



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 11960
Processo 994.03.067315-4/50003
Embargantes: Paulo Salim Maluf e outros
Embargado: Ministério Público
Comarca de São Paulo
Juiz prolator: Fernão Borba Franco
7ª Câmara de Direito Público

**EMBARGOS INFRINGENTES –
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA –
LICITAÇÃO – AQUISIÇÃO DE CORTES DE
FRANGO.**

I – Ministério Público que imputa aos réus prática de atos ímprobos, consistentes na fraude à licitação com o intuito de favorecer empresas vinculadas a familiares do então prefeito municipal.

II – Ausência de provas robustas que indiquem prática dos referidos atos – Elementos que apontam apenas para suspeição dos acordos entabulados. Necessidade de provar-se o dolo ou, ao menos, culpa grave dos agentes, missão a qual o Ministério Público não cumpriu.

III – Ausência de prejuízo ao erário – Ao considerar-se o valor global do contrato vê-se que a Municipalidade de fato economizou ao contratar com a empresa Ad'Oro – A grande variação do mercado de commodities e o fato da empresa ter praticado valor fixo fazem com que em certos meses haja vantagem ao erário e em outros não – Necessidade, portanto, de se considerar o valor global e não o praticado mês a mês. Embargos infringentes acolhidos.

Vistos;



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tratam-se de embargos infringentes interpostos por PAULO SALIM MALUF e outros contra o v. acórdão de fls. 10449/10484 em que a D. Maioria fez por bem dar parcial provimento ao recurso interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, para assim julgar parcialmente procedente a ação civil pública, condenando os réus a ressarcirem aos cofres públicos a quantia de R\$ 21.737,73 (vinte e um mil, setecentos e trinta e sete reais e setenta e três centavos), além de proibição de contratar co o Poder Público, ou dele 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 3 (três) anos, aplicando ainda aos corréus Paulo Salim Maluf, Marcelo Pereira Daura e Francisco Nieto Martins a perda das funções públicas porventura exercidas e a suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos.

Inconformados, recorrem para que assim preponderam as conclusões tomadas pelo Exmo. Des. Barreto Fonseca.

Neste passo estão Paulo Salim Maluf e Obelisco Agropecuária e Empreendimentos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ltda. a sustentar que a contratação atacada na ação não gerou prejuízos à Municipalidade; Ocorreu exatamente o oposto, posto que nos 9 (nove) meses em que o contrato vigorou houve uma economia de aproximadamente R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) aos cofres públicos, segundo laudo oficial. Aponta, ainda, que os frangos vendidos pela empresa Obelisco à empresa Ad'Oro não foram destinados à Municipalidade, mas para fins outros; Logo, forçosa a conclusão de que a contratação da empresa Ad'Oro somente visou camuflar os reais fornecedores do produto. Por fim, aponta que a empresa Obelisco possui anos de mercado e não foi criada com o objetivo de fornecer frangos à empresa Ad'Oro; De que não se provou nenhum envolvimento do réu Paulo Salim Maluf nas contratações, tendo elas ocorrido de acordo com a lei e que não há vedações legais à contratação – pelo Poder Público – de empresas pertencentes a parentes dos administradores.

Já a empresa AIM Comércio e Representações Ltda. argui, em suma, que não houve o propalado sobrepreço, já que ele foi apurado num único mês dum universo de nove;



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Deve-se considerar que ao fim, ao se somar o contrato como um todo, apurou-se de fato economia de cerca de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) em favor da Municipalidade. Aponta, também, que o Ministério Público não considerou as particularidades do produto fornecido (frango resfriado x frango congelado) e que a atualização de preço efetuada pela empresa Frigobras foi justificada em razão do reajuste levado a cabo pelo seu fornecedor (Sadia). Por fim, destaca que não há ilegalidade na contratação de empresa da familiares do Administrador, que sua participação nos contratos – em favor das empresas Frigobras e Ad'Oro – se deu a título diverso e não concomitante e que necessária a presença da empresa Frigobras na lide, já que as supostas fraudes não ocorreriam sem sua anuência.

A Municipalidade de São Paulo vale-se da mesma linha de intelecção dos demais recursos, acrescentando somente que a aplicabilidade da Resolução 07/2005 do CNJ e da Súmula Vinculante nº 13 do Colendo Supremo Tribunal Federal é "ex nunc".



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A empresa Ad'Oro vale-se - quase que na integralidade - dos mesmos argumentos dos demais embargantes, acrescentando que: a) no período do contrato adquiriu frangos de outras empresas e não só da Obelisco, que na verdade correspondia a apenas 7% do total; b) não fornecia produtos somente à Municipalidade; c) os frangos comprados da empresa Obelisco não foram destinados a suprir o contrato com a Municipalidade, que demandava frangos maiores; d) a empresa Obelisco era atuante no mercado desde 1993 e não foi criada somente com o fito de suprir o contrato com a Municipalidade.

Por fim, o réu Marcelo Pereira Daura pretende retomar toda discussão travada na ação, em razão do efeito translativo; Logo, requer a análise da questão da inépcia da inicial, ilegitimidade ativa do Ministério Público, direito à prova e necessidade e pertinência da prova oral e todos os requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito. No mais, além de retomar assuntos já tratados nos outros reclamos, defende a higidez de sua atuação junto à Comissão



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Municipal de Controle de Preços e Serviços e erros no laudo pericial.

Recursos em ordem, bem processados e instruídos com as contrariedades das razões adversas, com o Ministério Público pugnando pelo não conhecimento dos embargos do réu Marcelo Pereira Daura, em razão da intempestividade.

É o relatório. Passo ao voto.

I - De antemão afastado a alegação de intempestividade formulada pelo Ministério Público.

Isto porque em se tratando de demanda com litisconsortes representados por patronos diversos, os prazos passam a ser duplicados (art. 191 do Código de Processo Civil). Tendo o v. acórdão publicado em 23 de agosto de 2010 (fls. 10537), o prazo findava-se em 22 de setembro, ou seja, a mesma data em que o embargante protocolou seu reclamo (fls. 10715). Logo, não há intempestividade.

II - Antes de adentrar ao mérito, convém destacar que os recursos foram recebidos



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

nos exatos limites da divergência. Ocorre, porém, que questões de ordem pública podem novamente ser objeto de análise, mesmo em caso de unanimidade.

Pois bem, o embargante Marcelo Pereira Daura levanta óbices desta natureza, devendo assim ser objeto de análise, mesmo que sucintamente. Em que pesem seus argumentos, tenho que os supostos vícios já foram bem debelados por meio do v. acórdão.

Não há vícios maculando a exordial: o pedido é juridicamente possível; da narração dos fatos decorre logicamente a conclusão; as partes são legítimas. Tanto assim o foi que o feito processou-se normalmente, tendo todas as partes exercido com plenitude direito à defesa.

De mais a mais, resta assente na doutrina e na jurisprudência a legitimidade do Ministério Público para propor demandas como a presente, conforme precedentes citados no v. acórdão, ao qual me resporto. Despicienda maiores ilações a respeito, ante até mesmo a pacificidade que ronda o tema



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Por fim, desnecessária ouvida de testemunhas. A ação foi regulamente instruída com farta prova documental e pericial. Elas se mostraram aptas a formar juízo de convicção tanto do D. Magistrado "a quo" como desta Corte, como, aliás, bem ressaltado pelo Exmo. Des. Moacir Peres (fls. 10463): " (...) *considerando o volume das provas documentais produzidas nos autos e a existência de inúmeros depoimentos pessoais colhidos em sede de inquérito civil, entende-se ser desnecessária a produção de prova oral, que, ademais, prorrogaria ainda mais a solução do presente conflito, em flagrante ofensa ao princípio constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal)*"

III - No que diz respeito ao mérito, ouso respeitosamente divergir das conclusões tomadas pela D. Maioria e acompanhar o voto da lavra do Exmo. Des. Barreto Fonseca.

Em suma, alega o Ministério Público que nos anos de 1996 e 1997 triangulação entabulada entre a Prefeitura Municipal de São Paulo e as empresas Ad'Oro e Obelisco culminaram em prejuízos ao erário, além de favorecer



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

familiares do então prefeito; Porém, em que pese o grande esforço do *Parquet*, não emerge dos autos a concretização de atos de improbidade administrativa.

Em primeiro lugar, não há como concluir que a Comissão Municipal de Controle de Preços para Materiais e Serviços – COMPREMS tenha agido com dolo ao determinar a contratação com a empresa Ad'Oro.

Pelo documento de fls. 544/545 nota-se que somente duas empresas foram habilitadas no certame: Frigobras Companhia Brasileira de Frigoríficos (Sadia) e Ad'Oro Alimentícia Comercial Ltda. Tendo apresentado a menor proposta (R\$ 1,66 o quilo), a contratação recaiu sobre a empresa Frigobras. Passados alguns meses, a vencedora solicitou revisão de preços (fls. 304/307 e 1584/1586), em razão do aumento de 18,06% nos custos de produção. Ato contínuo, a comissão publicou edital convocando as demais empresas a apresentarem suas propostas (fls. 300), com o fito de apurar se a vencedora ainda possuiria a melhor oferta; Concomitantemente



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

efetuiu pesquisa visando adequar a proposta da empresa Frigobras à realidade de mercado.

A empresa Ad'Oro atendeu ao chamado (fls. 308) e informou que teria condições de manter a proposta inicial (R\$ 1,73 o quilo) – sem reajustes – o que acabou por levar a Municipalidade a contratar consigo (fls. 1588), mesmo já considerando a readequação dos preços ofertados pela outra concorrente (R\$ 1,75 o quilo).

Importante destacar que não houve nenhuma ilegalidade neste agir. Havia previsão editalícia (itens 7.1 do edital – fls. 1607) e no Decreto 29.347 (fls. 1636); E nem haveria de ser diferente esta conclusão: é do interesse público contratar com a licitante que ofereça a melhor proposta. Estando ela habilitada e apta a fornecer o mesmo produto por preço menor, nada impede o Município agir desta forma.

Da mesma forma, não há como atestar categoricamente que o dito reajuste tratou-se de manobra dos réus com o fito de favorecer empresa pertencente a familiares do então prefeito. A ação da comissão municipal se deu em razão de pedido formulado pela Frigobras, sendo certo que



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

duas (Frigobras e Ad'Oro), porém, em fases diversas, quando já sedimentada a nova contratação, fato este inclusive reconhecido pela Procuradoria de Justiça em contrarrazões (fls. 10690).

Logo, forçosa a conclusão de que não houve a propalada mancomunação.

III - Firmado este ponto, há outros questionamentos a serem respondidos.

A contratação da empresa Ad'Oro gerou prejuízos à Municipalidade? A resposta objetiva é não. A planilha de fls. 4444 e as conclusões do laudo apontam que realmente houve superfaturamento no mês de março de 1997, chegando-se ao valor de R\$ 21.737,73 (vinte e um mil setecentos e trinta e sete reais e setenta e três centavos); Ocorre, porém, que considerando os valores globais pagos, vê-se que o Município na verdade economizou cerca de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) ao contratá-la. Ora, considerando a dinâmica do mercado de *commodities* e o fato de que a proposta da empresa Ad'Oro permaneceu inalterada durante toda a vigência, era de se esperar que em alguns



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e, mesmo assim, eles eram menores, destinados essencialmente ao mercado varejista na forma de carcaça e não para fins de corte, que exige frangos maiores (fls. 4165). Ou seja: os frangos adquiridos da Obelisco não foram destinados à Municipalidade.

De mais a mais, a empresa em questão não foi criada exclusivamente para atender a Municipalidade; O início de suas atividades data de 1993 (fls. 4131), comercializando frangos até maio de 1997. O contrato da empresa Ad'Oro com a Municipalidade vigorou de julho de 1996 até abril de 1997; Há até uma coincidência com o fim das operações com frangos, porém, o início é muito anterior.

