



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000668052

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1016689-16.2018.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes DANIEL ALONSO e ANDRE GOMES PEREIRA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Conferiram provimento aos recursos dos réus. V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RICARDO DIP (Presidente sem voto), AROLDO VIOTTI E JARBAS GOMES.

São Paulo, 18 de agosto de 2021.

AFONSO FARO JR.

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº 1016689.16.2018.8.26.0344

Apelantes: Daniel Alonso e André Gomes Pereira

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interessado: Vilson dos Santos Demarchi-ME e outro

Comarca: Marília – Vara da Fazenda Pública

Juiz(a) de Direito: Walmir Idalêncio dos Santos Cruz

Voto nº 12.914

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Município de Marília – Locação de aparelhos de som, por contratação direta, com dispensa de licitação – Ato ímprobo não caracterizado – Não comprovação de dolo ou má-fé, bem como de dano ao erário – Má gestão administrativa – Precedentes do STJ – Sentença de parcial procedência reformada.

CONFERE-SE PROVIMENTO AOS RECURSOS DOS RÉUS.

Vistos.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de DANIEL ALONSO, ANDRÉ GOMES PEREIRA, VILSON DOS SANTOS DEMARCHI-ME e VILSON DOS SANTOS DEMARCHI, objetivando, segundo o relatório da sentença, *“...o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa, na forma do artigo 10, inciso VIII, e a condenação dos requeridos nas penas previstas no artigo 12, inciso II, ambos da Lei Federal nº 8.429/92. Em caráter subsidiário, requer o reconhecimento do ato de improbidade administrativa a que alude o artigo 11, inciso I, com a aplicação das sanções previstas no artigo 12, inciso III, da mesma lei”*.

A sentença de fls. 1.552/1.567 julgou **improcedente** a pretensão em relação aos corréus **VILSON DOS SANTOS DEMARCHI-ME e VILSON DOS SANTOS DEMARCHI** e **parcialmente procedente** os pedidos para: *“o fim de reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8429/92, e, em consequência, com fundamento no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8429/92, impor aos requeridos DANIEL ALONSO e ANDRÉ GOMES PEREIRA, ambos qualificados nos autos, a sanção de ressarcimento*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

integral do dano, em favor do Município de Marília, a ser quantificado em fase de liquidação, perda da função pública eventualmente exercida pelos demandados, suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de 8 (oito) anos, pagamento de multa civil equivalente a 2 (duas) vezes o valor do dano, em favor do Município de Marília, a ser quantificado em fase de liquidação, e 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 sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Em razão da sucumbência, condenou os corréus DANIEL ALONSO e ANDRÉ GOMES PEREIRA ao pagamento de custas e despesas processuais.

Inconformados, apelam André Gomes Pereira, fls. 1.572/1.606 e Daniel Alonso, fls. 1.633/1.660. Em síntese, arguem preliminares de cerceamento de defesa e ilegitimidade passiva, em relação ao prefeito. O primeiro recorrente invoca, ainda, os princípios da insignificância e da retroatividade (Decreto nº 9.412/18). No mérito, reiteram os argumentos apresentados nas respectivas contestações (ausência de dolo, culpa, má-fé e prejuízo ao erário) e pleiteiam a inversão do julgado, a fim de que a ação seja julgada improcedente. Subsidiariamente, pleiteia, o segundo recorrente, o afastamento/reavaliação das penas.

Contrarrazões do autor às fls. 1.708/1.740 pelo desprovimento dos recursos.

A douta Procuradoria Geral de Justiça apresentou manifestação às fls. 1.750/1.774, opinando, também, pelo desprovimento dos recursos.

É uma síntese do necessário.

Inicialmente, não há que se falar em nulidade de sentença, tampouco se afigura necessária a realização de outras provas.

Sendo o magistrado o destinatário da prova, pois ela se destina à formação de sua convicção para análise dos pontos controvertidos da demanda, a ele cabe avaliar a pertinência ou não da realização da prova, bem como de seu refazimento.

A decisão está bem fundamentada, tendo o julgador



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

pontuado detalhadamente todos os argumentos apresentados pelas partes.

