



1273
20

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ED no AI Nº 0219019-2

EMBARGANTE: Ministério Público do Estado de Pernambuco

EMBARGADA: Toyolex Caruaru Veículos Ltda.

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREQUESTIONAMENTO. LICITAÇÃO (SOB A MODALIDADE CONVITE) PARA AQUISIÇÃO DE 01 (UM) AUTOMÓVEL PELA CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE CARUARU. CONVOCAÇÃO DE EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUI INDÍCIO DE SIMULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO. ANÁLISE DA ATUAÇÃO CONCRETA DOS LICITANTES E DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS INDICATIVOS DA SUPOSTA FRAUDE. RESULTADO DA LICITAÇÃO COMPATÍVEL COM OS VALORES DE MERCADO. REJEIÇÃO LIMINAR DA AÇÃO. ACÓRDÃO EMBARGADO CLARO E SUFICIENTE POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. ACLARATÓRIOS IMPROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME. 1. A *frustração à competição* tem por núcleo essencial o *concerto entre licitantes* (e eventualmente também entre estes e a Comissão de Licitação) com o desiderato de *simular* disputa e, por decorrência, impingir à Administração uma contratação *menos vantajosa* do que aquela que naturalmente adviria de uma competição *efetiva*. 2. Esse tipo de *prática* caracteriza-se pela *unidade de desígnios*, voltada para a eliminação *concreta* da competição e a consequente obtenção de contratação em *condições anormais*, sendo irrelevante, em verdade, se os licitantes, no plano formal, integram ou não o mesmo grupo econômico, ou se de ordinário costumam disputar entre si no regime de mercado. 3. Ou seja, a *mera circunstância* de os licitantes pertencerem ao mesmo grupo econômico não constitui indício de *simulação* do certame licitatório (até porque, se assim fosse, a *mera participação* dos mesmos deveria ser vedada pela lei, o que não ocorre). 4. Assim, para se cogitar de *frustração* a processo licitatório, impende observar a *atuação concreta* dos licitantes (e da Comissão de Licitação) para o fim de verificar se exsurge algum vínculo *subjetivo* entre eles, indicativo de *simulação*. 5. Nessa ordem de idéias, observe-se que, no âmbito dos depoimentos colhidos ao longo do Inquérito Civil, *nada indica* que os membros da Comissão de Licitação tenham atuado com o propósito pré-determinado de convocarem apenas empresas de um mesmo grupo econômico, nem que estas estivessem pré-ordenadas a uma atuação *combinada*, de molde a obter resultado *desconforme* à realidade de mercado. 6. Também não há qualquer evidência de que as concessionárias convidadas – todas elas revendas de grande porte – tenham adotado, na licitação em apreço, posturas comerciais incompatíveis com a realidade de mercado. 7. Com efeito, para além da inexistência de qualquer indício concreto de atuação *combinada* das concessionárias (que revendem veículos de marcas distintas, concorrentes entre si, quais sejam: Toyota, Peugeot e Chevrolet), consta dos autos prova conclusiva no sentido de que o resultado da licitação afigura-se perfeitamente compatível com os valores de mercado praticados à época. 8. A propósito, “O elemento *subjetivo* é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido” (STJ - REsp 39.118/SP, DJe de 01/03/2011; tb.: STJ



1274
10

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

- AgRg no AREsp 107.758/GO, DJe de 10/12/2012). **9.** Ocorre que, muito embora o nobre órgão ministerial autor da ação civil pública originária tenha aduzido a prática de ato subsumível ao art. 10 da LIA, nada de concreto referiu acerca da presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo), isto a vulnerar a tipificação defendida pelo *Parquet* estadual. Pelo contrário, extrai-se dos autos, conforme antedito, prova conclusiva de que o resultado da licitação questionada não discrepou dos parâmetros de mercado da época. **10.** Lado outro, importa observar que o STJ “já assentou definitivamente que é imprescindível o elemento subjetivo para se configurar o ato de improbidade administrativa, associado à ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Os tipos descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 somente existem na forma dolosa; não havendo a devida comprovação desse elemento da conduta, tem-se como não realizado o tipo infracional do art. 11, I e II, da Lei n. 8.429/92, máxime se não verificado dano ao Erário” (STJ - REsp 1.223.496/PB, DJe de 13/06/2012). **11.** Enfim, a ação de improbidade em referência está assentada em base empírica manifestamente insuficiente à caracterização da pretensa conduta improba – deficiência essa aferível *primo ictu oculi* –, razão por que é de ser integralmente mantido o acórdão embargado. **12.** Aclaratórios conhecidos, porém improvidos, à unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos dos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 0219019-2, acima referenciados, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer dos aclaratórios e em negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que integra o acórdão.

Recife, 21 de março de 2013 (data do julgamento).


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator



1275
A

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

ED no AI Nº 0219019-2

EMBARGANTE: Ministério Público do Estado de Pernambuco

EMBARGADA: Toyolex Caruaru Veículos Ltda.

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

RELATÓRIO E VOTO

(Julgamento conjunto dos Embargos de Declaração nos Agravos de Instrumento nºs 0219019-2, 0219141-9, 0219144-0, 0219158-4 e 0221435-7)

Trata-se de **Embargos de Declaração** interpostos, com propósitos infringentes e para fins de prequestionamento, em face do acórdão adiante ementado:

“**EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO (SOB A MODALIDADE CONVITE) PARA AQUISIÇÃO DE 01 (UM) AUTOMÓVEL PELA CÂMARA DE VEREADORES DO MUNICÍPIO DE CARUARU. CONVOCAÇÃO DE EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO CONSTITUI INDÍCIO DE SIMULAÇÃO DO CERTAME LICITATÓRIO. ANÁLISE DA ATUAÇÃO CONCRETA DOS LICITANTES E DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS INDICATIVOS DA SUPOSTA FRAUDE. RESULTADO DA LICITAÇÃO COMPATÍVEL COM OS VALORES DE MERCADO. APLICAÇÃO DA NORMA ENCARTADA NO ART. 17, § 8º, DA LEI FEDERAL Nº 8.429/92. REJEIÇÃO LIMINAR DA AÇÃO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO EXPANSIVO SUBJETIVO AO PRESENTE RECURSO. AGRAVO PROVIDO. AÇÃO CIVIL EXTINTA. SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM RELAÇÃO A TODOS OS CORRÉUS. DECISÃO UNÂNIME. 1. A *frustração à competição* tem por núcleo essencial o *concerto entre licitantes* (e eventualmente também entre estes e a Comissão de Licitação) com o desiderato de *simular* disputa e, por decorrência, impingir à Administração uma contratação *menos vantajosa* do que aquela que naturalmente adviria de uma competição *efetiva*. 2. Esse tipo de *prática* caracteriza-se pela *unidade de desígnios*, voltada para a eliminação *concreta* da competição e a consequente obtenção de contratação em *condições anormais*, sendo irrelevante, em verdade, se os licitantes, no plano formal, integram ou não o mesmo grupo econômico, ou se de ordinário costumam disputar entre si no regime de mercado. 3. Ou seja, a *mera circunstância* de os licitantes pertencerem ao mesmo grupo econômico não constitui indício de *simulação* do certame licitatório (até porque, se assim fosse, a *mera participação* dos mesmos deveria ser vedada pela lei, o que *não ocorre*). 4. Assim, para se cogitar de *frustração* a processo licitatório, impende observar a *atuação concreta* dos licitantes (e da Comissão de Licitação) para o fim de verificar se exsurge algum vínculo *subjetivo* entre eles, indicativo de *simulação*. 5. Nessa ordem de idéias, observe-se que, no âmbito dos depoimentos colhidos ao longo do Inquérito Civil, *nada indica* que os membros da Comissão de Licitação tenham atuado com o propósito pré-determinado de convocarem apenas empresas de um mesmo grupo econômico, nem que estas estivessem pré-ordenadas a uma atuação *combinada*, de molde a obter resultado *desconforme* à realidade de mercado. 6. Também não há qualquer evidência de que as concessionárias convidadas – todas elas revendas de grande porte –



