



Número: **8035444-45.2020.8.05.0000**

Classe: **AÇÃO RESCISÓRIA**

Órgão julgador colegiado: **Seção Cível de Direito Público**

Órgão julgador: **Des. Maurício Kertzman Szporer**

Última distribuição : **15/04/2021**

Valor da causa: **R\$ 304.210,00**

Processo referência: **0011779-73.2007.8.05.0039**

Assuntos: **Competência**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
LUIZ CARLOS CAETANO (AUTOR)		CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA (ADVOGADO)	
MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA (REU)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
15396 235	14/05/2021 15:21	Acórdão	Acórdão



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Seção Cível de Direito Público

Processo: AÇÃO RESCISÓRIA n. 8035444-45.2020.8.05.0000

Órgão Julgador: Seção Cível de Direito Público

AUTOR: LUIZ CARLOS CAETANO

Advogado(s): CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA

REU: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

ACORDÃO

AÇÃO RESCISÓRIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - CONDUTA ENQUADRADA COMO FRUSTRAÇÃO DE PROCESSO LICITATÓRIO PARA CELEBRAÇÃO DE PARCERIA COM ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À DICÇÃO LEGAL DOS ARTS. 396 E 517 DO CPC/73 - JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS QUE DIZEM RESPEITO A FATOS OCORRIDOS ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO E QUE SE ENCONTRAVAM À DISPOSIÇÃO DO AUTOR - INOCORRÊNCIA - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À DICÇÃO LEGAL DOS ARTS. 24, XIII E 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.666/93 - ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE FIRMOU-SE EM CRITÉRIOS NÃO ESTABELECIDOS EM LEI - AMPLITUDE DE ESCOPO, TEMPORALIDADE MÍNIMA E TERRITORIALIDADE RESTRITA QUE NÃO SÃO EXIGÊNCIAS LEGISLATIVAS - VIOLAÇÃO MANIFESTA A NORMA JURÍDICA - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À DICÇÃO LEGAL DOS ARTS. 10, VIII E 12, II, DA LEI 8.429/92 E ART. 333, I DO CPC/73 - AUSÊNCIA DE PROVA DA LESÃO AO ERÁRIO, PERDA PATRIMONIAL, DESVIO, APROPRIAÇÃO, MALBARATAMENTO OU DILAPIDAÇÃO DOS BENS OU HAVERES - ATO IMPROBO NÃO DEMONSTRADO - VIOLAÇÃO



MANIFESTA A NORMA JURÍDICA - AGRAVO INTERNO PREJUDICADO - AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

1. A juntada de documentos novos na fase recursal condiciona-se à constatação da existência de prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para os contrapor aos que se produziram nos autos. Os documentos cuja juntada fora pretendida pelo autor, são anteriores à propositura da ação de improbidade administrativa e já se encontravam à sua disposição, razão pela qual deveriam ter sido juntados com a contestação, em conformidade com o art. 396, do CPC/1973, vigente à época. Inocorrência de violação a norma jurídica.

2. Ao estabelecer premissas relacionadas a amplitude de escopo (inquestionável reputação ético-profissional), a temporalidade mínima (modificação do objeto social antes da contratação) e a territorialidade restrita (ausência de estabelecimento nos limites territoriais do Município), o acórdão rescindendo promoveu verdadeira violação à dicção legal e erro de fato na análise dos arts. 24, XIII e 26, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/93, posto que estabeleceu critérios inexistentes na lei; ao passo em que desconsiderou que as provas produzidas durante o Inquérito Civil inaugurado pelo réu, dão de que a empresa contratada é instituição brasileira de inquestionável reputação ético-profissional, sem fins lucrativos, cujo contrato firmado tinha por objeto projeto específico, preciso, com prazo determinado e do qual resultou um produto definido (interrompido por decisão judicial), atendendo ao interesse público, eis que regularmente forneceu fardamento para Secretaria de Educação do Município, produzido através de mão de obra local (costureiras locais).

3. O ato ímprobo, mais do que ilegal, é um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com a Administração e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave evidenciadora de má-fé para que se possa configurar. Assim, a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Ocorrendo a efetiva descaracterização dos elementos subjetivos e objetivos indispensáveis à tipificação e à punibilidade de atos de improbidade, devem ser julgados improcedentes os pedidos deduzidos na inicial; por manifesta violação a norma jurídica constante do art. 10, VIII da Lei 8.429/92.

4. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade fazem parte de qualquer estrutura básica de um sistema jurídico punitivo, porque eles tornam possível a individualização da sanção aplicada. Essa sistemática consta



expressamente do parágrafo único do art. 12 da LIA, o qual determina que seja observada uma adequação na aplicação das penas de acordo com as diretrizes constitucionais. Nesse contexto, o agente condenado por ato de improbidade não necessariamente será condenado, de forma cumulativa, a todas as sanções. Seja qual for a imputação, é indispensável que o julgador, sob pena de nulidade, fundamente cada uma das penas, tendo em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao confirmar a sentença primeva e em sentido contrário do quanto previsto na norma, o acórdão paradigma manteve as penas de ressarcimento ao erário, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 anos e proibição de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, no prazo de 05 anos; de forma cumulativa, sem qualquer análise de eventual gravidade da conduta e ou correlação/aplicação direta de tais penas ao suposto dano; o que viola manifestamente a norma jurídica insculpida no parágrafo único do art. 12, da Lei 8.429/92.

5. Julga-se prejudicado o agravo interno, ante o enfrentamento de mérito da ação rescisória.

6. Ação rescisória julgada procedente, acórdão rescindindo para julgar improcedentes os pedidos formulados na ACP tombada sob o nº 0011779-73.2007.8.05.0039.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. **8035444-45.2020.8.05.0000**, em que figuram como apelante LUIZ CARLOS CAETANO e como apelada MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os magistrados integrantes da Seção Cível de Direito Público do Estado da Bahia, **em JULGAR PROCEDENTE a Ação Rescisória**, nos termos do voto do relator.

Salvador, .



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO



DECISÃO PROCLAMADA

Procedente Por Unanimidade

Salvador, 13 de Maio de 2021.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Seção Cível de Direito Público

Processo: AÇÃO RESCISÓRIA n. 8035444-45.2020.8.05.0000

Órgão Julgador: Seção Cível de Direito Público

AUTOR: LUIZ CARLOS CAETANO

Advogado(s): CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA

REU: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

MK1

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Ação Rescisória ajuizada por Luiz Carlos Caetano, em desfavor do Ministério Público do Estado da Bahia, objetivando a desconstituição do acórdão proferido nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa tombada sob o nº 0011779-73.2007.8.05.0039.

Sustenta o autor que o Ministério Público do Estado da Bahia propôs a ação civil reparatória contra o Autor e a Fundação Humanidade Amiga, tendo como objeto a legalidade de convênio firmado entre a Prefeitura de Camaçari e a entidade para implementação do “Projeto Mochila Amiga”.

Narra que a imputação de improbidade referiu à violação do art. 24, XIII, da Lei nº 8.666/93, uma vez que o Autor, na qualidade de Prefeito do Município de Camaçari/BA, teria dispensado licitação indevidamente para contratar diretamente a litisconsorte passiva para a confecção de camisas e mochilas destinadas aos alunos das escolas públicas de Camaçari.

Discorre que a sentença julgou procedentes os pedidos, destacando que as apelações interpostas foram improvidas, em que pese instruídas com documentos comprobatórios da efetiva execução do contrato e da sua cessação, tendo o Tribunal de Justiça da Bahia considerado que: (i) a dispensa de licitação teria sido irregular, porque a contratada não teria “inquestionável reputação ético-profissional”; (ii) a contratação teria acarretado dano ao erário, porque, enquanto executada e malgrado entregues as camisas e as mochilas, a contratada teria recebido R\$304.210,00 (trezentos e quatro mil duzentos e dez reais), assim



como não teria o Autor comprovado a ausência de dano; e (iii) não seria lícito ao Requerente apresentar, com as apelações, quaisquer documentos de comprovação sobre a execução do objeto contratado.

