

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Registro: 2011.0000125249

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo apelados [REDACTED] (E OUTROS(AS)), [REDACTED]

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores J. M. RIBEIRO DE PAULA (Presidente), EDSON FERREIRA E OSVALDO DE OLIVEIRA.

São Paulo, 6 de julho de 2011.

J. M. RIBEIRO DE PAULA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.

fls. 1

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo 2

VOTO nº 7.959.

Comarca de SÃO PAULO 6ª Vara FazPubl.

Juíza Cynthia Thomé.

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO.

Apelados: [REDACTED]

VISTOS.

Ementa:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Concorrência pública Contrato de empreitada integral firmado pela CDHU para construção de moradias populares Inexistência de ato de improbidade administrativa que constitua dano ao erário Sentença bem fundamentada de improcedência confirmada Recurso do MP desprovido.

Relatório

Ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público contra ex-diretores da CDHU e empresa contratada para construção de casas populares, sob alegação de dano ao erário.

A r. sentença apelada, de relatório adotado, julgou

improcedente a ação proposta. ¹

Recorre o Ministério Público pela reforma da sentença e consequente procedência da ação; ² recurso recebido e respondido. ³

¹ Sentença, fls. 4.735-53.

² Recurso MP, fls. 4.756-85.

³ Fls. 4.085, 4.811-31, 4.850-77, 4.878-87.

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.

fls. 2

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo ³

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial. ⁴

Fundamentação

Ação civil pública para apuração de dano ao erário em face de *contrato de empreitada global* para construção de casas populares na cidade de Marília.

Ações de improbidade propostas pelo MP, que cuidaram de casos idênticos, já foram decididas da mesma forma em primeiro e segundo graus de jurisdição. Não obstante, por cautela e certamente para afastar possível cerceamento de defesa, a MMª Juíza *a quo* ordenou produção de prova técnica, ⁵ que não foi suficiente ao acolhimento do pleito condenatório contido na petição inicial.

O empreendimento de construção de casas populares à população de baixa renda, objeto destes autos, taxado e rubricado pela parte autora de ato eivado de improbidade, refere-se ao que foi objeto de implantação e execução no Município de Marília.

A despeito de eventual decisão desfavorável (aos réus) do Tribunal de Contas do Estado, isso evidentemente não obsta pronunciamento jurisdicional diverso. Dispensa-se maior discussão a respeito.

Incoerente seria dispensar tratamento desigual a situações iguais. Trago à colação vv. acórdãos paradigmas de reforço e de manutenção da sentença recorrida:

⁴ Parecer PGJ, fls. 4.891-94.

⁵ Laudo pericial, fls. 3.996-4.058.

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.

fls. 3

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo ⁴

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CDHU licitação envolvendo fornecimento do terreno e a construção de casas populares inexistência de cerceamento probatório, de vez que a prova pericial era desnecessária - não se adquiriu ao contrário do que alega o autor, qualquer terreno - alegação de ilegalidade desse tipo de concorrência, na forma de empreitada total para a compra e venda de bem imóvel inexistência de impedimento legal opção por este procedimento que se insere na discricionariedade administrativa - ausência de prova no sentido de que se tratou de licitação dirigida - limitação de

participantes meramente circunstancial - art. 10, VIII, da lei 8.429/92 - inexistência de prejuízo - fixação de preço máximo, com base em levantamento estatístico, para cada uma das edificações - ausência de máfé por parte dos réus - pretensão de imposição dos ônus da sucumbência ao Ministério Público, em face da improcedência da ação posição contrária da Câmara, em razão da natureza jurídica da atuação ministerial na ação civil pública ausência de excesso no exercício desse direito - ação improcedente recurso improvido". 6

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade administrativa - CDHU - Empreitada integral - Irregularidades apontadas em procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Estado - Inocorrência - Certame envolvendo a celebração de contrato de empreitada integral, que não restringiu a competitividade - Ademais, não restou demonstradas nos autos lesão ao patrimônio público - Laudo pericial que mencionou que o reajustamento estipulado no contrato é menor que a variação do índice de reajustamento normalmente utilizado em avaliações judiciais, não se vislumbrando prejuízo do mutuário - Não configurada a prática de ato ímprobo -Precedentes - Ação julgada improcedente - Sentença mantida - Recurso desprovido". 7

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade administrativa - CDHU Licitação e

6 **Apelação nº 0135458-57-2007.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Franklin Nogueira, j. 24/05/11.**

7 **Apelação nº 990.10.054417-9, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Wanderley Federighi, j. 07/07/10.**

