



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Registro: 2014.0000412263

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0005585-24.2012.8.26.0451, da Comarca de Piracicaba, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados CLAUDEMIR FRANCISCO TORINA, ELTON CRIS TORINA-EPP e PREFEITURA MUNICIPAL DE SALTINHO.

ACORDAM, em 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial ao recurso, nos termos que constarão do acórdão. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores NOGUEIRA DIEFENTHALER (Presidente sem voto), MARIA LAURA TAVARES E FERMINO MAGNANI FILHO.

São Paulo, 7 de julho de 2014.

MARCELO BERTHE
RELATOR
ASSINATURA ELETRÔNICA



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Voto nº 3031

Apelação nº 0005585-24.2012.8.26.0451

Apelante: Ministério Pùblico do Estado de São Paulo

Apelados: Prefeitura Municipal de Saltinho

Juiz prolator: Heloisa Margara da Silva Alcantara

RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA AQUISIÇÃO DE
PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PARA MERENDA
ESCOLAR. PRETENSÃO DE DECLARAR NULOS TODOS
OS CONTRATOS E RECONHECER A PRÁTICA DE ATO
DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 1. Contratação de empresa para aquisição de produtos alimentícios que foi realizada primeiramente por meio de licitação e, posteriormente por contrato direto e verbal, o que impossibilitou a oportunidade de escolher a melhor proposta. Utilização do dinheiro público de forma irregular. Inexistência de prova quanto ao não fornecimento dos produtos para a Municipalidade. Não demonstração que o valor pago estava supervvalorizado. Agente público que não realiza processo licitatório conforme previsto na legislação de regência, tampouco instaura prévio procedimento administrativo para apuração do alegado caráter emergencial para a dispensa da licitação. Configuração de ato de improbidade, previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, independentemente de dano ao erário. Sentença reformada. **Recurso parcialmente provido**

Tratam os autos de recurso de apelação extraído de Ação de Civil Pública (nº 451.01.2012.005585-9), interposto contra r. sentença de (fls. 1147/1152) proferida pela MM. Juíza da Comarca de Piracicaba, que julgou improcedente o pedido com fulcro no disposto no inciso I, do artigo 269 do Código de Processo Civil. Não houve sucumbência.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

O Ministério Público interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, a irregularidade na contratação de empresa para fornecimento de merenda, mediante o fracionamento indevido do objeto e emergência fabricada, em nítida violação à obrigação de prévia licitação e aos princípios que regem a Administração Pública (fls. 1155/1170).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 1182/1199, fls. 1204/1223 e fls. 1226/1237).

O Ministério Público de 2ª instância manifestou-se (fls. 1176/1180).

É o relatório.

O recurso merece parcial provimento.

Cuida-se de Ação Civil Pública proposta em razão de possíveis irregularidades na contratação da empresa Elton Cris Torina-EPP, celebrada sem prévio procedimento licitatório, mediante emprego de fracionamento indevido e situação emergencial fabricada, para aquisição de produtos alimentícios destinados à merenda escolar.

Alega o Ministério Público que houve afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade e que restou, amplamente, caracterizada a irregularidade na dispensa da licitação por meio de fracionamento indevido e situação emergencial que não restou configurada.

Muito embora tenha sido contratada empresa de parente do Prefeito Municipal, o que por si só caracteriza indício de possível irregularidade,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

por afronta ao princípio da moralidade administrativa e imparcialidade, imprescindível, aferir se a contratação da empresa, mediante dispensa de licitação, encontra-se amparada nos termos da legislação aplicável.

Primeiramente, cumpre destacar, ser incontroversa a inexistência nos autos de qualquer indício da realização de prévio procedimento administrativo para apuração do caráter emergencial para a dispensa de licitação.

Além da inexistência de procedimento formal, requisito necessário à dispensa de licitação por situação emergencial, é possível concluir que tal situação emergencial de fato não existiu.

Neste sentido, o entendimento do MM. Juízo a quo que concluiu ser a ausência de procedimento prévio mera irregularidade não pode prosperar, uma vez que o procedimento prévio é imprescindível a amparar a dispensa de licitação, nos termos previstos na lei nº 8.666/93, e para a adoção de procedimentos correlatos à contratação como pesquisa de preço a justificar a contratação pelo preço de mercado.

Ademais, tem-se que a natureza do alimento, perecível ou não perecível, não é fator relevante a permitir a dispensa de licitação, ou mesmo justificar isoladamente a situação emergencial para sua aquisição, bem como não é possível admitir que a aquisição de tais produtos seja caracterizada como de natureza imprevisível.

Pelo contrário, o contrato para fornecimento de alimentos para merenda escolar, deve a Administração Pública pautar-se em planejamento prévio de forma a garantir a continuidade do seu fornecimento. E como bem salientado pelo Ministério Público, não pode se servir o apelado da desídia ou má gestão pública, para dispensar o procedimento licitatório,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

em face de suposta emergência pela interrupção de seu fornecimento.

E quanto à ocorrência de fracionamento indevido, acolhe-se a tese do Ministério Público, em que pese a r. sentença pautar-se na celebração de contratos diversos com terceiras empresas é possível vislumbrar com segurança que o Prefeito Municipal, limitou o valor da contratação de forma artificial em nítida burla ao dever de licitar.

Isso porque, os contratos de fornecimento possuindo objeto similar, fornecimento de produtos alimentícios para merenda escolar, tiveram seus valores limitados ao teto legal a fim de viabilizar a dispensa de licitação, sem que houvesse qualquer justificativa plausível, impedindo a Administração Pública de contratar com terceiros em preços mais vantajosos.

Neste sentido, ainda que não haja prova de enriquecimento ilícito, ou mesmo de efetivo dano ao erário, irrecusável a ofensa à legalidade, porque evidente a burla da lei de regência, por meio do apontado expediente utilizado, que consistiu na contratação da empresa, num primeiro momento por meio de licitação e depois por contrato direto e verbal.

Portanto, nenhuma dúvida paira sobre o ato ímparo do agente que não se utilizou de certame licitatório para a contratação de empresa quando esta é imposta pela ordem jurídica, uma vez que ele violou a lei e atentou contra os princípios da moralidade e, especialmente, portanto, o da legalidade.

Neste sentido, aliás, é a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade administrativa
 Terceirização de mão-de-obra técnica jurídica, não singular e de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

caráter permanente para a realização de serviços rotineiros da Administração. Violão ao artigo 37, inciso II, da CF. Ofensa ao art. 11, “caput”, da Lei nº 8.429/92, aplicável aos agentes políticos. Evidenciado o claro propósito de contornar a exigência constitucional de concurso público, em ofensa aos princípios da moralidade, impessoalidade, isonomia, eficiência e legalidade - Dispensa de licitação e irregularidade na modalidade licitatória escolhida pelo fracionamento das contratações. Objeto contratual contínuo que foi sucessivamente prorrogado. Parcelamento da contratação com o fito de burlar a escolha de procedimento licitatório mais complexo. Afronta à Lei nº 8.666/93. Ausência de efetivo dano ao erário que não descharacteriza o ato de improbidade. Sentença reformada em parte. Recurso do *PARQUET* parcialmente provido. (Apelação nº 002374-58.2012.8.26.0037, Araraquara, Rel. Des. Relator Oswaldo Luís Palu, 6ª Câmara de Direito Público, v.u., j. 21.10.2013).

Ressalte-se ainda que apesar da dispensa da licitação, não há prova que os produtos adquiridos não foram efetivamente fornecidos à Municipalidade. Mas, é inegável que foram praticados atos de improbidade administrativa.

Comete ato de improbidade administrativa o agente público que pratica ato contrário às normas da moral, à lei e aos bons costumes, ou seja, aquele ato que indica falta de honradez e de retidão de conduta no modo de proceder perante a Administração Pública.

A Lei nº 8.429/92 classifica os atos de improbidade administrativa nos artigos 9º, 10 e 11, dispondo respectivamente, em atos que importam em enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Quanto ao prefeito da Municipalidade, forçoso reconhecer que burlou o sistema, já que não abriu procedimento licitatório conforme exigido em lei. Se agiu com dolo ou má-fé, não se sabe, já que a realidade dos autos não demonstrou. Entretanto, a culpa é evidente pela inobservância dos ditames da Lei 8.666/93.

