

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO CÍVEL: 0193640-22.2010.8.26.0000

APELANTE: CÉLIO REZENDE BERNARDES (E OUTROS)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

JUIZ PROLATOR: WANDERLEY SEBASTIÃO FERNANDES

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 10.428**RELATÓRIO**

Sentença de procedência, condenados os réus, solidariamente, no ressarcimento integral do dano, na multa civil igual ao dobro desse valor corrigido, incluindo-se os juros; na 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 sócia majoritária, pelo prazo de cinco anos; na suspensão dos direitos políticos por cinco anos, restrita às pessoas físicas, e no pagamento das despesas processuais, notadamente dos honorários periciais.

Apelam em conjunto os réus Célio, Carlos e Reinaldo José pleiteando o conhecimento do agravo retido e, no mérito, sustentam não ter ocorrido dano ao erário, conforme conclusão da perícia contábil. A ausência de dano e de dolo impede, respectivamente, a caracterização do ato de improbidade dos arts.10 e 11 da Lei 8.429/92. A sentença é *extra petita* no tocante à declaração de nulidade da Medição 72 e impedimento da cobrança desses valores pelas empresas integrantes do consórcio. Os serviços constantes da Medição 72 foram efetivamente prestados, conforme conclusão do laudo pericial contábil. A perícia de engenharia solicitada pelo Ministério Público, baseada somente nos documentos que instruem os autos e fundada, sem juízo crítico, nas

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

premissas e conclusões do laudo do CAEx, não é apta para comprovar a realização ou não dos serviços. O laudo produzido pelo Instituto de Criminalística que concluiu pela inexistência de irregularidades na Medição 72, deve prevalecer. O engenheiro da Emurb José Luiz de Godoy e Vasconcellos, que se recusou a assinar o acréscimo efetuado na Medição 72, não trabalhava na obra no período da execução dos serviços de *Jumbo Grouting*, portanto questionável a eficácia probatória de suas declarações, prestadas na sede da Promotoria de Justiça, sem as garantias do contraditório e da ampla defesa. Mantido o entendimento no sentido da existência de ato de improbidade, as condenações acessórias devem ser abrandadas, conforme art.12, par.único, da Lei 8.429/92.

Apela Constran S/A (fls.11723/11812, v.59), alegando, preliminarmente, a ilegitimidade do Ministério Público; a inadequação da via eleita – cabível ação popular; e a inépcia da inicial. No mérito, sustenta a prescrição e a ausência de dano ao erário que impede a caracterização do ato de improbidade do art.10 da Lei 8.429/92, torna indevida a condenação ao ressarcimento e impossível a aplicação da multa civil. Os serviços relacionados na Medição 72 foram efetivamente prestados. A ausência de dolo ou culpa impede a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos nos arts.10 e 11, inc.I, da Lei 8.429/92. O juiz não observou os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na fixação das sanções. Os juros compostos do art.1.544 do antigo Código Civil têm aplicação restrita aos casos de obrigação de indenizar decorrente de ilícito penal, com sentença condenatória transitada em julgado. A proibição de contratar e receber benefícios, caso mantida, deve se restringir ao Poder Público lesado – o município de São Paulo. Não há previsão legal para a condenação solidária de pagamento de valores ao Poder Público. Indevida a condenação em honorários



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

periciais, pois não requereu a produção da prova e as despesas foram adiantadas pelos vencidos.

Apela CBPO Engenharia Ltda. (fls.11842/11881, v.60), sustentando que, no curso do processo, os valores questionados regressaram definitivamente ao patrimônio da Emurb, portanto não se configurou o dano ao erário. Os serviços relacionados na Medição 72 foram efetivamente prestados, conclusão em sentido inverso demandaria inspeção *in loco*, inviável por conta do risco de desestabilização do solo. Indevida a incidência de juros e correção monetária após o pagamento do valor postulado pelo autor. Considerando a inexistência de prejuízo ao erário, as penas aplicadas são desproporcionais e podem até inviabilizar o exercício de seu objeto social.