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.
fls. 4

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo 5

contrato administrativo para a construção de unidades habitacionais - Alegação de irregularidades na contratação, conforme decisão do Tribunal de Contas do Estado - Descabimento - Certame envolvendo a celebração de contrato de empreitada integral, que não restringiu a competitividade - Ademais, não restaram demonstrados nos autos os supostos prejuízos causados pela antecipação do pagamento do terreno, bem como pela adoção do índice FIPE para o reajuste da proposta de venda - Não configurada a prática de ato ímprobo - Precedentes - Ação julgada improcedente Sentença mantida - Recurso do MP improvido". 8

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA Improbidade administrativa - CDHU - Empreitada integral - Irregularidades apontadas em procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Estado - Inocorrência - O fornecimento de terreno pela licitante em contrato de empreitada integral não é restritiva da competitividade - Ausência de ofensa ao edital pela antecipação do pagamento do terreno, com desconto - Não comprovação de prejuízo ao erário e de condutas ímprobos -Condenação do Ministério Público em verbas sucumbenciais Inadmissibilidade". 9

"Improbidade administrativa - Ação promovida pelo MP contra o CDHU, seus diretores e a empreiteira que construiu conjunto habitacional em Taboão da Serra, com 496 unidades, sob o regime de preço global. Tinha, entretanto, de fornecer o terreno e entregar o conjunto pronto, urbanizado. Modalidade de licitação que não se destinou à redução do número de participantes, sem que o valor da gleba tenha experimentado sobrepreço pelo fato de ter sido pago em parcelas, corrigidas pelo índice FIPE, adequado à construção civil. É que a legislação permite esse tipo de

licitação - de preço global, cujo controle da economicidade se faz pelos projetos e orçamentos antecipadamente preparados e que instruíram o
8 **Apelação nº 994.09.235190-6, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Leme de Campos, j. 12/4/10.**

9 **Apelação nº 994.09.261826-9, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 08/3/10.**

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.
fls. 5

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo 6

processo de licitação. A CDHU pesquisou o preço de imóveis na região e estipulou o teto, o preço de referência, o limite de valor que o contrato deveria ter, considerando, ainda, os materiais e serviços que especificou. Tipo de licitação e de contrato que permitiram agilidade e ganho de tempo à Administração, tendo em vista, sobretudo, o déficit habitacional no Estado e o direito à moradia. Inexistência de fraude ou dolo na conduta dos responsáveis pela licitação e contratação. Ação improcedente. Recurso não provido". 10

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade administrativa - CDHU - Empreitada integral - Irregularidades apontadas em procedimento licitatório pelo Tribunal de Contas do Estado - Inocorrência: Tratando-se de contrato de empreitada integral, tendo como objeto a construção de unidades habitacionais, com previsão de fornecimento do terreno pela contratada, não há se falar em cláusula restritiva da competitividade. Antecipação do pagamento do terreno mediante desconto não afronta o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Não demonstrado superfaturamento do preço do terreno. Objetivos da licitação que foram plenamente atingidos. Ausência de prejuízo ao erário. Não caracterizadas as condutas ímprobas imputadas aos réus. Recurso não provido." 11

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Recurso de Apelação - Ilegalidades em procedimento licitatório Inexistência de irregularidades, bem como da prática de ato de improbidade administrativa - Não comprovação de lesão ao patrimônio público Laudo pericial mencionando que o valor da proposta foi inferior ao valor de mercado - Recurso improvido."

10 **Apelação nº 649.947.5/2-00, 10ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Urbano Ruiz, j. 07/12/09.**

11 **Apelação nº 884.784.5/2-00, 6ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Evaristo dos Santos, j. 25/5/09.**

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.
fls. 6

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo 7

12

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Alegação de que o procedimento licitatório nº 060/94 e o contrato celebrado entre a CDHU e a empresa ré são nulos, pois desrespeitados os princípios constitucionais da Administração Pública. Inadmissibilidade. Hipótese em que não restou caracterizado o ato de improbidade administrativa que causa

prejuízo ao erário. Em caso de improcedência da ação civil pública não cabe impor condenação em honorários a cargo do *parquet*. Recurso parcialmente provido, tão somente para afastar a condenação do autor às verbas de sucumbência.”¹³

“LICITAÇÃO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CDHU licitação envolvendo fornecimento do terreno e a construção de casas populares - alegação de ilegalidade desse tipo de concorrência, na forma de empreitada total para a compra e venda de bem imóvel inexistência de impedimento legal opção por este procedimento que se insere na discricionariedade administrativa ausência de prova no sentido de que se tratou de licitação dirigida - limitação de participantes meramente circunstancial - art. 10, VIII, da lei 8.429/92 - inexistência de prejuízo - fixação de preço máximo, com base em levantamento estatístico, para cada uma das edificações - ausência de máfé por parte dos réus - pretensão de imposição dos ônus da sucumbência ao Ministério Público, em face da improcedência da ação posição contrária da Câmara, em razão da natureza jurídica da atuação ministerial na ação civil pública - ausência de excesso no exercício desse direito ação improcedente - recurso improvido.”¹⁴

