

| | |
|---------------------------|--|
| Processo nº: | 0003379-74.2011.8.19.0028 |
| Tipo do Movimento: | Sentença |
| Descrição: | <p>RELATÓRIO Trata-se de demanda ajuizada por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, em face de RIVERTON MUSSI RAMOS, EDITORA BRASIL 21 LTDA - REVISTA ISTO É e MUNICÍPIO DE MACAÉ, na qual pleiteia a imposição aos dois primeiros réus das sanções previstas na Lei nº 8.429/92, aí incluída a obrigação de reparação do dano ao Erário. A petição inicial de f. 02/24 compõe-se dos seguintes fundamentos fático-jurídicos: (a) alega o demandante que o Município de Macaé recebeu proposta da segunda ré para que adquirisse matéria jornalística de divulgação da administração municipal; (b) argumenta que a Procuradoria do Município emitiu parecer em que se firmava a legalidade da contratação na modalidade de inexigibilidade de licitação; (c) aponta que a contratação deu-se, então, sem prévia licitação, tendo havido, ainda, inobservância das formalidades previstas em lei; (d) aduz que a matéria tinha o intuito único de promover pessoalmente o então prefeito, Sr. Riverton Mussi; (e) sustenta que os fatos narrados, para os quais concorreram o primeiro e o segundo réus amoldam-se às condutas censuradas na Lei nº 8.429/92. Forte em tais razões, pede o autor a imposição, aos primeiros demandados, das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa. A petição inicial veio acompanhada dos documentos de f. 25/213. Defesa preliminar de f. 239/153, tendo o réu Riverto Mussi alegado que: (a) a via eleita pelo Ministério Público não é adequada; (b) o prefeito municipal goza de prerrogativa de foro, com base no artigo 29, inciso X da Constituição Federal; (c) não há qualquer ilegalidade nos atos narrados na exordial. A Editora ré apresentou a defesa prévia de f. 261/263, com a seguintes teses defensivas: (a) ilegitimidade passiva; (b) ausência de ilegalidade na contratação realizada. Tal manifestação veio acompanhada dos documentos de f. 264/272. Em sede de defesa preliminar, o Município de Macaé, a seu turno, aduziu as seguintes razões: (a) ilegitimidade passiva; (b) as sanções previstas na Lei nº 8.429/92 não se lhe aplicam; (c) nulidade do procedimento preparatório, eis que não o contraditório não foi observado. Às f. 290/298, o Ministério Público pugna pelo recebimento da inicial. A peça inaugural foi recebida pela decisão de f. 300, ocasião em que as preliminares arguidas nas defesas prévias apresentadas foram afastadas. Embargos de declaração do Município de Macaé às f. 310/313, julgados improcedentes às f. 440/445. Contestação da Editora 21 LTDA às f. 330/335, contrapondo-se aos pedidos formulados na inicial à conta dos seguintes fundamentos: (a) repisa a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada em sua defesa preliminar; (b) aduz que não se beneficiou da contratação debatidas nestes autos; (c) assevera que os dados veiculados eram de responsabilidade da empresa DATABRAIN - Pesquisas de Opinião Pública LTDA; (d) aponta que a autorização exarada pelo ente público afasta quaisquer responsabilidades pelos atos atacados pelo Parquet. Peça de bloqueio do Sr. Riverton Mussi às f. 366/395, municiada pelas razões defensivas que se seguem: (a) repisa as preliminares de inadequação da via eleita e da incompetência deste Juízo, fundada esta última na alegação de prerrogativa de foro do então prefeito municipal; (b) aduz que todos os trâmites regulares para a contratação foram seguidos, inclusive com a manifestação da Procuradoria Municipal; (c) sustenta que a publicidade veiculada dizia respeito à Administração municipal, e não ao réu; (d) argumenta que não se há de tomar por ímprobo qualquer ato supostamente ilegal; (e) aponta que o Ministério Público não demonstrou o elemento subjetivo - dolo ou culpa - na prática das condutas vergastadas; (f) assevera que não houve violação dos princípios caros à Administração Pública; (g) assenta que, ausentes os requisitos legais, não há que se falar em ato de improbidade. Contestação do Município de Macaé, às f. 398/414, fundada nas teses de defesa seguintes: (a) ilegitimidade passiva; (b) argumenta que as sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa não são aplicáveis aos entes públicos, principais lesados pelas condutas tidas por ímprobos; (c) nulidade do procedimento preparatório, uma vez que o princípio do contraditório não foi observado em sua tramitação; (d) argumenta que, em tese, seria admissível a inexigibilidade de licitação, eis que a informação a ser veiculada estava protegida por direito autoral de titularidade da editora ré. Réplica à f. 417, em que o autor da ação pugna pelo julgamento do processo no estado em que se encontra. Requerimentos de provas dos réus às f. 424/435, 436/438. Decisão saneadora do feito às f. 440/445, com a superação das preliminares arguidas e, ainda, com o indeferimento das provas requeridas pelos demandados. Às f. 447/448, o Município de Macaé esclarece sua posição processual, pugnando pela intervenção baseada no artigo 5º da Lei nº 9.469/97. Agravo por instrumento manejado pelo primeiro réu às f. 449/473. Nova manifestação do Ministério Público às f. 475/476, reforçando o pedido de julgamento antecipado da lide. É o relatório. FUNDAMENTO e DECIDO. FUNDAMENTAÇÃO Conforme requerido na petição de f. 447/448, admito a atuação do Município de Macaé na qualidade de interveniente. Anote-se no sistema e na capa dos autos. A questão debatida nos autos dispensa a produção de outras provas, conforme consignado na decisão de f. 440/445, notadamente