Apela Paulo Salim Maluf (fls.11920/11960, v.60), alegando, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido e a falta de interesse de agir, ante a inaplicabilidade da Lei de Improbidade aos agentes políticos. O julgamento da demanda compete ao Supremo Tribunal Federal. A Emurb, empresa municipal que efetuou o pagamento questionado, tem independência funcional, financeira e administrativa, portanto o fato de ocupar o cargo de Prefeito Municipal de São Paulo à época dos fatos, por si só, não lhe confere legitimidade passiva. A condenação de todos os réus ao pagamento de multa civil implicou em julgamento *extra petita*, pois o Ministério Público restringiu seu pedido às pessoas jurídicas formadoras do consórcio – Constran e CBPO. No mérito, sustenta que, por falta de previsão no projeto original, o serviço de estabilização do solo denominado *Jumbo Grouting* foi medido e remunerado de maneira provisória, enquanto não aprovados o preço e o critério definitivo de medição do serviço. A Medição 72 significou um acerto de contas, *legalmente permitido para o fim de se tornar definitivo os critérios provisórios*. A perícia contábil concluiu que os valores questionados pelo Ministério Público foram devolvidos quando da rescisão do contrato, logo não houve qualquer prejuízo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ao erário e, portanto, não há interesse em discutir se os serviços foram ou não prestados. O dano ao erário é condição essencial para a caracterização do ato de improbidade. Não há nos autos qualquer prova de sua participação, por ação ou omissão, na prática dos atos de improbidade relacionados na inicial. O laudo contábil demonstra que não tinha qualquer envolvimento nas medições e pagamentos.

Por fim, apela Reynaldo Emygdio de Barros (fls.12315/12361, v.62), sustentando, preliminarmente, a nulidade da sentença consistente da omissão, no relatório, dos argumentos apresentados pela defesa, não enfrentamento das teses jurídicas e a entrega de prestação jurisdicional diversa da pretendida. No mérito, alega que os serviços de *Jumbo Grouting* relacionados na Medição 72 eram imprescindíveis para a segurança da obra e foram efetivamente prestados. A Medição 72 não foi uma nova medição, mas uma adequação e complementação da Medição 58 à luz dos novos critérios de medição definidos. A sentença não descreve quais condutas ensejaram sua responsabilização por ato de improbidade. Diante da absoluta legalidade dos serviços contratados, o pagamento feito às construtoras consistiu em simples cumprimento de um dever legal. A circunstância de exercer a Presidência da Emurb não o tornaria virtualmente responsável por todos os ilícitos cometidos. O Ministério Público não demonstrou convergência de vontades entre os agentes. O dolo, não demonstrado nos autos, é imprescindível para a caracterização do ato de improbidade previsto no art.11 da Lei 8.429/92. Os valores questionados foram deduzidos por ocasião do acerto final de contas, portanto não houve dano ao erário, condição essencial para a caracterização do ato de improbidade administrativa do art.10 da Lei 8.429/92.

O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls.12452/12484, v.63)

A Procuradoria Geral de Justiça opina pelo não provimento dos recursos (fls.12488/12507, v.63).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em Segundo Grau, Reynaldo Emygdio de Barros sustenta a competência da Segunda Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça para conhecer do presente recurso, em razão da prevenção conferida pelo Agravo de Instrumento distribuído ao Desembargador Paulo Shintate (fls.12509/12511, v.63).

A São Paulo Urbanismo – SP Urbanismo, atual denominação da Empresa Municipal de Urbanização – Emurb, requer a retificação de sua denominação junto ao Cartório Distribuidor (fls.12521/12585, v.63).

FUNDAMENTOS

1. Preliminares.

1.1. Nos termos do art. 226 do Regimento Interno então vigente, cessou a prevenção da Segunda Câmara de Direito Público.

Por força desse dispositivo, o Agravo de Instrumento 464.582.5 foi distribuído livremente para esta Décima Câmara de Direito Público, que passou a ter a competência por prevenção, competência esta já confirmada pela Turma Especial da Seção de Direito Público desse Tribunal de Justiça.

1.2. A Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça já deixou pacífico que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.

O Ministério Público é parte legítima, pois perfeitamente cabível a ação civil pública ou a ação de improbidade, quando pretendido também o ressarcimento aos cofres públicos, e mesmo nas hipóteses em que possível ainda ação popular.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A jurisprudência dominante, inclusive no Supremo Tribunal Federal, reconhece tanto a legitimidade do Ministério Público, quanto a adequação da ação civil pública. A Lei Federal 8.429/92 é nacional e, assim, aplica-se também aos estados e municípios, estando destinada a tornar aplicável o disposto no par. 4º do art. 37 da Constituição Federal em todo o território nacional. Contém normas de natureza processual e penal, de competência privativa da União, por força do art.22, inciso I, da Constituição Federal.

1.3. Mesmo tendo contestado a ação civil pública, a pessoa jurídica de direito público pode mudar do polo passivo para o ativo, em prol do interesse público que supera os aspectos meramente formais, decorrentes do oferecimento de resposta.

É justamente o entendimento que prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgRg no Recurso Especial 439.854, relatado pela Ministra ELIANA CALMON, e em outros julgados mais recentes.