Porém, em relação à empresa contratada, não há elementos suficientes nos autos a permitir a conclusão que agiu em conluio com o Alcaide, a fim de burlar procedimento licitatório e celebrar contrato com a Municipalidade para fornecimento de merenda escolar.

Nesse passo, verifica-se nos autos que diversas foram as empresas contratadas pelo Município, para o fornecimento de merenda, sem que houvesse prévio procedimento licitatório, de modo que incabível imputar a responsabilidade pela irregularidade na celebração de dispensa de licitação às empresas contratadas.

E, portanto, incabível a condenação por ato de improbidade administrativa à empresa apelada, somente pelo fato de ter como sócio parente em 1º grau com o Prefeito Municipal, bem como ausente qualquer prova efetiva de dano ao Erário, inexistindo prova de superfaturamento nos contratos celebrados.

Neste sentido, tem-se pronunciado este E. Tribunal de Justiça:

0000266-63.2011.8.26.0240 Apelação / Improbidade Administrativa

APELAÇÃO Ação Civil Pública Improbidade administrativa
 Contratos destinados ao fornecimento de alimentos destinados à merenda para escolas públicas municipais Município de Serra Negra



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

Fracionamento das licitações, realizadas na modalidade "convite" para a compra de alimentos, frustrando licitação concentrada (única) na modalidade "tomada de preços" (a princípio, mais vantajosa ao erário) Contratações decorrentes das licitações reputadas lícitas, sem favorecimento dos vencedores e sem lesões consequentes ao erário Pretensão final do Ministério Públco de condenação apenas do ex-Prefeito, por ofensa aos princípios norteadores da administração pública (art. 11, I, da Lei nº 8.429/92), absolvendo as empresas vencedoras dos certames, antes acusadas Inadmissibilidade Ausência de dolo e má-fé Sentença de improcedência confirmada - RECURSO NÃO PROVADO. 1. É do autor, em ação civil pública por improbidade administrativa, o ônus probatório do alegado ato ímparo (que inclui a má fé ou desonestidade do agente). 2. Sem dolo e má-fé, a conduta, em tese, qualificada na hipótese do art. 11 da Lei nº 8.429/92, não configura improbidade administrativa, conforme atual orientação do E. STJ (EREsp. 479.812/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 25.8.2010). 3. Embora não indicado o fracionamento de licitações, cada uma na modalidade "convite", quando se vislumbra a viabilidade da licitação concentrada (única), na modalidade "tomada de preços", não se configurando, neste fato, pelas circunstâncias concretas do caso e pelo conjunto probatório dos autos, dolo ou má-fé, não se justifica afirmação de ato ímparo do ex-Prefeito. (Apelação nº 0001224-85.2010.8.26.0595, Rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, Serra Negra, 1ª Câmara de Direito Público, J. 29.01.2013).

Ação civil pública por improbidade administrativa. Licitação na modalidade convite para aquisição de produtos alimentícios para merenda escolar. Fracionamento do objeto da licitação para fins de desviar-se da modalidade mais rigorosa. Demonstração da má-fé do agente público. Improbidade caracterizada. Condenação do então prefeito a pena de multa. Inexistência de prova quanto ao envolvimento ilícito das empresas vencedoras. Improcedência afastada. Recurso provido em parte. (Apelação nº 0000266-63.2011.8.26.0240, Des. Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez, Rancharia, 10ª Câmara de Direito Público, J. 16.09.2013).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público

No tocante à condenação do agente público, tem-se a previsão legal capitulada no art. 11, inciso I, da Lei 8.429/92, por praticar ato diverso daquele previsto na lei.

Portanto, a sanção ao agente público deve ser aplicada nos termos do art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92, que se fixa no pagamento de 10 (dez) vezes o valor da remuneração percebida no cargo de prefeito municipal e na suspensão dos seus direitos políticos por 03 (três) anos.

Fixa-se a condenação tendo como parâmetro os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista a repercussão do dano à Administração e a conduta do agente.

Nesse sentido segue o convencimento extraído do conjunto probatório constante nos autos a demandar reforma na r. sentença monocrática para condenar o prefeito do município, nos termos acima especificados.

Por todo o exposto, **dá-se provimento parcial** ao recurso para julgar a ação parcialmente procedente.

MARCEL BERTHE
Relator