


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

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

**SENTENÇA**

Processo nº: **0002558-13.2011.8.26.0566**  
Classe - Assunto: **Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

Ministério Público do Estado de São Paulo propõe **ação civil pública por improbidade administrativa** contra o Município de São Carlos (ente público), Osvaldo Baptista Duarte Filho (agente público), Laboratório Medico Dr. Maricondi S/S Ltda (empresa beneficiária), e Wagner Maricondi (representante legal da empresa beneficiária).

O Município de São Carlos, por intermédio de Osvaldo Baptista Duarte Filho, e o Laboratório Médico Dr. Maricondi S/S Ltda, por intermédio de advogado constituído por Wagner Maricondi, celebraram, em 23.07.2010, o Termo nº 40/2010, pelo qual decidiu-se pela dação em pagamento dos débitos tributários da empresa, mediante a prestação de serviços especializados de exames de patologia clínica nos pacientes usuários do SUS.

Sustenta o autor que a referida dação em pagamento foi amparada em lei municipal inconstitucional porquanto (a) constitui burla ao princípio constitucional da contratação por meio de licitações públicas (art. 37, XXI, CF) (b) infringe a regra constitucional que atribui à lei complementar federal a competência para estabelecer normas gerais em matéria de licitação tributária relativa ao crédito tributário (art. 146, III, "b", CF), e o CTN não autoriza a dação em pagamento, em matéria tributária, com serviços.

Argumenta que a dação em pagamento foi lesiva ao erário porque os preços atribuídos aos serviços dados em pagamento são superiores aos praticados no mercado, tanto que o laboratório anteriormente contratado pela administração municipal recebia montantes bem


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

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

inferiores (tabela de fls. 11).

Alega que a conduta dos réus consistiu em ato de improbidade administrativa de "frustrar a licitude de processo de licitação ou dispensá-lo indevidamente" (art. 10, VIII, Lei nº 8.429/92), de "permitir a aquisição de serviço por preço superior ao de mercado" (art. 10, V, mesma lei), de "agir negligentemente no tocante à conservação do patrimônio público" (art. 10, X, idem) e, ainda, de violação aos princípios da administração pública (art. 11, caput, idem).

Sob tais fundamentos, pede (a) declaração de nulidade da dação em pagamento (b) limitar o montante compensado por força da dação já consolidada, em relação a cada serviço, ao que era praticado com o laboratório anteriormente contratado pela prefeitura municipal (c) a condenação dos réus nas sanções previstas na lei de improbidade.

Os réus apresentaram defesa preliminar (fls. 274/296, 487/519 e 623/650)

A inicial foi recebida (fls. 809/812).

O Município de São Carlos contestou (fls. 854/880) sustentando a regularidade da dação em pagamento e do procedimento administrativo em que concedida, assim como a validade na adoção da tabela SUS como referência de valor para os serviços dados em pagamento pelo laboratório, seja porque ela serve como referencial seguro, seja porque é inferior aos preços praticados no mercado.

Osvaldo Baptista Duarte Filho contestou (fls. 832/840), alegando a ausência de qualquer ato de improbidade ao celebrar uma dação em pagamento com base em lei municipal e que não causa qualquer prejuízo ao erário público.

Laboratório Médico Dr. Maricondi S/S Ltda e Wagner Maricondi contestaram (fls. 900/907), alegando que o procedimento foi legal e legítimo, e que a adoção da tabela SUS é válida.

O autor ofereceu réplica (fls. 916).


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

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

O processo foi saneado determinando-se a produção de prova pericial (fls. 955/957).

O laudo aportou aos autos (fls. 1151/1168).

As partes apresentaram memoriais (fls. 1182/1192, 1201/1240, 1244/1247)

É o relatório. Decido.

A disposição da Lei Municipal nº 13.255/2003 (fls 344/350), que amparou a dação em pagamento, foi declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como vemos às fls. 1193/1196.

E, de fato, não pode a lei municipal permitir a dação em pagamento através de serviços, porque essa modalidade de dação não está prevista no CTN, cujo art. 156, XI somente a autoriza por meio de bens imóveis.

O CTN estabelece normas gerais em matéria de legislação tributária, de acordo com o permissivo inscrito no art. 146, III da CF.