A autoridade administrativa pode revogar seus próprios atos e declarar a nulidade daqueles que considera ilegais. Diante desses poderes, não há fundamento para que permaneça defendendo o ato atacado na ação civil pública, quando já convencida da sua ilegalidade e da sua lesividade.

Por analogia, aplica-se no presente caso o art.6º, par.3º, da Lei 4.717/65, que, ao prever a retratação na ação popular, excepciona o princípio da estabilidade jurídica das partes no processo, preponderando sempre o interesse público e o princípio da moralidade.

E não houve qualquer prejuízo, uma vez que a Emurb apenas renunciou à sua contestação e posicionou-se ao lado do autor, prosseguindo o processo tal como se houvesse reconhecimento da procedência do pedido por apenas um dos réus.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Afastada a ilegitimidade ativa do Ministério Público e reconhecida a possibilidade da mudança de polo da Emurb, nego provimento ao agravo retido.

1.4. O então prefeito Paulo Salim Maluf é parte legítima para figurar como réu, uma vez que agia em nome do município, responsabilizando-se pela obra pública que aprovou e recebeu.

O art. 4º da Lei 8.429/92 exige que todos os agentes públicos zelem pela observância dos princípios da Administração *no trato dos assuntos que lhe são afetos*.

A obra pública realizada no território do município está assim sujeita à fiscalização do prefeito, desde a escolha daqueles que a colocarão em prática e farão seus pagamentos, ainda que prescindam de sua autorização expressa a cada dispêndio.

Incumbe ao prefeito dotar a Administração de uma rede segura e neutra de controle de pagamentos para evitar o desvio de dinheiro público, razão pela qual é patente sua legitimidade de parte.

1.5. A doutrina e a jurisprudência dominante nos tribunais superiores prossegue admitindo a ação de improbidade, prevista na Lei 8.429/92, contra prefeitos.

1.6. O deputado federal não goza de foro por prerrogativa de função em ação civil pública por improbidade administrativa. Nesse sentido, confira-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ausente, portanto, violação aos arts.53, par.1º, e 102, inc.I, al.”b”, da Constituição Federal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1.7. A via processual adotada é adequada e não há óbice para a cumulação dos pedidos formulados na inicial.

O Ministério Público afirma que os réus acresceram à Medição nº 72 serviços não realizados, provocando, assim, lesão ao erário, daí o pedido de ressarcimento e imposição das sanções da Lei 8.429/92. Descabida, portanto, a alegação de que *dos fatos narrados não decorre logicamente o pedido*.

A falta de pedido de nulidade da Medição 72 não torna inepta a inicial, pois a questão envolve apenas o acréscimo do serviço de estabilização do solo - *Jumbo Grouting* - a essa medição. Além disso, trata-se de ato pretérito não sendo mais necessário torna-lo ineficaz por meio de declaração de nulidade.

Fica, portanto, prejudicada tal declaração.

1.8. A sentença não é *extra petita* no tocante à condenação dos agentes públicos ao pagamento de multa civil, como alega Paulo Salim Maluf, pois consta da inicial pedido nesse sentido (ver fls.20, 2º par., v.1).

1.9. O relatório contém o nome das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

E também não há qualquer vício na fundamentação da decisão questionada, pois todas as questões de fato e de direito necessárias ao deslinde da controvérsia foram apreciadas.

Ausente ofensa aos arts. 458, incs.I e II, do Código de Processo Civil e 93, inc.IX, da Constituição Federal, rejeito a preliminar apresentada por Reynaldo Emygdio de Barros.

2. Não ocorreu a prescrição sustentada pela Constran.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O pedido do Ministério Público tem por fundamento o acréscimo irregular na Medição 72, realizada em julho de 1996 (fls.7730, v.39) quatro anos antes do ajuizamento da ação.

Não bastasse, conforme art.23 da Lei 8.429/92, nas ações por improbidade administrativa o prazo prescricional quinquenal não se conta da data do ato ou fato ilícito, mas do término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança.

Ao citar diversas datas que, sabidamente, não constituem o termo inicial do prazo prescricional, denota-se a má-fé e a tentativa confundir o juiz por parte da Constran, o que enseja a aplicação da multa prevista no art.14, par.único, do Código de Processo Civil, diante da violação dos incs.II - *proceder com lealdade e boa-fé* - e III - *não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento* desse dispositivo.

Nessas condições arcará a CONSTRAN também com multa por litigância de má-fé que fixo em 1% sobre o valor da causa, atualizado a partir do ajuizamento, com fundamento no art.18 do Cód. de Proc. Civil.

3. A questão principal envolve a execução do Contrato Administrativo 5/87, firmado entre a Emurb e o Consórcio CBPO / Constran para a construção do Complexo Viário Ayrton Senna, nesta Capital.