Alega que o julgamento colegiado reconheceu a contratação como ato de improbidade que ensejou lesão ao erário, nos moldes do art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, sendo aplicado ao Autor, sem qualquer dosimetria, a obrigação de ressarcir o dano no valor de R\$304.210,00 (trezentos e quatro mil duzentos e dez reais); a suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 (cinco) anos; o pagamento individual de multa civil equivalente ao alegado dano e a proibição de contratar com o Poder Público e de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Refere que os embargos de declaração opostos foram rejeitados e que os recursos extraordinários interpostos não foram admitidos, operando-se o trânsito em julgado do acórdão rescindendo.

Alude à violação à disposição literal dos arts. 396, 397 e 517 do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 434 e 1.014 do CPC/2015), em razão da vedação do direito do acusado de fazer prova da inexistência de prejuízo ao erário, o que implicaria a improcedência dos pedidos formulados na ação de improbidade administrativa.

Defende que a Corte de Justiça desconsiderou a autorização da norma processual para a juntada de documentos com a apelação, consignando ser firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar válida a apresentação de novas provas em sede de recurso de apelo.

Advoga que o acórdão rescindendo incorreu em erro de fato, com afronta ao inciso XIII do art. 24 e parágrafo único do art. 26 da Lei nº 8.666/93, ao considerar ilegal a dispensa de licitação para a contratação direta da fundação, pontuando que o julgado criou requisitos não previstos na norma, a saber, temporalidade mínima, territorialidade restrita para a constituição do ente e amplitude de escopo, defendendo que, ao contrário, o projeto teve o intuito de dar suporte às costureiras locais.

Aduz, outrossim, que o acórdão infringiu o art. 10, inciso VIII, e art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, detalhando que a legislação não dispensa, para a tipificação do ato de improbidade, a comprovação do dolo do agente público em sua atuação ou a comprovação efetiva de dano ao patrimônio público.

Sustenta, ainda, que o julgado encerra manifesta violação ao art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que, na espécie, a prova do dolo e do dano ao erário incumbiriam ao Ministério Público do Estado da Bahia.

Consigna que não qualifica a conduta do gestor como de efetiva improbidade a acusação baseada em ilações ou permeada de subjetividade, alegando ser descabida a suposição de dolo genérico do administrador, tendo o ato supostamente irregular respaldo na norma.

O Autor também alega violação ao caput do art. 12 da Lei nº 8.429/92, defendendo o acolhimento do pedido rescisório, para afastar as graves sanções cominadas sem motivação e sem correlação com a lide.

Pontua que a obrigação de ressarcir ao erário, o arbitramento de multa civil, a proibição de contratar e a suspensão de direitos políticos devem respeito à necessária dosimetria, não podendo ser cumulativamente arbitradas.



Pugnou pela concessão de tutela provisória, para sustar os efeitos da condenação prolatada sem fundamentação fática e respaldo normativo (ou ao menos o capítulo que versa sobre os direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público), destacando que o erro de fato quanto à existência de ato de improbidade ensejou, injustificadamente, o afastamento do Autor da vida política pelo longo período de cinco anos ao arrepio da lei; refere, ademais, à mácula na vida pública e ao comprometimento substancial da capacidade de sustento próprio do Acionante e da sua família.

Requeru, ao final, que seja a ação rescisória julgada procedente, para desconstituir o acórdão com a promoção de novo julgamento da ação de improbidade administrativa, reconhecendo a improcedência dos pedidos, ou afastando a suspensão dos direitos políticos do Autor e o impedimento de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios/incentivos fiscais/creditícios.

Ao ID nº 11980690, o Autor informou que o feito teria sido distribuído à Relatoria do ilustre Desembargador José Cícero Landin Neto, que se encontraria no gozo de licença ou férias por menos de 30 dias, razão pela qual pugnou pela remessa dos autos ao Julgador por sucessão na ordem decrescente de antiguidade.

Pela certidão de ID nº 11984372, anotou-se a redistribuição do feito mediante livre sorteio, considerando o impedimento dos Julgadores da apelação rescindenda (incluindo do Desembargador José Cícero Landin Neto), na forma do caput do art. 161 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Mais adiante, a ilustre Desembargadora Ilona Márcia Reis declarou sua suspeição por motivo de foro íntimo, conforme decisão de ID nº 12024092.

Promovido novo sorteio, os autos foram distribuídos à d. Desembargadora Telma Laura Silva Britto que, pela decisão de ID nº 12241920, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Contra esta decisão fora interposto agravo interno.

O Ministério Público do Estado da Bahia, pela petição de ID nº 12402459, rechaçou as razões iniciais e pugnou pela improcedência da demanda, sob o fundamento de que inexistiu a alegada violação à norma jurídica, na medida em que, a despeito dos documentos juntados não serem novos, estes não foram oportunamente colacionados pelo autor em razão da sua própria inércia. Prossegue defendendo a inexistência de decisão fundada em erro de fato, sob o fundamento de que a pretensão veiculada nesta ação é de mera rediscussão de matéria exaustivamente comprovada e julgada. Pugnou pela improcedência.

Ao ID nº 12757598, fora proferido despacho determinando ao autor a apresentação de réplica; providência satisfeita ao ID nº 13478015.

Seguindo, ao ID nº 11984414, fora facultada a apresentação das provas que pretendiam produzir; sobrevindo petição do autor ao ID nº 13839037; e silêncio do réu.

Retornando os autos à conclusão, a d. Desembargadora Telma Laura Silva Britto proferiu decisão ao ID nº 14357671, declarando sua suspeição superveniente.

Por último, os autos vieram-me conclusos e, tendo elaborado o presente relatório, solicitei a inclusão do feito em pauta de julgamento; merecendo anotar que o feito comporta sustentação oral, nos termos do inc. VI do art. 937 do NCPC.

Salvador/BA, 22 de abril de 2021.



Des. Maurício Kertzman Szporer

Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Seção Cível de Direito Público

Processo: AÇÃO RESCISÓRIA n. 8035444-45.2020.8.05.0000

Órgão Julgador: Seção Cível de Direito Público

AUTOR: LUIZ CARLOS CAETANO

Advogado(s): CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA

REU: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

VOTO

1. Do agravo interno.

Inicialmente, declaro prejudicado o julgamento do agravo interno interposto, em razão do enfrentamento de mérito da ação rescisória; atendendo ao quanto lecionado pelos princípios da economia e celeridade processuais, bem como o da razoável duração do processo, insculpido no art. 4º do NCPC.

2. Do mérito.

Dispõe o art. 966 do NCPC que, a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

Art. 966: *omissis*

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;



VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Na presente hipótese, o autor postula a rescisão da decisão de mérito aduzindo, em síntese, a ocorrência de: i) violação à dicção legal, por inobservância aos arts. 396 e 517 do CPC/73 (atuais arts. 434 e 1.015 do NCPC); ii) violação à dicção legal e erro de fato na análise dos arts. 24, XIII e 26, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/93; iii) violação à dicção legal e erro de fato na análise dos arts. 10, VIII e 12, II da Lei 8.429/92 e art. 333, I do CPC/73.

2.1 Da violação à dicção legal, por inobservância aos arts. 396 e 517 do CPC/73 (atuais arts. 434 e 1.015 do NCPC).

No que concerne à hipótese aqui capitulada, defende o autor que, em primeiro lugar, a violação à disposição literal dos arts. 396, 397 e 517 do CPC/73, impossibilitou-lhe de fazer prova da sua inocência e da inexistência de dano ao erário no caso – que implicaria na improcedência dos pedidos formulados na ação de improbidade.

