

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.586.855 - MS (2019/0278783-1)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
AGRAVADO : NELSON TRAD FILHO
ADVOGADOS : FÁBIO DE MELO FERRAZ - MS008919
FILIPPE LIEPKAN MARANHÃO - MS021880
INTERES. : ALMIR ANTONIO DINIZ DE FIGUEIREDO
ADVOGADO : MARCELO BARBOSA ALVES VIEIRA - MS009479
INTERES. : ANDRE LUIZ SCAFF
ADVOGADOS : JOSÉ WANDERLEY BEZERRA ALVES - MS003291
GUSTAVO MARQUES FERREIRA - MS007863
ANTONIO FERREIRA JÚNIOR - MS007862
HENRIQUE SANTOS ALVES - MS016708
INTERES. : ARNALDO ANGEL ZELADA CAFURE
ADVOGADOS : FÁBIO DE OLIVEIRA CAMILLO - MS008090
SEBASTIÃO ROLON NETO - MS007689
LUCAS ABES XAVIER - MS012475
JOSÉ NELSON DE SOUZA JUNIOR - MS014283
INTERES. : ASFALTEC TECNOLOGIA EM ASFALTO LTDA
ADVOGADO : MARCELO BARBOSA ALVES VIEIRA - MS009479
INTERES. : BERTHOLDO FIGUEIRO FILHO
INTERES. : CLEBER DE OLIVEIRA
ADVOGADO : FÁBIO DE OLIVEIRA CAMILLO - MS008090
INTERES. : ELIAS LINO DA SILVA
INTERES. : EQUIPE ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : MARCELO BARBOSA ALVES VIEIRA - MS009479
INTERES. : FATIMA ROSA COTA MORAL DE OLIVEIRA
INTERES. : GILMAR ANTUNES OLARTE
INTERES. : IVANE VANZELLA
INTERES. : JOAO ANTONIO DE MARCO
ADVOGADO : JOSEPH GEORGES SLEIMAN - MS003098
INTERES. : JOAO PARRON MARIA
INTERES. : LD CONSTRUÇOES LTDA
ADVOGADOS : MÁRCIO ANTÔNIO TORRES FILHO - MS007146
ARY RAGHIAN NETO - MS005449
ARNALDO PUCCINI MEDEIROS - MS006736
LÚCIA MARIA TORRES FARIAS - MS008109
INTERES. : LUCIANO POTRICH DOLZAN
INTERES. : NELI HATSUCO OSHIRO
ADVOGADO : FÁBIO DE MELO FERRAZ - MS008919
INTERES. : MARCELA LIMA CUNHA
INTERES. : MICHEL ISSA FILHO
ADVOGADO : TELMA VALÉRIA DA SILVA CURIEL MARCON - MS006355

INTERES. : MUCIO JOSE RAMOS TEIXEIRA
ADVOGADO : FÁBIO DE MELO FERRAZ - MS008919
INTERES. : PAULO ROBERTO ALVARES FERREIRA
ADVOGADOS : JANE RESINA FERNANDES DE OLIVEIRA - MS004504
MARLON SANCHES RESINA FERNANDES - MS008015
TELMA VALÉRIA DA SILVA CURIEL MARCON -
MS006355
CAROLINE MENDES DIAS - MS013248
ROSANA DURÃES DOS SANTOS ZORATO - MS014671
JÉSSICA DE OLIVEIRA CURIEL - MS018273
AMANDA ROMERO DO ESPÍRITO SANTO - MS022127
INTERES. : SEMY ALVES FERRAZ
ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ BORGES NETTO - MS005788
INTERES. : SYLVIO DARILSON CESCO
INTERES. : UNIPAV ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : MARCELO BARBOSA ALVES VIEIRA - MS009479
INTERES. : USIMIX LTDA
INTERES. : VALTEMIR ALVES DE BRITO
INTERES. : THEREZINHA AZAMBUJA FERREIRA
ADVOGADO : FÁBIO DE MELO FERRAZ - MS008919
INTERES. : JOAO CARLOS DE ALMEIDA
ADVOGADO : MARCELO BARBOSA ALVES VIEIRA - MS009479
INTERES. : LUCAS POTRICH DOLZAN

