

**PODER JUDICIÁRIO**

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

Processo nº 3193/07

VISTOS,

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, na pessoa do Promotor de Justiça desta Comarca, propõe a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** contra **DOMINGOS ALCALDE e HERVAL ROSA SEABRA**, com qualificação nos autos, alegando que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ao examinar as contas do Município de Marília relativas, ao ano de 1991, constatou diversas irregularidades como fracionamento de licitações, ausência de licitação, despesas impróprias, despesas com publicidade e com promoções artísticas. O primeiro réu



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

exercia a função de Prefeito do Município de 01.01.91 a 10.11.91 e o segundo exerceu o cargo de Prefeito Municipal interinamente de 11.11.91 a 31.12.91.

Alega o autor que várias compras foram feitas sem licitação, a saber:

No período no qual o réu Domingos exercia a função de Prefeito:

- Açoste Produtos Siderúrgicos Ltda. No valor de Cr\$ 578.875,00 quando o limite para dispensa era de Cr\$ 510.000,00.

- A. Repette & Filhos Ltda. – no valor de Cr\$ 931.240,00, quando o limite de dispensa era de Cr\$ 772.950,00

No período em que Herval Rosa Seabra exercia a função de Prefeito interinamente:

- Casa do escapamento de Marília Ltda. No valor de Cr\$ 1.102.500,00, quando o limite de dispensa era de Cr\$ 772.950,00.



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

- Açoeste Produtos Siderúrgicos Ltda. No valor de Cr\$ 1.525.455,00, quando o limite de dispensa era de Cr\$ 772.950,00.

- A. Repette & Filhos Ltda. No valor de Cr\$ 1.034.300,00, quando o limite de dispensa era de Cr\$ 772.950,00.

Alega ainda o autor que no ano de 1991 o requerido Domingos Alcalde efetuou pagamento de aluguel de imóvel a terceiro sem legislação que o permitia.

Ainda durante a gestão dos réus foram efetuadas várias despesas impróprias que não se justificam e causam dano ao erário:

Durante a gestão de Domingos:

- Akira Sakai no valor de Cr\$ 219.000,00 e destinados ao consumo do 'Rancho dos Bombeiros'.



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

- Grafol Gráfica Oliveira Ltda. No valor de Cr\$ 17.000,00, para confecção de impresos.

- Churrascaria Alvorada Ltda. No valor de Cr\$ 1.843.300,00 para aquisição de marmitex para as EMEIS que recebem comida da Cozinha Piloto.

-Baby Boi Churrascaria Ltda. e Barril 400-Chop Ltda. No valor total de CR\$ 1.220.184,02, consistentes em despesas com refeições, compreendendo as notas fiscais datadas de 10.12, 23.12 e 26.11 de responsabilidade do réu Herval.

-Addy & Eddy- Prom. Art. No valor de Cr\$ 1.950.000,00, incluindo as notas fiscais datadas de 31.12 e 18.11 de responsabilidade do co-réu Herval e destinadas a promoções artísticas sem qualquer justificativa.

Aduz ainda o autor que o réu Domingos entabulou contrato em 04.02.91 com a empresa Distribuidora de Bebidas Clarim Ltda. Para exploração de bar, no qual receberia a Prefeitura comissão na venda de bebidas. A comissão somente foi paga sessenta dias depois e sem juros e correção.



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

Afirma ainda que no ano de 1991, os réus realizaram gastos com publicidade, gerando uma despesa de Cr\$ 95.014.37,79, da qual apenas Cr\$ 23.512.880,00 foi precedida de licitação; prorrogou contrato com o Jornal da manhã sem autorização legal e sem previsão contratual e ainda determinou o aumento de 0,28 BTN por centímetro de coluna, para Cr\$ 80,00, o que implicou em majoração equivalente a Cr\$ 37,13 a maior por centímetro de coluna. Pede condenação dos réus ao pagamento de indenização ao Município de Marília, consistente no reembolso de todos os valores dispendidos irregularmente, além de danos morais.