No curso da obra, para viabilizar os trabalhos de escavação do túnel e, principalmente, garantir a segurança dos trabalhadores, foram realizados serviços para a consolidação do solo, por meio do sistema denominado *Jumbo Grouting*, que consiste, basicamente, na injeção de ar e calda de cimento no solo, por meio de haste rotativa, formando um maciço com forma cilíndrica.

Os trabalhos foram realizados no Túnel Principal, emboque da Avenida 23 de Maio (Projeto DE-01-5R-311-C), e no Duto de Ventilação, Rua Curitiba (Projetos DE-01-5R-801-A e DE-01-5R-802-C).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Novatecna Consolidações e Construções S/A executou os serviços entre set/94 e mar/95, documentando-os em planilhas detalhadas com a identificação da coluna, a data e hora da perfuração, o tempo gasto, a quantidade de metros perfurados, a quantidade de metros de injeção da calda e a quantidade de sacas de cimento. Essas planilhas instruíram as medições 51, 52, 53, 55 e 56 (fls.2049/2115, v.11).

Analisando as planilhas dessas medições pode-se constatar que as medidas do projeto e da execução são praticamente iguais, divergindo em poucos milímetros. Mas, somente por não constar do projeto original, foi adotado um critério provisório para medir e remunerar o serviço.

Em 31.5.1995, em reunião que contou com representantes da Emurb e de engenheiros da CBPO e da Constran, ficou definido que a medição da consolidação de solo tipo *Jumbo Grouting* D = 1300mm se daria em **metro de coluna de consolidação de Jumbo Grouting executada medida no projeto**, ou seja, somente a parte da perfuração onde ocorreu a injeção de calda de cimento no solo seria remunerada. Na mesma ocasião, o preço do serviço ficou definido em **RS631,00** (data base - Jun/94). O montante do serviço foi estimado em 4.000m (fls.2117/2118, v.11).

Definido o preço e a forma de medição, os serviços *Jumbo Grouting* apurados nas medições 51, 52, 53, 55 e 56 (fls.2049/2115, v.11), no total de 4.687,660 m, foram lançados pelo valor de R\$2.957.913,46 (data base jun/94) na Medição 58 (fls.2159, v.11).

Em 10.6.1996, por meio de correspondência, o Consórcio CBPO / Constran comunicou à Emurb que, ao revisar as medições, deparou-se *com uma diferença de quantidades*.

No mesmo documento, solicitou a inclusão da diferença nas próximas medições.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A diferença foi lançada na Medição 72, relativa ao período 1 a 31.7.1996 (fls.3867, v.20) e resultou em pagamento de R\$4.901.751,06, conforme perícia contábil (fls.7732, v.39).

4. O Ministério Público alega que os serviços de *Jumbo Grouting* lançados na Medição 72 não foram realizados, portanto o pagamento correspondente implicou em prejuízo ao erário público e configurou ato de improbidade administrativa.

5. A questão, portanto, envolve a fidelidade dos dados constantes nas especificações técnicas que fundamentaram o acréscimo de 5.202,972m na Medição 72.

Os apelantes alegam que essas especificações constituem o projeto executivo definitivo, elaborado após a execução dos serviços.

Contudo, não há como acolher tal alegação.

O critério de medição do serviço *Jumbo Grouting* foi definido juntamente com o preço, em maio/95, e adotado na Medição nº 58.

Os serviços foram detalhadamente documentados em planilhas pela Novatecna. Assim, os dados do projeto definitivo (*as built*) não poderiam discrepar daqueles relacionados nessas planilhas, que totalizaram 4.687,660m e foram contemplados na Medição 58.

Cumprе observar que as especificações técnicas defendidas relacionam as mesmas colunas de *Jumbo Grouting* que orientaram a execução dos serviços, variando apenas a medida destas.

Algumas colunas foram executadas com valores acima dos relacionados no projeto, mas os acréscimos que constam das planilhas da Novatecna foram contemplados na Mediação 58 e não coincidem com as medidas relacionadas nas especificações técnicas que fundamentaram o acréscimo na Medição 72.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Em que pese o esforço, os apelantes não conseguiram comprovar a origem dos 5.202 metros de consolidação do solo lançados na Medição 72.

Não há qualquer documento que ampare os dados das especificações técnicas que substituíram as tabelas constantes nos projetos originais; não há justificativa técnica para a alteração do comprimento das colunas; nem informação de reforço posterior, que tenha resultado na extensão dos serviços realizados pela Novatecna.