pois os fatos declinados na petição inicial, tais como, a existência da publicação na revista Isto É, o seu pagamento com recursos públicos municipais, o empenho do respectivo valor sem qualquer contratação, a declaração de inexigibilidade da licitação, são todos incontroversos, além de suficientemente comprovados pela prova documental, notadamente a que instrui o inquérito civil. Desta forma, resta plenamente autorizado o pronto julgamento do feito no estado em que se encontra, na forma do artigo 330, I do Código de Processo Civil. Saliento que as questões preliminares arguidas pelos réus já foram detidamente analisadas a afastadas, tanto na decisão que recebeu a petição inicial - proferida após contraditório prévio - bem como na decisão saneadora do feito. Compulsando os autos, verifico que estão presentes as condições da ação, bem assim os requisitos e pressupostos processuais. O feito se encontra em ordem, não há vícios a sanar, nem nulidades a serem declaradas de ofício. Passo, assim, à análise do mérito. Tal como já alertado, os fatos narrados na petição inicial são incontroversos e não foram negados em suas respectivas manifestações pelos réus, cuja defesa se limita a sustentar que a conduta dos demandados não configura ato de improbidade administrativa. Desta feita, cinge-se a controvérsia somente quanto à matéria de direito, ou seja, em se estabelecer se houve prática de improbidade administrativa por parte dos réus a merecer a aplicação das sanções da Lei n.º 8.429/1992. Os fatos em debate são os seguintes, conforme prova documental constante dos autos: (a) por iniciativa da segunda ré (Editora Brasil 21 Ltda) foi feito um convite ao então Prefeito Municipal de Macaé (primeiro réu) para que o Município fizesse uma parceria para adquirir uma página publiciditória no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) (f. 105); (b) diante da proposta, foi instaurado um processo administrativo no qual houve parecer da Comissão Permanente de Licitação opinando pela inexigibilidade do procedimento licitatório, homologado pelo então Prefeito Municipal (f. 103), quem autorizou o pagamento; (c) o pagamento do valor acima apontado foi efetuado mediante empenho (f. 139), tendo o mesmo sido transferido para a conta bancária da segunda ré (f. 137); (d) a matéria foi publicada na revista 'Isto É' que circulou em 31/08/2005 (f. 38). Diante destes fatos, imputa o Ministério Público a prática de ato de improbidade administrativa sob duplo fundamento: (a) o primeiro reside na indevida contratação direta da publicação sem que houvesse prévio procedimento licitatório, haja vista a declaração de inexigibilidade que teria afrontado o disposto no artigo 25, II da Lei n.º 8.666/1993; (b) o segundo consiste na propaganda contratada em si, já que teria caráter pessoal, em violação ao estabelecido pelo artigo 37, caput e §1º da Constituição Federal. Analisando os argumentos de ambas as partes conclui-se que, de fato, a conduta do primeiro réu em promover a contratação direta dos serviços da segunda ré, acolhendo parecer pela inexigibilidade de procedimento licitatório, é absoluta e claramente ilegal. A vedação legal, no caso, é expressa e consta da parte final do</p> |

artigo 25, II da Lei de Licitações: Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; A proibição legal não passou, ainda, despercebida pela jurisprudência pátria, a qual já se pronunciou sobre o tema ratificando, na íntegra, o teor da norma: A dispensa de licitação na contratação de serviços de publicidade não foi contemplada no permissivo legal (art. 22, IX, do Decreto-lei 2.300/86), aplicando-se a regra geral da licitação. Na vigência da Lei 8.666/93, a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade foi expressamente vedada (art. 25, II). (REsp 932.821/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 11/04/2008) Não há, outrossim, dúvidas quanto à natureza publicitária dos serviços oferecidos e prestados pela segunda ré, destacando-se o seguinte trecho da carta convite constante dos autos (f. 105): A iniciativa, [sic] tem por objetivo resgatar em alto conceito publicitário, [sic] o resultado político-administrativo desses administradores, um trabalho considerado relevante e de suma importância para registro na imprensa brasileira. Por isso, e através da oportunidade dessa Avaliação, que gostaríamos de convidar o município de Macaé, para uma parceria, adquirindo 01 (uma) página publicitária no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), para que este governo possa divulgar sua cidade em uma oportunidade rara de mostrar ao país o seu verdadeiros desenvolvimento. Julgo, ainda, que a publicação foi realizada em flagrante violação do princípio da impessoalidade, constitucionalmente estabelecido para observância obrigatória pela Administração Pública (art. 37, caput, e §1º da CF/1988): Art. 37. 