Segundo esse dispositivo constitucional, as normas gerais de direito tributário constituem matéria sob reserva de lei complementar federal.

Isso significa que tais normas gerais irão constituir o fundamento de validade para normas suplementares editadas por cada ente federativo.

As normas suplementares não poderão contrariar o disposto nas normas gerais.

O CTN corresponde, pois, em nosso sistema constitucional, a um diploma nacional, e não apenas federal.

Deve ser seguido e observado pelos entes públicos das três esferas da federação.

Objetivou a norma constitucional “firmar, de modo mais incisivo”, que as normas gerais do direito tributário constituem “canal de livre interferência da União nos interesses jurídico-tributários dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 25ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2014. Pp. 213/214).


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

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Sendo assim, como o CTN, ao regular a matéria de modo geral, decidiu impossibilitar a extinção do crédito tributário com a dação em pagamento de bens móveis ou serviços, não se admite que o legislador municipal, contrariando a disciplina geral, crie uma nova modalidade de dação.

Concluindo, tem-se por inconstitucional a lei municipal de São Carlos, ao permitir a dação em pagamento tributária com serviços, por afrontar o disposto no art. 146, III da CF e no art. 156, XI do CTN.

Será acolhido, em desfecho, o pedido de declaração de nulidade da dação.

A assertiva acima leva-nos porém, na sequência, a indagar sobre a eficácia concreta de tal declaração de nulidade.

Normalmente, a declaração produz efeitos *ex tunc*, isto é, deve retroagir, desconstituindo por inteiro as consequências produzidas pelo ato.

Todavia, em prestígio à segurança jurídica e à boa-fé, situações há em que o ordenamento jurídico, ponderando interesses contrapostos à simples afirmação da norma positiva, opta por preservar alguns dos efeitos levados a cabo por ato jurídico inválido.

No caso em tela, levando-se em conta que os serviços especializados de exames de patologia clínica nos pacientes usuários do SUS foram, como é incontroverso, efetivamente executados pelo laboratório, a ordem indireta de restituição do montante deduzido do crédito tributário - através da desconstituição dessa dedução contábil - geraria enriquecimento sem causa da administração pública.

Não se admite, de fato, seja a administração beneficiada com o recebimento de serviços prestados por terceiro de boa-fé, sem qualquer contraprestação de sua parte.

O pedido do Ministério Público, porém, não é o de afastar qualquer eficácia dessa dedução operada devido à dação em pagamento.


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

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

O que se pretende é que o valor deduzido seja revisto, reduzido ao patamar correspondente ao que se pagaria ao outro laboratório anteriormente contratado, por licitação pública, para os serviços dessa natureza.

Reputamos que esse parâmetro não deve ser admitido.

Como exposto acima, o enriquecimento sem causa é que atua sobre o fenômeno jurídico para evitar a restituição do *quantum pago*.

Tal instituto está regulado nos arts. 884/886 do CC.

Segundo o art. 884, parágrafo único, “se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.”

A disciplina legislativa acima, embora relativa a coisas determinadas, deve ser aplicada analogicamente ao caso concreto, concernente a uma situação não contemplada positivamente no código.

Com efeito, à semelhança do que se dá com uma coisa determinada que não pode ser mais restituída, também os serviços prestados não podem ser devolvidos *in natura* ao laboratório, de modo que a única saída é a adoção do “valor desses serviços”, levando em conta a época em que prestados.

O valor desses serviços, com todas as vênias, é o seu valor de mercado, não o valor que a administração pagaria por eles caso tivessem sido prestados pelo laboratório anteriormente contratado por licitação.

Como o direito positivo está atuando para evitar o empobrecimento indevido do laboratório réu, que efetivamente prestou os serviços à administração pública, dever-se-á levar em conta o valor de mercado desses serviços.

Aliás, sequer se pode afirmar que o réu teria algum interesse em participar de uma


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

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

licitação pública ou que, ao participar dela, ofereceria pelos serviços o mesmo preço que o outro laboratório, na licitação anteriormente ocorrida, veio a ofertar.

O custo para o laboratório-réu executar esse serviço pode não corresponder ao custo que o outro laboratório tem, para a mesma execução.

Aliás, existe a possibilidade de haver diferenças qualitativas entre um serviço e outro.