Nas razões da apelação, a CBPO afirma que são dispensáveis as especificações técnicas das medições de campo, como cotas, hora e tempo de duração da execução, *já que o próprio “as built” é elaborado com base nelas* (textual – fls.11871, v.60 – grifei). Contudo, como já observado, o “as built” que fundamenta a Medição 72 diverge totalmente das planilhas apresentadas pela Novatecna, que descrevem detalhadamente os serviços realizados.

O Ministério Público demonstrou a extensão dos serviços executados por meio das planilhas da Novatecna. Assim, por força do art.333, inc.II, do Código de Processo Civil, caberia aos ora apelantes demonstrar a origem do questionado acréscimo à Medição 72, o que não se verificou.

O que se evidencia é que as especificações sustentadas pelos réus não correspondem aos serviços executados e foram criadas com o único intuito de lesar o erário público, mediante o pagamento por serviços não realizados.

Pior, embora não apontada pelas perícias, trata-se de fraude grosseira, que consistiu, basicamente, no aumento sistemático de 4 metros em cada uma das 1259 colunas *Jumbo Grouting* inicialmente projetadas.

A perícia realizada pelo Instituto de Criminalística nos autos do processo criminal, juntada a estes autos pelos réus Célio, Carlos e Reinaldo José (fls.11185/11296, v.57), tomou como verdadeiras as medidas que ensejaram o acréscimo na medição 72, em que pese a inexistência de documentos que as comprovem e a discrepância destas com as planilhas da



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Novatecna, que demonstram detalhadamente os serviços realizados, daí a impossibilidade de adotá-la como prova.

Ao contrário do que alegam os apelantes, a perícia contábil não concluiu que os serviços relacionados na Medição 72 foram realizados. Consta do laudo, em resposta ao quesito 2 apresentado pela Constran que somente a perícia de engenharia poderia responder a questão (fls.7753, v.39).

A falta de documentos que fundamentem as medidas por último relacionadas e a discrepância dessas medidas com aquelas relacionadas nos projetos executados; a existência de documentação idônea, elaborada pela executora dos serviços (Novatecna), não contestada pelos apelantes, que representa com fidelidade os serviços executados; e a identidade do valor acrescido a todas as colunas nos projetos “*as built*” - 4 metros - permitem concluir, com certeza, que os 5.202 metros de consolidação do solo tipo *Jumbo Grouting*, lançados na Medição 72, jamais foram realizados.

Nesse ponto, cumpre enaltecer a atitude do Engenheiro José Luiz de Godoy e Vasconcellos, da Emurb, responsável pelo acompanhamento de campo, que se recusou a assinar a Medição 72 com os acréscimos indevidos, permitindo, assim, a suspeita sobre a regularidade destes.

6. Consta do laudo pericial contábil que:

A Medição 72 foi paga pelo total. No valor dessa medição encontra-se incluído, portanto, o valor de R\$4.901.751,06, a preço de jul/96, que se discute nestes autos. (textual - fls.7732, v.39).

Referido pagamento, efetuado pela Emurb em 1996, por serviços comprovadamente não prestados, como visto acima, causou lesão ao erário público e, por consequência, configurou ato de improbidade administrativa, conforme art.10, incs.I, XI e XII, da Lei 8.429/92.

A perícia contábil também apurou que a Emurb e o Consórcio CBPO / Constran firmaram termo de encerramento contratual em 24.8.2001 e, no acerto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de contas correspondente, o consórcio permitiu o abatimento de R\$7.448.863,28 do saldo devedor da Emurb, a título de ressarcimento do valor questionado lançado na Medição 72, atualizado pelos índices contratuais (fls.7735, v.39).

Os apelantes sustentam que, em razão dessa devolução, não houve prejuízo ao erário e, portanto, não se configurou o ato de improbidade administrativa.

Contudo, razão não lhes assiste, pois o ato de improbidade se consumou em 1996, quando do pagamento da Medição 72. A posterior devolução desse valor, cinco anos após o pagamento e quando já ajuizada a presente ação civil pública, autoriza o abatimento do montante a ser ressarcido ao erário (art.12, inc.II, da Lei 8.429/92) mas não descaracteriza o ato de improbidade.

Com relação à devolução, cumpre observar que não decorreu de liberalidade do Consórcio CBPO/Constran, mas da imposição da Municipalidade, como condição para a rescisão bilateral do contrato (fls.5700/5704, v.29).

7. A conduta ilícita dos réus CBPO, Constran, Célio, Carlos, Reinaldo José e Reynaldo Emygdio está bem descrita na sentença.

Houve liberação de verba pública pelos réus, sem observância das normas próprias, pois havia processo interno noticiando a falta de concordância do engenheiro responsável com os termos da medição 72.

As consorciadas encaminharam carta ao diretor de obras da Emurb, solicitando o acréscimo no pagamento da medição 72 do serviço não prestado.

O réu Célio, na qualidade de diretor de obras da Emurb, sem verificar a pertinência da carta enviada pelo consórcio, determinou que o co-réu Carlos providenciasse a retificação da medição para fim de pagamento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O réu Carlos incumbiu seu subordinado José Reinaldo de alterar a medição de nº 72.

O réu José Reinaldo apresentou dados inexatos e irreais para possibilitar o pagamento ilegal ao consórcio.

Carlos e José Reinaldo retificaram a memória de cálculo da medição nº 72, constando rasura nas datas constantes ao lado de suas assinaturas (fls. 482).

Reynaldo de Barros liberou o pagamento a maior para o consórcio. Na qualidade de presidente da Emurb assinou o documento liberando altíssimo valor, sem analisar o procedimento interno que trazia a notícia da recusa do engenheiro responsável em retificar a memória do cálculo.

Também consta do laudo pericial contábil, em resposta ao quesito "D" formulado pelo Ministério Público, a participação de cada um dos réus acima mencionados na Medição 72 (fls.7744/7746, v.39).

Todos agiram com unidade de desígnio e consciência do ilícito, pois sabiam da inexistência dos serviços de *Jumbo Grouting* lançados na Medição 72 e, mesmo assim, atuaram para a realização do pagamento indevido. Portanto, evidente o dolo.

A subordinação de Célio, Carlos e Reinaldo José aos agentes políticos não retira a ilicitude dos atos que praticaram e a responsabilidade de cada um deles pela improbidade administrativa, mas será considerada na dosimetria de suas penalidades.

8. Não se pode concluir que o prefeito, Paulo Salim Maluf, tinha ciência da irregularidade do pagamento em razão do vulto e importância do contrato, posto que -- R\$4.901.751,06 (jul/96) -- significou pouco mais de 1% do valor orçado para a obra.

A criação e execução de receita inexistente configuram, em tese, ato de improbidade administrativa - objeto de ação civil pública, como observou o



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ministério Público -, mas não implicam, necessariamente, na ciência ou colaboração do prefeito.

Já a nomeação de Reynaldo Emygdio de Barros para a presidência da Emurb e para a Secretaria Municipal de Obras e Vias Públicas, cumulativamente, constitui prova de que Paulo Maluf colaborou sim para a execução da fraude.

Importante observar, de início, que Reynaldo de Barros era homem de confiança e amigo de longa data de Paulo Maluf, tanto que este, como Governador do Estado de São Paulo, indicou aquele Prefeito Municipal desta Capital, no período de 1979/1982¹.

Também chama a atenção o fato de Reynaldo acumular a presidência da Emurb e a Secretaria Municipal de Vias Públicas, observado que, embora a primeira se constituísse como empresa municipal, com autonomia administrativa e financeira, era vinculada à segunda, conforme se depreende da sequência da liberação dos pagamentos apurada pela perícia contábil.

Paulo Maluf, ao nomear Reynaldo para os dois cargos mencionados, obteve um afrouxamento no controle dos pagamentos, pois a Emurb emitia carta de cobrança para a Secretaria de Vias Públicas e esta emitia nota de empenho para a Secretaria de Finanças, à época ocupada por Celso Pitta, outro homem de confiança de Maluf, tanto que escolhido para sucedê-lo na prefeitura (sobre a sequência de pagamentos, ver laudo da perícia contábil - fls.7739, v.39). Além disso, chama atenção a fidelidade de Maluf a Reynaldo, pois mesmo ciente da não realização dos serviços lançados na Medição 72, sustentou a versão do amigo e a adotou para sua defesa, quando poderia simplesmente alegar que realmente existiu a irregularidade, mas dela não participou. Tem, ainda, as recentes notícias da condenação de Maluf na Ilha de

¹ <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,morre-reynaldo-de-barros-ex-prefeito-de-sp,680104,0.htm>



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Jersey, em razão do depósito de dinheiro proveniente de desvios de valores em obras públicas. E as declarações de Nicéia Pitta, Armando Mellão e Marcos Feliciano (ex-motorista de Reynaldo de Barros) sobre os desvios de dinheiro que - embora não possam ser aqui consideradas como provas, pois não submetidas ao contraditório, revelam a solidez do vínculo constatado neste processo entre esses agentes para laborar no desvio de dinheiro público (fls.7542/7547, 7549/7555 e 7556/7560, v.38).

Por fim, observo que se trata de ilícito previsto no art.10 da Lei 8.429/92, para o qual o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que basta da demonstração da culpa do agente.

Ao menos com culpa por negligência agiu o prefeito que eliminou o controle dos gastos da Emurb pela Secretaria das Vias Públicas, ao colocar a mesma pessoa na direção de ambas. E certamente se trata de culpa grave, considerando o vulto das cartas de cobrança emitidas pela empresa pública a serem conferidas na Secretaria responsável pela emissão da nota de empenho.

Tal conduta está nítida justamente na empresa pública e na secretaria responsáveis pela realização das obras públicas viárias, principal tema das campanhas políticas do prefeito, o que a torna mais grave ainda.

9. Diante da gravidade do ilícito, extensão do dano causado, assim como do proveito patrimonial obtido, não se mostra excessiva a condenação ao ressarcimento integral do dano; pagamento de multa civil; 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 majoritária, pelo prazo de cinco anos; suspensão dos direitos políticos por cinco anos, restrita às pessoas físicas; e pagamento das despesas processuais, notadamente dos honorários periciais, conforme consignado na sentença.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9.1. No tocante ao ressarcimento, sustentam os apelantes que o valor questionado, atualizado pelos índices de reajustamento contratual, foi devolvido à Emurb em 2001, por meio de abatimento no saldo devedor desta, quando da rescisão do contrato administrativo - fato confirmado pela perícia contábil (fls.7735, v.39).

Contudo, o ressarcimento não se deu de forma integral, pois não contemplou os juros de mora, considerada a responsabilidade por ato ilícito, devidos por força do art.962 do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, conforme Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, para o ressarcimento integral do dano, o valor pago indevidamente na Medição 72 - R\$4.901.751,06 - deve ser atualizado pela Tabela Prática deste Tribunal de Justiça de julho de 1996 até agosto de 2001, quando rescindido o contrato (fls.5703-4, v.29), e acrescido de juros de mora de 0,5% ao mês, conforme Código Civil de 1916.

Do total obtido, deve-se subtrair os R\$7.448.863,28 deduzidos na rescisão do contrato, conforme apurado pela perícia contábil (fls.7733-5, v.39), observando-se o critério de imputação do art.993 do Código Civil de 1916 (o pagamento imputar-se-á primeiro nos juros, depois no capital).

O saldo apurado deve ser atualizado monetariamente e acrescido de juros de mora de 6% ao ano até janeiro de 2003 e, a partir de então, de 12% ao ano, conforme arts.1.063 do Código Civil de 1916 e 406 do Código Civil vigente, até o efetivo pagamento.

Dessa forma, garante-se o ressarcimento integral do dano e evita-se o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Conforme simulação desse cálculo, considerando o abatimento feito na rescisão, em 2001, ainda faltam R\$5.052.364,25 para o ressarcimento integral do erário.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que os juros compostos, previstos no art.1.544 do Código Civil de 1916, incidem somente nos casos de ilícito penal, com sentença condenatória transitada em julgado.

Portanto, diante da natureza civil desta demanda, incabíveis os juros compostos.

9.2. A multa civil foi fixada em duas vezes o valor do dano corrigido, *incluindo-se os juros*.

Importante observar, aqui, que os juros moratórios não podem incidir, após ago/2001, sobre os R\$7.448.863,28 deduzidos na rescisão do contrato, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

Assim, o valor de base para a fixação da multa deve compreender o valor a ser ressarcido, apurado conforme cálculo acima descrito, mais os R\$7.448.863,28 atualizados monetariamente, que, considerando os índices de atualização deste Tribunal de Justiça para os meses de ago/2001 (23,513843) e abr/2013 (50,790746), resulta hoje em R\$ 16.089.812,41.

Considerando o valor a ser ressarcido - **R\$ 5.052.364,25** - mais o valor abatido na rescisão do contrato - **R\$ 16.089.812,41** -, o valor do dano, para fixação da multa, corresponde a **R\$ 21.142.176,66** em abril de 2013. Assim, a multa civil imposta na sentença, para o mês de abril de 2013, resulta em **R\$ 42.284.353,31**, a ser recalculada segundo o valor do dano corrigido e com juros na data de seu pagamento.

Embora não seja excessiva para o patrimônio líquido atual das rés, reduzo-a para uma vez o valor do dano, pois resulta em importância que já é suficiente para atingir sua finalidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

9.3. A proibição de contratar não se restringe ao ente público lesado porque a lei não contém tal restrição.

Quisesse o legislador restringir a sanção, inseriria o termo “*lesado*” ou “*prejudicado*” ou equivalente, após a expressão “*Poder Público*”. Como não o fez, a única interpretação possível é a de que a proibição abrange o Poder Público em geral.

Entendimento diverso resultaria na ineficácia da sanção, considerando que as apelantes atuam em todo o território nacional.

Também não favorece a apelante CBPO a alegação de que a imposição da sanção comprometerá o exercício de seu objeto social, pois toda penalidade implica em sacrifício e nada consta da lei que a atenuie nessa hipótese.

Prezasse a conservação do exercício de seu objeto social, deveria pautar sua conduta pela legalidade e moralidade, o que não se afigurou no presente caso, salientada a reincidência da conduta delituosa, conforme REsp 1.021.851.

É certo que, no caso anterior, REsp 1.021.851, a Ministra Eliana Calmon, restringiu a sanção ao município de São Paulo.

Mas nem mesmo o princípio da proporcionalidade a socorre agora.

A CBPO integra a Organização Odebrecht, um dos maiores grupos econômicos do país, com faturamento de R\$71 bilhões e patrimônio líquido de quase R\$18 bilhões, conforme relatório econômico divulgado pelo grupo, referente ao exercício de 2011². Portanto, não se vislumbra risco de falência com a proibição de contratar com o poder público.

Importante observar que, no período de cumprimento da sanção, a CBPO poderá atuar em obras viárias realizadas pela iniciativa privada. Portanto, não se vislumbra a total supressão de sua atividade, salientado que, se risco houvesse, também não impediria a aplicação da sanção.

² http://www.odebrecht.com.br/sites/default/files/ra-2012-pt_3.pdf, acesso em 12.7.2013.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Considerando que o ilícito praticado pelos réus resultou em prejuízo superior a R\$20 milhões, em valores atualizados, não se mostra desproporcional a sanção de proibição de contratar com o poder público como imposta.

9.4. A oneração com pagamento das despesas processuais decorre da sucumbência, conforme art.20 do Código de Processo Civil.

Porém, cumpre observar, embora óbvio, que os honorários periciais adiantados pelos apelantes não estão aqui incluídos, uma vez que já suportados, devidas agora apenas as despesas que o vencedor - no caso, o Ministério Público - antecipou.

9.5. Todos os autores do ilícito são responsáveis pela reparação do dano, conforme art.1.518 do Código Civil de 1916, vigente à época.

9.6. Quanto às sanções, previstas no art.12, inciso II, da Lei 8.429/92, ficam assim individualizadas:

CELIO, CARLOS E REINALDO JOSÉ condenados solidariamente ao pagamento da multa civil, mas na proporção de um décimo do valor do dano corrigido, incluindo-se os juros, observados os cálculos realizados nesse voto; e, igualmente, condenados na 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; também igualmente na suspensão dos direitos políticos pelo mesmo prazo; despesas processuais, inclusive honorários periciais, solidariamente.

CONSTRAN S.A. e CBPO ENGENHARIA LTDA., condenadas também solidariamente ao pagamento da multa civil igual ao valor do dano

**PODER JUDICIÁRIO****TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

corrigido, incluindo-se os juros, observados os cálculos realizados nesse voto; e, igualmente, na 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; respondem ainda pelas despesas processuais, inclusive honorários periciais, solidariamente.

A CONSTAN S.A. arcará ainda com a multa por litigância de má-fé, fixada, no tópico segundo desse voto, em 1% sobre o valor da causa, atualizado a partir do ajuizamento, com fundamento no art.18 do Cód. de Proc. Civil.

REYNALDO EMYGDIO DE BARROS condenado solidariamente ao pagamento da multa civil igual ao valor do dano corrigido, incluindo-se os juros, observados os cálculos realizados nesse voto; e, igualmente, na 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; suspensão dos direitos políticos pelo mesmo prazo; onerado ainda com as despesas processuais, inclusive honorários periciais, solidariamente.

Diante de seu falecimento em fevereiro de 2011, nos termos do art. 265, par.1º, alínea “b”, do Cód. de Proc. Civil, o processo será suspenso a partir da publicação do acórdão para que se formalize a sucessão por seu espólio ou herdeiros, nos limites do art.8º da Lei 8.429/92.

PAULO SALIM MALUF condenado solidariamente ao pagamento da multa civil igual ao valor do dano corrigido, incluindo-se os juros, observados os cálculos realizados nesse voto; e, igualmente, na 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; suspensão dos direitos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

políticos pelo mesmo prazo; onerado ainda com as despesas processuais, inclusive honorários periciais, solidariamente.

Fls. 12521/12585, v.63: Proceda-se à retificação dos cadastros para constar a nova denominação da Emurb.

Destarte, pelo meu voto, dou parcial provimento aos recursos.

TERESA RAMOS MARQUES
RELATORA