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: (...) § 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Segundo José dos Santos Carvalho Filho: Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória. (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo - 24 Ed. - 2011. Edição Digital) A feição pessoal da publicação pode ser facilmente percebida a partir do próprio convite formulado pela segunda ré: Os estudos, relatos, existentes na literatura contemporânea sobre as personalidades brasileiras, que obtiveram destaques nos mais diferentes setores da política, apresentam registros falhos e com pouco ou quase nenhuma constatação de sua representatividade na recente história de sucesso nas administrações municipais de todo o país. Nomes políticos importantes que administraram ou ainda administram os seus municípios, quase não são lembrados pela mídia nacional pelos seus acertos e melhorias que fizeram em prol da vida de seu povo. Há alguns que devem ser citados de forma mais ampla, atual e didática, a fim de que possa ser ampliado o conhecimento desses importantes acertos administrativos pelo seu povo. Analisando-se, igualmente, a publicação (f. 54), da qual consta a fotografia do prefeito em destaque (ocupando quase um quarto de página) e seu nome em evidência (topo), resta evidenciado de forma nítida o caráter de promoção pessoal do agente político. Destaco, ainda, de seu conteúdo: A julgar pela última pesquisa DataBrain sobre o trabalho do prefeito, o professor de educação física Riverton Mussi (PSDB), os recursos gerados pela extração do ouro negro são bem aproveitados em terra firme. A atuação de Mussi teve avaliação positiva de 69,2% dos pesquisados e o seu desempenho pessoal foi bem cotado por 70,1%. A prefeitura investe para diminuir a dependência proporcional do dinheiro do petróleo. Um complexo universitário está em construção para abrigar cursos e parcerias com universidades públicas e privadas. Na tentativa de fechar o cerco ensino-emprego-soluções, Mussi aposta na criação de um pólo industrial e outro tecnológico. Outro projeto original, enviado à Câmara de vereadores, prevê a criação de um fundo de reserva de 2% a 5% da renda mensal dos royalties, que só poderá ser usado por ele ou por futuros administradores, em caso de calamidade pública ou se esses milionários direitos de extração deixarem de ser pagos. Fica claro nos excertos acima, como se percebe, o direcionamento das ações políticas com ênfase na pessoa do administrador e não na Administração municipal por ele representada, em franca violação à norma constitucional já transcrita acima. É preciso se estabelecer como premissa, portanto, que os fatos narrados na inicial ostentam o inarredável vício da ilegalidade e inconstitucionalidade, tanto sob o prisma da falta de prévio procedimento licitatório para contratação, haja vista a ilícita declaração de inexigibilidade, quanto pela publicação em si, animada pela nota da promoção pessoal do primeiro réu. Por outro lado, com fulcro em lição doutrinária amplamente difundida e iterativo entendimento jurisprudencial, aponto que a ilegalidade não se confunde com a improbidade administrativa. Improbidade, como visto no decorrer do presente trabalho, está ligada juridicamente à desonestidade, devassidão e má-fé, em que o agente público, utilizando-se intencionalmente de uma prerrogativa funcional, procede com falta de decência, lesando o erário. (...) Mostra-se a ilegalidade como 'todo ato ou ação que se promova contrariamente ao qual está instituído em lei ou que seja excedente a seu teor. Desse modo, ilegalidade pode conduzir o sentido de arbitrariedade, quando se revela um excesso de autoridade ou a prática de ato abusivo ou não autorizado legalmente.' Nem tudo que é ilegal é desonesto. (...) É necessário que haja o devido divisor de águas, para que não seja confundido, com grave ofensa constitucional, o ato ilegal com o improbo. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes. O limite da improbidade administrativa. 5ª Ed. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010. Pág. 372/373) Neste sentido já se pronunciou o e. STJ que '(...) a jurisprudência atual desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. (...) (AgRg no REsp 1352541/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013) Imperiosa a análise, portanto, se os atos reputados ilegais caracterizaram-se também como improbidade administrativa, no caso em testilha, ou se se limitam a hipótese de mera ilegalidade, sujeita, inclusive, aos instrumentos de estabilização das relações do Poder Público com o particular. É o que passo a fazer. Observo, primeiramente, que, na petição inicial, formula o Parquet cumulação objetiva de pedidos em relação a ambos os réus, no sentido de que a conduta apurada seja subsumida pela norma do artigo 9º, caput e inciso XII, dentre os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, do artigo 10, caput e incisos VIII, XI e XII, dentre os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário e/ou, pela norma do artigo 11, caput e inciso I, dentre os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública. A cumulação de pedidos na ação civil pública por improbidade administrativa é referendada pela doutrina especializada no tema, conforme se denota das lições de Marino Pazzagliani Filho: A alternatividade de pedidos na ação civil de improbidade administrativa ocorre quando um dos pedidos formulados (subsidiário) for somente examinado caso o primeiro pedido (principal) não seja acolhido. Claro que os atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito ou lesão ao erário são simultaneamente atos atentatórios aos princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Portanto, quando não estiver claramente positivado o enriquecimento ilícito ou a lesão ao erário decorrente de ato de improbidade administrativa, é legítimo postular o pedido de reserva subsidiário previsto no art. 11 da LIA, que