As demais matérias deduzidas preliminarmente nas razões do recurso – ilegitimidade de parte, insignificância e retroatividade, foram bem e suficientemente abordadas pela MM. Procuradora de Justiça na manifestação de fls. 1.750/1.774, cujos argumentos adoto como razão de decidir:

“b) Ilegitimidade passiva diante do Tema 576 do Supremo Tribunal Federal.

... ficou sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema nº 576, in verbis:

*O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) **não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias** (grifo nosso).*

Desse modo, diante do decidido em sede de repercussão geral pelo E. STF, deve ser responsabilizado por esta ação de improbidade administrativa, tal qual pleiteado na exordial.

c) Ilegitimidade passiva, sob a alegação de que o Decreto Municipal nº 11.001/13 e as Leis Municipais nº 7.972/16 e nº 8.107/17 preveem que os Secretários Municipais são ordenadores de despesas e responsáveis pelas contratações que fizerem.

... DANIEL ALONSO, na condição de Prefeito Municipal de Marília, é parte legítima para figurar no polo passivo desta ação, pelo fato de ser o principal ordenador das despesas municipais e o responsável por dirigir, fiscalizar e defender, direta e indiretamente, os interesses do Município, e ordenar a seus secretários, por delegação, atribuição de sua competência exclusiva.

O artigo 50, 'caput' da Lei Orgânica do Município de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Marília – LOMM prevê que 'O Poder Executivo municipal é exercido pelo Prefeito, auxiliado pelos Secretários Municipais'.

O artigo 62 da LOMM estabelece que, 'Ao Prefeito, como chefe da administração, compete dar cumprimento às deliberações da Câmara, dirigir, fiscalizar e defender os interesses do Município, bem como adotar, de acordo com a lei, todas as medidas administrativas de utilidade pública, sem exceder as verbas orçamentárias, tudo de acordo com os princípios desta Lei Orgânica'.

Tem-se, no caso, responsabilidade solidária, Ex vi do disposto no art. 73 da LOMM, segundo o qual 'os secretários municipais, juntamente com o Procurador Geral do Município, são solidariamente responsáveis com o Prefeito pelos atos que assinarem, ordenarem ou praticarem'.

De acordo com o permissivo do artigo 64 da LOMM, 'O Prefeito poderá delegar, por decreto, a seus auxiliares, funções administrativas'. No caso, o Prefeito Municipal DANIEL ALONSO, espelhado no Decreto Municipal nº 11.005, de 21 de fevereiro de 2013, delegou aos seus auxiliares diretos a função de superintender e processar os procedimentos de licitação, sua dispensa e inexigibilidade a seus secretários e auxiliares diretos.

Contudo, tal delegação administrativa, por si só, não pode ser usada como mote para a impunidade, pois o ato inquinado de ilegalidade encontra-se diretamente atrelado à própria atividade administrativa do Prefeito, na condição de gestor do dinheiro público.

Ao delegar funções próprias do orçamento municipal, de sua responsabilidade direta, o demandado tornou-se corresponsável pelos atos praticados pelo correquerido André Gomes Pereira, por ele nomeado, frise-se, para exercer o cargo de Secretário Municipal da Cultura.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

...

De outro vértice e ao avesso do alegado pelo requerido André Gomes Pereira, a participação do Chefe do Executivo é evidente, eis que, no exercício de atribuir a agentes públicos de hierarquia inferior competências que lhe são próprias, incumbe ter pleno conhecimento da correção dos atos delegados aos últimos, de modo a evitar ilegalidades e desvios de finalidade, em estrito cumprimento do interesse público.

*É de todo oportuno consignar, em relação aos serviços contratados sem procedimento licitatório, que as notas de empenho de fls. 45, 58, 69, 80, 92, 107, 119, 131, 142, 155, 167, 179, 191, 204 e 216 (vide tabela de fls. 11/13 da exordial) trazem, na parte superior, o seguinte: **'Prefeito Municipal no uso de suas atribuições legais e em cumprimento à execução orçamentária, autoriza a emissão de empenho de despesa conforme descrição abaixo'**(negritamos).*

Nesse diapasão, as notas de empenho e liquidação tiveram trâmite no gabinete do Prefeito Municipal (lotação 02.00.00), como se pode constatar, visto ser ele o gestor do orçamento público, o que implica em sua responsabilização, tal qual pleiteado na peça preambular.

...

d) Do Princípio da Insignificância e da retroatividade do Decreto nº 9.412/18.