Isso porque, defende, o art. 396 do CPC/73 prevê que apenas os documentos indispensáveis ou essenciais devem ser apresentados com a defesa. Já a dicção do art. 397, do mesmo diploma, dispõe que é lícita a juntada de documentos novos, a qualquer tempo, que façam contraponto aos fatos que tenham sido estabelecidos nos autos, devendo o Juízo apenas salvaguardar o contraditório da parte contrária. A interpretação conjugada dos dois dispositivos, conclui, assegura a possibilidade de exibir documentos em juízo, sempre que o contraditório seja garantido (CPC/73, art. 398; CPC/2015, art. 437, § 1º), e que tais documentos se destinem a ratificar a situação jurídica vinculada à defesa da parte interessada.

Com efeito, dispõem as normas citadas:

Art. 396: Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

Art. 397: É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapor-lhes os que foram produzidos nos autos.

Art. 398: Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

A interpretação dos artigos supra destacados (seja literal ou sistemática), conduz à inequívoca conclusão de que a juntada de documentos novos na fase recursal, condiciona-se à constatação da existência de prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para os contrapor aos que se produziram nos autos.

É dizer, em linhas mais objetivas, que o momento processual oportuno para apresentação das provas tendentes a demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II do CPC/73, atual art. 737, II do NCPC), sobretudo em prestígio ao princípio da concentração (ou da eventualidade), é quando do oferecimento da defesa; somente admitindo-se a juntada a qualquer tempo quando se tratar de **documentos novos** (leia-se, prova nova) surgidos após a articulação dos fatos (imputação da conduta) ou para contrapor àqueles outros documentos produzidos.



A jurisprudência pátria é pacífica neste sentido. Cito, a exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REVELIA. CONDENAÇÃO ALICERÇADA EM ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. JUNTADA DE DOCUMENTOS NA ESFERA RECURSAL A TÍTULO DE CONTRAPROVA. SUBVERSÃO DA ORDEM PROCESSUAL. IRREGULARIDADES ATESTADAS PELO TCM-GO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Após injustificável inércia da ré/apelante tanto na esfera administrativa (TCM-GO) quanto no primeiro grau de jurisdição, em que foi decretada a sua revelia, pretende travar nessa esfera recursal debate próprio daquelas instâncias, mediante a apreciação de documentos que lá deveriam ter sido exibidos, os quais, a seu ver, refutam as conclusões do referido órgão técnico. Essa pretensão transcende o contraditório e a ampla defesa, na medida em que implicaria em subversão da ordem processual catalogada na lei processual vigente. 2. Constatado que a sentença foi proferida com base em prova robusta, qual seja, veredicto proferido pelo Tribunal de Contas dos Municípios (Acórdão nº 13345/12) exarado na Tomada de Contas Especial deflagrada em razão da omissão da ré ao dever de prestar contas mensais ao TCM-GO, em que foram atestadas inúmeras irregularidades/infrações, apresenta-se incensurável a condenação imposta. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA, MAS DESPROVIDA. (TJ/GO, APC nº 0506512-48.2017.8.09.0028, Rel. Des. ALAN SEBASTIÃO DE SENA CONCEIÇÃO, 5ª Câmara Cível, DJe 29/01/2021)

APELAÇÃO CÍVEL - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PRELIMINARES - JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS - SENTENÇA CITRA PETITA - INAPLICABILIDADE DA LEI 8.429/92 AO PREFEITO MUNICIPAL - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - FRAUDE À LICITAÇÃO - LESÃO AO ERÁRIO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ELEMENTO SUBJETIVO CARACTERIZADO. 1- A juntada de documentos novos na fase recursal condiciona-se à constatação da existência de prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para os contrapor aos que se produziram nos autos. 2- A sentença que não demarca o prazo alusivo à sanção de suspensão dos direitos políticos do agente público padece de vício citra petita, viabilizando, quando presentes as condições, a aplicação do art. 1.013, § 3º, III, do CPC. 3- Os prefeitos municipais estão sujeitos às sanções tipificadas na Lei 8.429/92. Precedentes. 4- Inexiste litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados ou participantes do ato. 5- A configuração da improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo, qual seja, o dolo nas condutas tipificadas nos art. 9º e 11 ou, ao menos, culpa, quanto às condutas do art. 10, todos da Lei n. 8.429/92. Precedente. 6- A dosimetria das sanções impostas pela Lei de Improbidade Administrativa deve considerar a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, podendo o julgador, ainda, socorrer-se dos elementos de valoração previstos no art. 59 do Código Penal. (TJ/MG, APC nº 10686150161830001, Rel. Des. CARLOS HENRIQUE PERPÉTUO BRAGA, DJe 25/09/2020)

Repise-se, pois, que a juntada de documento em fase recursal é possível, desde que se trate de documento novo, ou que, embora preexistente, se tornou conhecido ou acessível somente após a prolação da sentença, exigindo-se, no último caso, a comprovação do motivo que impediu a parte de apresentá-lo anteriormente, nos termos da norma inserta no art. 435 do NCPC.

Insiste-se, que incumbiria ao autor a comprovação da impossibilidade de produção e juntada anterior dos documentos, o que não se verificou. Isso porque, os documentos carreados quando do processamento da apelação, dizem respeito a fatos ocorridos antes da apresentação da contestação; de modo que não há como prosperar a tese autoral, neste particular, de ofensa à dicção legal dos dispositivos elencados.

Este entendimento restou assentado no acórdão rescindendo no seguintes termos:

Também não há falar em omissão a respeito da petição de fls. 828/838 e dos documentos que a acompanham (fls. 839/963), tendo em vista que só foram protocolizados em 22 de setembro de



2016, ou seja, mais de três meses após o retorno dos autos à segunda instância, quando o relatório já havia sido lançado (fls. 823/824) e o feito se encontrava em pauta para julgamento, pelo que se conclui, sem a menor dúvida, que já estavam preclusas as questões suscitadas, sendo absolutamente inviável a juntada de documentos probatórios (inclusive porque não houve impugnação tempestiva à decisão de fls. 820/821), sob pena de subversão do procedimento e violação aos princípios do devido processo legal e do contraditório (art. 5º, LV e LIV, da CF/88), em detrimento da parte adversa, o Ministério Público.

Impende destacar, ainda, que os documentos em questão (fls. 839/963) são anteriores à propositura da ação de improbidade administrativa e já se encontravam à disposição do réu, ora embargante, naquela data, razão pela qual deveriam ter sido juntados aos autos com a contestação, em conformidade com o art. 396, do CPC/1973, vigente à época; no entanto, só foram acostados após a prolação da sentença condenatória, junto à apelação, motivo pelo qual agiu com total acerto o Juízo a quo, ao determinar o seu desentranhamento, em face da evidente preclusão da produção de provas (fl. 678), sendo inviável falar em ofensa ao art. 93, IX, da CF/88.

Todavia, ponto importante há de ser ressaltado neste tópico que, mais adiante, afetará o entendimento conclusivo a ser adotado.

É que o autor pretende, com a presente alegação, demonstrar a sua inocência e a inexistência de dano ao erário no caso – que implicaria na improcedência dos pedidos formulados na ação de improbidade.

Analisando os documentos que se pretendeu apreciação na instância *ad quem*, verifica-se que estes demonstrariam - como de fato, demonstraram - que o serviço contratado fora efetivamente prestado, uma vez que os materiais pretendidos pela Administração Pública foram entregues pela pessoa jurídica contratada.

A prova deste fato encontra-se, desde a instauração do Inquérito Civil - que embasou a propositura da ACP -, demonstrada. A saber.

