



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo**

Registro: 2021.0000955776

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003553-23.2014.8.26.0145, da Comarca de Conchas, em que são apelantes ___ e ___, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos apelos, V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) E CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 19 de novembro de 2021.

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO RELATORA Assinatura
Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Voto nº 1.062 (autos físicos)

Apelação nº 0003553-23.2014.8.26.0145

Comarca: Conchas

Apelantes: __ e __

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

APELAÇÕES CÍVEIS – Improbidade Administrativa – Município de Conchas Dispensa indevida de Licitação Fracionamento irregular do contrato de transporte coletivo de passageiros – Contratação direta em favorecimento à determinada empresa – Descabimento – Serviços esporádicos de transporte dos municípios a eventos realizados em Cidades próximas (apresentação de Coral, Orquestra, ida ao Zoológico, Museus, Parques, Jogos Regionais, etc) – Ausência de previsibilidade e regularidade na demanda pelos serviços analisados – Impossibilidade de aglutinar os contratos, dentro do exercício anual, para verificar se o valor global das despesas atinge o limite previsto no art. 24, inc. II, da Lei nº 8.666/93 – Dispensa de licitação autorizada por lei – Regularidade das contratações – Elemento subjetivo para a prática do ato ímpenso não demonstrado na conduta da ex-Prefeita e da empresa de transportes – Sentença reformada – APELAÇÕES PROVIDAS.

Vistos.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou em face de **MUNICÍPIO DE CONCHAS**, __ (ex-prefeita) e __ ação civil pública, com a finalidade de ver reconhecida a nulidade dos contratos firmados entre o Município e a empresa ré, nos anos de 2011 e 2012,

2

bem como ver as últimas duas rés condenadas pela prática de atos de improbidade administrativa, conforme definidos nos artigos 9º, *caput*, 10º, *caput*, e incisos I, VIII, XI, e 11, *caput*, e incisos I e II da Lei nº 8.429/92.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apontou o Ministério Público, como causa de pedir, que durante a gestão de __ (ex-Prefeita), o MUNICÍPIO DE CONCHAS contratou, com dispensa de licitação, a empresa __ para o transporte coletivo de passageiros.

O valor repassado à empresa, no ano de 2011, de R\$ 22.209,00 e, no ano de 2012, de R\$ 23.777,34, ultrapassa o limite permitido para a dispensa de licitação, nos termos do art. 24, inc. II, da Lei nº 8.666/93 (R\$ 8.000,00).

Entende o Ministério Público que a ex-Prefeita de Conchas cometeu ato ímpenso ao fracionar o objeto dos contratos. Era previsível, pela natureza e frequência dos serviços prestados, que o custo ultrapassaria o limite previsto em lei para contratação direta. Esse fracionamento irregular ocorreu de forma intencional para favorecer a empresa ré, que concorreu para a prática do ato e dele se beneficiou.

Além do enriquecimento ilícito, o prejuízo ao erário, de acordo com a inicial, também está evidenciado pela conduta dos réus. Daí, o autor conclui que, se não existisse prejuízo ou enriquecimento ilícito, houve violação aos princípios da isonomia, legalidade, moralidade e impensoalidade, que também configura improbidade administrativa.

Ao final, o pedido foi julgado procedente em parte (fls. 461 a 467). As rés __ e __ foram condenadas como incursas no art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92 a pagar multa civil de R\$ 20.000,00, sendo proibidas de contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de 5 anos. Além disso, os direitos políticos de __ foram suspensos pelo mesmo prazo.

3

Contra a r. sentença, a empresa ré opôs embargos de declaração (fls. 517 a 521). Os embargos foram rejeitados (fls. 529 e 530).

Inconformada, apela a ex-Prefeita de Conchas (fls. 475 a 496). Alega, em preliminar, que é preciso aguardar o julgamento do RE nº 852.475/SP, sobre a prescrição da pretensão de resarcimento ao erário. No mérito, a apelante argumenta que as contratações observaram o preço de mercado e os serviços foram prestados. Não era possível considerar o preço global das despesas, porque havia imprevisibilidade das contratações. Individualmente consideradas, o valor não ultrapassa o limite permitido para a dispensa de licitação. Alega a interessada que não se cogita de má-fé ou dolo em sua conduta, pois sequer

Apelação Cível nº 0003553-23.2014.8.26.0145 -Voto nº



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

participou diretamente dos atos de contratação. Aponta, ainda, a desproporcionalidade da multa civil e o descabimento da fixação de honorários advocatícios em favor dos membros do Ministério Público.

Também apela a empresa ___ (fls. 534 a 541). Alega a recorrente, em preliminar, cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado. No mérito, insiste a apelante que não se cogita de prejuízo ao erário, ou ilegalidade na dispensa de licitação. Os serviços eram esporádicos e, no caso, não ficou demonstrado o elemento subjetivo ou benefício indevido auferido pela apelante. Subsidiariamente, aponta a desproporcionalidade na aplicação da pena de proibição de contratação com o Poder Público por 5 (cinco) anos.

Apelos tempestivos, com concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita à apelante ___ (fls. 641), com comprovante de recolhimento do preparo e porte de remessa e retorno dos autos o da empresa (fls. 558 e 559). Contrarrazões apresentadas às fls. 561 a 576.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela manutenção da r. sentença (fls. 582 a 594).

A empresa apelante se opôs ao julgamento virtual (fls. 596).

É o relatório.

4

Trata-se de pedido de condenação dos litisconsortes nas penas previstas pela Lei nº 8.429/92 (prática de atos de improbidade administrativa).

As preliminares arguidas pelas apelantes não devem ser reconhecidas, já que, no mérito, o julgamento os favorece, nos termos do art. 282, §2º, do CPC.

Apesar do entendimento do Juízo *a quo*, a r. sentença merece reforma.

Entendeu o d. Juízo *a quo*, para a condenação das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

rés, que houve dispensa indevida de licitação, decorrente do fracionamento irregular de contratos administrativos para transporte coletivo de passageiros, nos anos de 2011 e 2012, com prejuízo ao erário, nos termos do art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92.

Assim, somando-se as despesas de cada contrato, no ano de 2011 e 2012, os valores de R\$ 22.209,00 e R\$ 23.777,34, respectivamente, ultrapassariam o limite de R\$ 8.000,00 previsto na Lei nº 8.666/93:

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

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); Art.

24. É dispensável a licitação:

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

5

Em que pese o entendimento do magistrado *a quo*, pelo que se depreende dos autos, não é verdade que houve fracionamento irregular das despesas. Ou que esse fracionamento foi intencional para dispensar a licitação e favorecer as réis.

Segundo as notas de empenho juntadas, são estes os objetos dos serviços contratados:

- Transporte de integrantes do Coral Municipal para apresentação em Piracicaba/SP (fls. 46);
- Transporte de alunos do Projeto Guri de Conchas/SP a Avaré/SP (fls. 52);



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

- Viagem de Conchas a Botucatu para visita da Escola Reineiro ao Museu de Artrópodes (fls. 54);
- Transporte de alunos de conchas a Itu, no dia 17/09/11 (fls. 55);
- Fretamento de 02 ônibus dos alunos da Escola Reineiro para visita ao Zoológico de Sorocaba no dia 14/10/11 (fls. 56);
- Transporte dos alunos da E. Maria Antônia para visita ao Sítio Santa Rosa em Itatui/SP no dia 21/10/11 (fls. 57);
- Transporte para os jogos Regionais em Itapetininga dia 06/07/11 (fls. 62);
- Transporte dos adolescentes do projeto CRASS de Conchas para Águas de São Pedro (fls. 64);
- Transporte da Orquestra Municipal de Botucatu para se apresentar em Conchas (fls. 68);
- Viagem de Conchas a Itu com os Idosos referenciados ao CRAS (fls. 70)

6

- Transporte dos membros do Coral Municipal para o Encontro de Corais em Garça/SP (fls. 72);

Trata-se de serviços esporádicos de transporte dos municípios a eventos realizados em Cidades próximas. Eventos que não têm, por sua natureza, previsibilidade e regularidade de acontecimentos.

Em situações semelhantes, o Tribunal de Contas do Estado, afastou a exigência de licitação: TC-023844/026/16, TC-013533/989/17, TC-007633/989/15. Nos casos citados, o TCE convalidou a contratação sem licitação de serviços de transporte pelo município, ainda quando o valor superou o teto da lei.

Pautou-se o TCE pela avaliação da necessidade do serviço e pelo valor cobrado, que deve ser compatível com o mercado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Além disso, a possibilidade da licitação é avaliada de acordo com a previsibilidade da prestação.

Nesse passo, apesar dos esforços, não era possível exigir do gestor público a conduta de aglutinar os contratos, dentro de cada exercício anual, para verificar se o valor global das despesas demandava a obrigatoriedade de licitação.

Em outras palavras, as contratações ora impugnadas são regulares. Não há que se falar em fracionamento indevido. Os serviços contratados, de valor inferior ao limite legal, autorizavam a contratação direta.

A Prefeitura realizou o procedimento prévio de dispensa de licitação, como se nota dos carimbos presentes nas notas de empenho informando a “Dispensa de Licitação” e o número da “Pesquisa” (fls. 52 a 73). Não há notícias de que os preços contratados são superiores ao valor de mercado, sendo certo que todos os serviços foram prestados.

Assim, distante da configuração de ato de improbidade

7

administrativa, o que se nota, a partir da leitura dos autos, é que a Prefeitura, com esses ajustes, buscou dar cumprimento aos mandamentos constitucionais de o acesso à cultura, educação, esporte e lazer (art. 6 e art. 23, inc. V, ambos da CF). Não há irregularidade ou ato de improbidade administrativa.

Não fossem esses motivos, por si, suficientes para afastar a condenação, faltou ainda, neste caso, a demonstração do elemento subjetivo na conduta dos agentes para configuração da prática do ato ímparo. Vale dizer, a má-intenção não ficou evidenciada. Sobre o tema, já se manifestou o C. Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO. ESPECIALIZAÇÃO NOTÓRIA. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS DEMANDADOS. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímparo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador.
3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposo (artigo 10, da Lei 8.429/92).
4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006.

8

5. A justificativa da especialização notória, in casu, é matéria fática. deveras, ainda assim, resultou ausente no decisum a afirmação do elemento subjetivo.

[...]

7. In casu, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de R\$ 49.820,08 (quarenta e nove mil, oitocentos e vinte reais, oito centavos) se deu à luz da efetiva prestação dos serviços pela empresa contratada (fl. 947), revelando error in judicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo.
8. Dessarte, a natureza dos serviços exigidos, máxime em pequenos municípios, indicam, no plano da presunção juris tantum que a especialização seria notória, não obstante o julgamento realizado sem a realização das provas requeridas pela parte demandada.
9. As sanções da improbidade administrativa reclamam a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, e sua aplicação deve se realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

ampliativa poderá acoimar de ímporas condutas meramente irregulares.

10. Recurso Especial provido.”

REsp 1038777/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 16/03/2011 (destacado).

Igualmente, o ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, inc. VIII, da Lei nº 8.429/92 pressupõe a demonstração de prejuízo ao erário, sendo inadmissível a condenação ao ressarcimento por dano hipotético ou presumido. Nesse sentido, o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. SIMULAÇÃO DE LICITAÇÃO. TIPIFICAÇÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE QUE CAUSA PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTIGO 10 DA LEI 9.429/92). AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO. PRECEDENTES DO STJ. ATO DE IMPROBIDADE QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO. SANÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 12, INCISO III, DA LEI 8.429/92. ANÁLISE DA GRAVIDADE DO FATO. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O enquadramento do ato de "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente" na categoria de improbidade administrativa ensejadora de prejuízo ao erário (inciso VIII do artigo 10 da Lei 8.429/92) reclama a comprovação do efetivo dano ao patrimônio público, cuja preservação configura o objeto da tutela normativa (Precedentes do STJ).

9

2. O acórdão recorrido, ao definir a tipificação legal do ato de improbidade praticado e a sua gravidade impôs aos réus a sanção consistente na "perda ou suspensão dos direitos políticos por três anos sem necessidade de ressarcimento ou pagamento de multa civil" (fls. eSTJ 1.227/1.228). O exame da adequação da pena demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.”
 REsp 1169153/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 24/08/2011 (destacado).

No mesmo sentido, o seguinte precedente deste Tribunal:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“Apelação. Improbidade administrativa. Compra de gêneros alimentícios e de limpeza sem prévio processo licitatório. Pretensão de condenação dos réus por descumprimento ao art. 10 ou, subsidiariamente, pelo art. 11 da Lei n. 8.429/92. Dano ao erário, necessário para a condenação pelo art. 10 da LIA, não comprovado. Aquisições de valor inferior ao limite legal para dispensa de licitação. Inocorrência de fracionamento indevido. Compras realizadas para atender necessidades pontuais e excepcionais, que não poderiam ter sido supridas previamente. Necessidades imprevisíveis, objetos não similares e destinados a diferentes setores da Municipalidade. Adoção de procedimento simplificado condizente com o valor das contratações. Ausência de prova de dolo. Não foi demonstrado conluio entre os réus, não há indicação de superfaturamento das notas ou ainda de preferência injustificada de determinado comerciante – ao que consta, o réu Bondi & Filhos é fornecedor por ser o único mercado da cidade e, assim, a opção mais barata e rápida de contratações de urgência e de perecíveis. Sentença de improcedência mantida. Recurso desprovido.

TJSP; Apelação Cível 1004995-42.2017.8.26.0358; Relator (a): Fernão Borba Franco; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirassol - 3ª Vara; Data do Julgamento: 01/07/2019; Data de Registro: 02/07/2019

Ausente ato ímparo, a r. sentença deve ser reformada, julgando-se improcedente o pedido. Sem condenação nas custas,

10

despesas processuais e honorários, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/85, aplicável às ações de improbidade (REsp 577.804/RS, julgado em 28/11/2006, DJ 14/12/2006).

Ante o exposto, dá-se provimento aos apelos.

Recursos que venham a ser interpostos contra este julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual. A discordância quanto à forma virtual deverá ser apresentada no momento da interposição dos recursos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

MARIA FERNANDA DE TOLEDO RODOVALHO RELATORA

11