...

Por primeiro, a importância de R\$ 16.850,00 não é ínfima, vez que devem ser levados em consideração a soma dos valores de todas as despesas parceladas. O princípio da insignificância, ademais, trata-se de instituto afeto ao direito penal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Além de não se tratar de pequeno valor, foram atingidos frontalmente os princípios da legalidade, da publicidade, da eficiência, da impessoalidade, da economicidade e da moralidade administrativa, o que dispensa prejuízo ao erário.

Também não lhe assiste razão quanto à aplicação retroativa dos valores previstos no Decreto nº 9.412/18, que 'Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o artigo 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993', de 18 de junho de 2018, com entrada em vigor trinta dias após sua publicação, conforme redação de seu artigo 2º.

Nos termos do referido diploma legal, a licitação passa a ser dispensável, para compras e serviços, no valor de até R\$ 17.600,00.

Entretanto, a superveniência do novo valor não afasta a responsabilização do ora apelante pela conduta ímproba pretérita, eis que a nova importância não possui, in casu, efeito retroativo benéfico.

Isso porque não houve abolição da conduta reprovável, consistente em proceder ao fracionamento ilegal do objeto licitatório. Ademais, o valor fulcral tutelado, qual seja, a competitividade do certame, permaneceu incólume, mesmo com a modificação.

...

Em outras palavras, inexistente a retroatividade do citado decreto que modificou os valores da Lei nº 8.666/93, visto que, no caso, aplica-se o lex tempus regit actum.

Portanto, não se mostra possível a retroação dos novos valores constantes do Decreto 9.412/18 para fins da isenção de responsabilidade no que tange ao fracionamento ilegal do objeto licitatório”.

Restam, assim, afastadas as preliminares.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Passa-se ao exame do mérito.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou a presente ação civil pública de improbidade administrativa em face de DANIEL ALONSO, ANDRÉ GOMES PEREIRA, VILSON DO SANTOS DEMARCHI-ME e VILSON DOS SANTOS DEMARCHI, alegando, segundo relatório da sentença, *“que restou apurado, no curso do inquérito civil registrado sob o nº 14.0716.0003370/2018-3, que, durante os períodos de maio de 2017 a dezembro de 2017, os requeridos determinaram e autorizaram locação de aparelho de som, contrariando o que preconiza o inciso II, §7º, do artigo 14 da Lei Federal nº 8.666/93. Segundo consta, no período de maio a dezembro de 2017, ocorreram contratações diretas, com dispensa de licitação, do requerido VILSON DOS SANTOS DEMARCHI-ME, com o objetivo de prestar serviços de locação de aparelhos de som que totalizaram a quantia de R\$ 16.850,00 (dezesesseis mil, oitocentos e cinquenta reais). Todas as despesas referentes ao contrato foram parceladas, de modo a adequar, fraudulentamente, cada contratação direta e individual ao limite de R\$ 8.000,00, estabelecido, à época, pela Lei Federal nº 8.666/93. Ocorre que a soma dos valores estava a exigir a realização de certame licitatório. Segundo o Ministério Público autor, pela natureza dos serviços contratados e proximidade temporal entre as transações, restou caracterizada a violação do princípio da obrigatoriedade da licitação. O dolo dos requeridos, ainda de acordo com o que sustenta o Parquet, consistiu na vontade livre e consciente de dispensar indevidamente a licitação correspondente a cada objeto e violar os princípios da Administração Pública em benefício dos terceiros que se beneficiaram com a contratação, ora requeridos, agraciados com diversas contratações diretas, valendo-se da inobservância do somatório geral dos valores das compras relativas ao mesmo objeto, e considerando cada compra isoladamente para dispensar indevidamente o imprescindível certame licitatório. Alega o Ministério Público autor que os requeridos agentes públicos frustraram a licitude do procedimento licitatório e dispensaram-no indevidamente em benefício dos demais requeridos, causando dano ao erário, violando os princípios da legalidade, publicidade, eficiência, impessoalidade e moralidade administrativas”*.

Respeitado o entendimento do MM. Juiz sentenciante, entende-se que a r. sentença não refletiu o melhor juízo sobre a questão em apreço.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Pois bem.

A questão trazida à apreciação desta Corte é a condenação dos corréus pela prática dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 e/ou 11 da Lei 8.429/92.