Consta do Termo de Declarações de fl. 45, do ID nº 11946048, que ao prestar informações perante a 5ª Promotoria de Justiça, a Sra. Rita de Cássia Papaiz, Presidente da FHUNAMI, confessou que:

[...] que chegaram a ser confeccionadas cerca de 2000 (duas mil) mochilas e 25.000 (vinte e cinco mil) camisas; que o total do montante recebido pela FHUNAMI foi empregado na confecção do referido, material e pagamento das costureiras, da seguinte formar: cada mochila confeccionada era paga a quantia bruta aproximada de R\$ 3,14 (três reais e quatorze centavos), sendo que após retirada do percentuais do imposto devido, o valor ficava em torno de R\$ 2,70 (dois reais e setenta centavos), sendo que as camisas eram pagas à ordem de R\$ 1,12 (um real e doze centavos) brutos, ficando por R\$ 0,96 (noventa e seis centavos) aproximadamente (cada unidade);

Já no Termo de Declarações de fl. 136, do ID nº 11946048, o Sr. Luiz Valter de Lima, então Secretário Municipal de Educação, informou à 5ª Promotoria de Justiça que:

[...] que houve efetivamente um único repasse de numerário para a FHUNAMI no valor de R\$ 304.210,00 (trezentos e quatro mil e duzentos e dez reais) por parte da Prefeitura Municipal de Camaçari via Secretaria de Educação, mediante a contra prestação da entrega dos produtos no almoxarifado da SEDUC - Secretaria de Educação; (...) que foi atendido cerca de 25%(vinte e cinco por cento) do volume total da demanda contratual, sobretudo, das escolas da orla;



Mais adiante, aportou aos autos daquele Inquérito Civil (fl. 159, do ID nº 11946048), Balancete Patrimonial da FHUMANI, de onde se extrai o recebimento da quantia paga pela municipalidade, bem como a movimentação financeira a título de estoque de mercadoria, ICMS recolhido, além de gastos diversos, como por exemplo, aquisição de materiais, serviços de costura, fretes, carretos, outros impostos, serviços de terceiros e pagamento de pessoal, o que comprova a efetiva atividade prestada pela fundação.

Avançando na análise das provas produzidas durante o inquérito instaurado pelo réu - cujo autor pretendeu reproduzir em sede de apelo, para provar a ausência de lesão ao erário -, exsurtem daquele caderno processual:

- Notas Fiscais emitidas pela Secretaria da Fazenda do Município de Camaçari, que comprovam a prestação dos seguintes serviços: serigrafia, corte e costura (com diversas identificações do objeto "corte e costura do projeto mochila amiga"), dobragem de fardamento (fls. 166/172, do ID nº 11946048; fls. 01/40, 46/52, 55/64 do ID nº 11946052);

- Nota de Liquidação, atinente ao pagamento de Nota Fiscal pela prestação do serviço de confecção de camisas com manga e mochilas infantil e juvenil, destinadas ao fardamento escolar do corpo discente do ensino fundamental da rede pública municipal (fl. 133 do ID nº 11946052);

- Nota Fiscal emitida pela FHUMANI, pela entrega de 10.350 mochilas em nylon 600, impressas com logomarca; 30.500 camisas em malha, impressas com logomarca frente e costa (fl. 134 do ID nº 11946052);

- Comprovante de Transmissão nº 1197978 emitido pela Secretaria da Fazenda do Governo do Estado da Bahia, que atesta a venda para o setor público, no montante constante das notas fiscais retro destacadas.

Já durante a instrução processual da ACP paradigma, foram ouvidas testemunhas em juízo, que assim declararam (fls. 178, 180 e 190 do ID nº 11946056):

Luiz Carlos Caetano (autor) (...) que havia necessidade de aquisição de fardamentos e mochilas para os alunos da rede municipal de ensino, **em torno de quarenta mil alunos**, e desta forma, a intenção da administração era a aquisição do material com a utilização da mão de obra local. (...) **Que o valor pago efetivamente teve o fornecimento dos produtos adquiridos, uniformes e mochilas**, porém não se recorda a respeito de números, haja vista que tratava-se de matéria da Secretaria de Educação do Município. (...) **Conforme auditoria interna os materiais efetivamente foram entregues para os alunos da rede pública.**

Rita de Cássia Pacheco Papaiz (então representante legal da FHUMANI) (...) Que foram contratadas pela fundação cerca de cento e trinta costureiras, que trabalharam em suas próprias residências. Que a referido trabalho, durou aproximadamente dois meses, julho e agosto de 2007, e a seguir, fora suspenso em razão de ordem judicial. **Que foram confeccionadas vinte e nove mil camisetas e dez mil mochilas. Que à totalidade do material confeccionado foi encaminhado para as escolas para doação aos alunos da rede pública. Esclarece que em razão da ordem judicial, foram confeccionados cerca de duas mil mochilas, e vinte e cinco mil camisetas** (...) Que nos preços eram seis e vinte a camiseta, e nove reais e trinta a mochila, porém a mão de obra, que no mercado era de vinte centavos a camiseta, a fundação pagava noventa centavos e a mochila não recorda, porém a mão de obra era pago a maior pois a fundação tinha finalidade social. (...) **Que o material pago e confeccionado fora devidamente entregue ao Município.**



Luiz Valter de Lima (então Secretário Municipal de Educação) (...) Que na época dos fatos havia **cerca de quarenta e cinco mil alunos na rede municipal** e a política era universalizada no sentido de que todos os alunos recebessem o mesmo material escolar. Que também a camiseta identificava a unidade escolar do aluno. (...) Que o declarante observou de que tratava-se de material de boa qualidade. Que não se recorda dos preços, porém, as cotações dos materiais encontrava-se dentro do preço de mercado (...) **Que o material efetivamente adquirido foi entregue em diversas unidades de ensino.**

Vê-se, portanto, que há um erro no julgamento realizado em desfavor do autor, ao considerar inexistente (fato) a prestação dos serviços quando, em verdade, as provas produzidas nos autos dão conta - justamente - do contrário; merecendo correção por esta via rescisória.

2.2 Da violação à dicção legal e erro de fato na análise dos arts. 24, XIII e 26, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/93.

Quanto a esta segunda hipótese, sustenta o autor que a sentença proferida no feito – e confirmada pelo acórdão rescindendo -, indicou que o contrato, com dispensa de licitação, para a confecção de fardamentos e mochilas escolares para crianças usuárias do sistema público de ensino do Município, na execução do Projeto Mochila Amiga, teria sido irregular, com base em critérios não previstos na Lei.

Defende que, sem nenhuma razão, a decisão rescindenda consignou que a entidade contratada teria sido registrada em outra cidade e não teria outros projetos de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, tendo o ex-gestor desconsiderado a hipótese – sequer demonstrada, no plano fático, pelo Ministério Público ou pelos julgados de condenação – de que *“haveria diversas empresas interessadas na contratação com a municipalidade, pois fardamentos e mochilas escolares são materiais comuns, que não necessitam de qualquer aptidão para sua confecção”*.

Continua, alegando que o acórdão rescindendo concluiu - à base de simples ilações - que a entidade não teria reputação ético-profissional, simplesmente porque foi constituída em Município diverso ao do contratante; que essa entidade seria obscura, porque *“sem patrimônio ou atividades concretas”*, tendo encerrado suas atividades depois de ver frustrada a contratação; e que o objetivo do contrato, vinculado ao fim de *“utilizar mão-de-obra local, atendendo à reivindicação das costureiras profissionais do Município”*, não autorizaria a contratação direta.

Conclui, com esse narrativa e considerando que a Lei de Licitações não prevê os requisitos da territorialidade ou da amplitude de escopo como condicionantes para a contratação direta de entidade em dispensa de licitação, que a decisão rescindenda tomou por existente fato inexistente, baseando-se, além disso, em critérios não previstos no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93, com o objeto único de forçar a configuração de um ato de improbidade que não ocorreu.

Sobre a alegada violação, merece transcrição o acórdão de referência:

Em virtude do extenso trabalho investigativo do Ministério Público, é possível afirmar que a Fundação Humanidade Amiga - Fhunami, definitivamente, não apresentava "inquestionável reputação ético-profissional"; pelo contrário, tratava-se de uma pessoa jurídica obscura, sem patrimônio ou atividades concretas, constituída no Município de Araci, ou seja, em localidade diversa do Município de Camaçari.



Até poucos meses antes da contratação, a Fhunami tinha a denominação de "Grupo Cultural Kit Dance" e objetivos relacionados à promoção da arte dança e espetáculos de expressão (fls. 132/140), ou seja, não se encontrava "incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional". Além disso, podia ser considerada inativa, já que não desempenhava qualquer atividade.