1276
70

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

tenham adotado, na licitação em apreço, posturas comerciais incompatíveis com a realidade de mercado. 7. Com efeito, para além da inexistência de qualquer indício concreto de atuação *combinada* das concessionárias (que revendem veículos de marcas distintas, concorrentes entre si, quais sejam: Toyota, Peugeot e Chevrolet), consta dos autos prova conclusiva no sentido de que o resultado da licitação afigura-se perfeitamente compatível com os valores de mercado praticados à época. 8. Visto isso, e sendo certo que a presente Ação de Improbidade está assentada em *base empírica manifestamente insuficiente* à caracterização da pretensa conduta ímproba (qual seja o fato de as licitantes convidadas pertencerem ao mesmo grupo econômico), é de rigor *a rejeição liminar da ação*, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei Federal nº 8.429/92. 9. Tendo em conta que essa percepção dos fatos subjacentes à lide conduz à inexistência de indícios de improbidade em relação a todos os demandados, impõe-se conferir *efeito expansivo subjetivo* a este recurso. 10. Agravo de instrumento provido, para o fim de rejeitar a inicial da Ação de Improbidade nº 0005966-96.2009.8.17.0480, com a sua consequente extinção, sem resolução de mérito, em relação a todos os corréus. Decisão unânime.”

Nesta sede aclaratória, o Ministério Público do Estado de Pernambuco sustenta, em síntese, que: (i) o acórdão embargado encerraria omissão, na medida em que este Colegiado não teria apreciado a matéria à luz do princípio do “*in dubio pro societate*”; (ii) “*embora caiba ao julgador, ante a previsão contida no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, rejeitar as ações de improbidade manifestamente temerárias, não é essa a hipótese dos presentes autos, sendo inaceitável que, antes mesmo de concluída a instrução processual, seja aferido, com absoluta certeza, a inexistência de dolo por parte dos agentes*”; (iii) além disso, “*a imputação de improbidade administrativa feita pelo Ministério Público, através da ação civil pública, é da prática da conduta descrita no art. 10, caput e inciso VIII, da Lei nº 8.429/92*”, de sorte que, “*em tais hipóteses, mesmo quando não configurada a conduta dolosa do agente, pode subsistir a prática de atos de improbidade administrativa a título de culpa*”; (iv) “*há, ainda, imputação da prática de ato de improbidade previsto no art. 11, da Lei nº 8.429/92*”.

Sob essa perspectiva, pede o provimento dos presentes embargos, com a sanção da omissão apontada, “*apreciando-se as questões relevantes não consideradas no acórdão, modificando-se o conteúdo da decisão embargada, para o fim de negar provimento ao agravo de instrumento*”.

É o relatório. Passo a votar.

De proêmio, impende consignar que este Colegiado dirimiu a lide com base em fundamentação clara e suficiente, sendo certo, ademais, que a via recursal aclaratória não se presta ao reexame da controvérsia.

Nesse sentido, cuido de reiterar os fundamentos articulados no voto condutor do acórdão embargado, destacando, nesta oportunidade, o seguinte trecho:

“No caso, a Ação de Improbidade está calcada no art. 10, VIII, e no art. 11, ambos da Lei Federal nº 8.429/92, que tipificam como ímprobos os atos que tenham por escopo



1277

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

'frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente', elou que violem 'os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições'.

A materialidade do ilícito estaria consubstanciada na circunstância de que *'as 03 (três) empresas convidadas a se habilitarem no procedimento licitatório pertencem aos mesmos sócios, todos aparentados entre si, frustrando de forma indubitável o fim da licitação, qual seja, atender ao interesse público, por meio da busca da proposta mais vantajosa'.*

Isso porque, para participar da licitação em tela, realizada pela modalidade *'carta-convite'*, foram convocadas as sociedades empresárias *'Toyolex Caruaru Veículos Ltda.'*, *'Rivoli Veículos Ltda.'* e *'Pedragon Autos Ltda.'*, que pertencem ao mesmo grupo econômico.

(...)

Para o Ministério Público, o só fato, *objetivamente considerado*, de as licitantes pertencerem ao mesmo grupo econômico, já seria suficiente para evidenciar o propósito deliberado de todos os réus (Presidente da Câmara Municipal, integrantes da Comissão de Licitação, pessoas jurídicas licitantes e os sócios que as compõem) de promover um certame *simulado*, com o objetivo de favorecer a *'Toyolex'*.

Penso, porém, que essa linha de raciocínio não se sustenta, sobretudo na hipótese retratada nos autos.

Com efeito, a *frustração à competição* (essencial ao certame licitatório), tem por núcleo essencial o *concerto entre licitantes* (e eventualmente também entre estes e a Comissão de Licitação) com o desiderato de *simular* disputa e, por decorrência, impingir à Administração uma contratação *menos vantajosa* do que aquela que naturalmente adviria de uma competição *efetiva*.

Esse tipo de *prática* caracteriza-se pela *unidade de designios*, voltada para a eliminação *concreta* da competição e a consequente obtenção de contratação em *condições anormais*, sendo irrelevante, em verdade, se os licitantes, no plano formal, integram ou não o mesmo grupo econômico, ou se de ordinário costumam disputar entre si no regime de mercado.

Ou seja, a meu sentir, a *mera circunstância* de os licitantes pertencerem ao mesmo grupo econômico não constitui indício de *simulação* do certame licitatório (até porque, se assim fosse, a *mera participação* dos mesmos deveria ser vedada pela lei, o que não ocorre).

Assim, para se cogitar de *frustração* a processo licitatório, impende observar a *atuação concreta* dos licitantes (e da Comissão de Licitação) para o fim de verificar se exsurge algum vínculo *subjetivo* entre eles, indicativo de *simulação*.

Nessa ordem de idéias, observo que, no âmbito dos depoimentos colhidos ao longo do Inquérito Civil, *nada indica* que os membros da Comissão de Licitação tenham atuado com propósito pré-determinado de convocarem apenas empresas de um mesmo grupo econômico, nem que estas estivessem pré-ordenadas a uma atuação *combinada*, de molde a obter resultado *desconforme* à realidade de mercado.

Do depoimento de Valter Costa (membro da Comissão de Licitação) colhe-se que *'(...) o declarante respondeu que somente foi observada a diversidade de pessoas jurídicas, não*



12-18
R

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

se percebendo que os sócios eram comuns; as outras concessionárias não possuíam carros com o padrão e o valor equiparado aos carros das três concessionárias convidadas, por isso não receberam as cartas-convite; somente expediram três cartas-convite por conta da legislação e também porque queriam agilidade na aquisição do veículo, já que o anterior, utilizado pela Presidência, era um gol e não servia mais para realizar o transporte'.

O depoimento de Antônio Ademildo da Silva (também membro da Comissão de Licitação) assinala: *'(...) como membros da Comissão de Licitação não prestam muita atenção nos estatutos sociais das empresas, tendo em vista que não é requisito para habilitação das empresas; (...) que no caso da licitação ora tratada, não foi observado que os sócios das empresas tinham parentesco, possuindo o mesmo sobrenome; que o declarante só tomou conhecimento desse fato ao ser tratado nesse momento'.*

Também não há qualquer evidência de que as concessionárias convidadas – todas elas revendas de grande porte – tenham adotado, na licitação em apreço, posturas comerciais incompatíveis com a realidade de mercado.

Aliás, esse respeito nada se alega *de concreto*, remanescendo, como *base única de sustentação* da imputação de improbidade, o fato objetivo de as licitantes integrarem um mesmo grupo econômico.

Contudo, essa circunstância, por si só, não implica em *presunção* de atuação em desconformidade com as posturas de mercado.

(...)

Ora, no caso vertente, para além da inexistência de qualquer indício concreto de atuação *combinada* das concessionárias (que revendem veículos de marcas distintas, concorrentes entre si, quais sejam: Toyota, Peugeot e Chevrolet), as partes agravantes colacionaram aos autos prova conclusiva – a meu ver – de que o resultado da licitação guardou harmonia com os parâmetros de mercado da época.

Refiro-me às notas fiscais de venda de veículos Toyota Corolla, similares àquele objeto da licitação, expedidas pela 'Toyolex' contemporaneamente à venda efetuada à Câmara Municipal de Caruaru, porém com *valor superior* ao preço pago pelo Legislativo local.

Deveras, a licitação foi homologada pelo valor de R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais).

No entanto, veículos similares foram vendidos por R\$ 59.000,00 e R\$ 60.000,00 (Notas Fiscais de nº 011904 e 011360), sendo certo, ademais, que o preço de venda sugerido pela montadora Toyota para a região Nordeste era o de R\$ 60.999,00, e bem assim que os anúncios em jornal publicados pela 'Toyolex' em março/2007 propunham venda pelo valor de R\$ 60.990,00 (cf. cópias acostadas aos autos).

Em suma, o resultado da licitação afigura-se perfeitamente compatível com os valores de mercado praticados à época.



1279
20

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Nada há de concreto, portanto, que justifique o processamento da Ação de Improbidade em curso perante o Juízo singular.

Destarte, o Juízo da 3ª Vara Criminal de Caruaru, no Procedimento Investigatório tombado sob o nº 0007234-88.2009.8.17.0480, houve por bem *rejeitar a denúncia* criminal apresentada pelo *Parquet* em relação aos mesmos fatos aqui em foco, com base em *argumentos convergentes* com os aqui adotados, *verbis*:

‘(...) O crime previsto no artigo 90 da Lei 8666 tipifica assim conduta criminosas:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

O tipo, conforme se vê, requer ajuste, combinação ou outro qualquer expediente. A atual fala de conluio e ajuste, mas não traz qualquer elemento probatório que indique tal combinação. Não cita uma conversa prévia dos empresários acusados com a Comissão de Licitação, não menciona reunião, uma ligação, ou mesmo um contato entre os prepostos e os denunciados que à época compunham o quadro da Administração Pública.

O outro expediente a que, em tese, aludiria a denúncia, seria o fato de constar sócios aparentados em pessoas jurídicas diferentes.

Ocorre que, claramente, esse não foi o intuito da formação das pessoas jurídicas.

(...)

Vê-se, às claras, que são empresas de grande porte e registradas de há muito, inclusive conhecidas notoriamente no âmbito regional, sendo suas últimas alterações realizadas muito antes do procedimento licitatório, alterações nas quais sequer houve exclusão/inclusão de sócio. Evidente está que tais empresas não foram criadas ‘de fachada’, visando fraudar procedimento licitatório.

Ainda, as defesas apresentadas demonstraram de maneira bem plausível que o Grupo econômico a que pertencem Pedro Everton Schwambach, Patrícia Maria Schwambach Lins, Breno César de Oliveira Schwambach, José Henrique D'Amorim de Figueiredo e Arthur Bruno de Oliveira Schwambach, é composto de um universo muito maior que essas três empresas. O próprio sítio eletrônico do Grupo PARVI, acostado pelo Sr. Antonio Ademildo em defesa própria, mostra que a participação em concessionárias de veículos atinge impressionante marca de 97 (noventa e sete) pessoas jurídicas, todas, segundo o sítio, concessionárias, abarcando as marcas: Ford, Audi, Dacia, Volkswagen, Fiat, Suzuki, Mercedes-Benz, Hyundai, Nissan, Renault, Toyota e Peugeot, espalhados por treze estados da federação.

Ainda, o veículo, conforme documentação acostada, não foi adquirido em condições prejudiciais ao Estado. Pelo contrário, propagandas da mesma





PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

1256

época, acostada aos autos, indicam que o preço fora a menor do que o usualmente adquirido no mercado.

Lado outro, esse foi o único veículo comprado pela Câmara de Vereadores de Caruaru no ano de 2007, havendo certidão nos autos de que sequer há cadastro prévio de empresas para licitar, pois o objeto da licitação não faz parte das compras usuais, sequer anuais, da Câmara de Vereadores, pois a última compra de um veículo para a Câmara tinha ocorrido em 2005.

Fraude, ardil, conluio, se houve, não foi devidamente relatada na denúncia, pois o fato de que os acusados não servidores compõem um mesmo grupo econômico não pode servir de presunção, sequer como elemento mínimo necessário para o recebimento da inicial.

Do mesmo modo, não demonstrou na denúncia, em relação aos acusados à época servidores, que houve intenção dos mesmos em fraudar o caráter competitivo do certame, a não ser também pela presunção de fraude em razão dos estatutos sociais.

Ora, as cartas são endereçadas às pessoas jurídicas, e não aos sócios. Da mesma forma, quem participa da licitação são as pessoas jurídicas, e não seus sócios, desinteressando pertencerem as empresas a um mesmo grupo econômico, mesmo nos casos de Carta-convite.

Não havendo a denúncia exposto, ao mínimo com elementos rasos, indícios, o conluio, orquestração prévia entre os acusados para a compra do referido veículo visando o favorecimento de uma empresa pertencente a parte dos acusados, não há como receber-se a presente inicial.

Assim, por identidade de fundamento jurídico, é de ser rejeitada a presente Ação de Improbidade, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei Federal nº 8.429/92:

(...)

Da leitura dos dispositivos em lume, depreende-se que a ação deverá ser 'instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade' (art. 17, § 6º).

E que, se 'convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita', o Juízo deverá rejeitar a ação, de plano (art. 17, § 8º).

Infere-se, ademais, que tal rejeição da ação pode dar-se também em segundo grau, de vez que da 'decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento' (art. 17, § 10º).