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto contra decisão que não admitiu recurso especial, este manejado pelo **Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul**, com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo ente federado, cuja ementa ficou assim redigida (fl. 499):

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OPERAÇÃO TAPA BURACOS – GESTOR MUNICIPAL – AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS ÍMPROBOS – REJEIÇÃO DA INICIAL – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/92 - DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Nos termos do § 8º do artigo 17 da Lei n. 8.429/92, é possível a rejeição da ação civil pública, na fase preambular, quando evidente a inexistência de ato de improbidade administrativa.

Nas razões do especial, o *Parquet* agravante aponta violação aos arts. 3º, 10, 11 e 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92. Sustenta, em síntese, que, na atual fase processual, prevalece o princípio *in dubio pro societate*, o qual foi desconsiderado pelo acórdão recorrido. Afirma que a exordial da subjacente ação civil pública descreveu de forma minudente a participação do ex-Prefeito de Campo Grande/MS em esquema ilícito, mediante disponibilização de recursos públicos (dotação orçamentária) e homologações de licitações direcionadas que culminaram em contratações fraudulentas no âmbito da denominada "operação tapa-buracos", realizada em bairros da capital sul-matogrossense.

Recebidos os autos nesta Corte, o Ministério Público Federal, em parecer de lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, opinou pelo provimento do recurso (fls. 663/673).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Inicialmente, relembro que, no que respeita ao recebimento da exordial da ação, a sedimentada jurisprudência desta Corte tem asseverado que "*é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do **in dubio pro societate**, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público*" (**REsp 1.197.406/MS**, Rel.^a Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013). Nessa mesma linha de raciocínio:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTIGOS 9º E 10 DA LEI N. 8.429/1992. SUBCONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE CONTRATADOS PELA CÂMARA DOS DEPUTADOS. RECEBIMENTO DA INICIAL. ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/1992. IN DUBIO PRO SOCIETATE. NECESSIDADE DE NOVA INCLUSÃO DE PROCESSO NA PAUTA DE JULGAMENTO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ÓRGÃO COLEGIADO COMPOSTO POR JUÍZES CONVOCADOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.

1. Nos termos do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, a ação de improbidade administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de

improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação.

[...]

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.186.672/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/9/2013)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSÍVEL PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA OFICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO NO CASO EM CONCRETO. INOCORRÊNCIA. CONCLUSÃO ALCANÇADA A PARTIR DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. OCORRÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS TIDO COMO VIOLADOS.

1. De acordo com a orientação jurisprudencial deste Sodalício, existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes.

2. No caso em tela, a análise dos fundamentos expostos no acórdão recorrido - sem que com isso seja necessário realizar o revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos - há indícios de prática de ato de improbidade, tendo em vista que a promoção pessoal em informes publicitários oficiais é conduta que pode ser enquadrável nos ditames da Lei nº 8.429/92, não havendo, assim, que se falar na ausência de justa causa para o processamento da demanda.

3. Além disso, observa-se ser por demais prematura a extinção do processo com julgamento de mérito, tendo em vista que nesta fase da demanda, a relação jurídica sequer foi formada, não havendo, portanto, elementos suficientes para um juízo conclusivo acerca da demanda.

4. Não houve o revolvimento de provas e fatos - o que é vedado na via recursal eleita a teor da Súmula 7/STJ - tendo em vista que, no caso em concreto, a circunstância quanto à existência de indícios de prática de ato qualificado por improbidade administrativa fora retirada do próprio acórdão, quando afirmou que a parte ora agravante - agente público do Município de Vitória/ES - inseriu seu nome no informe

publicitário veiculado para estimular o contribuinte a pagar em dia o IPTU.