A constituição Federal disciplina os princípios da Administração Pública e dispõe acerca da imposição de sanções para atos de improbidade administrativa, conforme se extrai da leitura do texto transcrito:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

...

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Por sua vez, a Lei nº 8.429/92, em complemento ao § 4º do art. 37 da CF, disciplina os mecanismos de combate à improbidade administrativa, classificando os atos de improbidade em três modalidades distintas: atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), atos que causem danos ao erário (art. 10) e atos que violam os princípios gerais da Administração Pública (art. 11), cominando-lhes sanções políticas, civis e administrativas (art. 12).

Isto porque, de acordo com os ensinamentos de **Marcello Caetano**, *“o funcionário deve servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira oferecer¹”.*

¹ Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Forense, 1970, t.2, p. 684.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por outro lado, conforme precedente do E. STJ, *“para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé”* (REsp 1835583/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12.11.19, DJe 18.05.20).

No caso *sub judice*, respeitados os entendimentos em sentido contrário, os recursos dos réus merecem acolhimento.

É inegável que contratações diretas, com dispensa de licitação, foram realizadas.

Não se olvide que as condutas, detalhadamente comprovadas pelos documentos apresentados, são reprováveis e contrárias às normas. Contudo, não se pode dizer ímprobos.

A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, tendo o C. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, fixado tese no sentido de que *“é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por danos ao Erário”*.

Com efeito, nem toda ação irregular, ilegal/contrária às normas é ação ímproba, porque esta última exige atributos específicos, a citar como exemplos: perversão, corrupção, dissolução moral.

O que se observa, no entanto, é que a conduta descrita nos autos, mesmo que grave e irregular, não configura a prática de ato de improbidade administrativa, que exige uma conduta ilícita qualificada pela desonestidade. A improbidade é a desonestidade, que se mostra plenamente caracterizada por conduta dolosa do agente público (ou culposa, no caso dos atos que atentem contra os princípios da administração) no intuito de causar lesão ao erário ou de obter vantagem ou enriquecimento ilícito em proveito próprio ou de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

terceiros.

Sobre a necessidade de algo além da mera irregularidade administrativa ou ilegalidade para caracterização do ato de improbidade já se manifestou o E. STJ:

*“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NA PRÁTICA DE ATO DE OFÍCIO. DESCUMPRIMENTO DE PRAZO PARA RESPONDER A REQUISIÇÕES FORMULADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 2. **Nos termos da jurisprudência firmada no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, a existência de meras irregularidades administrativas não são aptas a ensejar a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992. A razão para tanto é que 'a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé; e por isso, necessário o dolo genérico na conduta do agente'** (REsp 1512047/PE, Rel. Ministro HERMAN TRIBUNAL DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO São Paulo Apelação Cível nº 1003510-40.2017.8.26.0347 -Voto nº 19907 5 BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 30/06/2015).*

...

6. Agravo interno a que se nega provimento”. (Aglnt no REsp 1470080/SP, Primeira Turma, j. 19/06/2018, Min. Rel. Sérgio Kukina) (g.n.)

No caso concreto, tampouco se demonstrou o dano, cuja quantificação é irrealizável. E não pode ser presumido.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ademais, as locações foram concretizadas, e isto mostrou-se inquestionável.

Por via de consequência, inexistente prejuízo ao erário, o enquadramento das condutas se desloca obrigatoriamente do art. 10 para o art. 11 da Lei nº 8.429/92, a exigir, assim, apenas o dolo. Ressalte-se a expressa previsão, no *caput* do primeiro artigo, do dano às entidades mencionadas no seu art. 1º como elemento essencial da improbidade.

O que se tem, desse modo, é que, consideradas as particularidades da hipótese em análise, não há elementos suficientes à configuração de ato de improbidade administrativa, porquanto ausente o essencial elemento subjetivo do dolo.

Destarte, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Sem condenação ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Pelo exposto, confere-se provimento aos recursos dos réus.

Eventual inconformismo em relação à presente decisão será objeto de julgamento virtual, ficando cientes as partes de que discordância quanto a essa modalidade de julgamento deverá ser manifestada quando da interposição do recurso.

AFONSO FARO JR.
Relator
(Assinatura Eletrônica)