será objeto de exame pelo Poder Judiciário caso não ficarem, ao final da demanda, as hipóteses acima, configuradoras dos atos de improbidade administrativa mais graves descritos nos arts. 9º e 10 da LIA, devidamente provadas. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 5ª Ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2011. Pág. 211) Urge, portanto, uma análise pormenorizada da imputação das condutas inicialmente se subsumíveis ao artigo 9, caput e inciso XII, subsequentemente ao artigo 10, caput e incisos VIII, XI e XII e, finalmente, ao artigo 11, I, todos da Lei de Improbidade Administrativa. - Imputação das condutas como ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito Dispõe o artigo 9º, XII da Lei 8.429/1992: Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei. Certo é que, para que reste configurado ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, é imprescindível a presença dos seguintes elementos (PAZZAGLINI FILHO, 2011): (a) recebimento de vantagem econômica indevida por agente público; (b) vantagem patrimonial decorrente de comportamento ilegal do agente público; (c) ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial; (d) conexão entre o exercício funcional abusivo do agente público e a vantagem econômica indevida por ele alcançada para si ou para outrem. Em relação ao primeiro réu, Sr. Riverton Mussi Ramos, verifico estarem presentes os elementos apontados, na medida em que: (a) recebeu vantagem indevida consistente na divulgação pessoal de suas ações, paga pelo Erário Municipal, sendo esta vantagem patrimonial ou economicamente apreciável, correspondente ao custo da propaganda; (b) tal vantagem patrimonial decorreu de comportamento ilegal do réu que: (I) contratou publicidade de cunho pessoal que violou as normas constitucionais; (II) homologou parecer de inexigibilidade de licitação em hipótese expressa e textualmente vedada; (c) tinha ciência da ilicitude da vantagem patrimonial pela expressa vedação de sua conduta pela Lei de Licitações e pela Constituição Federal que jurou cumprir ao assumir seu mandato eletivo; (d) havia plena conexão entre o exercício funcional abusivo, na qualidade de Prefeito Municipal, e a vantagem econômica indevida, pois foi o próprio réu, no exercício de suas funções e atribuições, que deflagrou a contratação direta, autorizou o pagamento mediante empenho e determinou a transferência dos valores. Sobre o tema lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves: Regulamentando a finalidade que deve ser perseguida com a publicidade dos atos do Poder Público, almejou o Constituinte conter os gastos exorbitantes de outrora, os quais visavam, única e exclusivamente, à promoção pessoal dos administradores públicos. Tinha-se, assim, a dilapidação do patrimônio público em benefício de poucos e em detrimento de toda a coletividade. A ratio do preceito constitucional é clara: vedar a promoção pessoal do administrador às custas da publicidade das atividades desenvolvidas pela administração. Em razão disto, será ilícito qualquer artifício, subterfúgio ou engodo empregado para se burlar a vedação constitucional, ainda que a atividade meio, ao ser analisada de forma dissociada do fim almejado, seja aparentemente lícita. Em casos tais, será patente a fraude, sendo exemplos desta os 'informes publicitários', com individualidade própria ou sob a forma de suplementos do Diário Oficial, editados sob a responsabilidade dos diferentes entes da Federação, onde, a pretexto de se conferir transparência à atividade administrativa, são divulgadas fotos e entrevistas com o administrador, com o nítido propósito de promover sua imagem junto à população. A publicidade, qualquer que seja ela, deve ter caráter: a) educativo; b) informativo; ou de c) orientação social; dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que vinculem o administrador ao objeto divulgado, caracterizando sua promoção pessoal. Violado o princípio da impessoalidade, a conduta do agente poderá ser enquadrada na tipologia da Lei nº 8.429/92, caracterizando a improbidade administrativa. Com efeito, de acordo com o art. 92, XII, do referido diploma legal, constitui ato de improbidade 'usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei'. O agente, que emprega o dinheiro público no custeio de publicidade que lhe garantirá a promoção pessoal, está, nitidamente, usando em proveito próprio a renda da entidade a que presta serviços. Do mesmo modo, causa dano ao erário ao influir de qualquer forma para a aplicação irregular de verba pública, havendo a subsunção de sua conduta à figura do art. 10, XI, in fine, da Lei nº 8.429/92. Por derradeiro, ao violar o princípio da impessoalidade, o agente público infringe o dever jurídico previsto no art. 42 da Lei nº 8.429/92 e, ipso facto, sua conduta se coaduna ao art. 11, caput e inc. I, da Lei nº 8.429/92. No primeiro dispositivo, ao violar um dos princípios regentes da atividade estatal e infringir o dever de honestidade e lealdade às instituições ao empregar o dinheiro público em desconformidade com um preceito constitucional; no segundo, ao 'praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência', pois atuara com desvio de poder. (GARCIA, Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3ª Ed. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. Pág. 387/389) Por sua vez, quanto ao segundo réu, as sanções da norma em comento lhe são aplicáveis por força no disposto no artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa: Art. 3º 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. Verifica-se, neste norte, que houve inequívoca participação e induzimento por parte do segundo réu, quem ofereceu a prestação dos serviços e foi, ao final contratado, para a prática da publicidade ilegal, ressaltando-se que, igualmente, se beneficiou do ato ímprobo, na medida em que percebeu os valores oriundos dos cofres municipais para pagamento de seus préstimos. Não socorre ao primeiro réu o argumento de que teria submetido a contratação à Comissão Permanente de Licitação, havendo esta exarado parecer pela inexigibilidade do certame licitatório, haja vista que tal fato não convalida a ilegalidade perpetrada e não justifica o descumprimento da norma legal expressa e do texto explícito da Constituição Federal. Por sua vez, despicienda a sustentação da segunda ré no sentido de não ter tido qualquer ingerência no conteúdo do editorial do publicidário, já que, ao contrário do que alega, percebeu os valores pela publicação (f. 137) e induziu à violação do princípio da impessoalidade, consoante proposta de contratação (f. 140), conforme já examinado. Verifica-se, assim, que ao contrário do que alega, tinha conhecimento da forma de contratação direta adotada (até porque não participou de licitação alguma) e agiu animada pelo elemento subjetivo - dolo - ao instigar a promoção pessoal do agente mediante publicação em uma de suas revistas. Perfeitamente subsumível, portanto, na hipótese, a conduta dos réus no tipo do artigo 9º, XII da Lei de Improbidade Administrativa. - Imputação das condutas como ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário Dispõe o artigo 10, VIII da Lei 8.429/1992: Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...) VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; Aponta a doutrina, para a configuração típica, as seguintes elementares (PAZZAGLINI FILHO, 2011): (a) existência de ação ou omissão ilegal do agente; (b) dolo ou culpa (elemento subjetivo); (c) lesão efetiva ao erário. Conforme já fundamentado, no caso em julgamento houve ação ilegal por parte do primeiro réu que homologou declaração de inexigibilidade de licitação em hipótese expressamente vedada pela Lei n.º 8.666/1993, sendo certo que o fato de ser o beneficiário do ato publicitário comprova que tal conduta foi indubitavelmente animada pelo elemento subjetivo doloso. Bem assim, a lesão ao erário corresponde ao valor gasto com a propaganda cujo fim desvirtuou-se do caráter público do recurso para satisfação do interesse particular do agente ordenador da despesa. Há, portanto, ao contrário do que alegam os réus, prova da efetiva lesão ao erário, que corresponde com exatidão ao valor

despendido com a propaganda que não poderia ter sido contratada, em hipótese alguma, pois violadora do princípio da impessoalidade. Constatou-se, assim, o simultâneo enquadramento da conduta no tipo do artigo 10, VIII da LIA, pela franca e direta violação das normas que exigem a prévia realização de licitação para a contratação de serviços de publicidade, vedada a declaração de sua inexigibilidade. Uma vez constatado o enquadramento legal acima, considero dispensável a análise da imputação sob o prisma dos demais incisos do artigo 10 - XI e XII - em razão do sistema de aplicação das sanções legais, conforme se há de fundamentar à frente. - Imputação das condutas como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública Dispõe o artigo 11, I da Lei 8.429/1992: 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; Em relação ao ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública, os elementos caracterizadores se diferem em relação às condutas dos artigos 9º e 10 da LIA, já analisados, são necessários (PAZZAGLINI FILHO, 2011): (a) existência de ação ou omissão violadora de princípio; (b) dolo (elemento subjetivo), comportamento desonesto, má-fé; (c) ausência de lesão ao erário e enriquecimento ilícito do agente (requisito negativo aplicável somente quando de sua incidência exclusiva subsidiária). Conforme já salientado, nem todo ato administrativo ilegal constitui-se em improbidade administrativa, e o limite diferenciador das condutas meramente ilegais e ímprobos reside exatamente no elemento subjetivo: o dolo. Indaga-se, agora, toda a violação da legalidade configura improbidade administrativa? Claro que não, pois, se tal premissa fosse verdadeira, qualquer ação ou omissão do agente público contrária à lei seria alçada à categoria de improbidade administrativa, independentemente de sua natureza, gravidade, ou disposição de espírito que levou o agente público a praticá-la. Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. É imprescindível à sua tipificação que o ato ilegal tenha origem em conduta desonesta, ardilosa, denotativa de falta de probidade do agente público. Com efeito, as três categorias de improbidade administrativa têm idêntica natureza intrínseca, que fica nítida com a análise do étimo remoto da palavra improbidade. O vocábulo latino improbitate, como já assinalado, tem o significado de 'desonestidade' e a expressão improbus administrator, quer dizer, administrador desonesto ou de má-fé. Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade deve ter esse traço comum e característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública. (...) Assim, os atos administrativos ilegais que não revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram ato de improbidade administrativa. (...) Em resumo, a norma do art. 11 exige, para sua configuração, que a afronta a princípio constitucional da administração pública decorra de comportamento doloso do agente público devidamente comprovado, ou seja, que ele aja de forma ilícita, consciente da violação de preceito da administração, motivado por desonestidade, por falta de probidade. - g.n. (PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa Comentada. 5ª Ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2011. Pág. 101/102) Não é outro o entendimento de Mauro Roberto Gomes de Mattos, segundo o qual 'a conduta do agente público deverá ser dolosa pra que ocorra a tipificação do art. 11, como já afirmado, mas sempre oportuno em lembrar'. Neste sentido já se pronunciou o e. STJ: ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO COMPROVAÇÃO DE DANO. NÃO CONFIGURADA MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZADO ATO ÍMPROBO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. REVISÃO DESSE ENTENDIMENTO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal a quo decidiu de acordo com a Jurisprudência desta Corte, no sentido de que 'a caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico' (EResp 772.241/MG, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 6/9/2011). Outros precedentes: AgRg nos EREsp 1.260.963/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3/10/2012; e AgRg nos EAREsp 62.000/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/9/2012. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. A Corte de origem, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, expressamente assenta a ausência de má-fé dos agravados apta a caracterizar o ato ímprobo. Entendimento insuscetível de revisão, por demandar apreciação de matéria fática em recurso especial, dado o óbice da Súmula 7/ STJ. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 232.905/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013) É certo que a comprovação da existência do elemento subjetivo - dolo - pode ser feita por meio de elementos objetivos existentes no processo, consistentes em circunstâncias fáticas que apontem para a má-fé do agente na prática do ato questionado. Destaco a seguinte ementa sobre o tema: ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARTA-CONVITE. MODALIDADE DE LICITAÇÃO INADEQUADA. LICITANTE VENCEDORA. QUADRO SOCIETÁRIO. FILHA DO PREFEITO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. CARACTERIZAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada em face de ex-Prefeito e de sociedades empresárias (postos de gasolina) em razão da contratação alegadamente ilegal dos referidos postos pela Municipalidade. A ação é fundada no art. 11 da Lei n. 8.429/92. 2. Nas razões recursais, sustenta o Ministério Público estadual ter havido violação aos arts. 4º, 11 e 21 da Lei n. 8.429/92, uma vez que (i) fere a moralidade administrativa a contratação de empresa cujo quadro societário conta com filha de Prefeito e (ii) está caracterizada a má-fé na espécie, a teor do fracionamento indevido do objeto licitado e dos diversos favorecimentos pessoais ocorridos. 3. Resumidamente, foram os seguintes os argumentos da instância ordinária para afastar o pedido de condenação por improbidade administrativa formulado pelo recorrente com base no art. 11 da Lei n. 8.429/92: (a) realização de licitação prévia para a contratação; (b) inexistência de prejuízo ao erário; e (c) não-comprovação de dolo ou má-fé dos envolvidos. Trechos dos acórdãos recorridos. 4. Como se observa, os fatos estão bem delimitados pela origem no acórdão da apelação, que foi confirmado pelo acórdão dos embargos infringentes, o que está sujeita a exame nesta Corte Superior é a simples qualificação jurídica desse quadro fático-probatório, não sendo aplicável, pois, sua Súmula n. 7. 5. Em primeiro lugar, é de se afastar o argumento (b), retro, porque pacífico no Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é despidiça a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 1.119.657/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30.9.2009, e REsp 799.094/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.9.2008. 6. Em segundo lugar, acredito que a análise do argumento (a) está essencialmente ligada ao enfrentamento do argumento (c). 7. Não há como afastar a conclusão da origem no sentido de que, isoladamente, o simples fato de a filha do Prefeito compor o quadro societário de uma das empresas vencedora da licitação não constitui ato de improbidade administrativa. 8. Ocorre que, na hipótese dos autos, este não é um dado isolado. Ao contrário, a perícia - conforme consignado no próprio acórdão recorrido - deixou consignado que a modalidade de licitação escolhida (carta-convite) era inadequada para promover a contratação pretendida, em razão do valor do objeto licitado. 9. Daí porque o que se tem, no caso concreto, não é a formulação, pelo Parquet estadual, de uma proposta de condenação por improbidade administrativa com fundamento único e exclusivo na relação de parentesco entre o contratante e o quadro

societário da empresa contratada. 10. No esforço de desenhar o elemento subjetivo da conduta, os aplicadores da Lei n. 8.429/92 podem e devem guardar atenção às circunstâncias objetivas do caso concreto, porque, sem qualquer sombra de dúvida, elas podem levar à caracterização do dolo, da má-fé. 11. Na verdade, na hipótese em exame - lembre-se: já se adotando a melhor versão dos fatos para os recorridos -, o que se observa são vários elementos que, soltos, de per se, não configurariam em tese improbidade administrativa, mas que, somados, foram um panorama configurador de desconsideração do princípio da legalidade e da moralidade administrativa, atraindo a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92. 12. O fato de a filha do Prefeito compor uma sociedade contratada com base em licitação inadequada, por vícios na escolha de modalidade, são circunstâncias objetivas (declaradas no acórdão recorrido) que induzem à configuração do elemento subjetivo doloso, bastante para, junto com os outros elementos exigidos pelo art. 11 da LIA, atrair-lhe a incidência. 