Junta documentos a fls. 19/844.

Citados, os réus oferecem resposta.

Pleiteiam denunciação da lide às empresas, porque estas sim seriam beneficiadas com os atos; prescrição, entendendo que o prazo é de cinco anos; impossibilidade jurídica do pedido por ausência de dano; falta de interesse de agir porque o autor não menciona o prejuízo; ilegitimidade ativa do Ministério Público; inépcia da inicial; ilegitimidade passiva de parte por não ter participado de nenhum ato. No mérito, alega



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

que o valor da comissão do contrato de exploração do bar foi pago sessenta dias após por falta de regulamentação quanto a data de pagamento e a correção foi paga em 30.12.91; a locação do prédio à COBAL atende ao interesse público, assim como todas as despesas efetuadas e consideradas impróprias. Pedem a improcedência da ação.

Réplica a fls. 927/932.

Saneador a fls. 934/935, afastando-se as preliminares.

Contra tal decisão houve interposição de agravo de instrumento, ao qual negou-se provimento (fls. 977/979).

Instadas a especificar provas, foi pleiteada produção de prova oral e pericial.

Determinou-se realização de prova pericial, cujo laudo veio aos autos e sobre ele as partes se manifestaram.

Designada audiência de instrução, foram, ouvidas as testemunhas.



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

Encerrada a instrução, as partes se manifestaram em alegações finais, mantendo o posicionamento inicial.

DECIDO.

Todas as questões denominadas preliminares foram afastadas por ocasião do saneador, de forma que preclusas as questões.

Antes da análise do mérito, cumpre fazer alguma alusão acerca da licitação.

Sabe-se que o princípio da licitação decorre do princípio da isonomia.

O princípio, no dizer de Celso Antonio **‘é a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que se conforma o sentido das normas implantadas em uma ordenação jurídico-positiva’**(RDP,v. 15/284).

Continua Celso Antonio afirmando que **“princípio é, pois, por definição mandamento nuclear de um sistema, o**



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência deles, exatamente porque define lógica e a normalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

Por isso se equipara o princípio à regra. O princípio da isonomia impera e limita a liberdade não só do legislador que não pode instituir critérios ou discriminações arbitrárias, como também limita e regra o comportamento da Administração Pública. Aplicado o princípio da isonomia na administração significa que não se pode dar tratamento diferenciado a quem quer que seja, salvo se razões especiais autorizam a discriminação.

Como ensina Celso Antonio, **“a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduo se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada” (CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE, RT, 1978, p.50).**



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

Aplicado à Administração, o princípio da isonomia significa que tem ela o dever de tratar igualmente a todos os administrados e oferecer a eles a possibilidade de que venham contratar com ela. Pelo menos, tem o dever de possibilitar a apresentação de propostas. Não pode a Administração eliminar previamente qualquer possível licitante, escolhendo aleatoriamente modalidade inadequada, muito menos comprar sem qualquer licitação.

Assim, a licitação é a regra e a dispensa é a exceção. Somente a lei pode explicitar os casos de dispensa, bem como explicitar as modalidades de acordo com o valor do objeto.

A Lei 8.666/93 já repetia a regra existente no Decreto-lei 2.300 e determinava expressamente que toda contratação deve ser programada no seu todo antes mesmo da formalização do contrato.

“Veda-se (parágrafo 4o.) a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

“O art. 8o. obriga que normas e serviços devam ser programados, sempre, na sua totalidade, com previsão de seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução.

“O art. 8o. traz disposição clara sobre a execução das obras e dos serviços, que devem ser programados, sempre, em sua totalidade, com previsão dos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução (parágrafo 4o.)” (Mukai Toshio, NOVO ESTATUTO JURÍDICO DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS, RT, 2a. ed. p. 26).

Ao enumerar a lei no seu art. 24, os casos em que há até mesmo dispensa de licitação, determina sejam consideradas as parcelas do mesmo serviço, de forma global e não individual.

