**MODELO DE PETIÇÃO**

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVA DO PREJUÍZO AO ERÁRIO E LOCUPLETAÇÃO. CARTA CONVITE. DISPENSA LICITAÇÃO. APELAÇÃO**

Rénan Kfuri Lopes

Exmo. Sr. Juiz de Direito da Comarca de ...

Processo n. ...

(nome), por seu advogado *in fine* assinado, nos autos da ação civil pública epigrafada promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE ..., não se conformando com a v. sentença de fls. ..., vem, respeitosamente, interpor a presente APELAÇÃO, pelos fundamentos de direito adiante articulados:

Colenda Câmara,

I-BREVE ESCORÇO

1. Cuida-se de ação de improbidade administrativa manejada pelo Ministério Público do Estado de .......sob o argumento de que o apelante teria cometido os ilícitos descritos nos incisos I, VIII e XII do art. 10 da Lei 8.429/92, consistindo, especificamente, na facilitação ou concorrência para a incorporação, ao patrimônio particular, seja de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial do Município de ......; no ato de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; e na permissão, facilitação ou concorrência para que terceiro se enriqueça ilicitamente.

2. O órgão ministerial entendeu ainda, que a conduta do recorrente constituiu ato de improbidade administrativa por violação aos princípios da Administração Pública, notadamente por ter praticado ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência, conforme consta do inciso I do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

3. As ditas irregularidades decorreriam dos contratos administrativos precedidos pelas Cartas Convites nºs ..., ... e ... do Contrato n. ....(este último firmado com dispensa de licitação).

4. Referidos ajustes envolviam a execução das seguintes obras: *(i)* reforma da Escola Municipal ...; *(ii)* reforma do prédio da Prefeitura Municipal; *(iii)* aquisição de material de informática e telefonia e *(iv)* elaboração de laudo técnico sobre as condições estruturais do Teatro Municipal.

5. Ao prolatar a v. sentença objurgada, o d. juiz monocrático entendeu que os contratos derivados das Cartas Convites acima identificadas continham os seguintes vícios:

-nas Cartas Convite números ...e ... decorreu a superação do limite estabelecido pela modalidade convite, o que obrigaria a Administração Pública Municipal a adotar a modalidade descrita no art. 24, III, da Lei de Licitações (tomada de preços);

-no Contrato n. ..., que teve como objeto a elaboração de laudo técnico sobre as condições estruturais do Teatro Municipal, firmado com dispensa de licitação, fundada no inciso II do art. 24 da Lei 8.666/1993, a irregularidade se consistiu no procedimento de dispensa de licitação sem declinar os motivos da escolha da empresa contratada. E nem fornecida a justificativa do preço, de acordo com o que estabelece o Parágrafo único, incisos II e III, do art. 26 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

6. Urge enfatizar que a despeito de entender o r. *decisum* tenha agido o apelante com as supostas ilegalidades apontadas, o douto Magistrado NÃO cogitou numa linha sequer da sentença apelada, tenha o recorrente procedido de maneira a causar enriquecimento ilícito por parte da empresa responsável pela execução dos contratos ou por parte do próprio apelante (hipótese prevista no art. 9º da LIA). Também deixou registrado na r. sentença vergastada que não se produziu qualquer prova nos autos no sentido de demonstrar minimamente tenha havido qualquer prejuízo para o erário público municipal (tipos previstos no art. 10 da referida lei), *in litteris*:

*“Aqui, impende registrar que inexiste prova de que os serviços contratados irregularmente não tenham sido realizados ou de que o valor pago seja superior ao que se obteria com licitação regular, ônus do qual não se desincumbiu o autor (art. 373, I, do CPC). Assim, não há que se falar em dano econômico ao erário”* [sic- fls. ... - grifou-se].

7. Embora a v. sentença de primeiro grau tenha reconhecido na sua fase de fundamentação, expressamente, não ter havido enriquecimento ilícito ou dano ao erário, na parte dispositiva foi DADO PARCIAL PROCEDÊNCIA À PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Restaram declarados nulos os 03 contratos firmados pelo município (02 cartas convites e 01 contrato), sob a premissa de que teria sucedido a prática de ato administrativo violador dos princípios constitucionais da improbidade administrativa, prevista no art. 11 da Lei n. 8.429/1.993.

8. Por derradeiro, foi imposta ao apelante a perda da função pública por 3 (três) anos; a suspensão dos seus direitos políticos por igual prazo de 3 (três) anos; o pagamento de multa, no valor correspondente a 05 (cinco) vezes o valor da sua maior remuneração em favor do Município de ... E ainda, condenado ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais e verba honorária sucumbencial (CPC, arts. 85 e 86).

II-PROVIMENTO DO RECURSO

INEXISTÊNCIA DA PRÁTICA DE ATOS CONSIDERADOS COMO IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA SE INDEMONSTRADO TENHA O RECORRENTE (Prefeito Municipal) CAUSADO PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO OU SE LOCUPLETADO COM VANTAGEM PECUNIÁRIA -

9. *Data venia*, impõe-se a reforma da v. sentença apelada, vez que é princípio cardeal de direito a impossibilidade de condenar o administrador se os atos tidos como viciados não causaram prejuízo ao erário público ou tenha sucedido locupletamento com vantagem pecuniária.

10. Ademais, ausentes elementos jurídicos e fáticos que pudessem dar suporte ao v. decisório que decretou a *“nulidade”* dos 03 (três) contratos firmados com terceiras empresas, *venia concessa*.

11. Ora, em relação à Carta Convite número ..., o aditamento contratual majorando o valor do contrato se deu por imperiosa necessidade de se concretizar a obra na forma ajustada em virtude de acréscimos no projeto inaugural que se viram imprescindíveis no transcurso da obra. Nada obstante, mesmo com esse aditamento, a somatória dos custos do contrato original e do aditamento chegou ao importe de R$ ... (...).

12. Nesse particular, reside o desacerto da v. decisão apelada, uma vez que o valor total da obra, inclusive com o termo aditivo foi inferior ao limite previsto de R$ ... (...) previsto no art. 23, I, “a”, da Lei de Licitações, *in verbis*:

*“Art.23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:*

*I - para obras e serviços de engenharia:*

*a) convite-até R$ ... (...);”.* (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

*...omissis”*

13. Destarte, considerando que o contrato, mesmo aditado, não suplantou o limite previsto em lei, *data venia,* inconcebível falar em irregularidade, porquanto a Administração adotou a modalidade licitatória adequada e pertinente (convite), o que evidencia o ultraje à legislação vigente pela v. sentença apelada.

14. Com relação à Carta Convite n. ..., que tinha por objeto a reforma da sede da Prefeitura Municipal, a v. sentença entendeu que os acréscimos promovidos através do aditamento ao contrato matriz, não se deram para a execução de obras decorrentes de fatos supervenientes, vez que os mesmos, em tese, eram de conhecimento prévio da Administração Pública por ocasião da abertura do procedimento licitatório, o que caracteriza ilegalidade.

15. Ora, consoante o magistério do Professor MARÇAL JUSTEN FILHO, pertinente às modificações contratuais e a definição das modalidades licitatórias, *“(...) Se o interesse público exigir a modificação contratual, não seria cabível impedi-la sob o argumento de que o valor superveniente (obtido em virtude da modificação) seria incompatível com a modalidade de licitação adotada. A escolha da modalidade de licitação, efetuada em face de certo panorama fático e jurídico, não pode ser um fato conducente ao sacrifício do interesse público. Ademais, são questões diversas, até mesmo do ponto de vista cronológico. Um evento é a determinação da modalidade de licitação: outro, desvinculado daquele, é a alteração contratual. Por outro lado, poderá haver caso em que a modificação seja imposta pelo princípio da isonomia, tal como se passa nos casos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 2006, 2ª ed., p. 287).

16. Com efeito, não obstante, a princípio, a elasticidade do objeto descrito na Carta Convite n. ..., no decorrer do contrato daí derivado a própria Administração Pública julgou conveniente modificá-lo, para incluir a execução de obras inicialmente não previstas, como a substituição do piso do edifício e a mudança da posição do ar condicionado do Departamento de Informática.

17. Nada obstante, essas alterações não se encontravam inicialmente previstas na planilha orçamentária do aludida Carta Convite, ao contrário do que afirmado na v. sentença *a quo*.

18. *Venia concessa,* as ilações do culto juiz singular, segundo o qual as modificações posteriores não atenderam ao requisito da imprevisibilidade superveniente são quebradiças, uma vez que no bojo da reforma não se estavam inicialmente previstas os acréscimos que se apresentaram no decorrer da obra.

19. E nesse particular o art. 65 da Lei de Licitações admite, expressamente, a alteração unilateral do contrato em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos seguintes termos, *verbo ad verbum*:

*“Art.65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:*

*I - unilateralmente pela Administração:*

*(...)*

*b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;*

*...omissis...”.*

20. No regime jurídico dos contratos administrativos, diversamente do que ocorre nos contratos privados, a administração goza de algumas prerrogativas, dentre elas a de promover alterações unilaterais em seu objeto, modificações essas que o contratante é obrigado a aceitar, desde que se contenham nos limites previstos na lei de licitações.

21. No caso de reforma de edifício ou de equipamento, o contratado é obrigado, compulsoriamente, a aceitar os acréscimos e supressões até o limite de 50%, nos expressos termos do § 1º do predito art. 65, *in verbis*:

*“Art. 65...*

*(...)*

*§1oO contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.*

22 .Com isso, tanto o contrato original como o indispensável aditamento, gerado pela circunstância inarredável de alterar o projeto para implementar a seção de informática, não atingiram à somatória de R$ ... (...) permitida pelo § 1º do art. 65 da Lei 8.666, de 1993.

23. Portanto, não houve a prática de qualquer ato no sentido de estabelecer quantitativos menores para a execução da obra referenciada, visando adotar modalidade licitatória mais simplificada em detrimento da que seria adequada, mas sim uma ampliação necessário para o melhor desiderato da obra principal.

24. Outrossim, não se pode olvidar que a v. sentença apelada anunciou solenemente em várias passagens que o recorrente não agiu com dolo, inexistindo prova nos autos quanto à intenção deliberada de ofender o direito (*vide* fls. ...).

25. Já em relação ao Contrato n. ...que teve como objeto a elaboração de laudo técnico sobre as condições estruturais do Teatro Municipal, no valor singelo de R$ ... (...), *data venia*, essa contratação dispensa licitação, como prescrevem os comandos dos incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666/1993, cuja leitura por si só são esclarecedoras:

*“Art. 24. É dispensável a licitação:*

*I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)*

*II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;  (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)*

*...omissis...”*

26. Assim, para obras e serviços de engenharia de até R$ ... (...), que correspondente exatamente a 10% do limite de R$ ... (...), conforme expressamente previsto na alínea “a” do inciso I do art. 24 da Lei 8.666, de 1993, *data venia,* a licitação é dispensável.

27. E sendo a contratação questionada no valor de R$ ... (...), logo, inferior a R$ ... (...), insista-se, indispensável se procedesse ao processo licitatório.

28. E mais. Desnecessária que em situações como a emoldurada seja imprescindível a instrução com elementos que justifiquem a escolha do fornecedor ou executante, pois num singelo e perfunctório exame do que dispõe o *caput* do art. 26 da Lei 8.666, de 1993, é suficiente para firmar o entendimento de que as dispensas processadas com fundamento nos incisos I e II do art. 24 (definidas em razão dos respectivos valores) estão excluídas de prévia justificação, *in verbis*:

*Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)*

*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 ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;*

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

*III - justificativa do preço.*

*IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados”.*(Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

29. É de meridiana clareza que somente as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 (relacionadas com a alienação de bens públicos) e no inciso III e seguintes do art. 24 é que devem ser necessariamente justificadas, na medida em que envolvem situações mais abstratas que apresentam acentuado conteúdo subjetivo. A lei, de modo expresso, diga-se, exclui desse procedimento as dispensas fundadas nos incisos I e II do art. 24, justamente porque são processadas tendo em vista critério exclusivamente objetivo (limite de preços), sendo desnecessária qualquer justificativa posterior.

30. Em que pese o fato de a dispensa de licitação constituir faculdade conferida ao Administrador (que, desejando, poderá ainda assim realizar o procedimento licitatório, mesmo presentes as situações descritas nos incisos do art. 24 da Lei 8.666/1993, considerando a discricionariedade que lhe é conferida pela norma jurídica), aquela realizada com fundamento nos incisos I ou II do dispositivo dispensa as formalidades do art. 26, por expressa disposição neste sentido contida em seu parágrafo único, que faz remissão ao *caput.*

31. Socorre-se mais uma vez ao escólio de MARÇAL JUSTEN FILHO, *“(...) o art. 26 alude à generalidade dos casos de contratação direta. Estão excluídas, basicamente, as contratações de pequeno valor, nas quais a publicidade é postergada pelos mesmos fundamentos que conduziram à dispensa da licitação”* (*ob. cit*., p. 291).

32. Ao contrário do que consta da v. sentença guerreada, as dispensas decorrentes de contratações de pequeno valor, assim consideradas aquelas descritas justamente nos incisos I e II do art. 24 da Lei de Licitações, estão excluídas do procedimento descrito no art. 26 daquele Diploma.

33. Ainda que se admita – *ad argumentandum tantum -* a vinculação dessas dispensas ao regime previsto naquele dispositivo, o vício, considerando-se o valor do contrato e a efetiva execução do serviço, não teria o condão de produzir como resultado a nulidade do procedimento licitatório, uma vez que, do mesmo modo que ocorre nos processos judiciais, somente deve ser pronunciada a nulidade de um ato administrativo quando ficar efetivamente demonstrado prejuízo, seja para o administrado, seja para a Administração, consoante se extrai, *v. g.,* do art. 55 da Lei 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

34. É de bom alvitre sempre reafirmar que a v. sentença apelada sempre deixou patente a inexistência da prova de que os serviços contratados não tenham sido realizados ou de que os valores pagos tenham sido superiores ao que se obteria caso as licitações fossem escoimadas dos vícios alegados.

35. Consta, ainda, conforme já alinhavado, não ter havido qualquer prejuízo econômico para o erário municipal, exatamente porque houve a efetiva prestação de serviço, tendo as obras sido realizadas no modo e na forma exigidos pela própria Administração Pública Municipal.

36. Mesmo suficientemente provado que o Apelante não deu causa a qualquer dos apontados vícios (todos eles, inexistentes, diga-se de passagem), o culto sentenciante entendeu que teria praticado ato de improbidade administrativa atentador dos princípios constitucionais, de acordo com o previsto no *caput* e nos incisos do art. 11 da Lei 8429/1992.

37. É crucial a compreensão de que o r. *decisum* recorrido reconhece que a conduta do apelante, caso se confirme alguma eventual irregularidade nos procedimentos, se deu culposamente (culpa em sentido estrito), o que afasta, por si só, qualquer possibilidade de imputar a ele conduta dolosa.

38. Confira-se textualmente trecho da v. sentença apelada às fls. ..., que *“No caso, não se pode dizer que a atuação do réu ... se deu com dolo, pois inexiste prova quanto à intenção deliberada de ofender o direito. Todavia, agiu com culpa grave, pois se comportou como se tivesse querido infringir disposição constitucional e infraconstitucional, na modalidade de imprudência, quando firmou contratos administrativos para contratação de empresa com violação à Lei de Licitações, permitindo que ela se beneficiasse do dinheiro público”* [sic].

39. Estranhamente, o juiz admite não ter havido dolo ou má-fé por parte do apelante, mas que, por imprudência, teria ele praticado ato de improbidade administrativa violador dos princípios constitucionais.

40. Embora haja – em doutrina – alguma divergência quanto ao elemento subjetivo caracterizador dos atos de improbidade administrativa, defendendo algumas correntes que as condutas, nesse tipo de ilícito, só podem ser consumadas dolosamente, enquanto outras admitem improbidade culposa, *strictu sensu,* há relativo consenso quando se analisa os tipos genéricos e específicos do art. 11 da Lei 8429/1992, que tratam dos atos de improbidade administrativa por violação aos princípios norteadores da Administração Pública.

41. Relativamente aos atos violadores dos princípios pertinentes à Administração, a doutrina é uniforme em não admitir a ilicitude na modalidade culposa, pois não se configurou a vontade consciente do agente:

*“Vê-se, assim, que essa disposição legal dilata, por disposição taxativa, o universo conceitual do caput do art. 11 acima transcrito (tipo delitual genérico), impondo cogência respectiva aos princípios ali explicitados. O elemento objetivo desse tipo genérico consiste na ação ou omissão que, traduzindo desonestidade, transgrida os princípios que regem a Administração Pública. Já o seu elemento subjetivo é o dolo, ou a conduta voluntária do agente, não havendo, pois, chance de que tal ocorra na modalidade culposa, uma vez que, como já se destacou em relação aos outros gêneros de improbidade (enriquecimento ilícito ou dano ao erário), não se pode conceber, com lógica, a ideia de comportamento desonesto por incúria (culpa em sentido estrito)”* (José Armando da Costa,. Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa. 2ª Ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 141).

42. Vogando na esteira o Prof. Francisco Almeida Prado:

*“O caput do art. 11 fixa o núcleo das condutas descritas nos sete incisos que integram a disposição. Esse núcleo consiste na ofensa aos princípios enumerados – ofensa que deverá existir sempre para que se configure o ato de improbidade. Os princípios indicados na disposição como objeto de especial proteção da Lei de Improbidade estão referidos como deveres e são, respectivamente, os da honestidade, da imparcialidade, da legalidade e da lealdade às instituições. Esses deveres foram estudados com alguma minúcia no capítulo pertinente aos princípios da Administração Pública, ao qual remetemos a atenção do leitor. Cabe observar que a violação dos deveres enumerados deverá ser sempre dolosa, vale dizer, a conduta do agente público precisa caracterizar-se como violação consciente desses deveres.”* (Improbidade Administrativa, São Paulo: Malheiros, 2001. P. 126).

43. Benedicto de Tolosa Filho é contundente:

*“Portanto, quando o agente descumpre, por exemplo, regra positiva sem o ‘ânimo de agir’ contra os princípios inerentes à Administração Pública ou sem ‘má-fé’, estará cometendo um ato irregular, passível de correção. Neste caso, independentemente do agir em sentido contrário à regra estatuída, não se configura o ânimo de realizar a ação antijurídica, deixando de comportar o ato ímprobo. Essa distinção se faz necessária, na medida em que o agente público, não raro desprovido de dotes intelectuais mais acentuados e premido pelos múltiplos problemas do dia-a-dia, pratica atos que, se analisados pela letra fria da lei, configuram improbidade administrativa”* (Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*,* Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 109).

44. Com a autoridade que se lhe reconhece alumia Eurico Bitencourt Neto:

*“Em se tratando de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, pode inexistir resultado material danoso – enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário – e, ainda assim, estar configurado o ato de improbidade. Neste caso, também fundamental tenha havido dolo, já que o que a norma tem em vista é a desonestidade, a deslealdade, a má-fé do agente público para com os valores essenciais do sistema jurídico. A violação de deveres fundamentais, para que cause dano ao patrimônio moral do Estado, deve ter consigo o comportamento desonesto do administrador público. Desonestidade pressupõe intenção”* (Improbidade Administrativa e Violação de Princípios*,* Ed. Del Rey, 2005, p. 114).

45. A boa-fé retira o ato de improbidade administrativa, tendo em vista que: *"A lei alcança o administrador desonesto, mas não o inábil”.* (STJ, Rel. Min. Garcia Vieira, RESP 213994-0/MG, 1ª T., DJ de 27.09.99).

46. Neste diapasão, a ação de improbidade não pode fundar-se em elementos meramente subjetivos, conjecturas do autor ou ausência de indícios de conduta exclusivamente dolosa, como reconheceu expressamente o Juiz *a quo.*

47. A jurisprudência inclina-se no sentido de não admitir conduta meramente culposa, por imprudência, quanto aos tipos do art. 11 da Lei 8.429, de 1992:

*“AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO – 1. A Lei nº 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, § 4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: A) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. 3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa. 4. In casu, evidencia-se que os atos praticados pelos agentes públicos, consubstanciados na alienação de remédios ao Município vizinho em estado de calamidade, sem prévia autorização legal, descaracterizam a improbidade strictu senso, uma vez que ausentes o enriquecimento ilícito dos agentes municipais e a lesividade ao erário. A conduta fática não configura a improbidade. 5. É que comprovou-se nos autos que os recorrentes, agentes políticos da Prefeitura de Diadema, agiram de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhandava a solucionar um problema iminente de saúde pública gerado por contaminação na merenda escolar, que culminou no surto epidêmico de diarréia na população carente e que o estado de calamidade pública dispensa a prática de formalidades licitatórias que venha a colocar em risco a vida, a integridade das pessoas, bens e serviços, ante o retardamento da prestação necessária. 6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito. 7. É de sabença que a alienação da res publica reclama, em regra, licitação, à luz do sistema de imposições legais que condicionam e delimitam a atuação daqueles que lidam com o patrimônio e com o interesse públicos. Todavia, o art. 17, I, "b", da Lei nº 8.666/93 dispensa a licitação para a alienação de bens da Administração Pública, quando exsurge o interesse público e desde que haja valoração da oportunidade e conveniência, conceitos estes inerentes ao mérito administrativo, insindicável, portanto, pelo Judiciário. 8. In casu, raciocínio diverso esbarraria no art. 196 da Constituição Federal, que assim dispõe: "A saúde é considerada dever do Estado, o qual deverá garanti-la através do desenvolvimento de políticas sociais e econômicas ou pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.", dispositivo que recebeu como influxo os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da promoção do bem comum e erradicação de desigualdades e do direito à vida (art. 5º, caput), cânones que remontam às mais antigas Declarações Universais dos Direitos do Homem. 9. A atuação do Ministério Público, pro populo, nas ações difusas, justificam, ao ângulo da lógica jurídica, sua dispensa em suportar os ônus sucumbenciais, acaso inacolhida a ação civil pública. 10. Consectariamente, o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais, salvo se comprovada má-fé. 11. Recursos especiais providos”.* (STJ – RESP 480387 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 24.05.2004 – p. 00163).

48. É difícil, em se tratando dos ilícitos descritos no *caput* e nos incisos do art. 11 da Lei 8429/1992, admitir desonestidade na via culposa. NINGUÉM É DESONESTO POR INCÚRIA OU POR IMPRUDÊNCIA. Os tipos ali relacionados exigem, para configurar o ato de improbidade, que o agente tenha agido desonestamente, com o objetivo de violentar aqueles valores jurídicos que são imanentes ao agir da própria Administração Pública.

49. Nesta toada, tendo o próprio juiz reconhecido não ter havido dolo ou má-fé por parte do Apelante, inconcebível, sob pena de violação aos mais elementares princípios de direito, admitir a prática de ato de improbidade administrativa, nomeadamente aqueles previstos no art. 11 da Lei 8.429, de 1992, por mera imprudência ou por incúria.

50. Gize-se que ficou totalmente afastada a alegação de enriquecimento ilícito ou de prejuízo ao erário público, conforme expressamente reconhecido pelo MM. juiz em razão das provas existentes nos autos, residindo a suposta improbidade administrativa na eventual desobediência aos princípios a que se submete a Administração Pública, ainda assim em razão de culpa e não de conduta dolosa.

51. Verifica-se dos autos que não ficou comprovado que o apelante na qualidade de ex-prefeito tenha praticado ato de improbidade administrativa. Não ficou comprovado que os apelantes agiram com dolo, culpa ou mesmo má-fé. Não basta apontar as irregularidades, *mister* se faz comprovar que elas tenham causado prejuízo e dano efetivo ao erário e que este dano tenha sido apurado.

52. Assim, se não foi comprovado que o apelante e as empresas contratadas (litisconsorte passivas) causaram prejuízo ao erário público e nem mesmo se locupletaram com qualquer vantagem pecuniária, não se pode vingar a presente ação civil pública.

53. Neste sentido leciona Maria Sylvia Zanella di Pietro, em Direito administrativo, Ed. Atlas, 14ª edição, São Paulo, 2002, p. 688:

*"O enquadramento na lei de IMPROBIDADE exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. (...) Por isso mesmo, a aplicação da lei de IMPROBIDADE exige bom- senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera ADMINISTRATIVA. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige a observância do princípio da razoabilidade, sob seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins."*

54. O próprio MM. Juiz *a quo* na r. decisão apelada asseverou que não houve prova de prejuízo ao erário público, *in litteris*:

*"... Aqui, impende registrar que inexiste prova de que os serviços contratos regularmente não tenham sido realizados, ou de que o valor pago seja superior ao que obteria com a licitação regular, ônus do qual não desincumbiu o autor (art. 373, I, do CPC). Assim, não falar-se em dano econômico ao erário"* [sic- *vide* fls. ...).

55. Ora, se não há prova nos autos de qualquer ato de improbidade administrativa por parte do recorrente, *venia permissa,* não se há falar em qualquer condenação nesse sentido.

56. A contratação pelo Município para reforma de bens públicos, deve atender aos princípios constitucionais da impessoabilidade, moralidade, legalidade e finalidade públicas.

57. O colendo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS em situação idêntica à desse processado, *ipissis literis*, decidiu com sapiência:

*“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REFORMAS DE BENS PÚBLICOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DOS GESTORES PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE PROVA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. A contratação pelo Município para reforma de bens públicos, deve atender aos princípios constitucionais da impessoabilidade, moralidade, legalidade e finalidade públicas. A improbidade administrativa deve ficar cumpridamente provada, sem o que não se pode punir a tal título os administradores públicos. Se não foi comprovado que o administrador público causou prejuízo ao Erário Público e nem mesmo se locupletou com qualquer vantagem pecuniária, não vinga a ação de improbidade administrativa contra ele proposta, haja vista que para o êxito daquela referida ação há necessidade da concorrência da ilegalidade e lesividade do ato acoimado de ímprobo”* (TJMG, Apel. Cível n. 1.0470.04.016509-9/001, Rel. Des. Belizário de Lacerda, DJ 05.02.1010).

 III- PEDIDOS

58. ***Ex positis*,** o apelante requer:

a) seja DADO PROVIMENTO À PRESENTE APELAÇÃO, reformando integralmente a r. decisão de primeiro grau, notadamente no ponto em que condena o Apelante à perda da função pública por 3 (três) anos, à suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos, ao pagamento de multa, concluindo-se pela improcedência da presente ação de improbidade administrativa;

b) a juntada da guia do preparo recursal.

P. Deferimento.

(Local e data)

 (Assinatura e OAB do Advogado)