

14

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO nº 898.327-5/5-00, da Comarca de RIO CLARO, em que são apelantes e reciprocamente apelados MINISTÉRIO PÚBLICO, VALDIR NATALINO ANDREETA (E OUTROS) E MPB ENGENHARIA E SERVIÇOS S C LTDA. (E OUTROS) sendo apelado CLAUDIO ANTONIO DE MAURO E OUTROS:

ACORDAM, em Sétima Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE VALDIR NATALINO ANDREETA PARA OS FINS SUPRAMENCIONADOS, FICANDO MANTIDAS AS DEMAIS PENAS CONTRA ELE IRROGADAS. COM RELAÇÃO AOS DEMAIS RECURSOS, FICAM OS MESMOS IMPROVIDOS PARA FICAR MANTIDA, NESSA PARTE, A SENTENÇA DA MAGISTRADA DE PRIMEIRO GRAU, V.U. SUSTENTOU ORALMENTE O DOUTOR FELIPPE MONTEIRO, BEM COMO A PROCURADORA DE JUSTIÇA MARIA FÁTIMA VAQUÊRO RAMALHO LEYSER", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MOACIR PERES e COIMBRA SCHMIDT.

São Paulo, 27 de julho de 2009.

GUERRIERI REZENDE
Presidente e Relator



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

1

Comarca: Rio Claro
Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO E OUTROS
Apelado: CLAUDIO ANTÔNIO DE MAURO E OUTROS

Ementa:

"I - Improbidade Administrativa.

Alegação de afronta aos parágrafos 7º, 8º e 9º do artigo 17 da Lei 8.429/92, acrescentados pela Medida Provisória nº 2.225-44/2001. Inocorrência, tendo em vista que a Emenda Constitucional nº 32, de 11/09/2001, em seu artigo 62, §1º, inciso I, alínea 'a', vedou a disciplina de matéria processual por medidas provisórias.

II - Se o Prefeito autorizou e o Secretário de Obras apenas recebeu as planilhas da execução dos serviços com notas fiscais; e não participaram dos enlaçamentos subjetivos da fraude, não podem ser responsabilizados.

III - Em tema de improbidade administrativa, o dado que se exige é o comum, sem necessidade da prova de qualquer elemento subjetivo do injusto. Não é necessário, por isso, para configuração do dado que o administrador violasse um concurso ou uma licitação por motivos especiais para configurá-lo. Além disso, o mero ato culposo também é apto, na área civil, a determinar o dever de ressarcir mais ainda quando tenha havido comportamento voluntário, voltado a fazer algo consciente contra a ordem jurídica.

IV - A lesão ao Erário Público está configurada pela prova material realizada na instrução processual. O fato de o Tribunal de Contas ter aprovado as despesas realizadas não muda a razão de decidir porque aquela Corte apenas analisou a situação fática pelo aspecto formal e não pelo 'meritum causae'.

V - Não há necessidade de reanalisar o processo para a cognição incidental da liquidação. Isto porque



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

2

o dano - cujo nexó causal está efetivamente comprovado - resulta da diferença entre o valor recebido pela empresa contratada e o valor apurado pela perícia realizada no curso da relação processual.

VI - Afasta-se a suspensão dos direitos políticos. Isto porque foi acolhida a tese de que a responsabilidade pela medição da obra era do Secretário de Obras, o qual foi absolvido em primeiro grau de jurisdição. Assim, se houve leniência, não é possível este imputado ser absolvido e o Presidente da Câmara receber a pena máxima. Em razão desse dado, a pena política deve ficar afastada, devendo a população rio-clarense julgá-lo nas próximas eleições.

VII - Dá-se provimento parcial ao recurso de Valdir Natalino Andreetta, desacolhendo os demais”.