5. Além disso, não há que se falar em falta de prequestionamento dos dispositivos tidos como violados nas razões do recurso especial - art. 17, §§ 8º e 9º da Lei nº 8.429/92 - tendo em vista que houve manifestação expressa a respeito dos mesmos no acórdão recorrido. Inviabilidade, assim, de aplicar as Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.317.127/ES, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/3/2013)

Pois bem, na espécie, o Tribunal de origem, ao reformar a decisão do juízo de primeiro grau, no que recebeu a exordial da subjacente ação civil pública, assim se pronunciou (fls. 508/512):

[...]

No caso dos autos, o autor asseverou, em síntese, que, ao realizar processos licitatórios sem observar as exigências legais, permitindo o enriquecimento ilícito das LD Construções Ltda., ASFALTEC Ltda. e Usimix, assim como de seus sócios, bem como homologar referidos atos licitatórios, o requerido Nelson Trad Filho praticou atos de improbidade administrativa indicados no artigo 10, incisos V, VIII, e XII, e no artigo 11, I e II, ambos da Lei n. 8.429/92 e, portanto, deveriam ser aplicadas as sanções previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e no artigo 12, incisos I e II, da Lei n. 8.429/92.

Entretanto, consoante já adiantado na decisão inicial deste recurso, tenho que as argumentações e provas trazidas pelo agravado são insuficientes para se verificar a existência de indícios de prática de ato de improbidade administrativa cometidos pelo recorrente.

Isso porque, o autor, ao apontar a ação lesiva do requerido, limita-se a afirmar que este, nos anos de 2011 a 2012, teria participado do processo licitatório criminoso. Porém, conforme já mencionei no julgamento do agravo de instrumento de n.

1403691-03.2018.8.12.0000, tais fatos já foram objeto de análise no Inquérito Civil n. 55/2012, arquivado em vista da conclusão de que não haveria irregularidade nos contratos, pelo menos não nos anos de 2011 e 2012 (p. 282-293 / 296-301), de modo a comprometer atos do recorrente.

E, ao analisar aquela decisão de arquivamento do IC n. 55/2012, bem como a petição inicial desta demanda e seus documentos, não há fundamento suficiente para justificar o

recebimento da presente demanda, mormente não ter o autor acrescentado qualquer situação significativamente distinta daquela já analisada no inquérito outrora arquivado. Ou seja, o recorrido deixa de evidenciar a maior amplitude dos objetos/fatos investigados que deram origem à ação civil pública em discussão, quanto ao conhecimento pelo agravante, relativamente as falhas na fiscalização dos serviços e baixa qualidade deles ou qualquer outra irregularidade, haja vista que aumentou a fiscalização dos serviços de tapa buracos.

Nota-se que, naquele Inquérito Civil já arquivado, foram solicitados diversos documentos, tanto à Prefeitura Municipal como às empresas contratadas, referentes aos serviços de tapa buraco, sendo tal documentação analisada pelos representantes do MP, os quais não encontraram nenhuma irregularidade que ensejasse o prosseguimento do inquérito ou mesmo o ajuizamento de ação civil pública.

Assim, não havendo nada de novo a ser acrescentado nesta demanda, evidente a sua inviabilidade.

Impende ainda destacar que o autor não fez provas acerca do suposto conluio dos requeridos para fraudar processos licitatórios. Ainda que insista na suposta relação de proximidade entre os envolvidos para justificar o ajuizamento desta demanda e o mencionado conluio na formação do esquema criminoso, alegando que agentes políticos e servidores públicos visavam, além de auferir vantagens indevidas, beneficiar empresas privadas pertencentes a amigos próximos ou parentes, não há nenhum indício de prova neste sentido.

Ao que se extrai do feito, o autor monta, por presunções, uma relação de amizade estreita e questionável entre os envolvidos na operação tapa buracos para justificar a suposta organização criminosa.

Porém, não há nenhuma comprovação neste sentido, em especial, da conduta do recorrente em anuir com a licitação fraudulenta para beneficiar terceiros, permitindo, facilitando ou concorrendo para que terceiro se enriquecesse ilicitamente.

Outrossim, observa-se que o agravante foi incluído no polo passivo desta demanda por ocupar, à época dos contratos questionados, o cargo de Chefe do Executivo e, portanto, por ter homologado os processos licitatórios e adjudicado o objeto final às empresas vencedoras dos certames questionados.

Entretanto, inexistente mínima prova de que o recorrente, na qualidade de gestor municipal, tenha intencionalmente chancelado licitações fraudulentas, formalmente incorretas e com sobrepreço, adjudicando seus objetos às empresas vencedoras e que, para isso tenha contado com a conivência dos membros da comissão de licitação, que, cada qual em sua posição, deram curso a certames viciados, formal e materialmente, em afronta aos dispositivos da Lei nº 8.666/93.

Ora, apenas porque homologou o resultado final da licitação e adjudicou o objeto em favor da empresa licitante, em processo supostamente irregular, sem demonstrar a conduta ímproba, caracterizada, além da ilegalidade, pelo agir desonesto, com a nítida intenção de violar a norma constitucional, não é possível concluir que o agravante estaria envolvido em esquema fraudulento. Destarte, sem a demonstração de qualquer justa causa para o prosseguimento da ação, descabe o recebimento da inicial.

Outrossim, o fato de ter havido aumento das metas previstas para os programas de aplicação de CBUQ e tapa-buracos, quando da elaboração do Plano Plurianual, para vigência de 2010 a 2013, não é indício de que o agravante estaria envolvido em suposto esquema criminoso para lesar os cofres públicos, por meio de direcionamento de licitações para determinadas empresas, mediante adoção de cláusulas restritivas para habilitação nos certames; de sobrepreço dos serviços contratados; da execução fraudulenta dos serviços pelas empresas e de execução mais onerosa que a normal.

Aliás, dos autos apurou-se que o aumento de gastos com os serviços de tapa-buraco, especialmente nos anos de 2011 e 2012, decorreu do aumento dos níveis pluviométricos acima da média, o que prejudicou a malha asfáltica da Capital (depoimentos de Nelson Trand Filho e Silvio Cesco), não tendo o autor afastado minimamente esta conclusão.

Além disso, no que concerne à execução dos contratos, tem-se dos autos que o agravante, assim que tomou conhecimento das supostas irregularidades quanto à fiscalização das obras de tapa buraco, determinou a edição da Instrução Normativa n. 02, de 22/06/2011, orientando os servidores e prestadores de serviços de tapa buraco a maneira de como deveria proceder, indicando a necessidade da presença de testemunhas para assinarem o laudo de vistoria, conforme se observa do documento de páginas 357/358.

Ademais, consoante já relatado, as supostas irregularidades quanto à execução dos serviços também foram objetos de análise no IC n. 55/2012, sendo analisados documentos e colhidos depoimentos de funcionários das empresas contratadas, que não relataram qualquer defeito a ensejar a continuidade do inquérito ou a propositura da demanda, sendo promovido o arquivamento.

Inclusive, após o arquivamento do IC, a Prefeitura Municipal realizou uma consulta junto ao MP acerca da existência de algum impedimento para a continuidade dos serviços de tapa buraco, oportunidade em que o próprio Ministério Público, responsável pela condução da força-tarefa, expressamente afirmou desconhecer qualquer impedimento legal ou judicial para que fossem retomadas as atividades dos serviços de tapa

buraco, salientando a necessidade de fiscalização da execução. E mais, ainda que se possa alegar que tenha ocorrido irregularidades na fiscalização das obras de pavimentação, não há nenhum indício probatório no sentido de que o agravante tenha contribuído intencionalmente para tal fato, determinando aos seus subordinados que não fiscalizassem, com o objetivo de beneficiar empresas contratadas e seus sócios.

