procuradoria da República no Município de Jales/SP, situada, atualmente, na Rua Quinze, nº 2236, Centro;

i) pela condenação dos requeridos no pagamento de todas as despesas processuais.

VIII – DO VALOR DA CAUSA

Atribui-se à causa o valor de R\$ 345.000,00 (trezentos e quarenta e cinco mil reais) para efeitos fiscais.

Jales-SP, 06 de fevereiro de 2012.

THIAGO LACERDA NOBRE
Procurador da República