Via de conseqüência, compete também ao Tribunal revisor rejeitar a ação, em análise prefacial, se convencido da inexistência do ato de improbidade ou da improcedência da mesma.

Visto isso, e sendo certo que a presente Ação de Improbidade está assentada em *base empírica manifestamente insuficiente* à caracterização da pretensa conduta ímproba (qual



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

seja o fato de as licitantes convidadas pertencerem ao mesmo grupo econômico), cuido ser de rigor a *rejeição liminar da ação*, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei Federal nº 8.429/92. (...)” Os destaques constam do original.

Diante desse panorama, não visualizo a omissão apontada pelo embargante.

De todo modo, ressalto que **“A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma lei (enriquecimento ilícito e atos de Improbidade Administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública), os quais se prendem ao volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo”** (STJ - AgRg no Ag 1.386.249/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe de 13/04/2012, destaquei).

De fato, tem prevalecido no STJ o posicionamento no sentido de que *“O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido”* (STJ - REsp 939.118/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 15/02/2011, DJe de 01/03/2011; na mesma direção: STJ - AgRg no AREsp 107.758/GO, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma, DJe de 10/12/2012).

Ocorre que, muito embora o nobre órgão ministerial autor da ação civil pública originária tenha aduzido a prática de ato subsumível ao art. 10 da LIA, nada de concreto referiu acerca da presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo), isto a vulnerar a tipificação defendida pelo *Parquet* estadual.

Pelo contrário, exsurge dos autos prova conclusiva de que o resultado da licitação questionada não discrepou dos parâmetros de mercado da época.

No ponto, vale insistir na exposição contida no voto condutor acima transcrito:

“Ora, no caso vertente, para além da inexistência de qualquer indício concreto de atuação *combinada* das concessionárias (que revendem veículos de marcas distintas, concorrentes entre si, quais sejam: Toyota, Peugeot e Chevrolet), as partes agravantes colacionaram aos autos prova conclusiva – a meu ver – de que o resultado da licitação guardou harmonia com os parâmetros de mercado da época.

Refiro-me às notas fiscais de venda de veículos Toyota Corolla, similares àquele objeto da licitação, expedidas pela ‘Toyolex’ contemporaneamente à venda efetuada à Câmara Municipal de Caruaru, porém com *valor superior* ao preço pago pelo Legislativo local.

Deveras, a licitação foi homologada pelo valor de R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

1252
A

No entanto, veículos similares foram vendidos por R\$ 59.000,00 e R\$ 60.000,00 (Notas Fiscais de nº 011904 e 011360), sendo certo, ademais, que o preço de venda sugerido pela montadora Toyota para a região Nordeste era o de R\$ 60.999,00, e bem assim que os anúncios em jornal publicados pela 'Toyolex' em março/2007 propunham venda pelo valor de R\$ 60.990,00 (cf. cópias acostadas aos autos).

Em suma, o resultado da licitação afigura-se perfeitamente compatível com os valores de mercado praticados à época."

No tocante à imputação relacionada ao art. 11 da LIA, novamente ratifico a fundamentação constante do mencionado voto condutor, pondo em relevo a conclusão de que, *"no âmbito dos depoimentos colhidos ao longo do Inquérito Civil, nada indica que os membros da Comissão de Licitação tenham atuado com propósito pré-determinado de convocarem apenas empresas de um mesmo grupo econômico, nem que estas estivessem pré-ordenadas a uma atuação combinada, de molde a obter resultado desconforme à realidade de mercado"*.

Neste particular, importa observar que o STJ *"já assentou definitivamente que é imprescindível o elemento subjetivo para se configurar o ato de improbidade administrativa, associado à ocorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito. Os tipos descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/1992 somente existem na forma dolosa; não havendo a devida comprovação desse elemento da conduta, tem-se como não realizado o tipo infracional do art. 11, I e II, da Lei n. 8.429/92, máxime se não verificado dano ao Erário"* (STJ - REsp 1.223.496/PB, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 2ª Turma, DJe de 13/06/2012).

Enfim, tenho que a ação de improbidade em referência está assentada em *base empírica manifestamente insuficiente* à caracterização da pretensa conduta improba – deficiência essa aferível *primo ictu oculi* –, razão por que é de ser integralmente mantido o acórdão embargado.

Por todo o exposto, conheço destes embargos de declaração, porém **nego-lhes provimento**.

É como voto.

Recife, 21 de maio de 2013.


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator