

**Autos: 201001994447**

## **S E N T E N Ç A**

Trata-se de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS** em desfavor de **MAGDA MOFATTO HON (1ª ré)**, **MARCOS PEREIRA ROCHA (2ª réu)** e **MARISA ISAIAS ROCHA (3ª ré)**, todos devidamente qualificados nos autos em epígrafe.

Narra o autor, em síntese, que o Município de Caldas Novas-GO, por intermédio da ex-prefeita Magda Mofatto Hon, celebrou contrato de prestação de serviço advocatício com o escritório Marcos Pimenta Advogados S/C, figurando como sócios os dois últimos requeridos.

Diz o membro do *Parquet* que o ajuste e seu posterior termo aditivo foram firmados em desobediência à Lei nº 8.666/1993, especificamente por ter havido decreto indevido de inexigibilidade de licitação, já que viável a realização de competição entre possíveis interessados, importando flagrante afronta ao art. 13, inciso III, § 1º e ao art. 25, inciso II, § 1º, da norma em comento.

Nesse sentido, o MP aduz que o serviço de assessoria jurídica contratado não possui qualquer singularidade capaz de justificar a recusa da realização de concurso.

O autor cita, também, o desrespeito ao estabelecido no art. 26, parágrafo único, da Lei de Licitações.

Afirma o órgão ministerial, outrossim, que a fixação de honorários de êxito no patamar de 20% sobre as economias apuradas é considerada muito superior aos valores de mercado.

Diz, ainda, ter havido pagamento da quantia de R\$ 127.540,37 em prol dos contratados antes do termo previsto no ajuste, ou seja, anteriormente ao trânsito em julgado da decisão administrativa ou judicial.

Indica não ter sido indicado o crédito orçamentário que autorizava a realização da despesa, havendo violação das normas de direito financeiro.

Sustenta que o contrato sofreu redução de seu objeto mediante termo aditivo posteriormente celebrado, limitando drasticamente o serviço inicialmente estabelecido, porém, não houve a correlata diminuição da contraprestação ao particular.

Defende o MP que todas essas ocorrências caracterizam clara violação aos princípios basilares da administração pública (art. 11 da Lei n° 8.429/1992), além de importar patente lesão ao erário (art. 10, *caput*, e incisos V, VIII e XII, da LIA) e enriquecimento ilícito (art. 9°, LIA).

Ao final, o MP requereu a condenação dos réus com base no art. 12, incisos I, II e III, da Lei n° 8.429/1992. Juntou documentos.

Às fls. 333/337 foi indeferido o pedido liminar consistente na indisponibilidade dos bens dos réus, sendo ato contínuo determinada a notificação preambular destes.

Defesa preliminar pelo segundo e terceiros réus às fls. 340/361, com alegação preliminar de litispendência (derivada do feito autuado sob o n° 2009.0475.2865). Reputam nula a citação, uma vez ausente a contra fé da decisão tomada às fls. 333/337. No mérito, propriamente, aduziram não terem cometido qualquer ilegalidade. Esclarecem que os pagamentos de honorários foram iniciados após o trânsito em julgado das decisões administrativas.

Afirmam que o Município não sofreu qualquer prejuízo, antes se beneficiando da atuação judicial dos requeridos. Pontuam que o crédito orçamentário restou definido na cláusula 6.1 do ajuste. Justificam a contratação direta sob a roupagem do art. 25 da Lei de Licitações, ante a notória especialidade do escritório contratado e a natureza singular do serviço técnico objeto do negócio.

Afirmam que o ato impugnado não viola o art. 37, XXI, da CF, sendo regular a contratação via inexigibilidade, consoante jurisprudência por vez arrolada. Afirma que o membro do MP agiu com flagrante má fé ao propor a presente ação, motivo pelo qual requerem a condenação dele

nas iras do art. 19 da LIA e dos arts. 16 e 17 do CPC/1973. Juntaram documentos.

A primeira ré ofertou manifestação defensiva às fls. 800/826 aduzindo, em síntese, a lisura da contratação dos demais réus, colacionando excertos jurisprudenciais do STF, STJ, TCU e TJGO. Sinalizou, também, que o contrato foi julgado lícito pelo TCM/GO.

Arremata dizendo não ter havido dano ao erário (e sim arrecadação no importe de R\$ 708.112,40), afronta a qualquer dos princípios da administração pública, dolo ou má fé na conduta ou proveito patrimonial próprio. Rogou, ao fim, a rejeição da demanda, assim como a condenação dos membros do *Parquet* ao ressarcimento do valor assumido a título de honorários contratuais, conforme autoriza o art. 19 da LIA. Juntou documentos.

Manifestação do MP à fl. 843, pelo prosseguimento do feito.

Inicial recebida em fls. 844/845.