Impõe-se à administração pública cumprir os seus misteres

¹² **Apelação nº 791.126.5/8-00, 5ª Câmara, Rel. Des. Franco Cocuzza, j. 02/3/09.**

¹³ **Apelação nº 816.456.5/3-00, 2ª Câmara, Rel. Desª Vera Angrisani, j. 09/12/08.**

¹⁴ **Apelação nº 734.494.5/9-00, 1ª Câmara, Rel. Des. Franklin Nogueira, j. 17/6/08.**

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.

fls. 7

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo 8

conforme os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência inscritos no art. 37, *caput*, da Constituição.

Em suma, aí está o conceito de *probidade* que se impõe aos agentes públicos, homens e mulheres, que devem agir com honestidade e boafé.

A contrário senso, ações e omissões que não conformem aos princípios do art. 37 estarão sujeitos, de regra, à mácula da *improbidade*, sinonímia de *desonestidade* e *má-fé*. Afinal, é regra de hermenêutica, que se presume a inocência, prova-se a culpa.

Debalde o zelo e o esforço do nobre Promotor signatário do recurso, porquanto o certame de licitação, o contrato firmado entre as partes e suas consequências jurídicas não revelam, por si só, ato de improbidade a merecer a repreensão legal tutelada pelo órgão.

Na hipótese em exame não há falar em ato de improbidade administrativa ou violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, logo não se aplicam as penalidades reclamadas pelo apelante na petição inicial.

Deduz o apelante (fl. 4.775) que “os apelados alegaram mas não comprovaram a economia e tampouco a redução no valor das unidades que o referido pagamento antecipado teria propiciado, respectivamente, ao erário e aos mutuários”. A sentença responde adequadamente a essa questão. Confirma-se a r. sentença, que examinou a prova por inteiro, também por seus próprios fundamentos, aqui expressamente adotados (art.

252 do RITJSP), de que se extrai a seguinte fundamentação: 15

“O pagamento antecipado não foi em benefício exclusivo da contratada, uma vez que ela também abriu mão de parte do pagamento, fornecendo um 15 Trechos extraídos de fl. 4.752.

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.
fls. 8

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo 9

desconto que, como já dito, beneficiou a Administração.

“Por fim, não colhe a alegação de que a proposta de terreno foi atualizada de forma ilegal, de acordo com o índice FIPEP-Edificações.

“Ora, o fornecimento do terreno está incluído no objeto do contrato que é por empreitada integral. Desse modo, nada de irregular incluí-lo no custo global da obra.

“COMO APURADO EM PERÍCIA, O CONTRATO FOI INTEGRALMENTE CUMPRIDO, DE ACORDO COM O ESTABELECIDO NO EDITAL CONVOCATÓRIO. TAMBÉM FOI APURADO QUE O PREÇO PAGO CORRESPONDIA AO VALOR DE MERCADO” (destaque nosso).

Os apelados [REDACTED] (fl. 4.877) e [REDACTED] (fl. 4.887), em contrarrazões, requerem condenação do MP em verbas de sucumbência, pedidos de que se não conhece por falta de recurso de apelação. Ademais, a sentença decidiu de modo acertado também nesse tópico. E a litigância de máfé

(hipóteses do art. 17 do CPC) deve estar muito bem evidenciada para sua imposição.

A rigor, pelo princípio da causalidade, quem perde ação deve suportar os ônus de quem vence. Por questão de tratamento isonômico o Ministério Público também deveria sujeitar-se à regra geral. Afinal, como sustenta o apelado [REDACTED] segundo o art. 81 do CPC, o Ministério Público exerce o direito de ação nos casos previstos em lei, com os mesmos poderes e ônus das partes.

Todavia, essa regra geral cede para regra específica que não impõe ônus de sucumbência, nem contra, nem a favor, quando se tratar de ação ajuizada pelo MP.

De lege ferenda, talvez fosse razoável debater a imposição

Se impresso, para conferência acesse o site <https://esaj.tjsp.jus.br/esaj>, informe o processo 0000634-66.2002.8.26.0053 e o código RI000000BOL87.

Este documento foi assinado digitalmente por JOSE MANOEL RIBEIRO DE PAULA.
fls. 9

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara de Direito Público

Apelação nº 0000634-66.2002.8.26.0053 - São Paulo 10

de sucumbência ao MP, como a suporta a União, os Estados e os Municípios, de modo geral, nas ações de que são partes ativa e passiva.

Consideram-se respondidas, ainda que de modo implícito, para efeito de *prequestionamento*, todas as questões decididas e levantadas no recurso.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.