

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

EXMO. SR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA COMARCA DE ITAPERUNA

Inquérito Civil nº 085/17

Processo MP/RJ nº 2017.00226898

Investigados: Marcus Vinicius de Oliveira Pinto, Município de Itaperuna e JL&M Construtora e Incorporadora Ltda

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através de seu presentante, no uso de suas atribuições legais, vem por meio desta, ajuizar

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

com pedido de DECLARAÇÃO DE NULIDADE

DO CONTRATO EMERGENCIAL DE COLETA DE LIXO

em face de:

1. MARCUS VINICIUS DE OLIVEIRA PINTO, Prefeito Municipal, residente na Rua Gregório Lopes, nº 85, Bairro Niterói, Itaperuna;
2. WALDRIANO TERRA, ex-Secretário Municipal de Meio Ambiente, residente à Rua Julio Cesar, 788, Vinhosa, Itaperuna
3. JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, com sede na Avenida Coronel José Bastos, nº 1292, Itaperuna, Rio de Janeiro;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

4. MUNICÍPIO DE ITAPERUNA, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Rua Isabel Vieira Bastos, nº 131, Cidade Nova, Itaperuna, pela prática dos seguintes ;

ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1. DA LEGITIMIDADE PASSIVA

A presente inquisição revelou graves irregularidades na contratação direta “emergencial” da empresa JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA para realização dos serviços de coleta de resíduos urbanos, varrição e coleta seletiva no Município de Itaperuna entre os anos de 2017 até 2019.

O contrato administrativo ilegal e superfaturado foi celebrado pelo réu MARCUS VINICIUS, na qualidade de representante do Município. O atual prefeito de Itaperuna ainda deu prosseguimento à contratação direta, sendo responsável pelo ato administrativo de dispensa de licitação e mantém até a data de hoje o contrato mesmo após alertas de irregularidades do Tribunal de Contas.

O réu WALDRIANO TERRA, Secretário de Municipal de Meio Ambiente foi responsável pela pesquisa ilegal e fraudulenta de preço de mercado e pela elaboração do “Termo de Referência”, incluindo serviço já realizado por associação de catadores de lixo do Município de Itaperuna.

A empresa JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA foi beneficiada com esquema ilícito de desvios de recursos públicos do erário municipal.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

A legitimidade para integrar o pólo passivo da ação civil pública é estabelecida nos Arts. 1º a 3º da Lei 8429/92, que dispõem o seguinte:

“Art. 1º. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta, fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Territórios...”

Art. 2º - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego, ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

Art. 3º - As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

2. DA CAUSA DE PEDIR

2.1 Das investigações

O procedimento investigatório teve início com a notícia da celebração de um contrato emergencial, firmado em fevereiro de 2017, entre Município de Itaperuna e a empresa JL & M Construtora e Incorporadora, sediada no Distrito Federal, para coleta de resíduos sólidos.

De acordo com as investigações a contratação direta teria sido motivada por uma rescisão contratual com a Viera Stones Empreendimentos, empresa que

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

executava o serviço. A contratação “emergencial” da empresa de Brasília sem licitação e com pesquisa ilícita de preços da já dura dois anos.

2.1.1 Da Rescisão Contratual entre Município e a Vieira Stones

Através do processo administrativo nº 3086/17 a empresa Vieira Stones Empreendimento solicita uma ratificação do contrato nº 56/2013, cujo objeto era a coleta de resíduos sólidos urbanos e a varrição de logradouros públicos e coleta seletiva de lixo em Itaperuna. O requerimento de prorrogação contratual data de 14 de fevereiro de 2017. (fl. 07 IC 85/17)

Em 20 de fevereiro de 2017, os Secretários de Obras e de Meio Ambiente de Itaperuna, Srs. José Duarte Santos e WALDRIANO TERRA apresentam contraproposta ao pedido de rerratificação para reduzir o “valor mensal do Contrato nº 056/2013 para R\$ 760.000,00, o que geraria uma economia mensal aos cofres públicos de cerca de R\$ 30.000,00 e anual de R\$ 360.000,00. (fl. 18 IC 085/17)

A não concordância da Vieira Stones com o valor proposto pelo Município motivou a rescisão contratual. O distrato é datado de 22 de fevereiro de 2017.

Diante do impasse, o Secretário de Meio Ambiente, o Sr. WALDRIANO TERRA solicita ao Prefeito de Itaperuna, Sr. MARCUS VINICIUS, a dispensa de licitação para o serviço de coleta de resíduos sólidos. Ressalte-se que um dos argumentos utilizados pelo Secretário WALDRIANO para contratação emergencial foi evitar a acumulação de “notificações do Ministério Público”. (fl. 31 IC 085/17).

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Na mesma ocasião o Sr. Waldriano Terra ainda assevera que “a administração já está realizando todos os levantamentos pertinentes para dimensionamento da demanda para o restante de todo exercício de 2017 e, que, no mais curto espaço de tempo possível, ou seja, daqui a próximos noventa (90) dias, estará realizando um processo licitatório de maior demanda para a realização desse serviço...” (fl. 31 IC 085/2017).

O termo de referência, memorial descritivo, planilha orçamentária e memorial de cálculo do serviço a ser contratado “emergencialmente” são de lavra do Secretário de Meio Ambiente WALDRIANO e da engenheira civil Sra. Alessandra Horácio Rodrigues. Os docs. estão acostados às fls. 37 a 66 do IC 085/2017.

Compulsando os documentos citados, depreende-se que o preço do contrato emergencial deveria ser composto do seguinte modo:

Coleta de resíduos sólidos: aluguel de **12 (doze) caminhões basculantes, 5 (cinco) caminhões compactadores**, além da mão de obra de 03 (três) coletores e 1 (um) motorista por caminhão;

Coleta seletiva: 1 (um) caminhão com 3 (três) coletores e um motorista.

Varrição: 40 serventes, **1 (um) caminhão basculante com motorista, 1 (uma) retroescavadeira com operador.**

Cabe aqui uma observação: o valor do contrato de coleta de resíduos sólidos, coleta seletiva e varrição composto pelos itens acima citados seria de R\$ 790.030,60 (setecentos e noventa mil e trinta reais), conforme planilha orçamentária de lavra da engenheira civil Alessandra Rodrigues (fl. 65 IC 085/2017).

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Estranhamente esse valor é exatamente o mesmo valor proposto pela empresa Vieira Stones e que não foi aceito pelo Sr. Waldriano Terra, conforme fl. 18 do IC 085/2017.

Dos fatos se extrai que a alegação para não renovação contratual com a empresa que já prestava o serviço de coleta de lixo do Município, qual seja, a não concordância da Vieira Stones Empreendimentos com a redução do valor do contrato para R\$ 760.000,00, é uma motivação falsa, tendo em vista a própria proposta orçamentária acostadas aos autos, conforme planilha de rerratificação de fls 08 e 09 do IC 085/2017.

Outro indicativo do direcionamento do objeto do contrato para empresa JL & M é o ofício nº 027/2016 do Coordenador de Transição de Governo Sr. Oliver Trajano Silva Bastos onde consta o seguinte:

“Venho informar que os Contratos relacionados à Coleta de Lixo e Limpeza Urbana, Iluminação Pública e demais contratos com empresas privadas cujo serviço seja de continuidade os mesmos não serão renovados e serão firmados com outras empresas já comunicadas” (fl. 829 do IC)

A afirmação, por si só, não revelaria nenhuma irregularidade se tivesse sido elaborado após procedimentos licitatório de ampla concorrência. Ocorre que o documento é datado de 21 de dezembro de 2016, ou seja, antes do Prefeito eleito assumir a gestão do Município. Desta forma, depreende-se que os principais contratos do Município de Itaperuna já estavam reservados para empresas ligadas ao grupo político do Sr. Marcus Vinicius.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Para justificar a contratação direta da empresa JL & M Construtora e Incorporadora, agentes públicos do Município simularam uma pesquisa de preço com algumas empresas enviando e-mails a possíveis fornecedores. Saliente-se que o Tribunal de Contas do Estado já se manifestou pela ilegalidade dessa pesquisa, *in verbis*:

“Sobre a cotação junto a, apenas, três fornecedores, manifesto, novamente, meu entendimento sobre a fragilidade em se lastrear o exame de economicidade tão somente em orçamentos apresentados por 3 (três) empresas.” (voto do Conselheiro Relator Rodrigo Melo do Nascimento na sessão de 29/05/18 - fl. 7 – ref. Processo TCE/RJ nº 202.211-0/18)

Além da JL & M, sediada até então exclusivamente em Brasília, duas outras empresas participaram da pesquisa relâmpago: a Top Mak Multi Comercial, sediada em Guarus, Campos dos Goytacazes e a Nativitta, de Itaperuna, mas com especialidade em coleta de resíduos perigosos.

Duas observações merecem ser tecidas, a primeira delas relaciona-se ao exíguo prazo com que foram realizados os seguintes atos administrativos: 1. negociação para renovar o contrato entre Secretaria de Meio Ambiente e a empresa Vieira Stones; 2. parecer do então Secretário de Gabinete Sr. Oliver Trajano indicando a possibilidade de rescisão; 3. parecer da Procuradoria Municipal no sentido do distrato; 4. decisão do Prefeito pelo distrato e; 5. formalização da rescisão contratual. Excluindo-se a negociação, todos os demais atos administrativos teriam sido realizados, em tese, em apenas um dia, 22 de fevereiro de 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Já no dia 24 de fevereiro de 2017, o Secretário de Meio Ambiente Sr. Waldriano Terra, solicita a dispensa de licitação para contratação de empresa para coleta de resíduos sólidos e varrição. O pedido é instruído com memorial descritivo, planilha orçamentária (no valor de R\$ 790.060,30), composição de custos, memória de cálculo e cronograma físico financeiro. Todos esses documentos são datados de 24 de fevereiro de 2017 e foram lavrados pela engenheira civil Alessandra Rodrigues.

Ainda em 24 de fevereiro, as três empresas citadas (JL & M, Nativitta e Top Mak foram escolhidas injustificadamente pelo setor de licitações do Município de Itaperuna para apresentarem orçamentos, que foi apresentado pelas três no mesmo dia. Assim, se uma empresa eventualmente consultada respondesse no dia seguinte, sua proposta já não constaria mais do processo licitatório.

Ressalte-se que agentes do MP diligenciaram nas sedes das duas empresas da região, a Top Mak e a Nativitta. Nos locais não foram localizados quaisquer equipamentos, veículos ou máquinas relacionadas à coleta de lixo domiciliar ou varrição, conforme docs. de fls. 1029 à 1035 e 1116 a 1119 do IC 085/2017.

A segunda observação é sobre a proposta apresentada pela JL&M no valor de R\$ 747.411,66 mensais. O documento não está assinado pelo suposto dono, o Sr. Luiz Henrique de Souza Barbalho.

Passa-se agora a analisar a empresa JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

2.1.2 A empresa JL&M Construtora e Incorporadora.

A empresa JL&M foi constituída em Brasília em 2010 e tinha como principal objeto social a construção e reforma de edifícios. Segundo o contrato social a JL&M teria sede no Distrito Federal, mais precisamente na Área Especial 02-A Conjunto G Lote 02 loja 01, Bairro Guara, Brasília. O telefone da empresa, segundo informação consta do cadastro nacional da pessoa jurídica, seria (61) 3964 5656 ou (61) 3964 5654.

Após consulta do endereço nos *sites googlemaps e googleearth*, o endereço da empresa não foi localizado. De acordo com pesquisa realizada na internet, no endereço citado funciona a loja Apollo Pneus e Rodas (v. fl. 856 IC 085/2017) com CNPJ 11.036.123-0001/07, com o mesmo telefone da JL&M. O telefone indicado, na verdade, pertence a um escritório de contabilidade com nome Costatec.

Também não é possível identificar com precisão se o Sr. Luiz Henrique de Souza Barbalho é de fato o proprietário da empresa. Isto porque a assinatura do empresário constante do sistema Sinesp Infoseg (fl. 866 IC 085/17), da própria identidade (fl. 898 IC 085/17) e junto à Corregedoria Geral de Polícia do Distrito Federal (fl. 1299 do IC 085/2017) é totalmente divergente da constante do contrato social, das alterações contratuais e do contrato emergencial celebrado entre o Município de Itaperuna e a JL&M. (p.e. em fls. 120, 238, 240, 244 e 939), o que sugere a utilização de Luiz como “laranja” do negócio espúrio.

E nem mesmo quando o caminhão da JL&M foi flagrado despejando irregularmente os resíduos sólidos no “lixão” da Vinhosa foi possível identificar com precisão quem seriam os representantes da empresa. Segundo a autoridade policial

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

no RO 1401/2018, nem o motorista do caminhão nem o suposto preposto da empresa Marcelo Bragança de Oliveira apresentaram alguma documentação da empresa. (fls. 824 do IC 085/2017)

Na mesma época, a empresa JL&M também celebrou contratos emergenciais sem licitação no Município de Bom Jesus de Itabapoana, em que o Prefeito também é filiado ao Partido da República (PR), e em São Francisco do Itabapoana. Nos dois casos os contratos emergenciais foram milionários e bastante criticados pela imprensa local, havendo notícias de ação civil pública ajuizada pela Defensoria Pública de São Francisco de Itabapoana impugnando o contrato.

Pede-se vênia para indicar links com reportagens sobre o serviço de coleta de lixo realizado pela empresa JL&M Construtora e Incorporadora:

1. <https://jailtondapenha.blogspot.com/2018/07/contrato-de-lixo-sem-licitacao-em-bom.html>;
2. <https://www.portalviu.com.br/cidades/sao-francisco-rj-cidade-pobre-e-lixo-milionario/>;
3. <http://rosalnocaminhocerto.blogspot.com/2018/11/em-bom-jesus-o-lixo-dos-milhoes-e.html>;
4. <http://www.abcapixaba.tv/abc-notic/crise-nao-existe-em-bji.htm>;
5. <http://www.tribunanf.com.br/lixo-e-esgoto-de-sfi-sao-questionados-pela-defensoria-publica/>

2.1.3 Do Superfaturamento do Contrato Emergencial

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Inicialmente, compulsando o contrato de coleta de lixo nº 56/2013 da Vieira Stones e o contrato emergencial firmado com a JL&M nota-se que aquele, o de 2013, abrangia os seguintes objetos: coleta regular de resíduos sólidos domiciliares, varrição de logradouros públicos, “que caracteriza a capina, limpeza de logradouro e áreas públicas” além da “disponibilidade de veículos, equipamentos e ferramentas, visando o correto fluxo destas atividades no ano de 2014, com o objetivo de atender as necessidades da Secretaria Municipal de Obras”. Pelos serviços descritos, o Município pagava a quantia mensal de R\$ 790.030,60 a Vieira Stones.

A partir de 2017, o Município de Itaperuna, ao não renovar com a Vieira Stones, fracionou o objeto em dois contratos: o primeiro deles com a JL&M para coleta de resíduos sólidos e o outro para o serviço de capina, roçada e conservação de praças e calçadas de logradouros públicos. A empresa que presta esse serviço, objeto da ARP nº 17/2017 (fls. 747 e ss IC 085/2017), desde então é a Renovo Empreendimentos Ltda, com sede em Cachoeira de Macacu. Somados, os dois contratos custaram por mês a quantia de R\$ 901.211,66.

E não é só. Nos anos de 2017 e 2018 ainda vigorou um terceiro contrato cujo objeto também estaria abrangido pelo contrato único com a Vieira Stones, qual seja, o fornecimento de veículos, equipamentos e ferramentas à Secretaria de Obras. Com a mudança do objeto para locação de mão de obra e equipamentos para Secretaria Municipal de Obras, o Município pagou quantia mensal de R\$ 107.341,19 a empresa JPG Empreendimentos, segundo informações constantes do portal da transparência de Itaperuna.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Somados os três contratos JL&M, Renovo e JPG, o Município de Itaperuna gastou a quantia mensal de R\$ 1.008.552,85 (um milhão, oito mil, quinhentos e cinquenta e dois reais), ou seja, um superfaturamento de R\$ 218.522,25 por mês ou R\$ 2.662.267,00 anual.

O valor do sobrepreço pode ser ainda maior se ficar comprovado que a JL&M não vendo prestando o serviço da forma contratada. Destaca-se, neste ponto, a afirmação do suposto gerente operacional da empresa, o Sr. Marcelo Bragança de Oliveira, no sentido de que

“a empresa JL&M possui ao todo, destinado à execução do contrato com o Município de Itaperuna, cinco caminhões compactadores e cinco caminhões basculantes (...) que atualmente na execução do contrato com Município de Itaperuna a empresa possui um caminhão basculante em seu nome e os outros quatro são sublocados; que desses quatro sublocados, um deles presta serviço em Raposo, um presta serviço em Comendador Venâncio e os outros dois prestam serviços na sede da cidade...” (fl. 1004 do IC 085/2017)

Ocorre que o contrato, o termo de referência, o memorial descritivo, a memória de cálculo e a planilha orçamentária preveem 5 compactadores e 12 basculantes, mais especificamente, 12 caminhões *“sendo 08 para setores da sede do Município e 04 para os distritos de Raposa, Penha-Aré, Boa Ventura, Retiro do Muriaé, Comendador Venâncio, São Sebastião do Alto e Itajara.”* (fls. 63 do IC 085/2017)

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Para constatar eventual descumprimento de contrato será requerido um mandado de verificação para identificação de máquina, equipamentos e mão de obra fornecida efetivamente ao Município.

Soma-se a isso uma informação prestada pela empresa Vieira Stones dando conta de acordo firmado com o Município para incluir no contrato de lixo, sem alteração do valor, os seguintes serviços, além da coleta e varrição: 1º - manutenção de vias (roçada mecanizada, capina, retirada de entulhos, limpeza de caixas ralo, limpeza de vias com apoio de calçamento e tapa buracos); 2º - manutenção de rede de esgoto sanitário. (fl. 721 a 724 do IC 085/2017).

Se o alegado princípio da economicidade fosse perseguido efetivamente pelo administrador e demais réus deste processo certamente não haveria esse fracionamento ilegal da licitação.

2.2 Da violação ao princípio da Legalidade - Art. 11 “*caput*” da Lei 8429/92.

“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, notadamente:

I – praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência..

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

“O princípio da legalidade, no Brasil, significa que **a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.** (...) Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, **administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos,** ou particularizados segundo suas disposições.” (MELLO C. A. B. Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Malheiros Editores, São Paulo: 2007, pág. 102)

Vejamos os dispositivos legais violados pelos réus, ao dispensar ilegalmente a licitação e contratar diretamente a empresa JL&M para coleta do lixo.

- a. Dos Arts. 70, caput, CRFB e 3º, XVII, da LC 63/90 – Do princípio da economicidade

CRFB - Art. 70. “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

LC 63/90 - Art. 3º. “Compete, também, ao Tribunal de Contas: (...)

XVIII - verificar a legalidade, legitimidade e economicidade das despesas, ou receitas, decorrentes de atos de aprovação de licitação, de contratos ou de instrumentos assemelhados...”

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Discorrendo sobre o princípio da economicidade, Marçal Justen Filho ensina que:

“A Administração Pública está obrigada a gerir os recursos financeiros do modo mais razoável. O princípio da economicidade pode reputar-se também como extensão do princípio da moralidade. (...) Significa que os recursos públicos deverão ser administrados segundo regras éticas, com integral respeito à probidade (...) Mas a economicidade significa, ainda mais, o dever de eficiência. Não bastam honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. **A economicidade impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.**” (FILHO M.J. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, Editora Dialética. São Paulo, 2008, p. 54)

Ricardo Lobo Torres (*in O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade*). Rio de Janeiro, Revista do TCE/RJ, nº 22, jul/1991, pp. 37/44.) afirma que o “*conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça.*”

Como narrado acima, o fracionamento indevido do objeto adjudicado até 2016 a empresa Vieira Stones, pode ter sido um dos métodos fraudulentos utilizados para superfaturar contratos com as empresas citadas. Suspeita-se também, diante da informação dada pelo gerente operacional da empresa sobre o número de caminhões, que o sobrepreço se dê também na execução contratual não fiscalizada devidamente pela Secretaria de Meio Ambiente.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Há indícios de irregularidades também na contratação e execução do serviço de coleta seletiva de lixo. Apesar do serviço constar do termo de referência que amparou o contrato e custar, segundo a proposta orçamentária, a quantia de R\$ 22.007,97 mensais (v. fls. 50, 60, 65 e 117 do IC 085/2017), o serviço vem sendo prestado desde 2017 pela associação de catadores de Itaperuna, conforme informação prestada pela própria Secretária Municipal de Meio Ambiente, Sra. Jeane Hespanhol Mozer, que aduz que o programa de coleta seletiva vem sendo desenvolvido pelo Município com a Associação de Catadores de Materiais Recicláveis de Itaperuna.

A Secretária esclareceu também que este programa vem sendo executado desde 2017, em que *“foram coletados aproximadamente 50 toneladas/mês de material reciclável...”* (fls. 1189 do IC 085/2017).

Não foi por outra razão que o Município excluiu o serviço de coleta seletiva do novo processo licitatório que ainda espera aprovação do TCE. Segundo consta dos autos do processo TCE nº 217.694-17 **apenas depois da sessão plenária de 22 de maio de 2018 houve essa alteração do objeto da licitação** (v. fl. 1285v. do IC 085/2017).

De março de 2017 até janeiro de 2019 foram pagos ilegalmente à empresa contratada por uma emergência fabricada foi de R\$ 16.434.000,70, conforme informação obtida do portal da transparência do Município.

b. Do Art. 5º, I da CRFB c/c 3º, caput da Lei 8.666/93 – Do Princípio da Isonomia

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ao contratar diretamente a empresa JL&M após uma pesquisa de preço com apenas outros dois eventuais fornecedores, procedimento vedado pelo TCE, o Município impediu a concorrência e rechaçou qualquer possibilidade de pagar menos pelo contrato e/ou ser prestado serviço de melhor qualidade.

Ressalte-se que uma das empresas que teriam participado da pesquisa é a Top Mak, investigada pelo 2ª Promotoria de Tutela Coletiva de Itaperuna por irregularidades em contratos com o Município de Bom Jesus de Itabapoana. Além disso, não há memória de cálculo detalhada em nenhuma das propostas tornando impossível compará-las adequadamente.

Diga-se de passagem, que desde a transição de governo a atual administração já tinha reservado a coleta de lixo à empresa JL&M, possivelmente por compromissos espúrios travados durante a campanha eleitoral. Nesse sentido é a declaração do coordenador da transição, Sr. Oliver Trajano, *in verbis*: “Venho informar que os Contratos relacionados à Coleta de Lixo e Limpeza Urbana, Iluminação Pública e demais contratos com empresas privadas cujo serviço seja de continuidade os mesmos não serão renovados e serão firmados com outras empresas já comunicadas.”

c. Dos Arts. 24, IV c/c 26 da Lei 8666/93. Da emergência fabricada

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Lei 8.666/93

“Art. 24. É dispensável a licitação: (...)

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados de ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Art. 26. (...)

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

*I - a **caracterização da situação emergencial** ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;*

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

*III – **justificativa de preço**...”*

No caso analisado na presente ação de improbidade a contratação direta e prolongada da JL&M Incorporadora e Construtora foi amparada por uma pseudo situação emergencial decorrente da própria má gestão e desídia do administrador.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Não foi por outro motivo que o Tribunal de Contas do Estado, através da Conselheira Andrea Siqueira, nos autos do processo TCE/RJ nº 217.694-1/2017 reconheceu a ilicitude da conduta do Sr. MARCUS VINICIUS:

“Digno de registro que a situação de recalcitrância do Jurisdicionado desafia o tempo e o cumprimento das legítimas decisões emanadas deste órgão Constitucional de Controle Externo.

Destaco que, em praticamente todas as decisões citadas, não houve, por parte do atual Chefe do Poder Executivo Municipal, o atendimento integral aos itens solicitados por esta Corte com vista à conformação do edital à Lei de Regência, emergindo daí, pois, elementos indiciários de que o Gestor Público, a bem da verdade, busca postergar o cumprimento das decisões prolatadas por esta Corte, por meio de encaminhamento de elementos/argumentos meramente protelatórios, criando cenário favorável a uma eventual contratação emergencial (emergência controlada/fabricada), ante a relevância e natureza contínua do serviço em questão, motivo pelo qual entendo pela necessidade de aplicação de multa diária no valor correspondente a 500 UFIRs/RJ.” (Voto da Conselheira Substituta Andrea Siqueira Martins na 5ª submissão Plenária de 22/05/2018 – fl. 1286 do IC 085/2017)

E mais. Uma semana depois, dia 29/05/2018, o Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento do Tribunal de Contas do Estado, ao analisar outro contrato do Município de Itaperuna - da merenda escolar – voltou a apontar uma contratação por emergência fabricada, nos seguintes termos:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

“Por fim, diante da inércia do jurisdicionado em atender diversas determinações da última Decisão Plenária e da relevância social do objeto, bem como do fato de que o ano letivo nas unidades escolares já está em andamento, incluirei, em meu Voto, determinação para que seja informado como estão sendo realizados o fornecimento e a distribuição de merendas escolares no Município ficando o gestor, desde já, ciente de que a possível caracterização de contratação emergencial “fabrícola” implica na penalização dos responsáveis” (voto do

Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento na sessão realizada em 29/05/2018 – fls. 8)

Digno de nota essa reincidência na fabricação de emergências. O contrato de merenda já é uma das causas de pedir em outra ação civil pública por improbidade administrativa a de nº 007293-11.2018.8.19.0026.

Sobre o tema, Jesse Torres Pereira Jr., citando decisão do Tribunal de Contas da União (Decisão nº 347/94) estabelece **pressupostos da emergência que trata o IV do Art. 24 da Lei 8.666/93**. Um deles é o sentido de que

“...a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação...” (Pereira Júnior, Jessé Torres. Comentários à

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

lei das licitações e contratos da administração pública. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 299)

Como já mencionado anteriormente, o não atendimento das exigências do Tribunal de Contas abriu espaço para contratação direta da empresa de Brasília do ramo da construção civil em cuja sede funciona uma loja de pneus. Também não se tem notícias, segundo informações veiculadas na imprensa, sobre a presença física do proprietário da empresa, o Sr. Luiz Henrique de Souza Barbalho.

Também não há no processo administrativo qualquer justificativa da escolha da empresa ou do preço por ela proposto.

d. Das normas incriminadoras. Arts. 90 e 92 da Lei 8666/93

Lei 8.666/93

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: (...)

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei.

As condutas praticadas de forma livre e voluntária por todos os réus se subsumam, em tese, também às normas penais incriminadoras prevista na própria lei de licitações.

Conforme exposto, a fraude à licitação foi possível pela utilização de empresas amigas para superestimar o valor do contrato e para direcionar a adjudicação do objeto, sem que houvesse competição pelo menor preço. A ilegalidade nesse tipo de pesquisa de preço, além de sumulada pelo TCE, foi comunicada pelo órgão ao Sr. MARCUS VINICIUS mais de uma vez, fato que comprovam a plena consciência da ilicitude dos seus atos.

Houve, desta forma, grave violação ao dever de legalidade previsto no Art. 11 da LIA. A seguir, passa-se a analisar a incidência dos Arts. 9º e 10 da Lei 8429/92.

2.3 Dos Arts. 9º, XI e 10, I e II da Lei 8429/92

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

“Art. 9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta Lei, e notadamente...

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta Lei.

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:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, renda, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie...

A presente inicial narra a contratação direta ilegal e superfaturada, precedida de justificativa falsa e emergência fabricada pelos réus MARCUS VINICIUS e WALDRIANO TERRA.

O Sr. MARCUS VINICIUS, de forma voluntária, celebrou contrato emergencial ilegal e manteve em vigor por dois anos, apesar da expressa proibição

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

prevista na lei de licitações e contratos. O Prefeito também autorizou os pagamentos de cerca de R\$ 16.000.000,00 a empresa JL&M que supostamente seria de um jovem empresário de Brasília.

O Sr. WALDRIANO TERRA, Secretário de Meio Ambiente foi responsável pelo procedimento interno de contratação direta praticando atos que contribuíram para fraude à licitação, especialmente dois: 1º simulação de pesquisa de preço com empresas amigas, sendo que uma delas é investigada em Bom Jesus e a outra tem como atividade principal a coleta de resíduos perigosos; 2º elaboração do termo de referência incluindo serviço de coleta seletiva de lixo que, segundo informações prestada pela atual Secretária de Meio Ambiente Jeane Mozer, já vinha sendo prestado pela Cooperativa de Catadores de Itaperuna com o recolhimento de 50 toneladas de lixo reciclável por mês no ano de 2017.

Os dois também deixaram de observar, com dolo de aproveitamento, as mais comezinhas normas licitatórias e avisos do TCE que visam preservar a regularidade da atividade administrativa.

A empresa JL&M, por sua vez, foi beneficiada com ato de improbidade administrativa, qual seja, o pagamento ilegal de R\$ 16.434.000,70 (dezesseis milhões e quatrocentos e trinta e quatro mil reais).

Porém, para correta aplicação da Lei de Improbidade se faz necessária análise do elemento subjetivo da conduta de cada um dos legitimados passivos.

2.4 Do elemento volitivo da improbidade administrativa

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Para análise do elemento anímico de MARCUS VINICIUS e WALDRIANO TERRA é preciso voltar ao início de 2017, em que o contrato com a empresa Vieira Stones não foi renovado por motivos já rechaçados na presente ação.

Na verdade, o real intuito dos réus seria a adjudicação do objeto à empresa JL&M, que também foi beneficiada com contrato emergencial em outra cidade administrada por políticos do Partido da República.

Após a primeira contratação, existiram inúmeras prorrogações contratuais realizadas sem a observância da lei de licitações e contratos, o que levou o Tribunal de Contas reconhecer e multar, por mais de uma vez, o Prefeito MARCUS VINICIUS pelo não atendimento de diversas decisões plenárias sobre a coleta de lixo em Itaperuna:

“...divirjo da unidade instrutiva no que diz respeito à feitura de nova comunicação ao Responsável (a quarta com mesmo objeto, qual seja, não atendimento à decisão plenária), eis que, ao longo da marcha processual, e como sobejamente demonstrado, na fundamentação desta decisão, restou, amplamente assegurada a garantia constitucional ao contraditório e da ampla defesa ao gestor recalcitrante razão esta que impõe a aplicação de multa ao Sr. Marcus Vinicius de Oliveira Pinto, por cada dia de atraso, no valor total correspondente a 500 UFIRs/RJ.” (fl. 1289 do IC 085/2018)

A decisão revela com clareza a plena consciência da ilicitude da contratação emergencial da empresa JL&M por parte do Prefeito de Itaperuna, Sr. MARCUS VINICIUS DE OLIVEIRA PINTO. Os atos administrativos por ele

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

praticados para contratar, executar o contrato e permitir o pagamento foram praticados de forma livre e voluntária.

Já WALDRIANO TERRA, então Secretário Municipal de Meio Ambiente, não tinha como não ter ciência que o serviço de coleta seletiva de lixo já vinha sendo prestado durante todo ano de 2017. Apesar disso o inclui, de forma livre e voluntária no termo de referência e planilha orçamentária de modo que o serviço integrou efetivamente o objeto do contrato impugnado.

A empresa JL&M Construtora e Incorporadora foi beneficiada ilegalmente pelo contrato emergencial que já dura 02 anos.

3. CONCLUSÃO

Face ao exposto, conclui-se que os réus MARCUS VINICIUS DE OLIVEIRA PINTO, WALDRIANO TERRA E JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA:

- . são partes legítimas para demanda nos termos dos Arts. 1º a 3º da Lei 8429/92;
- . praticaram condutas ímprobas em processos licitatórios e de dispensa de licitação destinado ao serviço de coleta de lixo no Município de Itaperuna nos anos de 2017 a 2019 para permitir concessão de vantagem ilícita a empresa contratada, nos termos dos Arts. 9º, XI e 10, I e II da Lei de Improbidade;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

- . agiram com dolo, tendo em vista a consciência da ilicitude da contratação aliado a voluntariedade das condutas ilícitas praticada durante os processos licitatório e de dispensa.

4. DA NULIDADE ABSOLUTA DO CONTRATO EMERGENCIAL Nº 001/2018 (ARTS. 2º E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 4717/65).

Lei 4717/65.

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

De acordo com o exposto, os motivos indicados pelos réus MARCUS VINICIUS e WALDRIANO TERRA para contratar emergencialmente a JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA não corresponderam a realidade fática: não houve qualquer economia ao erário e sim fracionamento do objeto licitatório que aumentou o custo dos mesmos serviços oferecidos no contrato 56/2013. Além disso a situação não foi temporária e a contratação emergencial permanece até hoje sem licitação.

Além da motivação inidônea também se constata ilegalidade do objeto, uma vez que o mesmo importa em violação da lei, especialmente no que concerne à ausência de isonomia entre as empresas licitantes e à ausência de obtenção de contrato mais vantajoso para Administração Pública.

Desta forma, o contrato administrativo celebrado entre MUNICÍPIO DE ITAPERUNA e a empresa JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA violou as normas de proteção ao patrimônio público material e imaterial (Art. 2º, §ú, “c” e “d” da Lei 4717/65), causando danos ao erário. Os efeitos dos atos ilegais devem ser submetidos *statuo quo ante* em razão da declaração da nulidade absoluta (*quod nullum est nullum effectum producit*).

Nesse sentido os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

STJ

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

I - REsp 448442 / MS
RECURSO ESPECIAL
2002/0082995-6

Relator(a)

Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)

Órgão Julgador

T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento

23/02/2010

Data da Publicação/Fonte

DJe 24/09/2010

RDDP vol. 96 p. 138

RSTJ vol. 220 p. 232

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. 1. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular para anular o contrato de prestação de serviços advocatícios sem prévia licitação. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3. Diante da lesividade decorrente da contratação ilegal, é patente o cabimento da Ação Popular. 4. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio. 5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

da competição.

6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistente violação dos arts. 12 e 23 do Decreto 2.300/1986, vigente à época dos fatos.

7. Ademais, a análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

8. Quanto à pretensão de que seja afastada a condenação ao ressarcimento do valor pago, friso que o art. 49 do Decreto-Lei 2.300/1986 e o art. 49 da Lei 8.666/1993, mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais. Com relação ao art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de carecer de prequestionamento, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convencionados por meio de contratação ilegal.

9. O fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

10. Além disso, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, que deve ser ressarcido. A leitura do voto-condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando consignado que "o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município".

11. Ad argumentandum, de acordo com o art. 59 da Lei 8.666/1993, a declaração de nulidade de contrato acarreta a desconstituição dos seus efeitos jurídicos. A ressalva ao direito à indenização pelos serviços prestados somente se

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

aplica quando demonstrada a inequívoca boa-fé do contratado. Precedentes do STJ.

12. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

II - REsp 403153 / SP
RECURSO ESPECIAL
2001/0191456-4

Relator(a)

Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador

T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento

09/09/2003

Data da Publicação/Fonte

DJ 20/10/2003 p. 181

Ementa

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO. LICITAÇÃO. ECONOMIA MISTA. RESPONSABILIDADE.

1. O Ministério Público é parte legítima para propor Ação Civil Pública visando resguardar a integridade do patrimônio público (sociedade de economia mista) atingido por contratos de efeitos financeiros firmados sem licitação. Precedentes.

2. Ausência, na relação jurídica discutida, dos predicados exigidos para dispensa de licitação.

3. Contratos celebrados que feriram princípios norteadores do atuar administrativo: legalidade, moralidade, impessoalidade e proteção ao

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

patrimônio público.

4. *Contratos firmados, sem licitação, para a elaboração de estudos, planejamento, projetos e especificações visando a empreendimentos habitacionais. Sociedade de economia mista como órgão contratante e pessoa jurídica particular como contratada. Ausência de características específicas de notória especialização e de prestação de serviço singular.*

5. *Adequação de Ação Civil Pública para resguardar o patrimônio público, sem afastamento da ação popular. Objetivos diferentes.*

6. *É imprescritível a Ação Civil Pública visando a recomposição do patrimônio público (art. 37, § 5º, CF/88).*

7. *Inexistência, no caso, de cerceamento de defesa. Causa madura para que recebesse julgamento antecipado, haja vista que todos os fatos necessários ao seu julgamento estavam, por via documental, depositados nos autos.*

8. *O fato de o Tribunal de Contas ter apreciado os contratos administrativos não impede o exame dos mesmos em Sede de Ação Civil Pública pelo Poder Judiciário.*

9. *Contratações celebradas e respectivos aditivos que não se enquadram no conceito de notória especialização, nem no do serviço a ser prestado ter caráter singular. Contorno da exigência de licitação inadmissível. Ofensa aos princípios norteadores da atuação da Administração Pública.*

10. **Atos administrativos declarados nulos por serem lesivos ao patrimônio público. Ressarcimento devido pelos causadores do dano.**

11. *Recurso do Ministério Público provido, com o reconhecimento de sua legitimidade.*

12. *Recursos das partes demandadas conhecidos parcialmente e, na parte conhecida, improvidos.*

Como bem aponta uma das decisões citadas, o Art. 59 da Lei 8666/93 determina o direito à indenização pelos serviços prestados somente se restar demonstrada a boa-fé do contratado. No presente caso, nítida a **má-fé do réu JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA**, que agiu visando o enriquecimento ilícito em detrimento de erário ao não fornecer adequadamente o serviço contratado.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Destarte, devem os réus MARCUS VINICIUS e JL&M ressarcir os danos causados por eles aos cofres públicos em decorrência da nulidade do contrato emergencial de coleta de lixo.

5. DA INDISPONIBILIDADE DE BENS (Art. 7º da Lei 8429/92 c/c Art. 311 do CPC)

Lei 8429/92

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

CPC

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

No caso dos autos se pretende a declaração de nulidade absoluta do contrato emergencial celebrado entre o Município de Itaperuna e a empresa JL&M Construtora e Incorporadora Ltda com valor total pago de R\$ 16.434.000,70 (desesseis milhões quatrocentos e trinta e quatro mil reais).

Com base no dispositivo legal acima citado, sendo certo houve lesão ao patrimônio público conforme os elementos de investigação colhidos em sede de inquérito civil (*fumus boni iuris*), **necessária se faz a medida cautelar de indisponibilidade de bens dos réus MARCUS VINICIUS, WALDRIANO TERRA E JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, individualmente, no valor de R\$ 16.434.000,70 (desesseis milhões quatrocentos e trinta e quatro mil reais)** para garantia da devolução aos cofres públicos do valor incorporado ao patrimônio da empresa contratada emergencialmente, além do pagamento de multa civil (*periculum in mora*).

Para efetivação da medida em caso de deferimento, requer-se, desde já a **QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO DOS RÉUS MARCUS VINICIUS, WALDRIANO TERRA E JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA,** para que seja expedido ofício ao Banco Central do Brasil, Detran/RJ, Cartório de Registro de Imóveis, Capitania dos Portos de Cabo Frio/RJ e Guarapari/ES,

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

solicitando informações sobre a existência de bens, direitos e valores em nome dos réus, e, em seguida, se efetive o requerido bloqueio.

Outrossim, requer-se também a expedição de ofício ao Ministério da Justiça, aos cuidados do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (SNJ/MJ), a fim de averiguar a existência de eventuais contas do réu no exterior e proceder o bloqueio destas.

6. DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS DE USUÁRIOS (ART. 10, §1º DA LEI 12.965/14 – Marco Civil da Internet)

O e-mail licitacaoitaperuna@gmail.com do provedor “Google” foi usado para simular um pesquisa de preço, contando inclusive com a participação de uma empresa de Brasília que até então nunca possuiu qualquer espécie de vínculo com o Município de Itaperuna.

Aliás, esse meio de pesquisa de preços, que segundo o TCE é ilegal, foi utilizado em pelo menos outras duas licitações milionárias já objeto de ação civil pública de improbidade administrativa: a dos kits escolares e a da terceirização da merenda escolar. O resultado é o mesmo: empresas sem sede fixa e sem nenhum vínculo com o Município ganham a disputa simulada e começam a executar contratos superfaturados que não sofrem nenhum ato fiscalizatório pela municipalidade.

Sem qualquer fundamento ou comunicação prévia, possivelmente o setor de licitações do Município entrou diretamente em contato com a empresa via e-

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

mail, devendo ser investigado porque se deu esse contato, se existiram contatos anteriores e se outras empresas foram eventualmente comunicadas sem a devida formalização.

Assim, **requer o MP a quebra do sigilo de dados e das comunicações realizadas através do e-mail licitacaoitaperuna@gmail.com no mês de fevereiro de 2017, para que seja informado data, hora, destinatários, remetentes e conteúdo dos e-mails que entraram ou saíram do endereço eletrônico citado.**

7. DA BUSCA APREENSÃO

Como narrado nesta exordial, há indícios de má execução do contrato emergencial de lixo. Desta forma, torna-se necessário busca e apreender processos de pagamento e de fiscalização contratual, a cargo da Secretaria Municipal de Meio Ambiente.

Ademais, para possibilitar o cruzamento das informações constantes desses processos com a efetiva execução contratual é imperioso tentar localizar todas as máquinas, veículos e equipamentos de propriedade ou posse legítima da JL&M.

Por último, também pretende o *parquet* investigar com profundidade a empresa JL&M de modo a perquirir o porquê das assinaturas do Sr. Luiz Henrique de Souza Barbalho constantes do procedimento administrativo municipal divergem da assinatura do documento de identificação civil do mesmo. Suspeita-se que o jovem está sendo usado como “laranja” dos reais proprietários e/ou beneficiários do esquema espúrio de desvio de verba pública.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

Desta forma, REQUER O MINISTÉRIO PÚBLICO:

1º - A BUSCA E APREENSÃO NA RUA ISABEL VEIRA MARTINS, Nº 131, CIDADE NOVA, ITAPERUNA, CENTRO ADMINISTRATIVO DO PODER EXECUTIVO DE ITAPERUNA, A FIM DE LOCALIZAR APREENDER: 1. PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE PAGAMENTO OU FISCALIZATÓRIOS DA EXECUÇÃO DO CONTRATO EMERGENCIAL DE COLETA DE LIXO DOS ANOS DE 2017 A 2019; 2. DOCUMENTO COM INFORMAÇÕES (ORIGEM, DESTINO E DATA) SOBRE A MOVIMENTAÇÃO INTERNA DESSES PROCESSOS DE PAGAMENTO;

2º - A BUSCA E APREENSÃO NA SEDE DA EMPRESA JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA EM ITAPERUNA NA AVENIDA CORONEL JOSÉ BASTOS, Nº 1292, BAIRRO AEROPORTO FIM LOCALIZAR E APREENDER OS LIVROS SOCIETÁRIOS E FISCAIS OBRIGATÓRIOS, NOTAS FISCAIS, FOLHAS DE PAGAMENTO, DOCUMENTOS COM INFORMAÇÕES SOBRE A DIVISÃO DE SERVIÇOS, HORÁRIO E ROTAS DAS COLETAS REALIZADAS, ALÉM DE COMPUTADORES, TABLETES E APARELHOS DE TELEFONIA CELULAR COM INFORMAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE LIXO DE ITAPERUNA.

8. DA SUSPENSÃO DO PAGAMENTO E PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM A EMPRESA JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

Conforme narrado acima, a conduta do Sr. MARCUS VINICIUS de contratar emergencialmente o serviço de coleta de lixo desde 2017 já foi declarada

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

ilegal pelo Tribunal de Contas que ainda, pela recalcitrância do Prefeito, o condenou em multa diária enquanto a situação perdurasse.

Também não está claro quem são os reais proprietários da empresa, o que indica possível ocultação ou dissimulação de propriedade e valores, assim como a utilização de laranjas para contratações ilícitas e superfaturadas em mais de um município da região noroeste fluminense.

Assim, **requer o MP que seja determinado liminarmente a proibição do Município de Itaperuna realizar qualquer pagamento a empresa JL&M Construtora e Incorporadora Ltda, sob pena de multa de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) ao Município, assim como multa pessoal ao Prefeito de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por pagamento.**

9. DO PEDIDO

Tendo em vista a prática de ato de improbidade administrativa, requer o Ministério Público:

- 9.1. Seja o réu notificado para apresentar defesa prévia, pugnando desde já, na forma do Enunciado nº 12 do Enfam, conste do ato advertência de que não será expedido mandado de citação posteriormente;
- 9.2. Seja a presente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa recebida, procedendo-se à citação na forma do Enunciado nº 12 da Enfam, facultando-se ao ente federativo figurar no polo ativo da lide;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

9.3. O deferimento, *inaudita altera pars*, das MEDIDAS CAUTELARES para:

1. DETERMINAR A BUSCA E APREENSÃO NA AVENIDA CORONEL JOSÉ BASTOS Nº 1292, SEDE DA EMPRESA JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA EM ITAPERUNA A FIM DE LOCALIZAR E APREENDER LIVROS FISCAIS E EMPRESARIAIS OBRIGATÓRIOS, FOLHA DE PAGAMENTO DE FUNCIONÁRIOS, ESCALA DE SERVIÇO, NOTAS FISCAIS ALÉM DE OUTROS DOCUMENTOS DEMONSTREM DIVISÃO DO SERVIÇO, HORÁRIO E ROTAS DAS COLETAS REALIZADAS NOS ANOS DE 2017 A 2019, ALÉM DE COMPUTADORES, TABLETS, APARELHO DE TELEFONIA CELULAR E DEMAIS MÍDIA QUE CONTENHAM ARQUIVOS ELETRÔNICOS DE PROPRIEDADE DA JL&M.

2. DETERMINAR A BUSCA E APREENSÃO NA RUA ISABEL VIEIRA MARTINS, Nº 131, CENTRO ADMINISTRATIVO DO PODER EXECUTIVO DE ITAPERUNA, A FIM DE LOCALIZAR E APREENDER OS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE PAGAMENTOS OU FISCALIZATÓRIOS DA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE COLETA DE LIXO COM A JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, ASSIM COMO INFORMAÇÕES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO INTERNA DESSES PROCESSOS;

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

3. EXPEDIR MANDADO DE VERIFICAÇÃO PARA FINS DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA A FIM DE CONSTATAR SE OS VEÍCULOS, EQUIPAMENTOS E MÁQUINAS CONTRATADAS PELO MUNICÍPIO DE ITAPERUNA ESTÃO SENDO REALMENTE FORNECIDOS PELA EMPRESA JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA;

4. DETERMINAR A QUEBRA DO SIGILO DOS DADOS E CONTEÚDO DOS EMAIL-S ENVIADOS E RECEBIDOS EM FEVEREIRO DE 2017 DO ENDEREÇO ELETRÔNICO licitacaoitaperuna@gmail.com, requerendo-se, para efetivação da medida, a expedição de ofício ao Google Brasil na Avenida Brigadeiro Lima 3477, Itaim Bibi, São Paulo, CEP 04538-133 a fim de que os dados sejam remetidos ao juízo;

5. QUE O MUNICÍPIO DE ITAPERUNA SEJA PROIBIDO DE REALIZAR QUALQUER PAGAMENTO A EMPRESA JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA;

6. QUE SEJA DECRETADO A INDISPONIBILIDADE DE BENS individualmente no valor de R\$ 16.434.000,70 (dezesseis milhões quatrocentos e trinta e quatro mil reais) para cada um

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

dos réus MARCUS VINICIUS, WALDRIANO TERRA E
JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA;

9.4. Ao final do processo requer-se a procedência do pedido para:

1. ANULAR O CONTRATO EMERGENCIAL PARA COLETA DE RESÍDUOS SÓLIDOS, VARRIÇÃO E COLETA SELETIVA DE LIXO TRAVADO ENTRE A EMPRESA JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA;

2. ANULAR OS EMPENHOS DO MUNICÍPIO DE ITAPERUNA EM FAVOR DA EMPRESA JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA;

3. CONDENAR MARCUS VINICIUS, WALDRIANO TERRA E A JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA pela prática de atos de improbidades administrativa, às seguintes sanções:

- ressarcimento integral do dano, ou seja, R\$ 16.434.000,70 (dezesesseis milhões, quatrocentos e trinta e quatro mil reais);

- multa civil de R\$ 16.434.000,70 (dezesesseis milhões, quatrocentos e trinta e quatro mil reais);

- proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios ainda que através de pessoa jurídica;

- suspensão dos direitos políticos;

- perda da função pública.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

9.5 A condenação dos réus no ônus da sucumbência, a serem revertidos ao Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Geral de Justiça, nos termos da Resolução PGJ/RJ nº 671/95

Em diligências, requer-se à Secretaria do MP/RJ:

1. Extração de cópia integral desta investigação e ACP para remessa à Promotoria de Investigação Penal de Itaperuna tendo em vista a existência de inquérito policial em trâmite destinado a apurar a crimes contra lei de licitações e contratos envolvendo a empresa JL&M CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA;
2. A extração de duas cópias na seguinte ordem: 1. fls. 931 a 989; 2. fls. 107 a 124; 3. fls. 103 e 104, e; fls. 893 a 899 com a remessa à 143ª DP e à Promotoria de Investigação Penal de Itaperuna para apurar possível crime de falsidade ou contra lei de licitações e contratos, uma vez que a assinatura do Sr. Luiz Henrique de Souza Barbalho, sócio administrador da JL&M Construtora e Incorporadora que consta da identidade civil e dos órgãos de segurança pública do Distrito Federal é completamente distinta da assinatura usada em seu nome no processo administrativo nº 3853/2017 do Município de Itaperuna, no presente inquérito civil (fls. 893 a 899 do IC 085/17) e no respectivo contrato emergencial de coleta do lixo. Em diligências, sugere-se a obtenção de cópia integral do respectivo PA e oitiva do advogado Aislan de Souza Coelho, que juntou, no IC 085/2017,

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE TUTELA COLETIVA – NÚCLEO ITAPERUNA

procuração com assinatura do Sr. Luiz Henrique completamente distinta da sua identidade.

Dá-se a causa o valor de R\$ 16.434.000,70 (dezesesseis milhões e quatrocentos e trinta e quatro mil)

Itaperuna, 26 de fevereiro de 2019.

BRUNO MENEZES SANTAREM

Promotor de Justiça - Mat. 3983

RAQUEL ROSMANINHO BASTOS

Promotora de Justiça – Mat. 4872

FABIO DE CASTRO JUNIOR

Promotor de Justiça – Mat.3243

MARCOS DAVIDOVICH

Promotor de Justiça – Mat.7826

PAULA AZAMBUJA MARTINS

Promotora de Justiça – Mat.7308