Contestação apresentada pelo segundo e terceiros réus, respectivamente às fls. 859/872 e 887/900, repetindo, essencialmente, os argumentos e teses jurídicas antes destacados, inovando apenas quanto à alegação de perda superveniente do objeto da ação, ante o julgamento do TCM/GO no sentido da legalidade do contrato. Juntaram documentos.

Regularmente citada (fl. 932), a primeira ré deixou de coligar defesa (conforme certificado à fl. 936).

Impugnação ministerial às fls. 938/951.

Despacho para especificação de provas (fl. 956), sucedido por manifestação do MP favorável ao julgamento antecipado do mérito (fl. 958), deixando os requeridos de se manifestarem (fl. 960v).

**É o suficiente relato. Decido.**

## **1. DAS PRELIMINARES**

O segundo e terceiros réus aduziram a nulidade da citação, uma vez que a decisão de fls. 333/337 não acompanhou o respectivo mandado.

Referida circunstância foi certificada à fl. 693.

A alegação, todavia, não procede. Isso porque, conforme sabido, não se declara a nulidade de qualquer ato sem a correspondente prova do prejuízo efetivo e concreto experimentado pela parte suscitante.

Com efeito, segundo a máxima *pas de nullité sans grief*, não se pronuncia nulidade sem prévio prejuízo. O CPC 2015, aliás, contém previsão nesse sentido, estabelecendo que *“dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte”* (art. 283, parágrafo único).

Houve o levantamento de outra questão preliminar, consubstanciada na eventual ocorrência de litispendência, haja vista a tramitação precedente do feito autuado sob o n° 2009.0475.2865, que comportaria os mesmos réus, mesma causa de pedir e idêntico objeto. Sem razão.

Primeiro porque a ocorrência da litispendência exige a identidade tríplice da ação, ou seja, mesmas partes, causa de pedir e pedido (art. 337, § 2º, CPC). Na ação referida, o autor (Município de Caldas Novas/GO) é distinto do presente (MP). Haveria, assim, mera conexão (art. 55, CPC), a importar quando muito a reunião dos feitos.

De outro lado, no curso da presente demanda, o processo pretérito foi extinto sem julgamento de mérito (fls. 961/962), restando imprópria a tese acerca da litispendência, por óbvio.

Os requeridos alegam, outrossim, a perda ulterior do objeto, uma vez que o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás julgou, em grau recursal, a lisura da contratação.

Deveras, o TCM/GO acabou por entender pela legalidade do contrato alvo da demanda, conforme é possível aferir às fls. 828/841. Ocorre que tal provimento não bitola a atuação deste Juízo, tampouco o torna o autor desprovido de interesse processual.

O art. 21, II, da LIA, a propósito, é claro no sentido de que a aplicação das sanções previstas nesta lei independe *da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas?*.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, examinando a matéria, se pronunciou nos seguintes termos:

*PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. OPERAÇÃO DE FINANCIAMENTO POSTERIORMENTE CONSIDERADA REGULAR PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NÃO VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO JULGAMENTO EXERCIDO PELA CORTE DE CONTAS. PRECEDENTES. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. (?) 3. **O controle exercido pelos Tribunais de Contas não é jurisdicional e, por isso mesmo, as decisões proferidas pelos órgãos de controle não retiram a possibilidade de o ato reputado ímprobo ser analisado pelo Poder Judiciário, por meio de competente ação civil pública. Isso porque a atividade exercida pelas Cortes de Contas é meramente revestida de caráter opinativo e não vincula a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa. Precedentes: REsp 285.305/DF, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 13/12/2007; REsp 880.662/MG, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1/3/2007; e REsp 1.038.762/RJ, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/8/2009. 4. **O mister desempenhado pelos Tribunais de Contas, no sentido de auxiliar os respectivos Poderes Legislativos em fiscalizar, encerra decisões de cunho técnico-administrativo e suas decisões não fazem coisa julgada, justamente por não praticarem atividade judicante. Logo, sua atuação não vincula o funcionamento do Poder Judiciário, o qual pode, inclusive, revisar as suas decisões por força Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição).** 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido?. (STJ. REsp 1.032.732/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 08/09/2015).***

Portanto, o teor da manifestação da Corte de Contas em nada influencia o escopo da jurisdição estatal, não havendo em que se falar na aludida perda ulterior do objeto da demanda.

Com tais considerações, rejeito as questões preliminares erigidas.

## **2. DOMÉRITO:**

A improbidade administrativa consiste em ilícito pluriobjetivo, na medida em que desafia valores ou bens jurídicos tutelados na legislação penal, civil, política e administrativa, e, salvo para a hipótese de responsabilização do Presidente da República e dos Ministros de Estado, não há impedimento legal de sua aplicação ao demais agentes políticos, consoante restou sedimentado no julgamento pelo STF da Reclamação nº 2.138.

Com efeito, havendo a suscetibilidade dos demais agentes políticos à lei de improbidade e, não havendo foro privilegiado para o processamento da respectiva ação, sobretudo depois do julgamento da ADI nº 2.797, o presente juízo é o competente para processar e julgar a causa em epígrafe.

Os atos de improbidade administrativa estão previstos na Lei nº 8.429/1992 em três espécies: os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam lesão ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Na tipificação dos atos de improbidade administrativa a lei utilizou *dois modelos de técnica legislativa*.

Os *caputi* dos referidos artigos empregam a técnica de *tipos abertos*, permeada de conceitos jurídicos indeterminados, acompanhados de locuções que propiciam a interpretação analógica. Essa abertura permite um melhor ajuste do enquadramento de situações infracionais que, modernamente, sofrem constantes e criativas mudanças de seu *modus operandi*, conferindo, assim, maior *flexibilidade normativa aos mecanismos punitivos, de tal modo a coibir manobras formalistas conducentes à impunidade?*<sup>1</sup>

Por outro lado, os incisos daqueles artigos empregam a técnica do *tipo exemplificativo*,

apresentando tipificações de conteúdo mais preciso e determinado, embora com certas aberturas pontuais, sem, contudo, exaurir os comportamentos puníveis, em especial pela menção a "notadamente" constante do final do *caput* de cada artigo.

Por decorrência dessa topografia e ambivalência técnico-legislativa, "existe uma autonomia funcional do *caput* dos textos com relação aos incisos e vice-versa"<sup>2</sup>, com complementação subsidiária entre eles, porquanto o direito sancionatório convive com tipos em linguagem aberta, que não se confunde com ausência normativa de tipos, sendo certo que a "necessidade de prévia estipulação da conduta vedada é uma das principais funções do tipo, presente em qualquer atividade sancionadora"<sup>3</sup>.

No presente caso, o Ministério Público imputa aos réus a prática das infrações político-administrativas tipificadas no art. 9º, *caput*, art. 10, *caput*, e incisos V, VIII e XII e, finalmente, no art. 11, da Lei nº 8.429/1992, os quais abaixo transcrevo:

*"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 (...)"*.

*"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: (...)"*

*V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; (...)"*

*VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; (...)"*

*XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente (...)"*.

*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: (?)?*

No afã de melhor enfrentar o mérito, passo ao exame individual das condutas tidas por ímprobadas. Vejamos.

### 2.1. Da contratação direta via inexigibilidade:

Conforme é possível apreender dos autos, o motivo central da presente ACP reside na existência, em tese, de várias ilegalidades por ocasião do contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre o Município de Caldas Novas/GO (por intermédio da primeira requerida ? à época Prefeita) e o escritório do qual os dois últimos réus são sócios.

O objeto do contrato consistia *?no levantamento e recuperação de créditos decorrentes da imunidade recíproca do Poder Público estabelecida no artigo 150, VI, ?a? da Constituição Federal e da recuperação das contribuições pertinentes ao INSS, tais como pró labore sobre autônomos, contribuição previdenciária para agentes políticos, INSS EMPRESA, retenção do FPM e imunidade recíproca do ICMS, bem como outros que por ventura venham ser identificados?* (fl. 132).

Ocorre que a Carta Magna de 1988 consagrou em seu art. 37, inciso XXI, regra segundo a qual *?ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações?* (destaquei).

A Lei nº 8.666/1993, ao reger a licitação perante a Administração Pública, previu em seus arts. 24 e 25 hipóteses legitimadoras de dispensa e inexigibilidade do certame, figurando dentre tais situações ? por se mostrar inviável a competição ? *?a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização?* (inciso II; grifei).



O citado art. 13, por sua vez, vaticina considerar-se serviço técnico profissional especializado os trabalhos relativos a *patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas?* (inciso V).

Em termos gerais, a regra de ouro a se observar é a de que a inexigibilidade somente se faz legítima quando a contratação envolver notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste.

Não olvido, entretanto, que doutrina e jurisprudência há muito digladiam acerca da interpretação e alcance do referido preceito legal.

Hodiernamente, no entanto, especialmente no que toca a contratação direta de serviço advocatício, o posicionamento prevalente no Superior Tribunal de Justiça é de que *a singularidade envolve casos incomuns e anômalos que demandam mais que a especialização, pois apresentam complexidades que impedem sua resolução por qualquer profissional, ainda que especializado?* (REsp 1.505.356/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 30/11/2016).

Nesse ínterim, *assuntos (...) de assessoria em temas financeiros não exigem conhecimentos demasiadamente aprofundados, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia atuantes na área da Administração Pública e pela assessoria jurídica do município?* (REsp 1.505.356/MG, supra).

O Egrégio STJ também já pontuou, de forma deveras assertiva, que *não há singularidade na contratação de escritório de advocacia com a finalidade de ajuizar Ação de Repetição de Indébito Tributário, apresentar defesa judicial ou administrativa destinada a excluir a cobrança de tributos, ou, ainda, prestar de forma generalizada assessoria jurídica?* (REsp 1.377.703/GO, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 12/03/2014).

Outro entendimento em voga no Colendo STJ é no sentido de que *decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação, nas hipóteses de serem importantes os serviços jurídicos de que necessita o ente público, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados - em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade - que compõem o escritório de advocacia contratado?* (AgRg no REsp 1.168.551/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 28/10/2011).

Marçal Justen Filho, em monografia sobre o tema, elucida:

*“(...) quando se alude a singularidade do serviço, está se aludindo a uma espécie de singularidade reflexa; o que é singular, o que é especial, o que é diferente, o que é peculiar não é o serviço que vai ser ofertado propriamente dito; o que é singular, especial, diferente, peculiar é o interesse público que tem que ser satisfeito através desse serviço (...). A singularidade do interesse se dá quando há impossibilidade de sua satisfação mediante os recursos de que dispõe a Administração Pública? ? In Cautelas e formalidades necessárias no processo de contratação por dispensa: inexigibilidade por notória especialização: contratação de advogados e demais serviços técnicos ? preços superfaturados ou inexequíveis e a responsabilidade da autoridade competente. Boletim de licitações e contratos, V. 10, n. 6, jun. 1997, p. 272-274.*

O Excelso Supremo Tribunal Federal, por sua 1ª Turma, nessa linha de ideia, firmou posição no sentido de que a contratação direta deve ter como parâmetro, dentre outros, a *“demonstração da inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público?”* (Inq 3.074, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, DJe 03-10-2014).

Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica que:

*“Se o serviço pretendido for banal, corriqueiro, singelo e, por isso, irrelevante que seja prestado por ?A? ou por ?B?, não haveria razão alguma para postergar-se o instituto da licitação. Pois é claro que a singularidade só terá ressonância para o tema na medida em que seja necessária, isto é, em que por força dela caiba esperar melhor satisfação do interesse administrativo a ser provido.*

*Veja-se: o patrocínio de uma causa em juízo está arrolado entre os serviços técnico-especializados previstos no art. 13. Entretanto, para mover simples execuções fiscais a Administração não terá necessidade alguma de contratar ? e diretamente ? um profissional de notória especialização? (Curso de Direito Administrativo. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 573).*

Conforme é possível denotar, por todo o exposto, há ao menos dois fatores de

legitimação para a contratação direta de serviços de advocacia: a) a Administração Pública, face ao nível de singularidade de seu interesse, não possui em seus quadros funcionário público com capacidade de suprir, eficientemente, a necessidade em voga; b) o interesse é de tal monta singular, que a realização de competição se mostra inviável.

No caso sob apreço, definitivamente, nenhuma das hipóteses de exceção se apresenta.

O objeto do contrato (*levantamento e recuperação de créditos decorrentes da imunidade recíproca do Poder Público estabelecida no artigo 150, VI, ?a? da Constituição Federal e da recuperação das contribuições pertinentes ao INSS, tais como pró labore sobre autônomos, contribuição previdenciária para agentes políticos, INSS EMPRESA, retenção do FPM e imunidade recíproca do ICMS, bem como outros que por ventura venham ser identificados?*) tangencia matéria de direito tributário, disciplina corriqueira na praxe funcional de uma procuradoria pública ? órgão, aliás, que a municipalidade detém em sua estrutura interna.

De outra senda, o serviço contratado nada representa de singular, posto que exequível por qualquer outro profissional da área, em igual presteza e qualidade. Os inúmeros feitos coligidos pelo segundo réu para fins de expressar sua notória especialização, ajuizados em diversas comarcas do Estado e até mesmo em outras unidades federativas, evidenciam, em essência, a ordinaryidade do tema.

Relevante destacar, também, que o fundamento de vários dos pleitos (objeto do ajuste) tinha como origem decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, como a derivada do RE n° 351.717/PR, em que se assentou a inconstitucionalidade da exigência de contribuição previdenciária de agentes políticos sem vinculação a regime próprio (prevista no art. 13, § 1°, da Lei n° 9.506/1997).

Tal tese, a propósito, foi empregada pelo escritório contratado justamente para embasar o Mandado de Segurança impetrado em desfavor da RFB (autos n° 2006.35.00.013364-3), cujo desfecho importou na percepção, pelo escritório, dos ganhos monetários citados na presente ACP.

Outro importante aspecto a evidenciar a burla à licitação, foi a completa ignorância ao conteúdo da Resolução Consultiva n° 032/2005 expedida pelo TCM/GO em data anterior ao contrato, cujo teor tangenciava o objeto contratado, conforme é possível verificar *in verbis*:

*?Resolve o **Tribunal de Contas dos Municípios**, pelos Membros integrantes de seu Colegiado, manifestar o entendimento de que a contratação de advogado ou de empresa para promover levantamento e recuperação de créditos decorrentes da imunidade recíproca do Poder Público estabelecido no artigo 150, VI, da Constituição Federal e créditos decorrentes da imunidade do Poder Público, com créditos do ICM, PASEP, INSS, PIS dentre outros, deverão ser precedidas do competente certame licitatório, uma vez que o objeto contratual não apresenta características de serviço inédito ou incomum, ao contrário, trata-se de serviços rotineiros que podem ser executados por outros profissionais ou empresas que atuam nesta área, sendo, portanto, passível de licitação?.*

Arrolo, por fim, mais um significativo fator a revelar o claro intento da primeira ré ? na condição de Prefeita Municipal ? de burlar o sistema concorrencial de contratação, consistente na incomum celeridade com que todo o rito administrativo foi concluído: após o segundo réu ofertar seu trabalho ao Município, dois dias depois (11/01/2006) a primeira ré determinou à PGM que emitisse parecer sobre a proposta, vindo o Procurador-Geral opinar pela viabilidade da contratação direta no mesmo dia (fls. 167/168), o que também se deu com o presidente da Comissão de Licitação (fl. 163), retornando o feito às mãos da então Prefeita, que ainda no dia 11/01/2006 decidiu pela autorização da contratação (fl. 169), e ainda na mesma data expediu o decreto de inexigibilidade (fls. 170/171). O contrato, por sua vez, restou celebrado no dia imediatamente seguinte, isto é, em 12/01/2006 (fls. 172/175).

O desenrolar de tais fatos expõe nítido intento à promoção de interesses pessoais, com franco vilipêndio ao princípio da impessoalidade.

## **2.2. Do pagamento de honorários antes do termo contratual:**

O Ministério Público alega que o escritório contratado recebeu pagamento de honorários anteriormente ao trânsito em julgado da decisão judicial favorável ao Município, contrariando disposição contratual. Vejamos a redação da disposição em referência:

*?Cláusula 4 ? Preços e condições de pagamento e reajustes*

*4.1 ? Preço ? (...). É devido os honorários pactuados sobre o êxito e benefícios*

*proporcionados por decisão administrativa ou judicial, decorrente de trânsito em julgado na forma do § 2º do Artigo 102 da Constituição Federal (...)?.*

O primeiro pagamento realizado em prol do escritório foi implementado em 22/11/2006 (fl. 273), anteriormente ao trânsito em julgado da sentença proferida no Mandado de Segurança alhures mencionado, cuja coisa julgada se formou apenas em 06/08/2013 (f. 954).

Todavia, a redação da regra em comento não é precisa quanto à extensão da expressão *decorrente de trânsito em julgado?*, sendo razoável a interpretação segundo a qual ela também alcançaria a *decisão administrativa?*.

Isto posto, vejo que as decisões administrativas responsáveis pelo cancelamento dos lançamentos tributários contestados via ação mandamental (fls. 377/390) foram homologadas em 10/11/2006, portanto, anteriormente à quitação de parcela dos honorários em proveito do escritório.

### **2.3. Da pretensa violação ao art. 26 da Lei de Licitações:**

Dispõe a norma em comento, em seu parágrafo único, que:

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

*I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; (Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017)*

*II - razão da escolha do fornecedor ou executante;*

*III - justificativa do preço.*

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

Os incisos II e III apresentam pertinência com a presente ação, sendo relevante destacar que a escolha do executante restou fundamentada durante o procedimento administrativo (fls. 366/372), o mesmo não ocorrendo ? todavia ? em relação à adoção do preço praticado na avença (tema completamente ignorado pela municipalidade), daí redundando clara infringência ao princípio da legalidade.

#### **2.4. Fixação excessiva dos honorários:**

Afirma o órgão ministerial que a verba honorária de êxito, estipulada no patamar de 20% sobre as economias apuradas, é considerada muito superior aos valores de mercado.

A alegação tem razão de ser, notadamente se levado em conta o aspecto rotineiro do tema alvo do contrato, com parcela dele já gozando de definição judicial pela mais alta Corte do país, consoante expandido anteriormente.

A concessão de medida liminar por obra do *mandamus* impetrado pelo Município e a rápida prolação de sentença confirmatória ratificam tal conclusão, a explicitar certo grau de simplicidade quanto à formulação da tese, assim como no que diz respeito à celeridade do *iter* processual.

Tais aspectos vão de encontro ao patamar remuneratório ajustado em grau máximo, indicando seu flagrante excesso.

#### **2.5. Manutenção do patamar remuneratório pós redução do espectro contratual:**

Sustenta o MP que o contrato sofreu redução de seu objeto mediante termo aditivo posteriormente celebrado, limitando drasticamente o serviço inicialmente estabelecido, porém, não houve a correlata diminuição da contraprestação ao particular.

Deveras, houve a formatação de termo aditivo, com ulterior diminuição do objeto contratado (fls. 248/249).

Não vislumbro, porém, a mácula declinada pelo *Parquet*, já que a base de cálculo utilizável para apuração da contraprestação (*êxito e benefícios proporcionados por decisão administrativa ou judicial?*), conseqüentemente, também sofreu redução.

## **2.6. Desrespeito ao art. 55, inciso V, da Lei nº 8.666/1993:**

O MP aponta não ter sido indicado o crédito orçamentário que autorizava a realização da despesa, havendo violação das normas de direito financeiro.

Dispõe o art. 55 da Lei de Licitações ser cláusula necessária em todo contrato a que estabeleça *o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica?* (inciso V).

Por sua vez, o art. 60 da Lei nº 4.320/1964 estipula ser *vedada a realização de despesa sem prévio empenho?*.

O contrato sob estudo trouxe em sua cláusula 6.1 a seguinte disposição: *As despesas decorrentes deste contrato correrão por conta da dotação orçamentária específica inserida no orçamento do corrente exercício, sendo empenhado inicialmente a importância de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por meio de Nota de Empenho?*.

Ao cotejo da transcrita cláusula com as normas legais colacionadas resta indene de dúvidas a irregularidade da disposição contratual. Cito, a propósito, manifestação exarada a respeito pela Procuradoria de Contas atuante perante o TCM/GO:

*?(...) evidente (e confessado) nos autos o desrespeito ao art. 55, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/93, porquanto não especificados os recursos que custeariam as despesas, inclusive com indicação da rubrica orçamentária correspondente.*

*Ademais, como veiculado, o contrato foi celebrado em 12.01.06, enquanto o empenho só realizado em 01.11.06, o que viola o art. 60 da Lei Federal nº*

4.320/64, que veda a realização de despesas sem o prévio empenho. A tardia emissão do empenho apenas confirma longo decurso do tempo em que inexistiu qualquer indicação do crédito orçamentário? (fl. 836).

## **2.7. Das infrações e dos incursionamentos:**

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, em regra, a contratação indireta realizada de forma ilegal *perfaz conduta que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11, I, LIA)?* (REsp 1.571.078/PB, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 03/06/2016).

Deve ser sopesado para fins do devido enquadramento sancionatório, no entanto, se o valor contratado foi excessivo, redundando daí prejuízo ao erário (art. 10) e enriquecimento indevido por parte do escritório de advocacia (art. 9º). Portanto, haverá tipificação exclusiva do art. 11 da LIA somente quando *ausente o prejuízo ao erário no caso concreto?* (REsp 1.505.356/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 30/11/2016).

Na espécie, como já destacado, o valor ajustado para fins de remuneração ao causídico se mostrou elevado, notadamente em razão da falta de complexidade da matéria, revelada *entre outros aspectos* pela celeridade na prolação da sentença de mérito e pela existência de precedente jurisprudencial erigido do STF.

Deste modo, a fixação de padrão remuneratório no patamar máximo (20%) evidencia grave contraste ao critério da economicidade e ao postulado da eficiência, redundando em claro enriquecimento indevido por parte do escritório (art. 9º, *caput* e inciso I, LIA) e subsequente prejuízo ao erário municipal por força e obra da então Prefeita, ora 1ª ré (art. 10, *caput* e incisos V, VIII e XII).

A par de tais enquadramentos, é evidente a violação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência e aos deveres de legalidade e imparcialidade (art. 11, LIA).

## **2.8. Da presença do elemento subjetivo:**

A 1ª Seção do Colendo STJ fixou o entendimento de que para as condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992 é indispensável a atuação dolosa do agente, enquanto para a configuração do agir previsto no art. 10 se faz necessária a presença de ao menos culpa grave (REsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 27.9.2010).

Quanto aos tipos previstos nos arts. 9º e 11, além da compreensão de que basta o dolo genérico - vontade livre e consciente de praticar o ato - para configuração do ato de improbidade administrativa o STJ exige, ainda, *uma nota especial da má-fé, pois a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé?* (AgInt no AREsp 838.141/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe 03/12/2018).

No caso sob testilha, ressoa bastante clara a vontade deliberada dos réus a, de forma livre e consciente, burlar as normas legais aplicáveis, não só no sentido de olvidar da



existência de advocacia pública instalada no Município, como no de ignorar a imprescindibilidade da licitação, agindo as partes com o nítido viés de prestigiar interesses pessoais.

A constatação de inúmeras irregularidades por ocasião do contrato em tela corrobora a conclusão então delineada, expondo de maneira explícita o dolo dos agentes para a consecução de fim proibido em lei. Nesse trilhar, é possível citar não apenas a contratação direta levada a efeito de forma indevida, mas a estipulação honorária excessiva, o desrespeito ao dever de fundamentação do ato de inexigibilidade estabelecido no art. 26 da Lei nº 8.666/1993, assim como a ausência de menção expressa ao crédito pelo qual correria a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica, ignorando não apenas o art. 55 da Lei de Licitações, como o art. 60 da Lei nº 4.320/1964.

A conclusão extremamente rápida do procedimento administrativo responsável por balizar a contratação direta, finalizado no interregno de 2 (dois) dias, figura como mais um importante elemento apto a confirmar o intento dos réus, preordenado à obtenção de fim legalmente desviado.

O Colendo STJ, a propósito, já pontuou ser *indiscutível a intenção do ex-Prefeito de contratar sem licitação e a aceitação do encargo por parte da Sociedade de Advogados. Ou seja, indubitável a vontade livre e consciente das partes em efetivar a contratação direta?* (REsp 1.505.356, supracitado).

## **2.9. Conclusão**

Induvidosa, pois, a incursão dos réus nas condutas inculpidas nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/1992, uma vez ocorrente o enriquecimento ilícito por parte do escritório de advocacia contratado, o prejuízo ao erário em face da estipulação abusiva de honorários contratuais e, finalmente, a agressão aos princípios nucleares da administração pública, em especial a legalidade, a impessoalidade, a eficiência e a moralidade.

A doutrina especializada aponta que *se, contudo, o ato praticado puder ser classificado em mais de uma espécie de improbidade administrativa, haverá o fenômeno da absorção, resolvendo-se pela espécie e conseqüente reprimenda de maior gravidade?* (MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Sanções por ato de improbidade administrativa. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. 1. ed. São Paulo: PUC-SP, 2017).

Desta forma, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, em especial a ocorrência de atos qualificáveis em mais de uma espécie de improbidade administrativa, passarei a estipular as sanções cabíveis tomando como norte as penas inscritas no art. 12, inciso I, da LIA.

**Ante o exposto**, rejeito as questões preliminares suscitadas e, no mérito, com espeque no art. 487, inciso I, do CPC, **JULGO PROCEDENTE** o pedido, **CONDENANDO** os réus **MAGDA MOFATTO HON, MARCOS PEREIRA ROCHA e MARISA ISAIAS ROCHA** às reprimendas do art. 12, inciso I (em absorção dos incisos II e III), da Lei nº

8.429/1992, por restarem incursos nos ilícitos tipificados nos arts. 9º, 10 e 11, do mesmo Diploma.

À ré **MAGDA MOFATTO HON** aplico as seguintes sanções, individualmente:

**1) suspensão dos direitos políticos** pelo prazo de 8 (oito) anos, fixado em tal patamar por ter exercido o cargo de Prefeito municipal, de quem se exigia conduta exemplar em maior grau, bem como por ter avalizado a prática dos atos de improbidade, infringindo não apenas o regime da Lei nº 8.666/1993 como afrontando importante regra abarcada pelas normas de direito financeiro (art. 60 da Lei nº 4.320/1964);

**2) multa civil** no importe de uma vez (1x) o acréscimo patrimonial experimentado indevidamente pelos corrêus (que ora considero o valor correspondente ao que sobejar o patamar de 10% dos honorários contratuais, índice remuneratório que, pela ordinaryidade da matéria deveria ser o aplicado no ajuste), para cuja prática concorreu a requerida de forma definitiva, redundando a quantia de R\$ 63.770,33 (sessenta e três mil, setecentos e setenta reais e trinta e três centavos), a ser acrescida de correção monetária pelo INPC a partir da prolação desta sentença e de juros de mora em 1% a.m. a partir da data do trânsito em julgado<sup>4</sup>, valendo anotar que em que pese a ilegalidade da avença o serviço foi efetivamente prestado, gerando um proveito econômico a favor do Município na ordem de R\$ 708.112,40 (fl. 882);

**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 10 (dez) anos;

**4) ressarcimento do dano**, consubstanciado ? conforme antes declinado ? na monta de R\$ 63.770,33 (sessenta e três mil, setecentos e setenta reais e trinta e três centavos), a ser integrado de correção monetária e juros moratórios desde a primeira ordem de pagamento levantada pelo escritório, isto é, a partir de 22/11/2006<sup>5</sup>.

Ao réu **MARCOS PEREIRA ROCHA** aplico as seguintes sanções, individualmente:

**1) suspensão dos direitos políticos** pelo prazo de 8 (oito) anos, fixado em tal patamar por ter agido de forma a induzir o ato ilegal perpetrado, tendo plena consciência de todos os corolários legais uma vez na condição de advogado

dotado de notória especialização, rendendo ensejo à infringência não apenas do regime da Lei n° 8.666/1993 como à afronta de importante regra abarcada pelas normas de direito financeiro (art. 60 da Lei n° 4.320/1964);

**2) multa civil** no importe de uma vez (1x) o acréscimo patrimonial experimentado indevidamente (que ora considero o valor correspondente ao que sobejar o patamar de 10% dos honorários contratuais, índice remuneratório que, pela ordinaryidade da matéria deveria ser o aplicado no ajuste), redundando a quantia de R\$ 63.770,33 (sessenta e três mil, setecentos e setenta reais e trinta e três centavos), a ser acrescida de correção monetária pelo INPC a partir da prolação desta sentença e de juros de mora em 1% a.m. a partir da data do trânsito em julgado, valendo anotar que em que pese a ilegalidade da avença o serviço foi efetivamente prestado, gerando um proveito econômico a favor do Município na ordem de R\$ 708.112,40 (fl. 882);

**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 10 (dez) anos;

**4) ressarcimento do dano**, consubstanciado ? conforme antes declinado ? na monta de R\$ 63.770,33 (sessenta e três mil, setecentos e setenta reais e trinta e três centavos), a ser integrado de correção monetária e juros moratórios desde a primeira ordem de pagamento levantada pelo escritório, isto é, a partir de 22/11/2006.

À ré **MARISA ISAIAS ROCHA** aplico as seguintes sanções, individualmente:

**1) suspensão dos direitos políticos** pelo prazo de 2 (dois) anos, fixado em tal patamar por figurar como sócia do escritório, aproveitando do resultado econômico advindo da contratação e avalizando a conduta do sócio corréu (tanto que se portou no feito defendendo a lisura dos atos apontados contra o escritório, encampando o agir ilícito), mas sem o exercício de atos pessoais empreendidos à consecução do citado desiderato;

**2) multa civil** no importe de um quarto (1/4) do acréscimo patrimonial experimentado indevidamente (que ora considero o valor correspondente ao que sobejar o patamar de 10% dos honorários contratuais, índice remuneratório que, pela ordinaryidade da matéria deveria ser o aplicado no ajuste), redundando a quantia de R\$ 15.942,58 (quinze mil, novecentos e quarenta e dois reais e cinquenta e oito centavos), a ser acrescida de correção monetária pelo INPC a partir da prolação desta sentença e de juros de mora em 1% a.m. a partir da data do trânsito em julgado, valendo anotar que em que pese a ilegalidade da avença o serviço foi efetivamente prestado, gerando um proveito econômico a favor do Município na ordem de R\$ 708.112,40 (fl. 882);

**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 3 (três) anos;

**4) ressarcimento do dano**, consubstanciado ? conforme antes declinado ? na monta de R\$ 63.770,33 (sessenta e três mil, setecentos e setenta reais e trinta e três centavos), a ser integrado de correção monetária e juros moratórios desde a primeira ordem de pagamento levantada pelo escritório, isto é, a partir de 22/11/2006.

**CONDENO** os réus, solidariamente, ao pagamento do ressarcimento do prejuízo experimentado pelo erário municipal.

**CONDENO**, por fim, todos os réus nominados no dispositivo acima ao pagamento, *pro rata*, das custas e despesas processuais, as quais, se não pagas, poderão ser protestadas nos termos do Provimento nº 07/2015-CGJGO.

P. R. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, oficie-se ao TRE-GO, a fim de ser inserida a suspensão dos direitos políticos, bem como, volvam-me os autos conclusos para alimentação do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por ato de Improbidade Administrativa do CNJ.

Cumpra-se.

Caldas Novas/GO, 11 de janeiro de 2019.

**TIAGO LUIZ DE DEUS COSTA BENTES**

Juiz de Direito em substituição

1 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 328.

2 *Idem*, p. 217.

3OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 251.

4?APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÃO. MULTA CIVIL. MAJORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. 1. Sendo a finalidade da multa civil advertir o agente faltoso, sua fixação não deve ser exacerbada a ponto de transformá-la em uma segunda sanção de perda de bens ou de ressarcimento do dano, motivo pelo qual deve ser mantido o quantum fixado na sentença, mormente se este atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade em relação ao fato ocorrido. 2. Em razão da natureza essencialmente punitiva da multa civil, a correção monetária deve incidir a partir do arbitramento da sanção, e os juros de mora, à base de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado, quando então o agente ímprobo tem a obrigação de pagar. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA ALTERADA DE OFÍCIO? (TJGO, APELACAO CIVEL 355452-65.2000.8.09.0172, Rel. DES. JEOVA SARDINHA DE MORAES, 6A CAMARA CIVEL, julgado em 12/11/2013, DJe 1437 de 29/11/2013)

5 PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MULTA CIVIL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA. SANÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. DIES A QUO DA DATA DO EVENTO DANOSO. CÓDIGO CIVIL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. (...).
2. As sanções e o ressarcimento do dano, previstos na Lei da Improbidade Administrativa, inserem-se no contexto da responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito.
3. Assim, a correção monetária e os juros da multa civil têm, como dies a quo de incidência, a data do evento danoso (o ato ímprobo), nos termos das Súmulas 43 ("Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo") e 54 ("Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual") do STJ e do art. 398 do Código Civil.
4. Recurso Especial provido (REsp 1.645.642/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 19/04/2017)