



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2019.0000865786

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010764-64.2016.8.26.0132, da Comarca de Catanduva, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados AFONSO MACHIONE NETO e PREFEITURA MUNICIPAL DE CATANDUVA.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ENCINAS MANFRÉ (Presidente sem voto), MARREY UINT E CAMARGO PEREIRA.

São Paulo, 15 de outubro de 2019.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Apelação Cível nº 1010764-64.2016.8.26.0132

Apelante: Ministério Público do Estado de São Paulo

Apelados: AFONSO MACHIONE NETO e Prefeitura Municipal de Catanduva

Comarca: Catanduva

Voto nº 43273

Improbidade administrativa – Dispensa indevida de licitação – Caso em que não se mostrou que os produtos e serviços seriam idênticos ou semelhantes, e que poderiam ser desenvolvidos por apenas um fornecedor, barateando o preço final – Ministério Público que deveria ter comprovado a semelhança dos produtos, que poderiam ser confeccionados por apenas uma empresa e que os produtos estariam acima do valor do mercado – Prejuízo não comprovado – Dolo e culpa também não demonstrados suficientemente – Falta de comprovação de desonestidade – Recurso improvido.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra **Afonso Machione Neto e Prefeitura Municipal de Catanduva**. Diz a inicial que, para a realização dos carnavais de 2010, 2011 e 2012, diversas compras foram realizadas pela Prefeitura por ordem do senhor Prefeito. Relatou que as compras foram fracionadas, adquirindo-as de diversos fornecedores, mesmo sendo iguais os objetos, que deveriam ter sido reunidos e adquiridos em um só contrato, de um só fornecedor, possibilitando melhor economia, já que é lei de mercado que a compra de número maior de produtos possibilita a diminuição do preço. Conta que, com o fracionamento dos objetos, de forma simulada e fictícia, chegou-se à dispensa da prévia licitação pelo valor e se tornou impossível a escolha da melhor proposta. Fala que houve desrespeito às regras previstas nos artigos 23 e 24 da Lei de Licitações, que o prefeito dispensou indevidamente a licitação, configurando-se a improbidade administrativa prevista no art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8429/1992, gerando prejuízo à administração. Requer-se a condenação do réu Afonso Macchione Neto, por infração ao art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/92, às penas previstas no art. 12,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

inciso II, do mesmo diploma legal, de forma cumulativa: 1) perda da função pública, 2) suspensão dos direitos políticos por oito anos; 3) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano; 4) proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos, e 5) pagamento de dano material, consistente no total dos valores pagos pelos produtos, qual seja R\$ 13.650,00, já que foram adquiridos de forma direta, sem prévia licitação, inexistindo pesquisa preliminar de preços e orçamentos a demonstrar a melhor escolha por parte da Administração Pública.

Decisão de fls. 216, determinando a notificação, e indeferindo o pedido de indisponibilidade de bens.

Notificado, Afonso Macchione Neto apresentou defesa prévia, a fls. 230.

O Município de Catanduva, a fls. 241, também apresentou sua defesa prévia.

Manifestação do Ministério Público a fls. 250.

A fls. 253, a ação foi recebida, determinando-se a citação dos réus.

Citado, o Município réu contestou (fls.297), alegando que o autor não indicou quais os produtos ou serviços que foram adquiridos por valores superiores aos praticados pelo mercado. Afirmou que o dano não se presume, devendo ser provado, não havendo nada nos autos a indicar que ocorreu prejuízo ao erário. Sustentou que não se pode instalar processo licitatório para aquisição de produtos com características inusitadas e de impossível estabelecimento de critérios objetivos de julgamentos. Afirmou que os produtos apontados pelo autor sem processo licitatório não são bens de prateleira, de simples e de intensa comercialização. Sustentou que não há nos autos nada a comprovar que a compra



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

trouxe prejuízos à administração e não economicidade e que o ato de improbidade não pode ser identificado somente com o ato ilegal, mas deve levar o ímprobo a obter alguma vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração e boa-fé.

A réu Afonso também contestou, a fls. 308 e repetiu os argumentos trazidos pelo Município, afirmando que não há comprovação de qualquer prejuízo para a Administração, tanto que as contas da sua administração foram aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado. Sustentou que os adereços e fantasias construídos pelos contratados tinham graus de dificuldades diferentes, não podendo haver licitação única de serviços com tantas especificidades. Ainda, afirmou que o art. 15, IV, da Lei de Licitações afirma que, sempre que possível, as compras devem ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade, devendo as contas serem divididas sempre que isso for favorável à Administração. Sustentou que a exceção é produzir-se o somatório e não o contrário, devendo as diferentes contratações serem tratadas como autônomas e distintas entre si.

Réplica a fls.334.

A ação foi julgada improcedente (fls. 344) pela juíza *Maria Clara Schmidt de Freitas*.

Insatisfeito, apela o Ministério Público, repetindo os argumentos trazidos na inicial.

Recurso tempestivo e contrariado, a fls. 393.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, a fls. 409, no sentido de dar parcial provimento ao recurso.

É o relatório.

Insiste o Ministério Público na condenação do réu em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

razão dos atos de improbidade administrativa apontados, pois teria dispensado a licitação quando ela era necessária, não sendo o caso de fracionamento da compra dos produtos e serviços de carnaval, diante da similitude das fantasias e adereços.