[...]

Além do contrato com o Município de Camaçari, a Fhunami celebrou apenas um negócio jurídico, a saber, um convênio com o Ministério da Educação, destinado à alfabetização, cujas circunstâncias o tornam no mínimo suspeito: embora o projeto não tenha sido executado pela Fundação, esta recebeu o valor de R\$ 130.000,00, repassando-o posteriormente a uma ONG, para que esta se cumprisse a obrigação contratual que aquela assumiu.

[...]

Não há dúvidas, portanto, de que a Fhunami não preenchia os requisitos para ser contratada por dispensa de licitação, na forma do art. 24, VIII, da Lei nº. 8.666/93.

Ademais, em razão da natureza do objeto contratado (confecção de camisas e mochilas) e da multiplicidade de empresas sediadas no Município de Camaçari, o maior polo industrial do Estado da Bahia, verifica-se que a licitação não era só possível, como também desejável, de modo a alcançar a proposta mais vantajosa para o ente público.

[...]

Desnecessário esclarecer que o fomento à mão-de-obra local não justifica a frustração do procedimento licitatório, mediante contratação direta fora das hipóteses legais, sob pena de legitimar-se o arbítrio do gestor, como se os fins justificassem os meios.

Três, portanto, foram as premissas estabelecidas no julgado rescindendo. A saber: a) A ausência de inquestionável reputação ético-profissional - o que o autor denominou de amplitude de escopo; b) A modificação anterior à contratação do objeto social e ausência de outros contratos - o que o autor denominou de temporalidade mínima; c) A ausência de estabelecimento da contratada nos limites territoriais da municipalidade - o que o autor denominou de territorialidade restrita.

É incontroverso nos autos que a contratação objurgada ocorreu nos termos do permissivo legal insculpido no inc. XIII do art. 24 da Lei 8.666/93 - que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública -, bem como no procedimento disposto no art. 26 seguinte, que assim dispõem:

Art. 24: É dispensável a licitação:

[...]

XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Art. 26: *omissis*

Parágrafo único: O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:



I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Adentrando ao estudo da norma, verifica-se que a intenção aposta nesta pelo legislador, é de estimular, em cumprimento aos mandamentos constitucionais, as ações voltadas para o ensino, a pesquisa e o desenvolvimento institucional; estabelecendo uma "*desigualdade jurídica no universo dos licitantes, visando, sobretudo, resguardar outros valores, também tutelados pelo Direito*" (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação Direta sem Licitação*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006).

Para a consecução deste fim, os requisitos e pressupostos estabelecidos pelo legislador - segundo estudo elaborado por Vittorio Constantino Provenza, *in Contratação Direta de Organismos não governamentais. Da utilização da classificação das categorias de despesa orçamentária como critério para a verificação da possibilidade de dispensa de licitação com base no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93*. Ofício PRS/SSE 19833/2007. Rio de Janeiro: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, 2007. - foram assim definidos:

I - Dos requisitos relacionados à qualidade do sujeito: a) instituição; b) brasileira; c) de inquestionável reputação ético-profissional; d) sem fins lucrativos.

II - Dos requisitos relacionados com o objeto do contrato: a) nexos entre o objeto contratado e as disposições do inciso XIII (pesquisa, ensino ou desenvolvimento profissional); b) nexos entre o objeto do contrato e a finalidade institucional do ente com que a Administração pretende contratar; c) ter por objeto projeto específico, preciso, com prazo determinado e do qual resulte um produto definido; d) que contribua para a eficiência e que possa ser considerado de interesse do Estado.

O termo instituição, para Marçal Justen Filho, apresenta uma razoável carga de indeterminação e de complexidade na técnica jurídica, mas que apresenta um núcleo de significado bastante preciso:

A instituição corresponde a uma organização de recursos materiais e de esforços humanos que se autonomiza em face dos seus próprios fundadores, passando a gozar de um acentuado grau de independência. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.)

Carlos Motta conceitua: "*O vocábulo instituição é geralmente compreendido em um sentido amplo e abrangente, que pode conter todos os grupos sociais oficiais, como escolas, sindicatos, órgãos do governo e também empresas*". (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.)

Volvendo os olhos aos documentos produzidos na Inquérito Civil inaugurado pelo réu, verifica-se que a entidade contratada pela Administração Pública Municipal, fora constituída inicialmente nos seguintes termos:

Ao primeiro dia do mês de **janeiro de 1997** (...) nesta **cidade de Camaçari** (...) reuniram-se um grupo de pessoas interessadas em criar o Grupo Cultural Kit Dance, grupo de arte voltado a



promoção de atividades artísticas ao alcance de comunidades dos bairros e distritos da grande Camaçari (...) (fls. 142/143, do ID nº 11946048)

Art. 1º: O Grupo Cultural KIT DANCE, assim denominado é uma pessoa jurídica de direito **sem fins lucrativos** que se regerá por estes estatutos e pelas normas da lei pertinente aos grupo culturais.

Parágrafo único: Por fins não lucrativos entender-se-á que os eventuais resultados das suas atividades prestativas e sociais desenvolvidas serão aplicados nos seus próprios fins sendo vedado a distribuição de qualquer tipo de lucro ou dividendos, salva para cobrir despesas com cachês e figurinos de elenco e técnicos.

[...]

Art. 3º: O Grupo Cultural KIT DANCE, terá sua sede provisória e foro nesta cidade de Camaçari Estado da Bahia, a rua 2 quadra B lote 13, Vila Goiânia, bairro do gravata Camaçari Bahia.

Art. 4º: As finalidades do Grupo Cultural KIT DANCE serão as definidas por estes estatutos, e de acordo com o seguinte:

a) Criar mecanismos de **promoção e fomentação de arte** num geral e em especial a dança e espetáculos de expressão.

b) Criar e dar manutenção a espetáculos de oficinas de dança e expressão nos bairros e distritos desde que solicitado.

c) **Oferecer às comunidades técnicas de aprendizagens profissionais em todas as vertentes inclusive por profissionais remunerados.**

d) Criar através de comissões especiais projetos que visem e tenham poderes de aproximação social entre comunidades e técnicas de trabalho em grupo, como Cooperativas, fabriquetas, de utilitários e mesmo de produtos e de **serviços voltados a conscientização popular**, como Teatro etc.

e) Firmar parceria com organismos que busquem e tenham causas em comum, fazendo-se um intercâmbio permanente na busca da evolução plena. (fl. 147, do ID nº 11946048)

Mais adiante, fora promovida a alteração no estatuto social da instituição, que passou a ser identificada da seguinte forma (fls. 23/42, do ID nº 11946048):

Art. 1º: Fica aprovada as presentes alterações ao Estatuto Social do Grupo Cultural Kit Dance, passando a vigorar as seguintes alterações:

Parágrafo único: A FHUNAMI, FUNDAÇÃO HUMANIDADE AMIGA, doravante assim denominada, cuja logomarca será FHUNAMI, rege-se por este estatuto social, pelas disposições do Código Civil Brasileiro e pelas disposições legais complementares.

a) Sede e administração à RUA FRANCISCO DRUMOND 314, **CENTRO CAMAÇARI** - BAHIA - CEP 42.800-50;

[...]

c) **Área de ação, abrangendo todo o território nacional;**

[...]



Art. 2º: A FHUNAMI, FUNDAÇÃO HUMANIDADE AMIGA é uma pessoa jurídica de direito privado, **sem fins lucrativos**, e que se regerá pelos seus estatutos sociais pelas normas legais vigentes e deliberações da sua assembléia gerar:

Parágrafo 1º: A FHUNAMI, FUNDAÇÃO HUMANIDADE AMIGA tem como objetivo principal **a promoção das pessoas através da educação, qualificação e/ou aperfeiçoamento profissional envolvendo a sociedade em geral**, promovendo o estímulo, o desenvolvimento progressivo das condicionantes individuais e de suas atividades sociais; intelectuais e educacionais de caráter comum, gerando e promovendo renda, disseminando conhecimentos e aprimorando técnicas de promoção do homem.