E, embora em depoimento o agente público responsável pela fiscalização das obras de tapa buraco tenha reconhecido a ineficiência da fiscalização, o depoente destacou que tal situação decorria do reduzido número de funcionários, inexistindo pessoal suficiente para acompanhar todos os dias nas usinas de CBUQ e nas frentes de trabalho, inexistindo no processo qualquer menção de que esta situação serviria para lesar a Administração Pública. Sequer é possível concluir que por tal situação o agravante tenha violado princípios administrativos (art. 11, da Lei n. 8.429/92), porquanto não há demonstração mínima do elemento subjetivo do agente com a intenção de ofender preceitos administrativos.

Portanto, o autor apenas pressupõe que, pela falta de fiscalização, as empresas contratadas estariam sendo beneficiadas, presumindo ainda que o agravante teria anuído/concordado/participado de todo um enredo fraudulento.

Contudo, suposições não podem ser objeto de ação civil pública. A presente demanda exige mais do que meras conjecturas hipotéticas, porquanto, ainda que se deva proteger a sociedade de maus administradores – valendo a máxima in dubio pro societate, não é possível admitir a tramitação de um processo de improbidade administrativa sem o mínimo de vestígio da prática do ato administrativo ímprobo, sob pena de impor à parte requerida o processamento de uma demanda temerária, impingindo-lhe os efeitos nocivos que qualquer processo desarrazoado é capaz de causar.

[...]

Se, de fato, houve algum equívoco na fiscalização dos serviços de tapa buracos, não há provas para concluir pela presença do elemento subjetivo na conduta do agravante, especialmente porque, ao que se vê dos autos e conforme já afirmado anteriormente, ao tomar conhecimento de que a fiscalização poderia ser falha, adotou medidas para corrigi-la, bem como o fato de o MP não ter apurado qualquer irregularidade na execução dos serviços de tapa buraco nos anos de 2011 e 2012, tanto que determinou o arquivamento do inquérito instaurado para tal fim.

[...]

Destarte, como já dito, no caso concreto, não se caracterizou essa conduta desonesta, ardilosa, ou denotativa de falta de probidade por parte do réu/agravante, consubstanciada na

suposta formação do aludido esquema criminoso, com o desiderato de causar dano ao Erário por meio do direcionamento da licitação e superfaturamento dos preços a ensejar o processamento desta demanda.

Com o devido respeito ao trabalho realizado pelos representantes do Ministério Público Estadual, entendo que, ao promover seu procedimento investigatório, o autor não tomou as cautelas necessárias para produzir indícios probatórios do suposto conluio formado entre os requeridos para imputar-lhes os crimes de improbidade administrativa. Ora, é certo que o inquérito é peça inquisitiva, sem necessidade de contraditório, mas uma investigação efetivamente consistente não deve levar em considerações apenas presunções e conjecturas, sem qualquer elemento mínimo de prova.

Portanto, em que pesem entendimentos contrários, estou convencido da inexistência do ato de improbidade praticado pelo agravante, de modo que a presente ação civil pública, em relação a ele, deve ser rejeitada.

[...]

De se ver, portanto, que o não recebimento da exordial da subjacente ação civil pública foi motivado, notadamente, pela circunstância de que os fatos ora apontados pelo *Parquet* autor como ímprobos já teriam sido apurados no âmbito do anterior **Inquérito Civil nº 55/2012**, o qual resultou arquivado ante a conclusão de que não haveria irregularidade nos contratos então examinados. Com efeito, nas palavras do Desembargador Relator do acórdão recorrido, "*não há fundamento suficiente para justificar o recebimento da presente demanda, mormente não ter o autor acrescentado qualquer situação significativamente distinta daquela já analisada no inquérito outrora arquivado*" (fl. 508).

Ora, esse fundamento alusivo ao **Inquérito Civil nº 55/2012**, suficiente à manutenção do acórdão que deu pelo não recebimento da exordial da ação, **não foi impugnado nas razões do recurso especial**, o que faz atrair a incidência da Súmula 283/STF ("*É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.*"). A respeito do tema: **AgRg no REsp 1.326.913/MG**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 4/2/2013; **EDcl no AREsp 36.318/PA**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012.

Superior Tribunal de Justiça

ANTE O EXPOSTO, nego provimento ao agravo ministerial.

Publique-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator