



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1003153-25.2014.8.26.0037**
 Classe - Assunto: **Ação Civil de Improbidade Administrativa - Dano ao Erário**
 Ministério Público: **Ministério Público do Estado de São Paulo**
 Requerido: **Centro de Apoio ao Desenvolvimento da Saúde Pública - CADESP e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **João Baptista Galhardo Júnior**

Vistos.

Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação Civil Pública em face de MARCELO FORTES BARBIERI, JOSÉ ANTONIO DE SANTANA, ANUAR MAHMUD LAUAR, CARLOS FERNANDO CAMARGO e CENTRO DE APOIO AO DESENVOLVIMENTO DA SAÚDE PÚBLICA - CADESP, alegando em resumo, a prática de atos de improbidade administrativa por parte dos réus, em razão da formalização de contrato de prestação de serviços entre o Município de Araraquara, através da instituição denominada FUNGOTA, e o Centro de Apoio ao Desenvolvimento da Saúde Pública – CADESP, apontando os seguintes atos ditos como ilegais: a) contratação de pessoal sem concurso público; b) contratação sem licitação; c) contratação de pessoa jurídica sem qualificação como organização social; d) descumprimento da lei municipal reguladora de parceria com o terceiro setor; e) ausência de publicidade das contratações iniciais e irregularidades das publicações posteriores; f) realização de despesas sem dotação orçamentária, com abertura de créditos irregulares e pagamento de taxas indevidas; g) ausência de fiscalização externa e de prestação de contas.

Narra a inicial, que o requerido Marcelo Fortes Barbieri, enquanto Prefeito Municipal de Araraquara, recuperou e ampliou antigo prédio da maternidade então denominada "Maternidade Gota de Leite", visando a implementação de ações do Sistema Único de Saúde voltadas às gestantes, parturientes e recém-nascidos. Para tanto, foi criada uma fundação municipal sem fins lucrativos, cuja principal fonte de renda são recursos públicos, denominada "FUNGOTA". Referida fundação, através de sua superintendência ocupada inicialmente pelo requerido Anuar Mahmud Lauar, formulou consulta junto ao requerido Centro de Apoio ao Desenvolvimento da Saúde Pública, visando terceirizar os serviços da entidade-maternidade, em que pese o Município ter firmado termo de ajuste com o Ministério Público do Trabalho obrigando-se a realizar concurso público para a contratação de servidores que trabalhariam na fundação.

Diz o autor, que o plano de trabalho apresentado pelo CADESP foi aceito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

pelo Município, firmando-se a contratação sem licitação, contudo, a instituição CADESP não era reconhecida como O.S. ou OSCIP, sendo que a contratação se deu sem qualquer reserva orçamentária específica.

Aduz a inicial, que os contratos foram prorrogados de forma indevida, desta feita com a participação do requerido Carlos Fernando Camargo, sendo certo que o concurso público para contratação dos servidores, ajustado com o MPT, jamais ocorreu.

Afirma que o contrato não foi publicado, o que feriu a lei de licitações, prejudicando a transparência dos atos públicos.

Diz também, que o contrato se mostrou oneroso demais ao Município, inclusive em razão da taxa de administração de 13% a 15%.

Assim, aponta o autor a prática de atos de improbidade, pela inobservância da regra do concurso público, por força da contratação irregular do CADESP, representado pelo requerido José Antonio de Santana, por indevida dispensa de licitação, por força de prorrogações contratuais ilegais, por infração ao princípio da publicidade, por onerosidade excessiva, pela ausência de qualificação técnica e jurídica da instituição denominada como O.S. e, ainda, por infração orçamentária.

A petição inicial aponta a responsabilidade de cada requerido aduzindo: que o requerido Marcelo Fortes Barbieri era o Prefeito Municipal e, portanto, responsável direto pela contratação; que o requerido José Antonio de Santana era o presidente do CADESP e, por tal razão, responde solidariamente junto com a entidade; que o requerido Anuar Mahmud Lauar era o superintendente da Fundação recém criada que contratou o CADESP; que o requerido Carlos Fernando Camargo era o Coordenador Administrativo, Financeiro e de Administração Hospitalar, assim como Diretor Técnico da Fundação recém criada que contratou o CADESP, passando, depois, a ser superintendente, tendo participado da prorrogação do contrato dito como ilegal.

Requeru a procedência da ação, com a condenação solidária dos requeridos ao ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos causados ao Município, bem como aplicação das demais penas acessórias da lei de improbidade administrativa.

Pugnou pela concessão da tutela de urgência, para se determinar a paralisação de novos pagamentos para o CADESP.

Com a petição de fls.01/30, juntou documentos (fls.31/301).

Foi deferida a tutela de urgência, determinando-se a suspensão do pagamento da taxa de administração por parte da FUNGOTA ou por parte do MUNICÍPIO para o CADESP, determinando-se, ainda, que a FUNGOTA não prorrogasse o contrato e que a nova contratação fosse amplamente divulgada para eventuais interessados (fls.302/304).

A FUNDAÇÃO MUNICIPAL IRENE SIQUEIRA ALVES "VOVÓ



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

MOCINHA", A MATERNIDADE GOTA DE LEITE DE ARARAQUARA - FUNGOTA requereu seu ingresso nos autos na qualidade de assistente dos requeridos (fls.395/396).

Em sede de agravo, o E. Desembargador Relator Sidney Romano dos Reis determinou a paralisação do feito até julgamento final do recurso (fls.410/414).

A FUNGOTA foi admitida como assistente litisconsorcial (fl.415 e fl.1005).

Os requeridos apresentaram defesa preliminar, requerendo o não recebimento da inicial (fls.440/449 – CADESP e JOSÉ ANTONIO; fl.S.509/549 – MARCELO, ANUAR e CARLOS)

O agravo foi provido, cassando-se a tutela de urgência concedida em Primeiro Grau (fls.988/991).

A FUNGOTA apresentou defesa preliminar (fls.1291/1321).

Os requeridos pediram, em sede de defesa preliminar, o não recebimento da petição inicial, sustentando ausência dos requisitos legais.

O Ministério Público manifestou-se às fls.1362/1371, requerendo o recebimento da inicial e o prosseguimento do feito com a citação dos requeridos.

A petição inicial foi recebida (fls.1373/1374), determinando-se a citação dos requeridos.

A FUNGOTA apresentou contestação (fls.1440/1513), alegando em síntese: que há conexão da presente ação com ação já proposta no Juízo Trabalhista visando discutir a mesma questão; que não há falar em improbidade administrativa, pois a contratação do serviço se mostrava de extremo interesse social, cuidando-se de questão afeta à vida e à saúde da população assistida pelo SUS, não se podendo falar em ilegalidade da cobrança da taxa de administração; que não ocorreu a alegada ausência de publicidade; que a contratação da O.S. se deu dentro dos ditames legais; que a entidade se enquadra como organização social; que a situação emergencial dispensava a realização de licitação; que não há dolo ou má-fé.

Os requeridos MARCELO FORTES BARBIERI, ANUAR MAHMUD LAUAR e CARLOS FERNANDO CAMARGO apresentaram contestação (fls.1628/1665), arguindo litispendência e coisa julgada material em relação à ação civil movida na esfera trabalhista, na qual foi firmado acordo; alegaram ausência de prática de atos de improbidade, impossibilidade de condenação dos diretores que atuaram na FUNGOTA; ausência de má-fé; legalidade dos ajustes celebrados e posteriores prorrogações entre FUNGOTA e CADESP; legalidade da cobrança da taxa de administração; legalidade da abertura dos créditos suplementares, pugnando, subsidiariamente, pela aplicação individual e proporcional das sanções, observando-se a conduta de cada requerido.

O recebimento da petição inicial foi mantido em sede de agravo (fls.1710/1712 e fls.1771/1776).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Os requeridos CADESP e JOSÉ ANTONIO DE SANTANA ofertaram contestação (fls.1790/1802), arguindo em síntese: que não há falar em fraude ou ajuste escuso, sendo que a contratação se deu dentro dos ditames legais, mostrando-se necessária a dispensa de licitação por se tratar de procedimento emergencial, sendo legítima a cobrança da taxa de administração, sustentando, ainda, que a contratação se mostrou vantajosa para o Município.

O Ministério Público replicou às fls.1817/1829, afastando as teses lançadas pelos requeridos. Sustentou que a preliminar de conexão (ou de prejudicialidade externa, litispendência ou coisa julgada) restou afastada às fls.1373/1374, sustentando irregularidade na contratação da CADESP, pugnando pela procedência da ação.

O feito foi saneado (fls.1841/1842), determinando-se a realização de perícia.

O perito apresentou o laudo às fls.2023/2027, fls.2054/2121 e fls.2582/2586.

O Ministério Público apresentou suas considerações sobre o laudo às fls.2256/2260.

O requerido CADESP apresentou suas razões sobre o laudo às fls.2263/2282.

A FUNGOTA apresentou suas razões sobre o laudo a fl.2565.

Os requeridos Marcelo, Anuar e Carlos apresentaram suas razões sobre o laudo às fls.2570/2573.

Encerrada a instrução pericial (fl.2616), determinou-se a manifestação sobre o pedido de prova oral, ocorrendo a desistência da mesma.

As partes apresentaram suas razões finais (MP – fl.2630; CADESP e JOSÉ - fls.2632/2640; MARCELO, ANUAR e CARLOS – fls.2641/2648), pugnando, cada qual, o acolhimento de sua tese inicial.

É o relatório.

DECIDO.

Sustenta o autor a prática de atos de improbidade administrativa por parte dos requeridos em razão da contratação pela FUNGOTA (entidade mantida pelo Município) com o CADESP, pois, segundo a inicial, não foi observada a lei de licitação, bem como a regra do concurso público, sendo que a instituição contratada não se enquadra como Organização Social, promovendo-se liberação de verba pública sem a correspondente previsão orçamentária, com pagamento de taxas indevidas de administração.

Enfrenta-se o mérito da causa, pois as questões preliminares restaram todas afastadas.

A ação comporta parcial procedência.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Isto porque, apenas quanto à ausência de processo de licitação (e, por consequência, prorrogação indevida do contrato), merece o pedido inicial ser acolhido, vez que não restou comprovada a alegada situação emergencial, afastando-se as demais questões lançadas pelo Ministério Público.

Com efeito, não se pode admitir a condenação dos requeridos pela não realização de concurso público para contratação de servidores para atuarem na então recém-criada Fundação, vez que o objetivo da contratação com a O.S. era exatamente não onerar o Poder Público com o aumento do quadro de servidores, partindo-se, assim, para a terceirização da mão de obra a ser contratada.

Ou seja, se o contrato visava a contratação de O.S. para a realização do trabalho a ser executado na Fundação, não só de profissionais na área da saúde, mas, também, de pessoal administrativo, não há como admitir que os requeridos burlaram a regra do necessário concurso público, vez que exatamente evitar o aumento de contratação de funcionários públicos era um dos objetivos do contrato.

Não se pode afirmar, portanto, que os requeridos infringiram a legislação de regência quanto à obrigatoriedade do concurso público, vez que a contratação era exatamente a não realização do concurso.

Deve-se, pois, atacar a contratação em si, ou seja, o próprio contrato firmado com a O.S., apontando seus eventuais vícios, porém, sem que isto implique na condenação dos requeridos pela não realização de concurso público, sob pena de aplicar-se duas sanções pelo mesmo fato.

Ademais, a questão da não contratação de servidores públicos foi debatida na causa Trabalhista e, naquela, foi firmado Termo de Ajuste.

Ainda que não se possa falar em conexão ou causa prejudicial, o certo é que a questão da ausência de concurso público foi apreciada pelo Judiciário competente (Justiça do Trabalho), restando ao Juízo Comum avaliar a questão da licitação (sua ausência) e das demais questões ligadas ao contrato firmado com a denominada O.S.

Afasta-se, pois, o pedido de reconhecimento de ato de improbidade por ausência de concurso público, deixando-se de decretar a nulidade das contratações das pessoas que trabalharam na fundação, contratadas que foram em razão do contrato ora em discussão.

Também não há como aceitar a tese de que a instituição contratada não se qualificou como Organização Social.

Afere-se da documentação encartada aos autos, que o requerido CADESP, no primeiro momento, não se mostrava qualificado como O.S.

Porém, tal regularização se deu em 07/2013, conforme certificado de fl.110, afastando a irregularidade formal até então existente.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

O vício, pois, restou sanado, ainda que posteriormente à contratação, cuidando-se de erro escusável que foi consertado a tempo.

Não há, pois, falar em contratação irregular da instituição por não se enquadrar como O.S., vez que o CADESP foi admitido como tal, nos termos da legislação municipal.

Vale lembrar o que bem lançado foi pelo E. Desembargador Sidney Romano dos Reis, por ocasião do julgamento do Agravo, que a "posterior convalidação da corrê como organização social quando muito poderia ser interpretada como mera irregularidade, que de per si não levaria à anulação de todos os atos por ela praticados".

Afasta-se, pois, a tese de que a contratada não se qualificava como O.S.

Quanto à ausência de publicidade dos atos praticados pelos requeridos, de fato, a ausência de processo licitatório impediu a divulgação da contratação do CADESP, fato este que fere a norma de regência quanto à obrigatória publicidade dos atos praticados pelos agentes públicos. Porém, este fato está inserido na questão maior da ausência de licitação, questão esta que, como se verá adiante, leva à procedência parcial da ação.

E não se pode deixar de considerar que os contratos firmados em 30.04.2013 e 24.05.2013 tiveram seus extratos publicados em julho de 2013, sendo que o contrato firmado em 24.11.2013 foi publicado em 11.01.2014.

Tais publicações permitiram a fiscalização das contas, sendo certo que o Tribunal de Contas analisou as contas da Fundação e as aprovou. Cabe aqui registrar que a decisão do TCE não interfere no feito judicial em razão da independência das instâncias.

Mas tal fato - aprovação das contas - não pode deixar de ser observado pelo Judiciário.

Assim, somente quanto ao primeiro contrato firmado sem prévia licitação é que merece procedência o pedido, fato este inserido no contexto maior que é exatamente a ausência de processo licitatório para a contratação da O.S., como se verá adiante.

No concernente à alegação de realização de despesas sem dotação orçamentária com abertura de créditos irregulares e pagamento de taxas indevidas, verifica-se que foram editadas Leis Municipais (7610/2011 e 7838/2012) autorizando o Poder Executivo a abrir créditos adicionais, o que se fez através de Decretos editados pelo Chefe do Poder Executivo (fls.220/226; fls.282/293).

A edição dos Decretos observou os ditames da Lei Federal e os gastos foram previstos na lei orçamentária municipal. Portanto, não há irregularidade neste campo que possa levar ao reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa.

E quanto à taxa de administração, sustenta o autor que há excesso na sua cobrança. No entanto, não há nos autos informação segura sobre qual o valor que deveria ser pago pelo serviço prestado ou qual o parâmetro a ser observado para que se possa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

afirmar eventual excesso na cobrança.

Aliás, a ausência de disputa (leia-se: ausência de licitação) permitiu esta situação, impossibilitando o Poder Público de melhor aferir qual seria o valor exato para a remuneração justa pela contratação do serviço a ser implantado na Fundação.

É certo que o Perito Judicial não encontrou, junto aos documentos apresentados pelo CADESP, informação segura quanto à aplicação da taxa de administração. Ou seja: não se sabe o que foi pago pela instituição (como salários, encargos, despesas, etc.), quando ou quanto e para quem, mostrando-se a contabilidade da entidade bastante imprecisa.

Também é certo que, como ressaltou o laudo pericial, as receitas não batem – os balanços não batem – diz o laudo: que a Fungota disse ter pagado tal serviço e/ou produto, porém, isto não aparece nos balanços do CADESP.

Porém, exatamente pelo fato de não se obter maiores informações sobre o preço/custo do serviço prestado, não se pode sustentar que há excesso na cobrança.

Para que se possa afirmar exagero na cobrança é necessário que se saiba quão justo seria o valor a ser cobrado. Na ausência de valor justo informado nos autos inviável se mostra afirmar que o valor pago pelos cofres públicos se mostrou exagerado.

Assim, resta a questão da ausência de licitação, sendo que neste particular não há como não dar razão ao autor.

De fato, não se procedeu a qualquer chamamento público ou simples convite que fosse; nem mesmo breve divulgação para se buscar outras empresas numa disputa concorrencial.

Neste ponto, os requeridos se batem pela urgência da contratação.

Mas a alegada situação de urgência não restou caracterizada; sequer restou demonstrada nos autos.

Como apontou o autor (fato este não contestado pelos requeridos), o requerido Marcelo Fortes Barbieri apresentou, por ocasião de sua campanha ao cargo de Prefeito Municipal para o mandato de 2009/2012, a proposta de reabertura da então conhecida Maternidade Gota de Leite.

Referida maternidade se mostrava com suas atividades encerradas desde 2006. Quatro anos se passaram sem a reabertura da Maternidade.

Chega-se, então, à campanha de 2012, sendo o requerido Marcelo Fortes Barbieri candidato à reeleição.

Ora, não é crível que durante os quatro anos do primeiro mandato do requerido Marcelo Fortes Barbieri (de 2009 a 2012) não tenha sido possível promover ações necessárias para realização do procedimento licitatório.

Ainda que o local a ser reaberto demandasse reformas, nada impedia o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Poder Executivo Municipal de deflagrar processo licitatório visando a prestação de serviços na Maternidade, tudo a garantir a salutar disputa entre instituições.

Anote-se, ainda, que FUNGOTA foi criada em 12 de dezembro de 2011, sendo estruturada em 17 de fevereiro de 2011.

Portanto, se o Chefe do Executivo tinha desejo de reabrir os serviços de saúde naquela maternidade, deveria ter deflagrado o processo licitatório. Tempo para tanto havia.

E, ainda que o concurso público para contratação de servidores tenha sido anulado (como consta dos autos), este fato não justificava a contratação emergencial.

O que se tem nos autos é que, em 07 de maio de 2012, foi feito convite direto para o CADESP firmar convênio com a recém-criada FUNGOTA (fl.119).

E, em 15 de maio de 2012, o CADESP manifestou seu aceite ao convite (fl.121).

Não se tem conhecimento de qualquer critério objetivo que tenha levado à escolha do CADESP. Nem mesmo qual a razão de se ter convidado referida instituição.

A dispensa de licitação foi fundamentada no art. 24, XXIV, da Lei nº8666/93 (fl.144). Sustentou-se a dificuldade de contratação de médicos (fls.145/146).

Vale ressaltar que o Procurador Jurídico do Município apontou pela necessidade de disputa, ainda que mínima, visando proteger o erário (fls.148/150).

Mas nada foi feito.

E o CADESP surgiu, de acordo com a vontade dos requeridos, como única solução para a reabertura da Maternidade.

Ressalte-se que não se verifica, em qualquer das justificativas apresentadas para a contratação com dispensa de licitação, a alegada necessidade de se combater a mortalidade infantil, tese esta apresentada somente agora no feito judicial.

Como bem ressaltou o autor, não há nos autos qualquer indício, ainda que mínimo, no sentido de apontar que o combate à mortalidade infantil não poderia se resolver de outra forma. Aliás, como bem exposto pelo autor, poderia o Município se utilizar, até o final do processo de licitação, dos serviços da Santa Casa de Misericórdia da cidade, pois esta é prestadora de serviços SUS.

E, ainda que se admita que a primeira contratação tenha se mostrado emergencial (repita-se: não há prova neste sentido), o contrato foi prorrogado por sucessivas vezes, quebrando-se qualquer possibilidade de disputa entre instituições prestadoras do mesmo serviço.

Como é sabido, a Lei nº 8.666/1993 define em seu artigo 24, inciso IV que em casos de emergência ou calamidade pública (situação, repita-se, apontada pelos requeridos, mas não respaldada nos autos), quando caracterizada a urgência na adoção da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

solução necessária ao problema emergencial, poderá a Administração Pública promover a contratação com dispensa de licitação, todavia, o contrato emergencial deverá ter seu encerramento no prazo máximo de cento e oitenta dias, não podendo, portanto, ser prorrogado ou renovado.

Porém, como já dito, nada há nos autos a indicar a necessidade da contratação emergencial; menos ainda, a necessidade de prorrogação do contrato (o que seria ilegal, de toda forma).

Repita-se que, por ocasião da manifestação dos responsáveis pela Fundação para contratação direta, nada, absolutamente nada, foi falado sobre mortalidade infantil.

O que se justificava na oportunidade, era a dificuldade de contratação de profissionais para trabalharem na fundação.

E a pergunta que fica no ar é: Por que só o CADESP foi convidado?

Não há nos autos qualquer informação para razão de tal escolha; de onde o CADESP surgiu.

Destarte, pela ausência de processo licitatório, quando dele deveriam os agentes públicos observarem, visto que não há situação emergencial configurada nos autos, devem os requeridos ser condenados pela prática de ato de improbidade previsto no art.10, inciso VIII, da Lei nº8.429/92.

Respondem todos os requeridos, de forma solidária, pois, o requerido Marcelo Fortes Barbieri era o Prefeito Municipal e, portanto, ordenador de despesas e foi quem autorizou a contratação, sendo que os requeridos Anuar Mahmud Lauar e Carlos Fernando Camargo foram responsáveis pela Fundação e justificaram a contratação/prorrogação do CADESP sem a devida licitação.

A pessoa jurídica CADESP que contratou com o Poder Público também deve responder, assim como o seu representante, o requerido José Antonio de Santana.

Registre-se, ainda, que, conquanto não se mostre presente o dolo dos requeridos (vontade consciente de causar prejuízo ao erário), não há como afastar a responsabilidade dos mesmos, pois foram responsáveis pelo contrato firmado sem observância das regras legais.

As condutas tipificadas no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa são passíveis de punição em sua modalidade culposa; ou seja: mesmo que não configurada a vontade de praticar ato atentatório aos princípios legais ou lesar o erário público, a ação merece prosperar neste ponto da contratação sem licitação.

Como dito, o requerido Marcelo Fortes Barbieri, enquanto Prefeito Municipal, autorizou a contratação (fl.147); o requerido Anuar Mahmud Lauar foi quem requereu a primeira contratação (fls.145/146); o requerido Carlos Fernando Camargo pediu a prorrogação do contrato (fl.164).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE ARARAQUARA

FORO DE ARARAQUARA

1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

E o fato de terem sido os serviços contratados efetivamente prestados, não afasta a lesividade ao Poder Público, uma vez que esta decorre da própria ilegalidade da contratação sem licitação.

Nesse sentido já decidiu o C. Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Ação civil pública - Ato de improbidade - Configurado o ato de improbidade, diante da contratação sem licitação, com pagamento de valores superiores ao de mercado, e ainda, por inexistir qualquer urgência em referida contratação. Recurso improvido.” (Apelação Cível nº 0178467-26.2008.8.26.0000 - 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Lineu Peinado, j. 14/12/2010);

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Dispensa indevida de licitação - Contratação de serviços de transporte de alunos - Ausência de procedimento licitatório - Inadmissibilidade - Afronta aos princípios da moralidade, credibilidade, impessoalidade e legalidade - A prova dos autos demonstra a conduta por parte do Prefeito, desatendendo inclusive expressa disposição contida em lei municipal - O corréu Calil Chagury era casado em comunhão universal de bens com a contratada naturalmente se beneficiou do contrato em debate, na medida em que os pagamentos efetuados pela administração pública se reverteram em prol do casal - Prejudicado o agravo retido, provido o apelo do Ministério Público, não conhecido o recurso da ré Eliana e improvido o outro recurso” (Apelação Cível nº 9075326-66.2007.8.26.0000 - 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Walter Swensson, j. 04/08/2008).

Porém, não é caso de se declarar nulo o contrato, bem como não há falar em devolução dos valores recebidos pelo CADESP.

O serviço foi prestado, inexistindo prova no sentido contrário.

Há nos autos documentos detalhando o plano de trabalho do CADESP junto à Fundação, inclusive apontando o quadro e horário de trabalho dos servidores, tudo a indicar que o contrato foi cumprido.

Ademais, como informado pelos requeridos Marcelo Fortes Barbieri, Anuar Mahmud Lauar e Carlos Fernando Camargo, o Tribunal de Contas do Estado avaliou as contas da Fundação e as aprovou. Embora esta situação não altere o resultado aqui proclamado, vez que as instâncias são independentes, não se pode deixar de considerar que o Tribunal de Contas concluiu que o serviço contratado foi prestado.

A jurisprudência vem remarcando o entendimento de que não se pode determinar, em ação civil de improbidade, a devolução de valores recebidos quando os serviços foram efetivamente prestados, sob pena de locupletamento ilícito pelo Poder Público.

Nesse sentido:

"TJSP - APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006851-19.2012.8.26.0072 COMARCA:


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

BEBEDOURO APELANTES: JOÃO BATISTA BIANCHINI E OUTROS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO Juíza de 1ª Instância: Vanessa Aparecida Pereira Barbosa APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Contratação de empresa para a publicação de atos municipais sem licitação Ausência de justificativa para dispensa de licitação - Ilegalidade das contratações emergenciais - Ofensa aos princípios da Administração Pública Lesividade que decorre da própria ilegalidade da contratação Aplicação das penalidades previstas no inciso II do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa Serviços efetivamente prestados pela corré que devem ser remunerados pela média aritmética entre os "valores por centímetro de coluna" praticados nos processos licitatórios realizados antes e depois das contratações anuladas, a fim de evitar o enriquecimento ilícito do erário - Dano moral coletivo - Ausência de comprovação da comoção ou abalo moral experimentado pelos munícipes em razão da conduta ímproba dos réus Precedentes do C. STJ e deste Tribunal - Sentença parcialmente modificada - Recurso parcialmente provido, com observação".

Por fim, quanto às penas a serem aplicadas, sopesando a conduta de cada requerido, devem sofrer as mesmas punições, pois não há falar em maior ou menor participação de qualquer deles no ato de improbidade ora reconhecido.

Dispõe o art. 12 da Lei nº8.429/92:

"independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

...

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e 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;"

In casu, mostra-se adequado aplicar-se aos requeridos MARCELO FORTES BARBIERI, JOSÉ ANTONIO DE SANTANA, ANUAR MAHMUD LAUAR e CARLOS FERNANDO CAMARGO as penas de perda função pública, de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos (mínimo legal estabelecido pela lei), de pagamento de multa civil e de 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 (mínimo legal



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

estabelecido pela lei).

Aplica-se ao CADESP as penas de pagamento de multa civil e de 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 (mínimo legal estabelecido pela lei).

A multa civil não deve observar o montante da contratação, visto que, como dito, não comporta procedência o pedido de devolução dos valores pagos ao CADESP, vez que os serviços foram prestados.

Na espécie, afigura-se suficiente para reprovação da conduta praticada pelos requeridos a imposição de multa civil equivalente a três vezes o valor da última remuneração do Prefeito Municipal no final do mandato do requerido Marcelo Fortes Barbieri no ano de 2016, valor este que deve ser revertido em favor da Fundação FUNGOTA.

ISTO POSTO, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação, para declarar os requeridos como incurso nos artigos 10, VIII, e 12, II, da Lei nº8.429/92, e para aplicar aos requeridos MARCELO FORTES BARBIERI, JOSÉ ANTONIO DE SANTANA, ANUAR MAHMUD LAUAR e CARLOS FERNANDO CAMARGO as penas de: a) perda da função pública eventualmente em exercício quando do cumprimento de sentença; b) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos a contar do trânsito em julgado; c) pagamento de multa civil equivalente a três vezes o valor da última remuneração do Prefeito Municipal no final do mandato do requerido Marcelo Fortes Barbieri no ano de 2016, por parte de cada requerido, valor este que deve ser revertido em favor da Fundação FUNGOTA; d) de 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, bem como para aplicar ao CADESP as penas de pagamento de multa civil equivalente a três vezes o valor da última remuneração do Prefeito Municipal no final do mandato do requerido Marcelo Fortes Barbieri no ano de 2016, valor este que deve ser revertido em favor da Fundação FUNGOTA, e de 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.

Os requeridos arcarão com as custas e despesas processuais, mais honorários do perito.

Defiro o pedido de fls.2653/2654, homologando a desistência da FUNDAÇÃO MUNICIPAL IRENE SIQUEIRA ALVES – VOVÓ MOCINHA – FUNGOTA ARARAQUARA de participar como assistente dos réus. Anote-se e observe-se.

P.I.C.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Araraquara, 06 de agosto de 2018.

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