13. Pontue-se, antes de finalizar, que a prova do móvel do agente pode se tornar impossível se se impuser que o dolo seja demonstrado de forma inafastável, extreme de dúvidas. Pelas limitações de tempo e de procedimento mesmo, inerentes ao Direito Processual, não é factível exigir do Ministério Público e da Magistratura uma demonstração cabal, definitiva, mais-que-contundente de dolo, porque isto seria impor ao Processo Civil algo que ele não pode alcançar: a verdade real. 14. Recurso especial provido. (REsp 1245765/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011) No caso em questão há elemento objetivo do qual se denota que a conduta do primeiro réu foi dolosa, a saber, o fato de ser o próprio agente ímprobo o beneficiário de seu ato ilegal - ou seja - a promoção pessoal de sua pessoa foi por si mesmo autorizada e financiada pelos cofres públicos cuja administração cabia a si. Além disso, saliente-se que para alcançar o objetivo de promover sua pessoa por meio de propaganda institucional, houve por bem lançar mão da contratação direta do segundo réu em violação às normas disciplinadoras do procedimento licitatório. Quanto ao segundo réu, tal como já fundamentado acima, o dolo restou caracterizado pelo modo em que feito o convite para a publicação, o qual já indicava como objetivo desta a promoção pessoal do então Prefeito Municipal. Houve, assim, induzimento doloso à prática do ato. Conclui-se, portanto, que a ação perpetrada pelos réus subsume-se simultaneamente aos tipos do artigo 9º, XII, artigo 10, VIII, e artigo 11, I da Lei de Improbidade Administrativa, sendo-lhes plenamente aplicáveis as sanções do artigo 12, I, II e III. Em casos deste jaez, conforme notável entendimento doutrinário: Tratando-se de ato único, entendemos que um único feixe de sanções deve ser aplicado ao agente, ainda que sua conduta, a um só tempo, se subsuma ao disposto nos arts. 9º, 10 e 11. Único ato, único haverá de ser o feixe de sanções (ne bis in idem). No que concerne à dosimetria, haverão de compor o feixe de sanções os valores relativos de maior severidade, o que possibilitará o estabelecimento de uma relação de adequação com a natureza dos ilícitos, sendo que a pluralidade destes será valorada por ocasião da individualização e fixação de cada uma das sanções que compõe o feixe. (Emerson. ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3ª Ed. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. Pág. 511) Passo, portanto, à aplicação das sanções a serem impostas e o faço em observância a precedente do e. STJ, segundo o qual tal imposição não necessariamente será cumulativa, ao contrário, devendo observar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INTEMPESTIVIDADE - ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL - SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE - CUMULAÇÃO DE PENAS. 1. A Corte Especial, no julgamento do REsp 776.265/SC, adotou o entendimento de que o recurso especial, interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem, deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo. 2. Consoante a jurisprudência desta Corte, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação, de acordo com fatos e provas abstraídos dos autos, o que não pode ser feito em sede de recurso especial, diante do óbice da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial do réu não conhecido e improvido o do Ministério Público. (REsp 658389/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 03/08/2007, p. 327) Dispõe o artigo 12, parágrafo único da Lei de Improbidade Administrativa: Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Segundo, ainda, abalizada lição: O elemento volitivo que informa o ato de improbidade, aliado à possível preservação de parcela considerável do interesse público, pode acarretar uma inadequação das sanções cominadas, ainda que venham a ser fixadas no mínimo legal. A guisa de ilustração, observe-se que a aplicação das sanções de perda da função e suspensão dos direitos políticos ao agente que culposamente dispense a realização de procedimento licitatório apresenta-se em flagrante desproporção com o ilícito praticado. Em situações como essa, entendemos que o órgão jurisdicional deve proceder à verificação da compatibilidade entre as sanções cominadas, o fim visado pela lei e o ilícito praticado, o que redundará no estabelecimento de um critério de proporcionalidade. Para auferir tal resultado, a Suprema Corte norte-americana utilizou como cláusula de compatibilização o princípio do devido processual legal, originariamente uma garantia processual, mas posteriormente utilizado em uma concepção substantiva (substantive due process). A atuação estatal deveria ser submetida a um teste de racionalidade (rationality test), sendo aferida sua compatibilidade com o comando constitucional a partir de um padrão de razoabilidade (reasonable standard). O Tribunal Constitucional Federal alemão, ao aferir a constitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais, tem adotado a 'teoria dos degraus' (Stufentheorie). De acordo com essa teoria, as restrições deverão ser efetuadas em diversos degraus, iniciando pela conduta dotada de menor potencialidade lesiva e ascendendo para os sucessivos degraus, com a conseqüente exasperação das restrições conforme aumente o padrão de lesividade e a reprovabilidade da conduta. Com isto, é respeitada a dignidade da pessoa humana e observado o princípio da proporcionalidade. (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 3ª Ed. Rev. Amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 505/506) Atendo a tais parâmetros, considero justas e adequadas as seguintes sanções, conforme individualização e fundamentação que seguem: Ressarcimento integral do dano ao erário Embora assim tratado na legislação de regência, não se trata propriamente de sanção, mas de consequência do reconhecimento da lesão ao Erário. Tendo sido constatada a prática da conduta imprópria pelo primeiro réu e o beneficiamento do segundo, devem eles ser condenados solidariamente a ressarcir o Erário Municipal no montante atualizado que perfaz o total de R\$ 56.652,54 (cinquenta e seis mil seiscentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e quatro centavos) ou 23.540,49 UFIR/RJ. Suspensão dos direitos políticos Em relação ao réu Riverton Mussi Ramos, julgo que a sanção é necessária, adequada e proporcional, na medida em que sua conduta eivada de dolo demonstra o seu despreparo no trato da coisa pública, notadamente mediante a utilização de verbas públicas para a sua promoção pessoal em detrimento do caráter informativo e impessoal que deve revestir a propaganda institucional, conforme determina a Constituição. A sanção deve ser ainda, agravada, tendo em conta que, além de contratar propaganda ilegal em benefício próprio, o réu o fez de forma direta, ou seja, sem que fosse antecedido pelo necessário procedimento licitatório. Assim, por se tratar o elemento subjetivo no caso de dolo, agravado pela dupla ilegalidade e inconstitucionalidade, julgo que a sanção legal em questão deverá corresponder ao máximo cominado pelo artigo 12, I da LIA, ou seja, dez anos. Há, por outro lado, incompatibilidade na aplicação desta sanção ao segundo demandado. Multa civil Além das sanções acima mencionadas, em relação a ambos os réus, impende incidir a multa civil, tratando-se de medida necessária, pois não basta o ressarcimento do Erário àqueles que lançam mão de recursos públicos em benefício

próprio, sob pena de anular qualquer risco na infração à norma legal tutora da probidade administrativa, já que o ressarcir implica no tão-só reverter a situação ao estado anterior. O resultado da aplicação isolada da primeira sanção, sem o complemento desta aqui referida, seria a supressão do caráter preventivo que deve acompanhar a aplicação das penalidades constantes da Lei de Improbidade Administrativa. Dado o seu valor, e a alta culpabilidade dos réus, fixo o valor da multa civil em três vezes o valor do acréscimo patrimonial auferido pelos mesmos, para cada um deles, o que corresponde no caso a R\$ 169.957,62 (cento e sessenta e nove mil novecentos e cinquenta e sete reais e sessenta e dois centavos) ou 70.621,47 UFIR/RJ. Proibição de contratar com o Poder Público No que tange à sanção em comento, tenho que deve ser a mesma aplicada somente em relação ao segundo réu, por guardar estreita ligação com os fatos ilegalmente praticados, vez que o foram exatamente mediante a contratação com o Poder Público Municipal. Assim, por não ter atendido aos ditames constitucionais, induzindo o primeiro réu a contratar propaganda em flagrante promoção pessoal, deverá ser proibido 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 dez anos. DISPOSITIVO Pelo exposto, em cognição exauriente, resolvo o mérito da demanda, nos termos do artigo 269, I do Código de Processo Civil, e JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS PARA: (a) CONDENAR o réu Riverton Mussi Ramos pela prática de ato de improbidade administrativa tipificado pelo artigo 9º, XII, artigo 10, VIII, e artigo 11, I da Lei n.º 8.429/1992, impondo-lhe as seguintes sanções: (a.1) RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, solidariamente com o segundo réu, no valor de R\$ 56.652,54 (cinquenta e seis mil seiscentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e quatro centavos) ou 23.540,49 UFIR/RJ; (a.2) SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS pelo prazo de 10 (dez) anos; (a.3) MULTA CIVIL correspondente a R\$ 169.957,62 (cento e sessenta e nove mil novecentos e cinquenta e sete reais e sessenta e dois centavos) ou 70.621,47 UFIR/RJ; (b) CONDENAR o réu Editora Brasil 21 Ltda. pela prática de ato de improbidade administrativa tipificado pelo artigo 9º, XII, artigo 10, VIII, e artigo 11, I, na forma do artigo 3º, todos da Lei n.º 8.429/1992 impondo-lhe as seguintes sanções: (b.1) RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, solidariamente com o primeiro réu, no valor de R\$ 56.652,54 (cinquenta e seis mil seiscentos e cinquenta e dois reais e cinquenta e quatro centavos) ou 23.540,49 UFIR/RJ; (b.2.) MULTA CIVIL correspondente a R\$ 169.957,62 (cento e sessenta e nove mil novecentos e cinquenta e sete reais e sessenta e dois centavos) ou 70.621,47 UFIR/RJ; (b.3.) 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 dez anos. Deixo de decretar a indisponibilidade dos bens dos réus ante a ausência de requerimento do Ministério Público ou assistentes neste sentido. Condeno os réus, pro rata, nas custas processuais e taxa judiciária, bem como em honorários advocatícios sucumbenciais, que fixo em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), nos termos do artigo 20, §4º do Código de Processo Civil, que deverá ser vertido ao Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. P.R.I. Transitada em julgado, em nada sendo requerido, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Imprimir Fechar