Os fins buscados pela instituição (finalidade institucional em ato constitutivo e/ou desenvolvimento institucional), que permitem a sua contratação direta, estão referidos genericamente no dispositivo legal; e, a doutrina, nem sempre é clara em suas conceituações. É o que observa Jacoby Fernandes (2006, p. 483), ao citar que: "*[...] as três expressões são muito abrangentes, não identificando com precisão o objeto de pesquisa, do ensino e do desenvolvimento institucional, permitindo até inferências que só terão validade se contrastadas com o interesse público; [...]*".

O já citado e prestigiado Marçal Justen Filho (2005, p. 252), é categórico ao afirmar, sobre o tema, que: "*[...] deverá ser interpretado de modo amplo, o que não elimina uma delimitação segundo a concepção adotada e **prevalente no momento em que ocorrer a contratação**.*"

Vê-se, portanto, que cumprindo o quanto disposto no inc. XIII do art. 24 da Lei 8.666/93, a contratada - seja na sua primeira constituição, seja após a alteração -, é instituição brasileira, incumbida regimental ou estatutariamente do ensino (seja ensino da dança ou arte [técnicas de aprendizagem profissionais], seja para qualificação e/ou aperfeiçoamento profissional diverso), sem fins lucrativos e que, no momento da contratação - desmerecendo qualquer juízo de valor da constituição da atividade em seu ato constitutivo, posto que a lei não prevê/estabelece essa limitação, tampouco a doutrina faz essa distinção -, reunia todos os predicados para atender o interesse público, nomeadamente por:

[...] que a intenção da Administração era a aquisição do material com a utilização da mão de obra local [...] Entendeu que a contratação era legal, haja vista que tratava-se de preços dos produtos abaixo do mercado, conforme pesquisa de preço realizada e, portanto, não havia qualquer prejuízo para Administração Pública, ao contrário, entender que era uma contratação vantajosa para o Município [...] Que o fomento da mão de obra local das costureiras através de contratação local de mão de obra fora realizado, pois na época, Camaçari possuía um grande número de costureiras, que trabalhavam em grupo, em muitos casos, sem qualquer formalização [...] Que em data anterior a contratação o prefeito fora procurado por um grupo de costureiras do Município que solicitaram a possibilidade de confeccionarem os materiais escolares. (fls. 178/179 do ID nº 11946056)

[...] Que as referidas profissionais relatavam para declarante que não havia trabalho suficiente neste município. Que a declarante, por sua vez, desempenhava trabalho social nesta comarca. [...] Que a referida autoridade concluiu que apresentada a documentação prevista em lei, haveria possibilidade de execução do projeto comunitário com a contratação de mão de obra local, sendo que estes atos preparatórios duraram meses, até a sua conclusão [...] Que foram contratadas pela fundação cerca de cento e trinta costureiras, que trabalharam em suas próprias residências. Que a referido trabalho, durou aproximadamente dois meses, julho e agosto de 2007, e a seguir, fora suspenso em razão de ordem judicial. [...] Que as profissionais contratadas receberam os valores correspondentes a produção efetiva. Que a fundação não resultou com qualquer lucro referente a contratação pelo município. Que a fundação não tinha nenhuma finalidade lucrativa, portanto, todo o valor recebido fora efetivamente gasto. [...] Que em



decorrência da ordem judicial para suspensão da contratação realizada, houve uma frustração das profissionais contratadas, que não possibilitou a continuidade dos serviços para confecção com os materiais já adquiridos [...] Que não se recorda como ocorreu o primeiro contato do declarante com a fundação requerida nos autos, porém era uma política do então prefeito a contratação de pequenos empreendedores do município, e desta forma, presume que dentro deste conceito a fundação fora contratada [...] Que o declarante observou de que tratava-se de material de boa qualidade. Que não se recorda dos preços, porém, as cotações dos materiais encontrava-se dentro do preço de mercado.(fls. 180/182 do ID nº 11946056)

[...] Tomou conhecimento através de sua esposa de que o Prefeito Municipal havia se interessado pelo projeto apresentado para estimular a economia solidária [...] Que a fundação fora instituída para projetos de economia solidária. [...] Que prestaram serviços para a fundação neste período cerca de duzentas costureiras. (fls. 190/192 do ID nº 11946056)

Seguindo nos requisitos e pressupostos estabelecidos pelo legislador, verifica-se, quanto à "*inquestionável reputação ético-profissional*", que a exigência erigida pela norma deve possuir enfoque necessariamente relacionado ao contrato. Novamente inspirado nas lições de Marçal Justen Filho (2005, p. 253), o que deve ser inquestionável é a "*capacitação para o desempenho da atividade objetivada*". No mesmo sentido, a exigência de virtudes éticas deve ser relacionada com o perfeito cumprimento do contrato.

E, quanto a este particular, as provas detalhadas no ponto 2.1 do presente voto (depoimentos, notas fiscais, nota de liquidação, comprovante de transmissão e comunicação à Secretaria da Fazenda Estadual, termos de declaração, Balancete Patrimonial da FHUMANI, bem como a movimentação financeira a título de estoque de mercadoria, ICMS recolhido, além de gastos diversos, como por exemplo, aquisição de materiais, serviços de costura, fretes, carretos, outros impostos, serviços de terceiros e pagamento de pessoal), comprovam que a contratada possuía capacidade para o desempenho da atividade objetivada, tendo deixado de concluir com o contratado em razão de decisão judicial - como já destacado nos depoimentos retro transcritos.

Por último, no que concerne aos requisitos relacionados com o objeto do contrato, Marçal Justen Filho (2005, p. 308) defende que evolução sociocultural afastou o "*princípio da especialidade*" da personalidade jurídica das pessoas jurídicas, só fazendo sentido - tal exigência atualmente - quando regras específicas acerca do exercício de certa atividade ou quando a atuação fora do objeto social submeter-se a reprovação em virtude de outra regra específica. Transcrevo:

A fixação de um objeto social, contida no ato constitutivo da sociedade, não produz invalidade dos atos exorbitantes que vierem a sere praticados. O ato fora do objeto social é tão existente quanto aquele que se insira dentro dele. Não se verifica, de modo automático, a invalidade do ato em virtude de mera ausência de inserção do ato no objeto social. A inserção do objeto social destina-se, tão somente, a produzir efeitos de fiscalização da atividade dos administradores da sociedade.

O reverenciado autor conclui, portanto, que "*o problema social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato se relaciona com a qualificação técnica*".

Para a contratação com fundamento no art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, o objeto pretendido pela Administração Pública deve ter relação direta com o objeto social da instituição e, ainda, o objeto pretendido deve ser nas áreas de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional.



Sobre o assunto em comento, destaca-se Decisão nº 30/2000 do Tribunal de Contas da União - Plenário, que assim consignou:

Uma interpretação apressada da Lei poderia conduzir à ilação de que desenvolvimento institucional seria qualquer ato voltado para o aperfeiçoamento das instituições, para a melhoria do desempenho das organizações. Nesse sentido, contudo, a simples automatização de procedimentos, a aquisição de equipamentos mais eficientes, a reforma das instalações de uma unidade, a ampliação das opções de atendimento aos clientes, o treinamento de servidores, a reestruturação organizacional e um sem-número de outras ações que significassem um plus no relacionamento entre a Administração e a Sociedade poderiam ser entendidas como tal. Já foi registrado, no entanto, que uma interpretação larga da Lei nesse ponto, conduziria, necessariamente, à inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que os valores fundamentais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, expressamente salvaguardados pela Constituição, estariam sendo, por força de norma de hierarquia inferior, relegados. **Logo, desenvolvimento institucional não pode significar, simplesmente, ao menos no contexto do inciso XIII, melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas. Os autores citados, em que pese às variações de abrangência admitidas, associam a expressão a alguma forma de ação social que tenha sido constitucionalmente especificada como de interesse do Estado**

E nesse particular, diante de todas as provas retro transcritas, verifica-se que a contratada não só possui em seu estatuto a promoção e fomentação da arte, ensino de técnicas de aprendizagem, prestação de serviços voltados a conscientização popular - todos antes da alteração social -, além da promoção de pessoas através da educação, qualificação e/ou aperfeiçoamento profissional envolvendo a sociedade em geral; como prestou relevante serviço de interesse do Estado, ao privilegiar o trabalho de costureiras locais, que padeciam da falta de oferta de postos de trabalho e/ou de demandas de serviços, atendendo ao quanto disposto nos art. 6º e 7º, XX da Constituição Federal; que inegavelmente, possuíam (sobretudo em face das provas de entrega do objeto contratado) qualificação técnica para a consecução do objeto contratado.