“A dispensa em casos de obras e serviços de engenharia de valores considerados ínfimos foi, genericamente, fixado até 5% do limite estabelecido na alínea ‘a’ do inciso I do art. 23, com a condição de que não se refiram a parcelas de uma mesma obra, serviço, que possam ser realizados simultânea ou sucessivamente. Da mesma forma para outros serviços e compras, de



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

valor até 5% do limite previsto na alínea ‘a’ do inciso II do art. anterior”

(ob. cit. p. 33).

Na hipótese, os réus compraram bens sem licitação, quando já sabiam de antemão o preço do bem, cujo valor total, não autorizava a dispensa (fls. 1042).

Sabe-se que a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, dirigida aos cidadãos em geral, sem a determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza. É o que impõe ao Poder Público este princípio. Com ele quer-se quebrar o velho costume do atendimento do administrado em razão de seu prestígio ou porque a ele o agente público deve alguma obrigação. **(Gasparini, Dioginis, DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 1989, p. 7).**

A licitação pressupõe oportunidade de preço baixo, aliado à qualidade, posto que implica em concorrência entre os fornecedores.

As aquisições de bens destinados ao conserto de veículos oficiais, das empresas Casa do Escapamento de Marília e A.Repette & Filhos Ltda., principalmente ambulâncias,



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

dispensam licitação, porque podem ser enquadradas no critério da urgência, conforme descrição no laudo pericial, as peças eram destinadas aos veículos da Secretaria da Saúde e de obras do Município (fls. 1050/1054).

O mesmo não ocorre quanto às aquisições da empresa Açoeste, pois trata-se o produto adquirido de grande quantidade de barras de ferro, não demonstrada a urgência na aquisição, nem mesmo há justificativa para tanto.

Quanto às despesas impróprias realizadas pelos réus, são realmente ilegais, com exceção apenas do depósito tardio da comissão para exploração de bar, pois o depósito da correção monetária foi efetuado.

No mais, antes da análise, cumpre tecer algumas considerações acerca do ato administrativo.

A respeito do assunto, o Prof. Diogenes Gasparini, em sua obra 'Direito Administrativo', p. 67, Saraiva, define o ato administrativo como sendo **“toda emanção unilateral de vontade, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de**



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo”.

Dessa definição, extrai-se os requisitos do ato administrativo, denominados: competência, finalidade, forma, motivo, objeto e causa.

A competência delimita o poder do agente, nas hipóteses de sua atuação, qual seja, somente poderá praticar atos administrativos, quer discricionários, quer vinculados, o agente que estiver revestido de poder legal para realizá-lo.

A finalidade, na definição de Diógenes Gasparini **‘é o requisito que impõe seja o ato administrativo praticado unicamente para um fim de interesse público, isto é, no interesse da coletividade’**. A realização de ato não revestido desta finalidade é nulo por desvio de finalidade.

Necessidade para a exteriorização do ato praticado pelo agente público é o requisito da forma, ou seja, o revestimento, a vestimenta do ato administrativo.



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

“A inexistência de forma leva à inexistência do ato, enquanto que a sua inobservância leva à nulidade, consoante prescreve o art. 2o. da Lei da Ação Popular” (ob. cit. p. 68).

Requisito do ato administrativo, o motivo está ligado à situação, legal ou fática, que levou o agente público a praticá-lo.

Na definição de Diogenes **“é a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo”**.

O objeto do ato administrativo é o escopo pretendido pelo administrador a sua prática. Pode ser a aquisição, a transferência, a modificação, de bens e serviços, ou mesmo a imposição de obrigações aos administrados por parte do agente.

A causa é **“a correlação lógica entre o motivo (pressuposto de fato para o citado autor) e o objeto em função da finalidade legal do ato editado” (ob. cit. p. 73).**



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

Ainda o eminente Celso Antonio Bandeira de Melo ensina que **“através da causa, vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógico de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpria atender”**.