Afirmou que o dano ao erário, em situação de dispensa indevida de licitação, existe por si só, o que teria impossibilitado a Prefeitura de encontrar a melhor proposta.

Insiste no fato de que, se o objeto das contratações era a confecção de fantasias e adereços para o mesmo carnaval, a contratação deveria ser única, reunindo-se os contratos e devendo haver a licitação.

Sustentou que não foi realizada pesquisa de preços, nem orçamentos e que a soma dos valores das três contratações constitui o dano material a ser ressarcido pelo Prefeito, pois foram adquiridos de forma direta, sem prévia licitação.

Por sua vez, defende o requerido que, por força do art. 373 do CPC, cabia ao Ministério Público comprovar que *“as fantasias e adereços carnavalescos eram idênticos; que poderiam ser feitos, no prazo, por um único fornecedor; que houve sobre-preço nas aquisições; que resultou em dano efetivo ao erário público; que o 'fracionamento' foi apenas para burlar a Lei das Licitações, e tudo por dolo e má-fé do ora Apelado, em prejuízo do erário público”*.

Sustenta o Ministério Público que o ato de improbidade se configurou por violação ao inciso VIII, do art. 10, da lei nº 8.429/92 que assim dispõem:

“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,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

Ressaltou que a contratação direta ou fracionada é potencialmente menos vantajosa para o município, pois a contratação em maior escala, possibilitaria escolher a melhor proposta para a Administração, evitando assim prejuízos desnecessários e conseguindo melhores preços para os produtos. Sendo assim, pode-se dizer que houve prejuízo indireto à Administração.

Não se duvida que, na maioria dos casos, quando os bens, produtos e serviços adquiridos são semelhantes, a aquisição em maior quantidade tende a baratear o valor dos mesmos.

Entretanto como sustentaram a Municipalidade e o Prefeito, as fantasias e adereços de carnaval adquiridos não eram todos semelhantes, possuindo cada fantasia a sua própria característica e complexidade, não podendo o mesmo fornecedor, que trabalha com materiais distintos, construir todas as fantasias.

Afirmaram que efetuaram a contratação das peças em separado, com três fornecedores distintos, justamente, diante das especificidades de cada fantasia, e da especialidade de cada um deles.

Embora o Ministério Público afirme que as fantasias eram todas iguais, semelhantes, e que poderiam ser confeccionadas por um único fornecedor, não trouxe aos autos provas nesse sentido, limitando-se a dizer que os contratos não indicam as diferenças entre um produto e outro, o que daria a entender que foram realizados três contratos somente com vistas a burlar a lei.

As fotografias juntadas aos autos confirmam que cada fantasia vem acompanhada de um adereço distinto, na cabeça ou nas mãos, sendo utilizados inúmeros materiais diferentes, não se podendo afirmar que todas as fantasias eram



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

iguais, semelhantes e poderiam ser feitas pelo mesmo costureiro ou artesão.

Não se tratando do fornecimento dos mesmos produtos, ou de produtos similares, como afirma o Ministério Público, nada impedia que a Prefeitura efetuasse os três contratos, sem licitação.

Ainda, não veio comprovado o elemento subjetivo: dolo ou culpa, exigido para a configuração da improbidade aqui alegada, pois não há nada nos autos a indicar que houve lesão ao erário (perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres).

Isso porque, embora nos casos de produtos semelhantes possa se considerar que a contratação direta ou fracionada é potencialmente menos vantajosa para o Município, já que a contratação em escala possibilitaria escolher a melhor proposta para a Administração, no caso em que temos produtos distintos, diferenciados, não se pode afirmar que eles foram comprados a preço superior ao de mercado, já que tal prova não veio produzida nos autos.

Assim, na hipótese, o Ministério Público não poderia se descuidar de comprovar que houve prejuízo ao erário, e que os valores foram adquiridos acima do valor de mercado.

A intenção da lei é punir o administrador público que agir de forma a prejudicar o erário, de forma desonesta, tentando obter alguma vantagem indevida. Ou ainda, de forma totalmente descuidada, desleixada, sem se preocupar com os cofres públicos, o que não parece ser o caso dos autos.

Não parece crível que o réu, em razão de valor tão diminuto (menos de R\$ 6.000,00), arriscasse o seu cargo, a sua elegibilidade, a possibilidade de obter benefícios e incentivos fiscais, praticando improbidade administrativa.

Tal fato indica que o prefeito, ainda que se entendesse que praticou ato ilegal (dispensa indevida de licitação), não praticou conduta ímproba, desonesta, não podendo a incompetência, a má análise do caso, ser confundida com a vilania.

Nem se diga que o valor dos três contratos seria o valor do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

prejuízo causado pelo Prefeito ao erário. Isso porque as fantasias foram confeccionadas e entregues pelos fornecedores, sendo, portanto, injusto atribuir ao réu dano que não se concretizou.

Por esses motivos, somados aos motivos indicados na decisão de primeiro grau, mantém-se a sentença, em seus exatos termos e por seus próprios fundamentos.

Dessarte nega-se provimento ao recurso.

JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA
RELATOR
Assinatura Eletrônica