Vê-se, portanto e à luz das provas e definições acima retratadas, que estabelecer premissas relacionadas a amplitude de escopo, a temporalidade mínima e a territorialidade restrita, o acórdão rescindendo promoveu verdadeira violação à dicção legal e erro de fato na análise dos arts. 24, XIII e 26, parágrafo único, ambos da Lei nº 8.666/93, merecendo reforma por esta via rescisória, posto que estabeleceu critérios inexistentes na lei.

2.3 Da violação à dicção legal e erro de fato na análise dos arts. 10, VIII e 12, II da Lei 8.429/92 e art. 333, I do CPC/73.

A Lei de Improbidade Administrativa, que regulamentou o disposto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, objetiva impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) - aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa.

O Ministério Público Estadual, autor da ação, classificou a conduta do autor desta rescisória, como aquela descrita no art. 10 da Lei 8.429/92, à qual corresponderiam as sanções previstas no art. 12, incisos II, da referida legislação, em razão de supostamente frustrar a licitude de processo licitatório, para celebração de parceria com entidade sem fins lucrativos.



Para a configuração do ato de improbidade, a doutrina e jurisprudência pátrias têm exigido a demonstração do elemento subjetivo. Isso porque o ato ímprobo, para que se possa configurar, mais do que ilegal, deve ser um ato de desonestidade do servidor ou agente público para com a Administração e, portanto, não prescinde de dolo ou culpa grave, evidenciadora de má-fé. O ato de improbidade é um ato ilegal, mas nem todos os atos ilegais são atos de improbidade.

Segundo Soares (2015), a má gestão pode ser concretizada por meio de dois tipos de comportamento: o ineficiente e o desonesto. O primeiro corresponde a uma conduta que não reproduz o efeito esperado, seja pela inabilidade ou incompetência de um sujeito para atingir objetivos predeterminados. Já a conduta desonesta, complementa o autor, *“está diretamente ligada à subjetividade, à falta de pudor e de honradez do indivíduo. Ou seja, a má gestão não implica, necessariamente, em ato de improbidade administrativa tampouco de corrupção”*. (SOARES, Marcos José Porto. Distinção entre corrupção, improbidade administrativa e a má gestão da coisa pública. Revista dos Tribunais, vol. 959-2015, p. 55-69, set./2015)

Em consequência, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor. Se assim não fosse, qualquer irregularidade praticada por um agente público poderia ser enquadrada como improbidade por violação do princípio da legalidade, sujeitando-o às pesadas sanções da respectiva lei, o que por certo tornaria inviável a própria atividade administrativa.

Nessa linha de entendimento, a jurisprudência tem sedimentado que:

Não é qualquer ato que viole o princípio da legalidade que gera um ato de improbidade administrativa, é necessário um algo mais para o agente ser tachado de ímprobo e ser tão severamente punido como previsto na Lei 8.429/92. É preciso o dolo, a má-fé, a intenção de violar o princípio basilar da Administração Pública, agindo de forma desonesta - (AC 2006.34.00.016799-4 - Relator: Desembargador Federal Tourinho Neto - Órgão Julgador: Terceira Turma - Publicação: 02/02/2009 e-DJF1 p.134).

Sabe-se que a Carta Magna procurou dispensar tratamento diferenciado à defesa do patrimônio público, tanto é que previu no §4º do art. 37 o cabimento de sanções políticas e civis aos agentes que viessem a causar dano ao erário, *"na forma e gradação previstas em lei"*. Na esteira desse dispositivo dotado de eficácia contida, a Lei nº 8.429/92 passou a regular os atos de improbidade administrativa e as penalidades deles decorrentes, classificando-os como atos que importem enriquecimento ilícito, que causem prejuízo ao erário e que atentem contra os princípios da administração pública, como capitulado no intróito deste julgado.

Não obstante, no exame dos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário, é preciso que se tenha cautela ao promover a pesquisa da eventual desconformidade da conduta atribuída ao agente com a Lei nº 8.429/92, na medida em que nem toda ilegalidade ou irregularidade perpetrada configura a improbidade administrativa, pois esta constitui, nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 669), uma *"imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem"*. É dizer: a configuração da improbidade administrativa pressupõe a identificação do elemento subjetivo da conduta do agente em violação a algum dos tipos previstos nos arts. 9º, 10º ou 11º da Lei nº 8.429/92.

Decorre daí que, para o reconhecimento do ato de improbidade, não é suficiente a singela ruptura com a legalidade, pura e simples, senão com a legalidade qualificada pela interação com os demais princípios constitucionais que lhe fazem companhia.



A má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. A ilegalidade só adquire o status de improbidade administrativa quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública pela má-fé do servidor, ou quando há proveito patrimonial obtido com a conduta ímproba. (TRF 1ª Região, AC 1999.38.02.000258-0/MG, Rel. Des. Fed. TOURINHO NETO, DJ. 08/04/2005.)

Na espécie, infere-se do processado que o autor da presente rescisória fora processado por supostamente frustrar a licitude de processo licitatório, para celebração de parceria com entidade sem fins lucrativos.

Ocorre que a análise detida dos autos, realizada nos tópicos antecedentes, conduzem à inequívoca conclusão de que os fatos narrados na peça de ingresso da ACP não se amoldam aos preceitos da Lei nº 8.429/92. É que não há qualquer prova do fato constitutivo do direito (art. 373, I do NCPC). de que a conduta do autor resultou em "*lesão ao erário, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres*" do Município, que compõem o núcleo típico do ato de improbidade previsto no caput do art. 10 da Lei nº 8.429/92.

Pelo contrário! As provas coligidas aos autos dão conta, não só, da regularidade da contratação e da prestação do serviço - que, repise-se, deixou de ser integralmente concluído em razão de decisão judicial -, como também da lisura do comportamento do autor que, ao narrar que "(...) *somente concretizou a contratação, após os devidos pareceres da Assessoria Jurídica e Técnica da Secretaria de Educação (...)*" (fls. 178/179 do ID nº 11946056), confirmou ter seguido a linha de entendimento esboçada no Parecer da Procuradoria Geral do Município nº 0348/2007 (fls. 118/121 do ID nº 11946048) - cuja legalidade não fora desconstituída na inicial acusatória -, que assim pontuou

e) Como o dispositivo abrange contratações que não se orientam exclusivamente pelo princípio da vantagem pecuniária, muitas vezes de forma açodada, afirma-se que a contratação fundada no inciso XIII do art. 24 do Estatuto Licitatório, deve ser realizada pelo menor preço possível. Ao nosso ver, essa formulação não pode ser admitida, eis que tornaria inútil o dispositivo. Deve reputar-se que a hipótese do inciso XIII envolve uma fórmula de incentivo à assunção pelas entidades da sociedade civil de funções usualmente desempenhas pelo Estado. Portanto, interessa ao Estado fomentar o desenvolvimento de instituições de interesse público, de cunho não estatal. Porém isso não equivale a admitir preços abusivos, distanciados da realidade. Ou seja, é necessário ponderar os diversos interesses e verificar se os benefícios não econômicos auferidos por meio da contratação direta praticada com base no inciso em análise, superam possíveis desvantagens econômicas eventualmente apuradas.