A única saída justa é a adoção do valor de mercado.

O critério proposto pelo Ministério Público não se coaduna com a lógica própria do instituto do enriquecimento sem causa.

Nesse sentido, vem à calha mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, sempre que examina hipóteses de superfaturamento ou outras assemelhadas a esta, leva em consideração o parâmetro do mercado, não este que está sendo proposto pelo autor: AgInt no REsp 1.589.400/RJ, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 16/08/2016; AgRg no REsp 1.242.939/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 24/05/2011.

Tais fundamentos devem ser admitidos no caso concreto, para garantia de integridade e coerência na jurisprudência (art. 926, CPC-15).

Adverta-se ademais que, na hipótese vertente, como emerge dos autos, o particular agiu de boa-fé, situação que não pode levar ao desfavorecimento de sua conduta.

Feitas tais considerações, observamos que, na situação específica em exame, as deduções operadas em favor do laboratório sobre sua dívida tributária tiveram como parâmetro os preços de referência da tabela SUS, o que já constitui um primeiro indício de sua compatibilidade com os valores praticados no mercado, inclusive pelas razões bem apresentadas pelo Município de São Carlos na contestação, fls. 861/867.

De qualquer maneira, o perito enfrentou essa questão de modo expresse, respondendo que os valores deduzidos por força do termo de doação são compatíveis com os praticados no


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

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

mercado, confira-se o quesito “b” de fls. 1152, e seus preços não são superestimados, fls. 1154, quesito “4”.

Não se admitirá, portanto, qualquer ressarcimento ao erário, ainda que indireto através da redução do valor deduzido por força da dação em pagamento.

Indo adiante, também não se pode falar em ato de improbidade administrativa.

A improbidade administrativa é compreendida como uma ilegalidade qualificada, um comportamento que além de ferir a lei reveste-se de censurabilidade agravada.

A responsabilidade por ato de improbidade administrativa não é objetiva.

Não basta a ilegalidade.

Exige-se também o elemento subjetivo, qual seja, o dolo para os atos dos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação a princípios) e dolo ou culpa para os do artigo 10 (prejuízo ao erário).

"Para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incursão nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10" (STJ, AgRg no AREsp 20.747/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, 1ªT, j. 17/11/2011). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 21.662/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª T, DJe 15/2/2012; REsp 734.984/SP, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, 1ªT, DJe 16/6/2008; e REsp 213.994/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, 1ªT, DJ 27/9/1999.

Ora, no caso não se pode falar em elemento subjetivo.

Observe-se, num primeiro momento, que o STJ costuma afastá-lo quando o administrador age com amparo norma autorizativa municipal (AgRg no Ag 1.324.212/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES; AgRg no AgRg no REsp 1191095/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS; AgRg no REsp 1261072/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA




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

COMARCA de São Carlos  
FORO DE SÃO CARLOS  
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

FILHO), caso dos autos, em que o então prefeito e o laboratório agiram com amparo em lei municipal que previa a dação em pagamento com serviços.

Se não bastasse, o prefeito somente efetuou a dação após parecer jurídico favorável elaborado pelo Departamento de Negócios Jurídicos, fls. 599/600, circunstância a eliminar a hipótese de culpa, já que não houve imprudência da parte do administrador público.

Cabem aqui as considerações vertidas no julgado copiado às fls. 351 e ss. dos autos.

Se é assim em relação ao agente público, com mais razão afasta-se o elemento subjetivo da improbidade em relação aos particulares.

É que na perspectiva do laboratório e seu sócio, não se exige investigação nenhuma a propósito da (in)constitucionalidade da lei municipal que ampara uma dação em pagamento feita em seu interesse.

Prepondera a presunção de veracidade e legalidade do ato administrativo.

O particular não tem a obrigação legal de verificar a constitucionalidade de uma lei, nem de fiscalizar a legalidade do procedimento que antecedeu a celebração da dação em pagamento.

Na realidade, tem até o direito legítimo de defender, perante a administração pública, uma determinada interpretação dos enunciados legais.

Julgo parcialmente procedente a ação apenas para declarar a nulidade da dação em pagamento celebrada, sem desconstituir, porém, as dações em pagamento individualizadas na inicial.

P.I.

São Carlos, 13 de setembro de 2016.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**