

ESTADO DE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO

Número Único: 1002061-24.2020.8.11.0003

Classe: APELAÇÃO CÍVEL (198)

Assunto: [Dano ao Erário, Violação dos Princípios Administrativos]

Relator: Des(a). HELENA MARIA BEZERRA RAMOS

Turma Julgadora: [DES(A). HELENA MARIA BEZERRA RAMOS, DES(A). JOSE LUIZ LEITE LINDOTE,

P a r t e (s) :

[MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO (APELANTE), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (APELANTE), PERCIVAL SANTOS MUNIZ - CPF: [REDACTED] (APELADO), FABRICIO MIGUEL CORREA - CPF [REDACTED] (ADVOGADO), ARTUR CHERULLI - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), COMERCIAL JOSE BARRIGA DE COMBUSTIVEIS LTDA - CNPJ: 10.242.354/0001-04 (APELADO), LUCAS BRAGA MARIN - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), BRUNO CESAR MORAES COELHO - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), ANISIO DIAS DE SOUZA - CPF: [REDACTED] (APELADO), EDUARDO CARVALHO GONCALVES - CPF: [REDACTED] (ADVOGADO), MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO - CNPJ: 14.921.092/0001-57 (CUSTOS LEGIS)]

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência Des(a). HELENA MARIA BEZERRA RAMOS, por meio da Turma Julgadora, proferiu a seguinte decisão: **POR UNANIMIDADE, DESPROVEU O RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.**

EMENTA

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA C/C RESSARCIMENTO AO ERÁRIO – IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DE PREGÃO PARA AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS E SUPOSTO SOBREPREÇO – INOBSERVANCIA AO ART. 15, § 1º DA LEI Nº 8.666/93 – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – PRETENDIDA CONDENAÇÃO NAS SANÇÕES DOS ARTIGOS 10, *CAPUT*, V, VIII E XII, DA LEI N. 8.429/92 – APLICAÇÃO RETROATIVA DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 14.230/2021 EM RELAÇÃO À ANÁLISE DA

COMPROVAÇÃO DE DOLO – TEMA N. 1.199 DO STF – INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO PARA IMPOR A CONDENAÇÃO DOS RÉUS – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR DA AÇÃO – DOLO E PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO EVIDENCIADOS – ATO ÍMPROBO NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

1. Com as alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021 à Lei n. 8.429/92, a responsabilização civil por improbidade administrativa se restringe ao ato praticado com dolo, sendo necessário perquirir, todas as circunstâncias fáticas do ato ímprobo, com a indicação da real participação de cada agente administrativo/público e particular envolvido para a prática do suposto ato de improbidade administrativa.

2. Não evidenciado o elemento subjetivo, consubstanciado pela vontade livre e consciente dos agentes em alcançar o resultado ilícito tipificado na lei de improbidade, bem como não demonstrado o prejuízo concreto à administração pública, ônus que incumbe à parte autora, nos termos do artigo 373, inciso I, do CPC, afasta-se a possibilidade de condenação na figura típica do artigo 10, incisos V, VIII e XII, da Lei n.º 8.429/92.

ESTADO DE MATO GROSSO

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GABINETE - DESA. HELENA MARIA BEZERRA RAMOS

Centro Político Administrativo - Rua C, S/N - CEP 78049-926 - Cuiabá-MT - (65) 3617-3000 - E-mail: gab.helenaramos@tjmt.jus.br

APELAÇÃO CÍVEL (198) 1002061-24.2020.8.11.0003

APELANTE: MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO

RELATÓRIO

EXMA. SRA. DESA. HELENA MARIA BEZERRA RAMOS
(RELATORA)

Egrégia Câmara:

Trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto pelo **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Rondonópolis/MT, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa movida pelo Ministério Público Estadual em desfavor de **Percival Santos Muniz, Comercial José Barriga de Combustíveis Ltda e Anísio Dias de Souza**, que julgou improcedentes os pedidos veiculados na inicial, que objetivavam a condenação dos Requeridos nas sanções dos artigos 10, caput, V, VIII e XII e art. 11, caput, I, da Lei n. 8.429/92, tornando sem efeito a liminar deferida nos autos que havia determinado a indisponibilidade dos bens dos Requeridos (ID n. 202672420)