VOTO 27.680

1. O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública por atos de improbidade administrativa em face de Cláudio Antônio de Mauro, Valdir Natalino Andreetta, Wilson Gomes da Silva, José Pereira dos Santos, Affonso Frandi Junior, MPB Engenharia e Serviços S/C Ltda., Marcos Pedro Botta, Maria Ângela Becaro Botta e Thalita Becaro Botta; imputando a Claudio Antônio de Mauro – Prefeito Municipal de Rio Claro – (último trimestre de 2001), em concerto prévio com os demais, fraude no certame licitatório, contratando a pessoa jurídica epigrafada para intencionalmente causar



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

3

dano ao erário público, efetuando pagamentos a maior pelas obras na cobertura da Câmara Municipal local, que não teriam sido executadas às completas, o que tipificaria condutas descritas nos artigos 9º e 10º da Lei nº 8.429/92, pleiteando em consequência, a aplicação das sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade. A sentença de primeiro grau acolheu parcialmente a demanda para o fim de aplicar a Valdir Wilson, José Pereira, MPB, Marcos Pedro Botta, Maria Ângela e Thalita às penas de ressarcimento integral do dano, multa civil de duas vezes o valor da lesão causada aos cofres públicos, suportados individualmente; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios creditícios direta ou indiretamente, via pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários pelo prazo de 5 anos, além de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 anos, desacolhendo, no entanto, a imputação com relação aos réus Claudio e Affonso. Apelaram os sucumbentes. O Ministério Público para incluir os absolvidos da imputação. Valdir José Pereira e Wilson (conforme fls. 3090/3105) e MPB, Marcos, Maria Ângela e Thalita (conforme fls. 3109/3140) visando a inversão do julgado, ancorados na tese da boa fé objetiva, ausência de prejuízo ao erário e rigidez na aplicação das penas. Contra-arrazoados os recursos a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 3062/3066, 3146/3155 e 3160/3164 e 3196/3202).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

4

2. De proêmio, afasta-se a preliminar de nulidade da sentença por falta de notificação para a defesa prévia.

Primeiramente, cumpre assinalar que a Medida Provisória nº2.225-44/2001, que alterava as Leis nºs. 6.368/76, 8.112/90, 8.429/92 e 9.525/97, entre outras providências, previa, em seu artigo 17, parágrafos 7º e 8º:

“Art. 17. (...)

§7º. *Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de 15 (quinze) dias.*

§8º. *Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de 30 (trinta) dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.”*

E, caso o julgador entendesse cabível a pretensão, o parágrafo 9º dispunha que: *“Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação”*.

Ocorre que a referida Medida Provisória já não tem efetividade em face da Emenda Constitucional nº 32, de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

5

11.09.2001, que proibiu a medida em matéria processual (nova redação do artigo 62, § 1º, inciso I, alínea 'b').

Destarte, ao contrário do quanto afirmado pelo recorrente, não há que se falar em “violação frontal aos dispositivos constitucionais”.

3. Inconcussamente evidenciados os fatos increpados aos réus condenados.

O Prefeito Municipal – Claudio Mauro – autorizara a Câmara Municipal a efetivar as obras de reforma do telhado do prédio da edilidade às expensas do Município. Formou-se, assim, comissão de construção (Valdir, Milton e José Pereira) que dissimularam e fraudaram o certame para a consecução dos trabalhos a MPB, de responsabilidade de Marcos, figurando como sócias Maria Ângela, sua esposa e Thalita, sua filha. A contratação fora feita por R\$ 143.032,75 (cento e quarenta e três mil e trinta e dois reais e setenta e cinco centavos), aditando-se o acordo para acrescer mais R\$ 71.516,37 (setenta e um mil quinhentos e dezesseis reais e trinta e sete centavos), valorizando as obras no total de R\$ 214.549,12 (duzentos e catorze mil quinhentos e quarenta e nove reais e doze centavos).



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

6
Foram executadas as obras no valor de R\$ 101.789,88 (cento e um mil setecentos e oitenta e nove reais e oitenta e oito centavos), redundando prejuízo ao erário público da diferença recebida e do valor dispensado pelo Poder Público do que fora executado.

Esses dados foram detectados por documento contábil e reafirmado por perícia realizada, com pontuação complementar pelo Centro de Acompanhamento e Execução (CAEX), órgão insuspeito do Ministério Público Paulista e ratificada “*in tontum*” pela perícia judicial, criticada pelos assistentes técnicos indicados pelos imputados.

A sentença analisou com exação as críticas indevidas pelos demandados, infirmados pelo perito oficial.

Conquanto não demonstrada por realidade visível, a presunção da fraude licitatória é inconteste. Isto porque este tipo de prova direta é praticamente inviável, mas, no caso, diante do recebimento documentado do numerário e as provas das obras realizadas, não há dúvida de que o “*consilium fraudis*” ocorreu e a “*presumptio fraudis*” é inquestionável.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Assim, os atos praticados com intenção de prejudicar o erário, o concerto fraudulento e o efetivo prejuízo estão demonstrados "*quantum satis*" para tipificar condutas ilícitas.

Isto porque a documentação contábil realizada (fls. 42), as provas do inquérito civil e os laudos evidenciam o empenho e a efetivação do pagamento no importe de R\$ 214.549,12.

De outro lado, os serviços e obras não foram concluídos e os realizados importam em apenas R\$ 101.789,88, ficando demonstrado o sumiço de R\$ 112.759,24 (cento e doze mil setecentos e cinqüenta e nove reais e vinte e quatro centavos).

Diante deste quadro, objetivamente a Administração Pública Municipal foi lesada.

Mas, por quem? É a pergunta que fica.

a) De proêmio, no aspecto subjetivo, verifica-se que o contrato não foi ancorado em projeto básico e descritivo das obras, imprescindível, mesmo, para qualquer tipo de contrato administrativo de obra e prestação de serviços. Ademais, disso, a fraudar o contrato, anota-se que não há justificativa adequada para



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

8

efetivação das obras, sua necessidade e o ato administrativo positivo não tem qualquer motivação exigida pela lei para realização do certame. Acresce-se que o laudo é expresso ao assinalar praticamente a desnecessidade delas, pois “bastava mera substituição” de algumas telhas, com menos densidade e de menor peso, com presunção de o dano ter sido bem maior do que o encontrado pela perícia.

Além disso, a perícia pontuou o descompasso entre o vulto do desembolso e as obras, que foram realizadas, já com a defasagem monetária.

Logo, a relação subjetiva dos participantes de licitação e do contrato está sobejamente concatenada até pelo aspecto culposo (*culpa strictu sensu*).

b) Mauro e Afonso deveriam ser absolvidos, como o foram.

Mauro apenas anuiu e autorizou as obras e Afonso não tinha a obrigação de fiscalizar as obras, regrá-las e muito menos verificar “*in loco*” a prestação dos serviços contratados pelo Órgão Legislativo. De fato, o único ato do prefeito foi autorizar o Legislativo a realizar os reparos (fls. 1019) com dotação orçamentária



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

9
própria do ente político. De efeito, como o Legislativo assumiu a licitação, contratação e pagamentos, sem participação do Poder Executivo e, não havendo, ainda, prova do seu enlaçamento subjetivo fraudulento, não deverá ser responsabilizado.

O Secretário de Obras, Affonso, do mesmo modo, conquanto tivesse que fiscalizá-las e tivesse assinado as planilhas de medição, todas elas vinham prontas da Câmara Municipal, e, com base em notas fiscais confeccionadas por terceiro, ou pela MPB com aprovação da Comissão do Legislativo Rio Clareense. Assim, o Secretário de Obras não pode ser inculcado por falta de provas de sua incúria.

c) Com relação aos demais os fatos são inconcussos. Para tanto, basta retificar, nesse tópico, a excelente sentença de primeiro grau, *in verbis*: “O Presidente da Câmara, vereador Valdir Natalino Andreeta, na medida em que autorizou a licitação, bem como contratou com a empresa vencedora, tinha obrigação de acompanhar as obras, zelar pela execução total e só efetuar pagamentos pelos serviços realmente realizados. Não foi o que fez. Aliás, o contrato é claro, em sua cláusula III, itens 3.5, 3.6 e 3.7, ao estabelecer como obrigações da contratante Câmara Municipal, “neste ato representada pelo Sr. Valdir Natalino



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

10

Andreeta” (fls. 294), “acompanhar e fiscalizar a execução do contrato por intermédio de servidor especialmente designado para representá-la frente à Contratada para tratar de todas as questões que envolvam o presente contrato, o qual anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução contratual, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados; verificar, fiscalizar, aprovar e receber os serviços executados; aprovar as medições que julgar corretas e efetuar os pagamentos devidos” (fls. 297). E a afirmação de não dispor, a Câmara Municipal, de pessoal com conhecimento técnico para tais tarefas, não o exime das obrigações assumidas. Aliás, saliente-se, ser de todo desnecessário, qualquer conhecimento técnico, para simples conferência dos trabalhos contratados e efetivamente realizados, para somente após, autorizar os pagamentos” (fls. 3018/3019).

A seguir: “... A empresa MPB Engenharia & Construções S/C Ltda., conforme comprovaram os pareceres técnicos do CAEx e o laudo pericial recebeu da Câmara Municipal por serviços que, conquanto contratados, não restaram executados e há de se aplicar os artigos 3º, 6º, 9º, inciso VI, e 10, incisos I e XII da Lei 8.429/92, com as penas do art. 12, II. Marcos Pedro Botta, na condição de responsável técnico pela empresa contratada para as



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

11

obras, teve participação ativa nos atos descritos pelo autor, na medida em que recebeu pagamentos por serviços não executados, além de apresentar requerimento de aditamento contratual, cujos serviços também não foram efetuados, incidindo nas mesmas infrações imputadas à sua empresa. O mesmo ocorre com as co-acionadas Maria Ângela Becaro Botta e Thalita Cristina Botta, sócias proprietárias da empresa contratante, e esposa e filha do engenheiro Marcos Pedro Botta, uma vez que beneficiaram-se diretamente das verbas públicas indevidamente recebidas” (fls. 3020).

4. Do mesmo modo, a empresa MPB Engenharia e Serviços S/C Ltda. e seus sócios, recorrentes, participaram diretamente da prática dos atos de improbidade administrativa, pois receberam quantias vultuosas em moeda corrente relativa a serviços que executaram parcialmente.

Nesse passo, diz Wallace Paiva Martins Junior na obra *A defesa dos interesses difusos em juízo*, São Paulo, Saraiva, 7ª Edição, pag. 162:

“Exige-se comportamento doloso ou culposo do agente público, compreendidos esses conceitos, no âmbito civil, como a vontade de causar prejuízo agindo contra a lei e o influxo da



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

12

negligência, da imprudência e da imperícia no trato dos negócios públicos. Hugo Nigro Mazzilli assinala que 'o dolo que se exige é o comum; é a vontade genérica de fazer o que a lei veda, ou não fazer o que a lei manda. Não seria preciso que o administrador violasse um concurso ou uma licitação por motivos especiais (como para contratar parentes ou beneficiar amigos). O mero ato culposo também seria apto, na área civil, a determinar o dever de indenizar; mais ainda quando tenha havido comportamento voluntário, voltado a fazer conscientemente algo em contrariedade com a lei''.

5. Dois reparos devem ser feitos na sentença. O primeiro deles é com relação à liquidação projetada para fase cognitiva posterior. Com efeito, se o prejuízo do Erário Público foi a diferença recebida (R\$ 214.549,12) e o efetivamente gasto (R\$ 101.789,88), conforme apurado pela perícia, o valor do dano a ser pago pelos acusados é de R\$ 112.759,24 (cento e doze mil, setecentos e cinquenta e nove reais e vinte e quatro centavos), a ser corrigido pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça a partir da data do laudo de apuração do que fora executado, acrescido de juros de mora de 1% ao mês. A condenação deve ser solidária, como fora assinalado na sentença de primeiro grau.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

13

5.1. O segundo reparo deve ser com relação à suspensão dos direitos políticos. Isto porque quem efetivamente era obrigado a fiscalizar e pontuar os valores era o Secretário de Obras. Dessarte, se as planilhas vinham prontas da Câmara Municipal e se ele, com o Presidente da Câmara, foram lenientes, e se aquele, mesmo assim, fora absolvido da imputação, Valdir Natalino Andreetta não deve sofrer a pena de suspensão dos seus direitos políticos. De resto, ficam mantidas as demais sanções da sentença de primeiro grau. As relacionadas com os representantes da empresa porque houve, por parte deles, fraude no recebimento de valores despendidos, sem realizar dolosamente as obras contratadas.

6. Com base em tais fundamentos, dá-se provimento parcial ao recurso de Valdir Natalino Andreetta para os fins supramencionados, ficando mantidas as demais penas contra ele irrogadas. Com relação aos demais recursos, ficam os mesmos improvidos para ficar mantida, nessa parte, a sentença da magistrada de primeiro grau.

GUERRIERI REZENDE
Des. Relator