Por fim, o único óbice era justamente a questão de ela pertencer à esposa e a filha do então prefeito. Porém, não foi ela quem venceu o certame (foi a empresa Ad'Oro) e sua participação foi indireta, como uma das fornecedoras da Ad'Oro, assim como foi Fuad Mattar, Santa Fé Agroindustrial Ltda., Emílio Biasi e outros mais. Nada impedia que a empresa Ad'Oro buscasse terceiros como fornecedores; E tendo a empresa Obelisco ofertado o produto que ela



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

almejava a um bom preço, nada a impedia que comprar. A questão dela se tratar de empresa pertencente a familiar do então prefeito (assim como a Ad'Oro) será tratado em tópico próprio.

V - Por fim, por mais que não seja recomendável empresas pertencentes a ocupantes de cargos públicos participarem de certames vinculados ao cargo que detém, não há, objetivamente, nenhuma ilegalidade neste agir.

E porque não seria recomendável? Pois em casos como o presente poderia facilmente se levantar traços de imoralidades ou possíveis mancomunações com o objetivo de adjudicar o objeto à empresa pertencente ao familiar

Porém, o que se viu no presente caso é que – objetivamente – não há provas que levem a duvidar do resultado alcançado.

Não há dúvidas de que o conjunto de (grandes) coincidências levam à suspeição. Porém, há um grande abismo entre suspeitar de algo e perpetrar a condenação pretendida. Há a necessidade de provas mais robustas de fraude ou da existência de medidas tomadas sem a menor justificativa; Somente assim se justificaria alguma



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

espécie de punição. Porém, o que se viu, é que há somente suspeitas em desfavor dos réus; Tão só.

E não havendo provas de dolo ou, ao menos, de culpa grave, impossível a punição com base na Lei 8.429/92, já que partiríamos aí para a responsabilização objetiva. Vide, para tanto, jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca do tema:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEI 8.429/92. ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. IMPRESCINDIBILIDADE. 1. A ação de improbidade administrativa, de matriz constitucional (art.37, § 4º e disciplinada na Lei 8.429/92), tem natureza especialíssima, qualificada pelo singularidade do seu objeto, que é o de aplicar penalidades a administradores ímprobos e a outras pessoas - físicas ou jurídicas - que com eles se acumpliciam para atuar contra a Administração ou que se beneficiam com o ato de improbidade. Portanto, se trata de uma ação de caráter repressivo, semelhante à ação penal, diferente das outras ações com matriz constitucional, como a Ação Popular (CF, art. 5º, LXXIII, disciplinada



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

na Lei 4.717/65), cujo objeto típico é de natureza essencialmente desconstitutiva (anulação de atos administrativos ilegítimos) e a Ação Civil Pública para a tutela do patrimônio público (CF, art. 129, III e Lei 7.347/85), cujo objeto típico é de natureza preventiva, desconstitutiva ou reparatória. 2. Não se pode confundir ilegalidade com improbidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência dominante no STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos culposa, nas do artigo 10 (v.g.: REsp 734.984/SP, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJe de 16.06.2008; AgRg no REsp 479.812/SP, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJ de 14.08.2007; REsp 842.428/ES, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 21.05.2007; REsp 841.421/MA, 1ª T., Min. Luiz Fux, DJ de 04.10.2007; REsp 658.415/RS, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 03.08.2006; REsp 626.034/RS, 2ª T., Min. João Otávio de



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Noronha, DJ de 05.06.2006; REsp 604.151/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.06.2006). 3. *É razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou. Nesses casos, não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade. A ilegitimidade do ato, se houver, estará sujeita a sanção de outra natureza, estranha ao âmbito da ação de improbidade.” (REsp 827445/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 08/03/2010)*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Posto isso, com o devido acatamento e respeito aos votos proferidos pelos Excelentíssimos Desembargadores **Moacir Peres e Coimbra Schmidt**, acompanho na íntegra o entendimento do Excelentíssimo Desembargador **Barreto Fonseca** e voto no sentido do **acolhimento** dos embargos infringentes, para assim manter a r. sentença de improcedência, reformando-a somente em relação a condenação do Ministério Público ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER
RELATOR