Em suas razões recursais (ID n. 202672431), **o Ministério Público do Estado de Mato Grosso** aduz, em síntese, que, ao contrário do que consignou a sentença recorrida, restou devidamente evidenciada a prática de ato ímprobo, ressaltando que *a licitação do Pregão Presencial nº 30/2016 foi realizada sem qualquer pesquisa orçamentária real e efetiva, tendo em vista que os preços dos combustíveis foram consultados unicamente com uma única empresa, ora a vencedora recorrida, sendo que a Prefeitura Municipal, administrada pelo apelado Percival Santos Muniz, deixou de seguir normas básicas e essenciais do registro de preço, bem como a empresa apelada apresentou proposta de preço com sobrepreço muito maior que o comercializado por ela própria na bomba para os consumidores finais, conforme a relação de preços da ANP.*

Assevera que, os Apelados não observaram as obrigatórias regras estabelecidas na Lei nº 8.666/93, celebrando indevida e superfaturada compra de produto, com manifesto e concreto prejuízo ao erário.

Argumenta que, os Agentes Públicos se omitiram em seus deveres funcionais e para com o erário municipal, ao não efetuarem uma efetiva pesquisa de preço, sendo que a empresa vencedora também estabeleceu o seu valor com sobrepreço muito maior que o preço de mercado na época da celebração do contrato, tendo sido tudo cegamente aceito pelo agente público apelado, o qual tinha o dever funcional e tempo hábil de agir com a cautela de certificar se o preço apresentado era o esperado no mercado, bem como se era o mesmo preço ofertado aos consumidores finais, como comprovou inequivocamente a pesquisa de preço efetuada pelo Centro de Apoio Operacional do Ministério Público.

Por essas razões, pugna pelo provimento do recurso, com a conseqüente reforma da sentença recorrida para *que os Requeridos sejam condenados nas sanções civis dispostas no art. 12, inciso II, da Lei 8.429/92, assim como a reparação do dano ao erário, no valor de R\$ 86.026,14 (oitenta e seis mil, vinte e seis reais e quatorze centavos), e/ou subsidiariamente a condenação dos recorridos ao menos ao ressarcimento do superfaturamento, a ser devidamente atualizado com juros e correção monetária em fase de cumprimento de sentença.*

A certidão de ID n. 202672432 atesta a tempestividade recursal.

As contrarrazões foram apresentadas por **Percival Santos Muniz** (ID n. 202672438) e por **Comercial José Barriga de Combustível Ltda e Anísio Dias de Souza** (ID n. 20672445), ambas pugnando pelo desprovimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual.

A certidão de ID n. 202804663 atesta a dispensa de recolhimento de preparo recursal pelo Ministério Público Estadual, conforme previsto no art. 1007, §1º, do Código de Processo Civil e art. 73, §1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer colacionado no ID n. 205220688, manifestou-se pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Peço dia.

Cuiabá, data da assinatura eletrônica.

Desa. Helena Maria Bezerra Ramos

Relatora

VOTO

**EXMA. SRA. DESA. HELENA MARIA BEZERRA RAMOS
(RELATORA)**

Egrégia Câmara:

Conforme relatado, trata-se de Recurso de Apelação Cível interposto pelo **Ministério Público do Estado de Mato Grosso**, em face da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Rondonópolis/MT, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa movida pelo Ministério Público Estadual em desfavor de **Percival Santos Muniz, Comercial José Barriga de Combustíveis Ltda e Anísio Dias de Souza**, que julgou improcedentes os pedidos veiculados na inicial, que objetivavam a condenação dos Requeridos nas sanções dos artigos 10, caput, V, VIII e XII e art. 11, caput, I, da Lei n. 8.429/92, tornando sem efeito a liminar deferida nos autos que havia determinado a indisponibilidade dos bens dos Requeridos (ID n. 202672420)

Compulsando os autos observa-se a presença dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal, quais sejam, regularidade formal, dispensa de preparo e tempestividade recursal.

De igual modo, vislumbram-se presentes os requisitos intrínsecos, entre eles, cabimento, legitimidade, interesse recursal e ausência de fato extintivo ou impeditivo de recorrer, que autorizam reconhecer a admissibilidade e a apreciação da pretensão recursal.

Antes da análise do presente recurso, se faz necessário um breve relato dos fatos postos à discussão, razão pela qual, peço vênha para transcrever o relatório da sentença recorrida (ID n. 202672420):

(...)

VISTO.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO ajuizou ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa c/c pedido de tutela provisória de indisponibilidade de bens em face de **PERCIVAL SANTOS MUNIZ, COMERCIAL JOSÉ BARRIGA COMBUSTÍVEIS LTDA – POSTO FORÚM e ANÍSIO DIAS DE SOUZA**, aduzindo, em síntese, que o requerido **PERCIVAL SANTOS MUNIZ**, exercendo o cargo eletivo de Prefeito de Rondonópolis/MT, autorizou a realização do Pregão Presencial nº 16/2016, cujo objeto era a contratação de empresa para o fornecimento de combustível, visando o abastecimento da frota de veículos das diversas Secretarias do Município. Todavia, este não foi concluído, pois houve dois concorrentes, sendo um o **POSTO FÓRUM** e o outro o Posto Internacional, tendo o primeiro apresentado menor valor, mas desistiu do certame, e o Posto Internacional foi considerado inabilitado na fase documental.

Informa que, em seguida, o Município determinou a realização de um novo Pregão Presencial identificado com o nº 30/2016, cujo objeto era o mesmo do citado acima, sendo que neste somente compareceu o requerido **POSTO FÓRUM**, o qual apresentou sua proposta e se sagrou vencedor, tendo então firmado o Contrato nº 144/2016, para fornecimento de Combustível (etanol, gasolina, óleo diesel comum e S-10), no período de doze (12) meses – 11/05/2016 a 11/05/2017, pelo valor global de R\$ 2.103.666,13.

Alega que este último Pregão Presencial (nº 30/2016) foi celebrado com vícios insanáveis em seu trâmite, demonstrando jogo de cartas marcadas com claro direcionamento à empresa requerida vencedora,

além de superfaturamento nos preços cobrados pelos combustíveis fornecidos, provocando concreto prejuízo ao erário.

Assevera que a licitação foi realizada sem qualquer pesquisa orçamentária real e efetiva, sendo que os preços dos combustíveis foram consultados unicamente com uma empresa, a vencedora do certame, ora requerida, apesar de a Lei nº 8.666/93 prever de forma clara que o registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado (art. 15, § 1º). Ressalta que as irregularidades ocorridas na fase interna da licitação resultaram na celebração de contrato com preços bem acima dos praticados no mercado, o que, inegavelmente, gerou concreto prejuízo ao erário de Rondonópolis/MT.

Sustenta que, segundo constatado na perícia técnica realizada pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Mato Grosso, a empresa requerida vencedora do Pregão nº 36/2016 cobrou preço a maior do combustível fornecido à Prefeitura de Rondonópolis, e que esse sobrepreço é a maior tanto com relação ao valor médio da tabela da ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), com uma diferença total no importe de R\$ 106.075,49; quanto ao valor de venda para o consumidor final, cuja diferença total é de R\$ 50.208,07.

Acrescenta que o valor total da diferença paga pelo Município é de R\$ 55.921,01 (cinquenta e cinco mil, novecentos e vinte e um reais e um centavo), que atualizado até o ajuizamento da ação perfaz o valor de R\$ 86.026,14 (oitenta e seis mil, vinte e seis reais e quatorze centavos).

Assim, requer a concessão de liminar, inaudita altera pars, para decretar a indisponibilidade dos bens dos réus, para obstar a dilapidação do patrimônio pessoal por eles adquirido, seja a título oneroso ou gratuito, e viabilizar a reparação do dano causado ao erário, na quantia de R\$ 86.026,14 (oitenta e seis mil, vinte e seis

reais e quatorze centavos). Ao final, requereu o Ministério Público a condenação dos requeridos nas sanções previstas no artigo 12, incisos II e III, da Lei nº 8.429/92 (Id. 29091110).

Após regular processamento do feito, o Magistrado Singular **julgou improcedentes os pedidos veiculados na inicial.**

Irresignado, o Apelante pugna pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença recorrida para *que os Requeridos sejam condenados nas sanções civis dispostas no art. 12, inciso II, da Lei 8.429/92, assim como a reparação do dano ao erário, no valor de R\$86.026,14 (oitenta e seis mil, vinte e seis reais e quatorze centavos), e/ou subsidiariamente a condenação dos recorridos ao menos ao ressarcimento do superfaturamento, a ser devidamente atualizado com juros e correção monetária em fase de cumprimento de sentença.*

Pois bem.

O cerne da controvérsia reside em saber se os requeridos agiram de maneira dolosa na subversão do rito procedimental dos procedimentos licitatórios, bem como aferir se tal conduta causou lesão ao erário municipal.

Como se sabe, a redação dada pela Lei n. 14.230/2021, ao art. 1º e parágrafos da Lei n. 8.429/92, estabelece que **apenas as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 serão consideradas atos de improbidade administrativa**, ou seja, somente se admite responsabilizar os **atos dolosos praticados com a finalidade específica de alcançar o resultado ilícito**, não bastando a voluntariedade do agente, *in verbis*:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Cumpre, destacar, ainda, que, em julgamento pelo STF do ARE 838989 - TEMA 1.199, restou pacificado que, *é necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo – DOLO; bem como que, a nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente.*

Quanto à conduta prevista no art. 10, *caput*, V, VIII e XII da Lei n. 8.429/92 (dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), em virtude das alterações promovidas pela Lei n. 14.230/2021, para a sua caracterização, deve ser identificada **a finalidade específica (dolo) de ter causado prejuízo ao erário com a motivação de obtenção do proveito ou benefício indevido e no exercício das atividades como agente público.**

Sobre a necessidade de se comprovar o dolo específico decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO. AÇÃO DE IMPROBIDADE AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ALAGOAS EM DESFAVOR DO ENTÃO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MATRIZ DE CAMARAGIBE/AL, POR TER CONTRATADO DIRETAMENTE QUATRO AGENTES PARA SERVIÇO TEMPORÁRIO, MAS COM BASE EM AUTORIZAÇÃO DA

LEI MUNICIPAL 328/1997. CONDENAÇÃO ADVENIENTE DA CORTE ALAGOANA COM ESTEIO EM DOLO GENÉRICO, EM REVERSÃO À SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO INSUSTENTÁVEL, POR NÃO SER POSSÍVEL, EM CASOS TAIS, DESSUMIR O DOLO ESPECÍFICO DO GESTOR PÚBLICO NAS CONTRATAÇÕES, NOS TERMOS DO TEMA 1.108 JULGADO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA RESTABELECIDA.

1.(...)8. Como ratio decidendi, o condutor do voto, Ministro GURGEL DE FARIA, registrou que o afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso para o reconhecimento da improbidade, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa.

(...) 10. Sobreleva perceber que a modificação legal passou a exigir, para qualquer demanda de improbidade, o dolo específico do agente, no intuito de reforçar a necessidade de ser identificada a especial nota de má-fé do administrador público como causa material de condenação às sanções da Lei 8.429/1992, evitando-se implicar o agente público em somenos. (...)

(AgInt no AREsp n. 1.125.411/AL, relator Ministro Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF5), Primeira Turma, julgado em 23/6/2022, DJe de 30/6/2022)

Da análise dos autos, observa-se da simples leitura da inicial da Ação Civil Pública (ID n. **202672684**), que são atribuídas ao Recorridos *Percival Santos Muniz, Comercial José Barriga de Combustíveis Ltda e Anísio Dias de Souza* a prática de ato de improbidade administrativa previstos nos artigos 10, caput, V, VIII e XII e art. 11, caput, I, da Lei n. 8.429/92, em decorrência do fato de, *o Requerido Percival Santos Muniz, no exercício do cargo de Prefeito Municipal de Rondonópolis/MT ter autorizado a realização do Pregão Presencial, cujo objeto era a contratação de empresa para o fornecimento de*

combustível visando o abastecimento da frota de veículos das diversas Secretarias do Município, com vícios insanáveis em seu trâmite, demonstrando direcionamento à empresa requerida vencedora, além de superfaturamento nos preços cobrados dos combustíveis fornecidos, provocando concreto prejuízo ao erário no valor atualizado de R\$86.026,14 (oitenta e seis mil, vinte e seis reais e quatorze centavos).

Narra a inicial, que, o requerido PERCIVAL SANTOS MUNIZ, exercendo o cargo eletivo de Prefeito de Rondonópolis/MT, inicialmente autorizou a realização do Pregão Presencial nº16/2016, cujo objeto era a contratação de empresa para o fornecimento de combustível visando o abastecimento da frota de veículos das diversas Secretarias do Município. Todavia, este não foi concluído, posto que conforme Ata de Sessão Pública disposta às fls. 47-IC, houve dois concorrentes, sendo um o Posto FÓRUM e o outro o Posto Internacional, tendo este apresentado menor valor, mas foi considerado inabilitado na fase documental, ao passo que o Posto Fórum manifestou desistência do certame.

Destaca que, em seguida, o Município determinou a realização de um novo Pregão Presencial identificado com o nº30/2016, cujo objeto era o mesmo do citado acima, sendo que neste somente compareceu o requerido POSTO FÓRUM, tendo ele apresentado sua proposta e se sagrado vencedor, firmando o Contrato nº144/2016, para fornecimento de Combustível (etanol, gasolina, óleo diesel comum e S-10), no período de doze (12) meses – 11/05/2016 a 11/05/2017, pelo valor global de R\$2.103.666,13 (Contrato exposto às fls. 22/36-IC).

Ressalta que, o Requerido Percival Santos Muniz deixou de seguir normas básicas e essenciais do registro de preço, em especial o disposto no art. 15, § 1º da Lei n. 8.666/93, as quais garantiriam a não adjudicação de proposta com valores acima dos praticados no mercado.

Assevera, também, que, as irregularidades na fase interna da licitação com direcionamento da contratação resultou em contrato com valores de preço bem acima dos praticados no mercado, tendo a Perícia Técnica elaborada pelo CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO constatado que a empresa requerida vencedora do Pregão nº30/2016, cobrou preço a maior do combustível fornecido a Prefeitura de Rondonópolis e esse sobrepreço é a maior

tanto com relação ao valor médio da tabela da ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), com um total de diferença de R\$106.075,49, assim como é um preço a maior na venda ao consumidor final fornecido - R\$50.208,07.

Como é de notório conhecimento, não se olvida que o procedimento licitatório de pregão para registro de preços deve ser precedido de ampla pesquisa de mercado, nos termos do então vigente § 1º do art. 15 da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

§ 1º O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

Na presente hipótese, entendo que não merece reparos a sentença que julgou improcedente a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, porquanto inobstante caracterizada **a não observância das formalidades legais previstas no art. 15, § 1º, da Lei. 8.666/93, relativa à prévia e ampla pesquisa de mercado para definição do valor de referência à amparar à futura aquisição por meio de procedimento licitatório de Pregão Presencial**, não se vislumbra dos autos a demonstração de que o agente público requerido tenha atuado com dolo de lesar o erário ou até mesmo de obter benefício indevido; tratando-se, na verdade, de conduta negligente no exercício da praxe administrativa, o que torna descabida a condenação por ato de improbidade administrativa.

Isso porque, a finalidade da norma não visa a punir irregularidades como o caso concreto, mas aplicar sanções à agentes desonestos, corruptos, desleais à res pública, ou que agem imbuídos de má-fé, elementos não evidenciados na espécie.

Conforme bem destacou a sentença recorrida (ID n. 153038693), além de, na espécie, não ter sido comprovada a ocorrência do mencionado direcionamento do objeto da licitação, inexistente prova de sobrepreço na aquisição dos combustíveis, *in litteris*:

(...)

Embora se mostre irregular a realização de apenas um orçamento, ainda mais com a empresa vencedora do certame, não se pode afirmar que tais situações serviram para burlar o procedimento licitatório com o direcionamento da empresa requerida e que isso acarretou a compra dos combustíveis com sobrepreço.

Isso porque, mesmo que o orçamento prévio tenha sido realizado apenas com a empresa vencedora, tal fato não impossibilitou a participação de outros licitantes ao certame, na medida em que houve regular publicação do edital.

No Pregão Presencial nº 30/2016 não houve qualquer violação aos princípios da publicidade e da concorrência inerentes à licitação, já que sequer tal ponto foi levantado pelo Ministério Público.

Além disso, a Lei nº 10.520/02, que regulamenta o pregão, não estabelece um número mínimo de participantes nem veda o prosseguimento da licitação quando presente apenas um interessado.

Portanto, ausente vedação legal à participação de apenas um licitante no certame e não apontada qualquer irregularidade na publicação deste, tampouco a existência de cláusula restritiva da competitividade, não há nenhuma ilegalidade no prosseguimento da licitação com apenas um interessado.

Desse modo, não se pode afirmar que há elementos que apontam redirecionamento à empresa requerida no pregão em questão, pelo fato de ter sido realizado apenas um orçamento com a empresa ré vencedora e por ter tido apenas ela como licitante.

Além disso, o fracasso do pregão nº 16/2016 e a publicação de nova licitação com o mesmo objeto também não gera a conclusão de redirecionamento a empresa requerida. Nesse certame, houve dois concorrentes, o Posto Fórum e o Posto Internacional, sendo que esse apresentou a proposta de menor valor. Na fase de apresentação dos lances, foram apresentados os lances verbais e sucessivos, tendo o Posto Fórum desistido do lote (id. 31843311 - Pág. 217/219).

Segundo a empresa requerida, na licitação Pregão nº 16/2016, o Posto Internacional estava oferecendo os produtos por um valor muito abaixo ao de mercado, o que se tornava improvável a comercialização por tal valor, razão pela qual optou por se retirar da licitação, pois não tinha condições em cobrir os preços ofertados pelo posto concorrente.

Denota-se que a referida licitação foi declarada fracassada, uma vez que o Posto Internacional foi inabilitado por não apresentar os seguintes documentos: alvará de localização e funcionamento; certidão de falência e concordata; certidão negativa de tributos federais; certidão negativa de tributos municipais; e os itens 10.5.1 e 10.5.2 do edital relativos à qualificação técnica (id. 31843311 - Pág. 217 e 321).

Assim, o Posto Internacional somente não se sagrou vencedor por não atender o edital do certame, deixando de juntar documentos imprescindíveis, como, por exemplo, o alvará de localização e funcionamento.

O representante do Posto Internacional mencionou no seu depoimento durante o Inquérito Civil, que: “(...). E não participei do pregão de nº 30/2016, pois fiquei sabendo que só os mesmos vendem para todos os órgãos municipais. Sendo que os preços vendidos na bomba pelos mesmos tem uma diferença gritante dos preços vendidos para os órgãos públicos” (id. 29091119 - Pág. 9).

Tal afirmação, por si só, não implica em dizer que houve direcionamento manifesto ao posto requerido, uma vez que, embora o referido representante do Posto Internacional tenha afirmado que pela inexperiência e pressa esqueceu-se de incluir alguns documentos no envelope do Pregão nº 16/2016, tudo leva a crer que ele deixou de participar do próximo pregão (30/2016), pela ausência de documentos exigidos em qualquer licitação.

Dessa forma, os elementos constantes no feito não demonstram o alegado direcionamento à empresa requerida.

Quanto ao preço dos combustíveis, o autor sustenta que, de acordo com o relatório técnico nº 573/2018 realizado pelo Centro de Apoio Operacional do Ministério Público – CAOP, a empresa requerida vencedora do Pregão nº30/2016, cobrou preço a maior do combustível fornecido a Prefeitura de Rondonópolis e esse sobrepreço é a maior tanto com relação ao valor médio da tabela da ANP (Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis), com um total de diferença de R\$ 106.075,49, assim como é um preço a maior na venda ao consumidor final fornecido - R\$ 50.208,07 (id. 29091110 - Pág. 11).

Consta, ainda, do relatório técnico nº 1.113/2019, elaborado em completo ao anterior, pelo Centro de Apoio Operacional do Ministério Público – CAOP, que:

“Após, o planilhamento de todas as notas fiscais encaminhadas, verificou-se que a prefeitura abasteceu somente com gasolina e diesel, portanto, quantificamos os litros vendidos por combustível, multiplicamos com o preço de venda ao consumidor final (ANP), logo após, subtraímos com o valor pago.

Portanto, o valor da diferença total paga é de R\$ 55.921,07 (cinquenta e cinco mil novecentos e vinte um reais e sete centavos)” (id. 29091127 - Pág. 34).

Na hipótese, o contrato foi firmado com valor total de R\$ 2.103.666,13 (dois milhões, cento e três mil, seiscentos e sessenta e seis reais e treze centavos), para aquisição de 860 litros de etanol com valor unitário de 2,69; 210.570 litros de gasolina com valor unitário de R\$ 3,66; 3.500 litros de óleo diesel comum no valor unitário de R\$ 3,39; e, 362.027 litros de óleo diesel S-10 com valor unitário de 3,39; com prazo de vigência de 11/05/2016 a 11/05/2017 (id. 29091118 - Pág. 23/37).

*Ocorre que, conforme firmado nos referidos relatórios técnicos nº 573/2018 e 1.113/2019, o valor total pago relativo ao Pregão nº 30/2016 foi de **R\$ 826.055,31** (id. 29091127 - Pág. 12), referente à aquisição de 127.142,14 litros de gasolina e 204.863,81 litros de diesel (id. 29091127 - Pág. 34).*

Consoante se depreende dos referidos relatórios técnicos foram considerados apenas os valores de venda ao consumidor fornecido pela ANP do mês de junho de 2016 para apurar que houve sobrepreço

em relação ao preço dos combustíveis constante na licitação em debate. Vejamos:

O Tribunal de Contas da União já decidiu que a “caracterização de sobrepreço deve ser feita com base em comparação dos preços de aquisição com aqueles vigentes no mercado local no mesmo período” (TCU, Tomada de Contas Especial n. 015.425/2002-4, acórdão 51/2008, rel. Ministro Aroldo Cedraz, Segunda Câmara j. em 29-1-2008).

Por essa razão, entendo não ser correto utilizar apenas o preço médio de revenda de único mês (junho/2016) para afirmar que houve sobrepreço na licitação em questão, mormente se o período de vigência do contrato perdurou por um ano (maio/2016 a maio/2017), de modo que sequer levou em consideração a oscilação de preço semanal ou mensal do prazo total do avençado.

Assim, os preços referenciais utilizados pelo Centro de Apoio Operacional do Ministério Público – CAOP não são capazes de refletir precisamente todas as variações do mercado no período de vigência do contrato, sendo, portanto, insuficientes os dados constantes no feito para afirmar com clara evidência a existência de sobrepreço nos preços dos combustíveis adquiridos com o Pregão nº 30/2016.

Como se sabe, nos termos da jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça, o pedido de ressarcimento ao erário reclama a comprovação de lesão efetiva ao patrimônio público, não sendo possível caracterizar o dano por mera presunção.

Desse modo, afasto a alegação de sobrepreço, não havendo, portanto, prova de prejuízo ao erário municipal com a aquisição dos combustíveis pelos preços ajustados no Pregão n° 30/2016.

Como se vê, em que pese a deficiência da pesquisa de mercado, não há no conjunto probatório elemento indicando a existência de direcionamento do procedimento licitatório; pois, ao contrário do alegado pelo Apelante, a ausência de ampla pesquisa de preços na fase pré-licitatória, ainda que somada ao comparecimento, apenas, de um único licitante, não se releva, por si só, circunstância suficiente para comprovação de eventual conluio para direcionamento do certame, **sobretudo quando anterior procedimento licitatório não foi levado à efeito por razões alheias à vontade do gestor público.**

Assim, é preciso considerar que mesmo a ação praticada contrariamente ao que prescreve a lei, por si só, não caracteriza a improbidade, pois, para tanto, faz-se necessária uma prática ilegal qualificada pela desonestidade com que atua o agente público, valendo-se da especial condição jurídica que detém.

Nesse sentido é o entendimento adotado por este Sodalício:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA –PRELIMINAR DE LITISPENDENCIA – FATOS DIVERGENTES – CAUSA DE PEDIR DIVERSA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – LICITACAO – CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS – INOBSERVANCIA À LEI Nº 8.666/93 – AUSENCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO AO ERÁRIO E DO DOLO DO AGENTE – ACERVO PROBATÓRIO INSUFICIENTE – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – DECISAO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Verifica-se a litispendência quando se reproduz ação anteriormente ajuizada, com as mesmas partes, causa de pedir e pedido. Não

demonstrada a identidade destes elementos, não há falar em litispendência. Constitui ato de improbidade administrativa que cause prejuízo ao erário, importe em enriquecimento indevido ou atente contra os princípios da administração pública, ação ou omissão dolosa, compreendida como a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito. Ainda que reconhecida a irregularidade e possível contrariedade à Lei de Licitações, mostra-se imprescindível a comprovação do efetivo prejuízo ao erário e o dolo do agente, o que não restou evidenciado na hipótese. Não comprovado o elemento subjetivo ou a efetiva lesão aos cofres públicos, não há falar em ato de improbidade administrativa e conseqüente ressarcimento ao erário. Sentença reformada. Recurso provido.

(TJ-MT - APELAÇÃO CÍVEL: 0000212-40.2008.8.11.0040, Relator: MARIO ROBERTO KONO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 14/3/2023, Segunda Câmara de Direito Público e Coletivo, Data de Publicação: 27/3/2023). [Destaquei]

A jurisprudência pátria trilha o mesmo norte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO – PREGÃO – AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS – IRREGULARIDADES, DIRECIONAMENTO E SOBREPREGO.

– Sentença de improcedência, nos termos do art. 487, I, do CPC. REEXAME NECESSÁRIO – Inadmissibilidade – Lei nº 14.230/2021 que acrescentou o art. 17-C, § 3º, à Lei n.º 8.429/1992 – Inexistência de remessa necessária nas sentenças de que trata a Lei de Improbidade Administrativa – Não conhecimento. APELO MUNICIPAL – Alegações genéricas de irregularidades, direcionamento e sobrepreço em procedimento licitatório – Não comprovação – Lei de Improbidade Administrativa não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas, o desonesto, o corrupto, desprovido de lealdade e boa-fé – Ausência de demonstração de ato doloso de improbidade administrativa – Improcedência mantida – Honorários advocatícios – Descabimento, na espécie – Ausência de

má-fé da parte autora – Inteligência do art. 18 da Lei nº 7.347/1985 – Sentença reformada, em parte, somente para excluir a condenação ao pagamento de honorários advocatícios. – Apelo parcialmente provido e reexame necessário não conhecido.

(TJ-SP - AC: 10005503220148260666 Artur Nogueira, Relator: Spoladore Dominguez, Data de Julgamento: 22/6/2023, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 22/6/2023). [Destaquei]

Por sua vez, não se vislumbra a mínima demonstração de ocorrência de lesão ao erário em decorrência do alegado sobrepreço na compra dos combustíveis, na medida em que, conforme bem destacou o Magistrado Singular, devido às variações do mercado no período de vigência do contrato, a simples comparação entre a quantidade de litros adquiridos, o valor total pago e o preço de venda ao consumidor final não se revela adequada a evidenciar o superfaturamento indicado na inicial, cuja análise tem por base a comparação dos preços de aquisição com aqueles vigentes no mercado local no mesmo período.

Logo, incumbiria ao Autor da ação o ônus da prova sobre os fatos imputados, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MATÉRIA PROBATÓRIA. ÔNUS DO AUTOR. ART.333 DO CPC. CONDUCTA ÍMPROBA NÃO CONFIGURADA. ART. 11DA LEI 8.429/92. ATIPICIDADE. IMPUTAÇÃO SUJEITA A MEDIDASE/OU SANÇÕES NA SEARA ADMINISTRATIVA. RECURSO PROVIDO.

(...)

2. Incumbe ao autor da ação de improbidade o ônus da prova sobre o s . No caso, a norma que prevê fatos imputados ao suposto agente improboo regime de dedicação exclusiva (art. 14, I, do Decreto 94.664/87) veda o "exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada". Embora oTribunal a quo afirme não estar comprovada a

remuneração pelo patrocínio das oito causas judiciais, entendeu que o ônus de provar a ausência de remuneração competia ao réu.(...)

6. Recurso provido para reformar o acórdão recorrido e, em consequência, julgar improcedentes os pedidos formulados na ação de improbidade.

(REsp 1314122/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 3/4/2014, DJe 9/4/2014).

Dessa forma, não se comprovando no caso sub judice o elemento volitivo, qual seja o dolo específico, de **causar dano ao erário**, não há que se falar em condenação dos Requeridos nas sanções do art. 10 da LIA.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso de Apelação interposto pelo **Ministério Público Estadual**, para manter inalterada a sentença que julgou improcedentes os pedidos veiculados na inicial da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa.

É como voto.

Data da sessão: Cuiabá-MT, 25/09/2024

Assinado eletronicamente por: HELENA MARIA BEZERRA RAMOS

<https://clickjudapp.tjmt.jus.br/codigo/PJEDBQDDYYRBY>



PJEDBQDDYYRBY