[...]

2.10. Diante de tal juízo, e da análise da solicitação que motiva o presente parecer, verificam-se atendidos os requisitos insculpidos na norma excepcionante. Perfeitamente plausível, pois, a utilização do processo de dispensa de licitação para contratação da Fundação Humanidade Amiga - FHUNAMI.

A própria inicial foi incapaz de identificar a existência de dano ao patrimônio público, posto que os fatos foram narrados da seguinte forma:

Por sua vez, notificado, compareceu à Promotoria Regional_ o secretário municipal de educação, LUIZ VALTER DE LIMA, aduzindo que, em verdade, houve um único repasse de dinheiro da Prefeitura Municipal de Camaçari à FHUNAMI no valor exato de R\$ 304.210,00 (trezentos e quatro mil, duzentos e dez reais), **mediante a contraprestação por parte da**



FHUNAMI através da entrega dos produtos (mochilas) almoxarifado da SEDUC - Secretaria de Educação, tendo este noticiado, ainda "(...) que sabia da intenção de realização de um processo licitatório para contratação de uma fundação que pudesse atender ao projeto "Mochila Amiga" relativamente à confecção de fardamentos e mochilas (...)". Ressalte-se que o valor indicado pelo secretário municipal de educação como aquele que fora repassado à fundação, encontra-se devidamente comprovado no Balancete de Verificação da Fhunami (fls. 139).

Mais adiante, confirmando a previsibilidade legal acerca da dispensa de licitação, afirma o réu:

Para a validade dos contratos celebrados pelo Poder Público com particulares, por força constitucional (Art. 22, XXVII, c/c Art. 37, XXI, CF/88), bem como por meio da legislação ordinária (Art. 2º, Lei nº 8.666/93), aquele é obrigado, por regra, a efetuar prévia licitação, devendo ainda observar as regras quanto as modalidades do certame, seus aspectos formais, a capacidade técnica e a idoneidade do fornecedor, sendo que, tanto a dispensabilidade (*em casos de conveniência*), como a inexigibilidade (*em casos de impossibilidade total*), são exceções ao comando fundamental.

E assim, simplesmente assim, se conclui a inicial da ACP, sem apontar qualquer fatos, fundamentos e/ou danos, decorrentes da suposta inobservância ao inciso XIII do art. 24 da Lei 8.666/93 que, vale anotar, sequer fora objeto de maior detalhamento por parte do réu.

Rubens André Gonçalves Dusi (*in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Curso a distância: Reflexões sobre a Lei de Improbidade Administrativa. Brasília: Coordenadoria de Desenvolvimento de Pessoas, 2018. Disponível em: <https://ead.stf.jus.br/>), trouxe singular preocupação de Benedicto (*apud* CERQUEIRA, Luiz Otávio Sequeira de. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014), quanto ao enquadramento indiscriminado do ato de improbidade que, na espécie, não é sinônimo de ato ilegal:

[...] Parece que a discussão tem sido conduzida nessa linha: basta que haja uma ilegalidade para sustentarem que também houve ato de improbidade administrativo. Isso é um exagero.

[...]

A tarefa de aplicar as leis não é simples. O administrador público está rotineiramente aplicando normas jurídicas. Há muita divergência, até entre juristas, sobre a interpretação de uma norma. Existe a possibilidade de que haja má interpretação das leis sem que isso represente má-fé ou dolo do administrador público.

Isso tem um efeito perverso: acaba afastando as pessoas sérias da administração. Se todo aquele que assumir um cargo público e correr o risco de descumprir uma lei ficar sujeito às pesadas sanções da Lei de Improbidade, a tendência é as pessoas sérias se afastarem da administração pública [...].

Esse entendimento doutrinário, inclusive, encontra respaldo na jurisprudência pátria, a teor das decisões colacionadas a seguir:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. 1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art.9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à



moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. (...) 6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito. (...) (STJ – RESP – Recurso Especial – 480387 – Proc. nº 200201498252 – SP, Primeira Turma, Rel. Luiz Fux, DJ: 24/05/2004, p. 163)

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXISTÊNCIA DE PROCURADORIA JURÍDICA NO MUNICÍPIO. CONTRATAÇÕES SUCESSIVAS COM LICITAÇÃO, INTERMEDIADAS ENTRE UMA E OUTRA, EM CURTO ESPAÇO DE TEMPO, POR CONTRATAÇÕES SEM LICITAÇÃO. CESSÃO DE SERVIDOR EFETIVO A SECRETARIA ESTADUAL, COM TRANSFERÊNCIA DOS ENCARGOS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE CULPA GRAVE, DOLO OU DE PREJUÍZO PARA O ERÁRIO MUNICIPAL. CONDUTAS INSUSCETÍVEIS DE CARACTERIZAR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A caracterização do ato de improbidade requer, além da afronta aos princípios que regem a Administração Pública, que a conduta do agente ativo seja movida pelo elemento subjetivo ou volitivo de, deliberadamente, tratar com menoscabo àqueles postulados, o que não se verifica pelo só fato de determinado ato não se conformar com o regramento normativo. (TJ-SC - AC: 672537 SC 2008.067253-7, Relator: Newton Janke, Data de Julgamento: 10/08/2010, Segunda Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Ipumirim)

Feitas essas considerações, observa-se que o contexto fático-probatório contido na inicial da ACP e seus documentos não é suficiente para comprovar a prática de ato de improbidade, tendo em vista que das condutas descritas pelo Ministério Público não se depreende o propósito de burlar a lei ou prejudicar a Administração por parte do autor desta rescisória, assim como não restou evidenciado prejuízo efetivo ao erário; o que evidencia que o acórdão rescindendo promoveu clara violação à dicção legal e erro de fato na análise dos arts. 10, VIII e 12, II da Lei 8.429/92 e art. 333, I do CPC/73.

O mesmo se diz quanto aos critérios para aplicação das sanções. É que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade fazem parte de qualquer estrutura básica de um sistema jurídico punitivo, porque eles tornam possível a individualização da sanção aplicada; são os responsáveis pela adequação entre os meios e fins, portanto, devem ser observados, outrossim, no ajuste entre a sanção da improbidade administrativa e as circunstâncias de cada ilícito configurado.

Essa sistemática consta expressamente do parágrafo único do art. 12 da LIA, o qual determina que seja observada uma adequação na aplicação das penas de acordo com as diretrizes constitucionais.

Nesse contexto, o agente condenado por ato de improbidade não necessariamente será condenado, de forma cumulativa, a todas as sanções. Seja qual for a imputação, é indispensável que o julgador, sob pena de nulidade, fundamente cada uma das penas, tendo em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O que se observa do acórdão paradigma é que, ao confirmar a sentença primeva e em sentido contrário do quanto previsto na norma, foram mantidas as penas de ressarcimento ao erário, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 anos e proibição de receber benefícios ou



incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, no prazo de 05 anos; sem qualquer análise de eventual gravidade da conduta e ou correlação/aplicação direta de tais penas ao suposto dano; o que viola manifestamente a norma jurídica.

Assim sendo, inexistindo indícios de que o autor tenha causado "*lesão ao erário, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres*" em razão de supostamente frustrar a licitude de processo licitatório para celebração de parceria com entidade sem fins lucrativos, não há que se falar em atos ímprobos tipificados nas hipóteses previstas no art. 10 da Lei 8.429/92.

3. Conclusão.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **JULGAR PROCEDENTE os pedidos deduzidos na inicial** para, rescindindo o acórdão paradigma, julgar **IMPROCEDENTES** os pedidos formulado nos autos da ACP tombada sob o nº 0011779-73.2007.8.05.0039, nos termos acima aduzidos.

Restitua-se ao autor o depósito de ID nº 11946087, atendendo a exigência constante do art. 974 do NCPC.

Publique-se. Intimem-se.

Salvador/BA, 22 de abril de 2021.

Des. Maurício Kertzman Szporer

Relator

Acompanha voto do Relator.