De se ver, assim, que para a validade, perfeição e eficácia de todo ato administrativo, necessário se faz a presença de todos esses requisitos.

De outro lado, extrai-se a premissa de que a ausência de um de seus requisitos torna o ato imperfeito, suscetível de sua anulabilidade ou mesmo anulação.

A Constituição Federal de 1988 trouxe mais um requisito, na verdade, autônomo, qual seja a moralidade administrativa que é definida como um dos princípios da Administração Pública (art. 37).

Todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa. Mas o texto constitucional não se conteve nesse aspecto apenas da moralidade. Quer que a moralidade administrativa em si



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

seja fundamento da nulidade do ato lesivo. Na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato. **(Silva, José Afonso da, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO, 5a. ed., RT, 398).**

Finalmente a lesão ao patrimônio público vem definida pelo mestre José Cretella Junior como **“a diminuição dos bens jurídicos da pessoa, diminuição que, se incide diretamente sobre o patrimônio, torna o dano patrimonial e se fere ‘o lado íntimo da propriedade - a vida, a honra, a liberdade - caracteriza o dano moral”** (Clóvis Beviláqua, **Comentários ao Código Civil Brasileiro, coment. ao art. 1059).**

A lesão deve incidir sobre aspectos econômicos (num primeiro momento) da Administração. O ato lesivo - a lei, o decreto, a portaria, a resolução, o contrato, a medida, o despacho -, assim que editados passam a repercutir no mundo jurídico.

Prosseguindo, **“patrimônio é o complexo das atividades econômicas que pertencem a determinado sujeito de direito e nestas condições patrimônio do Estado compreende todos os**



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

seus bens, sejam aqueles objetos de propriedade pública, seja aqueles possuídos a título de propriedade privada”.

Assim é que as demais despesas efetuadas pelos réus, além de não serem precedidas de licitação ou procedimento administrativo em caso de valor inferior (obediência à forma), não trazem o motivo pelo qual o administrador praticou o ato; não atinge a finalidade que no caso é a satisfação do interesse público, não existe causa a permitir a prática do ato. O único requisito obedecido foi a competência, pois todas as despesas ilegais foram praticadas por agente público competente.

Com efeito, a despesa com aluguéis de imóvel à COBAL não se justifica, pois não precedida de autorização legislativa; não se vislumbra qualquer benefício ao Município o custeio de despesas com tal imóvel; não houve justificativa, ou seja, não foi explicitado o motivo da prática do ato, principalmente porque nem sequer foi obedecida a ordem dos precatórios.

O mesmo ocorre com gastos com refeições junto às empresas Baby Boi e Barril 400, além das despesas com promoções artísticas, pois não há qualquer motivo para o ato, não foram



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

discriminadas as autoridades, o evento, a necessidade e muito menos a finalidade, que é sempre a satisfação ao interesse público.

Não se pode admitir que o contribuinte arque com despesas realizadas de forma aleatória sem qualquer critério e finalidade.

Idêntica ilegalidade se observa na aquisição de marmitex, as quais nem sequer foram regularmente documentadas. Com maior razão, não apresenta o administrador qualquer justificativa para tal despesa, considerando que a alimentação das EMEIS fica por conta da Cozinha Piloto do Município.

Nem se diga acerca da aquisição de 175 quilos de filé de merluza destinado ao Rancho dos Bombeiros, pois além de inexistir justificativa para tanto (a alimentação também pode ser originada da cozinha piloto), causa espécie a quantidade de peixe adquirida em apenas três meses.

Ainda que o Município arque com a alimentação do destacamento, obviamente não sobrevivem somente de peixe como se pretende fazer crer.



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

Tal ato fere a moralidade administrativa, na medida em que discrepa dos critérios da razoabilidade e até mesmo da lógica.

Não se verifica atendimento do interesse público na confecção de convites ao Corpo de Bombeiros.

Finalmente no que concerne às despesas com publicidade, grande parte (discriminada no laudo pericial) foram fracionadas e não precedidas de licitação; não há especificação do ato oficial publicado, não se obedecendo, portanto a forma (licitação), o objeto e a finalidade dos atos (interesse público), o motivo (necessidade da publicação), nem a causa.

Tais atos são, portanto nulos e conforme já mencionado.

Concluindo então pela ilegalidade do ato administrativo, a lesividade é presumida.



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

A lesividade decorre da ilegalidade. Está 'in re ipsa'.

O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento normativo. A ele é dada a competência apenas para que atinja boa prestação de serviços públicos. O fim buscado pela norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente. Sua competência destina-se a alcançar os fins traçados no sistema normativo.

A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. A lesão, se moral, está no próprio objeto do ato administrativo ou, no caso dos autos, no objeto do contrato.

Certamente, se realizada a licitação, poderia haver proposta inferior, em termos valorativos e de qualidade. Aí está a lesão, na ausência de licitação que impediu a apresentação de outras propostas.

“Há nesta hipótese presunção de lesividade ‘juris et de jure’”. Vale dizer, se alguma coisa for pactuada sem licitação, quando esta for exigível, teremos ato nulo (embora não



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

costumemos utilizar a nomenclatura 'ato nulo', que está sendo empregada por estar assinalada na Lei da Ação popular), pois, por presunção, já seria lesivo e, de conseguinte, deveria merecer sanção. (Figueiredo, Lúcia Valle, CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Malheiros, 1994, p. 278).

No mesmo sentido é o entendimento de José Cretella Junior:

"A ação popular destina-se a invalidar ato, inicialmente lícito, mas editado com ilegalidade, o que dá origem à lesividade do erário"(ob.cit.)

Nem se invoque a boa fé, posto que dela não se cogita, no tocante à lesão, porque mesmo de boa-fé, o agente político pode dar origem ao ato lesivo, como ocorre em casos de incompetência do agente ou vício de forma (**Cretella Junior, José, DIREITO ADMINISTRATIVO PERANTE OS TRIBUNAIS, Rio de Janeiro, FU, p. 193**).

No mesmo sentido é a Jurisprudência:



PODER JUDICIÁRIO

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

“AÇÃO POPULAR - Requisito - lesividade ao patrimônio público - Ocorrência - Quebra de igualdade dos concorrentes e contratações sem concorrência em procedimento de licitação - Lesividade intrínseca inerente ao próprio ato ilegal - Artigo 4o., inciso II, ‘a’ e ‘c’, da Lei 4.717/65 - Sentença confirmada” (RJTJSP 130/56).

Deve, assim, ser acolhido em parte o pedido formulado pelo autor, no tocante à declaração de nulidade dos atos administrativos e a restituição aos cofres públicos das despesas efetuadas nestas condições, com exceção apenas à aquisição de peças destinadas à frota de veículos e ao pagamento tardio da comissão para exploração de bar.

ANTE O EXPOSTO, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** a presente **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO** contra **LUIZ HENRIQUE GODINHO,** para o fim de declarar nulos os atos administrativos por eles praticados, com exceção apenas à aquisição de peças destinadas à frota de veículos e ao pagamento tardio da comissão para exploração de bar, conforme fundamentação, e condená-los ao ressarcimento do dano, acrescido de juros de mora e correção monetária a

**PODER JUDICIÁRIO**

Quinta Vara Cível da Comarca de Marília

partir do desembolso; conforme estampado no laudo pericial e na medida da responsabilidade de cada um dos réus. Condeno ainda os réus ao pagamento de indenização a título de dano moral difuso no valor de 50% do montante apurado a título de danos materiais, em favor do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados.

Arcarão os réus com o pagamento de 80% das despesas processuais, custas, além de honorários de Advogado que fixo em 15% sobre o valor da condenação, também na proporção de 80%.

P.R.I.

Oportunamente, arquivem-se os autos.

Marília, 30 de março de 2010.

ANGELA MARTINEZ HEINRICH

Juíza de Direito