

**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: **0012178-15.2012.8.26.0566**
Classe - Assunto **Procedimento Comum - Anulação**

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

Tonanni Construções e Serviços Ltda propõe *ação declaratória de nulidade de ato administrativo* contra Município de São Carlos.

A autora venceu concorrência pública para a seleção em regime de sistema de preços, foi contratada pela prefeitura municipal, pelos contratos nº 69/07, 108/07, 136/07 e 151/07, para executar serviços de tapa-buracos, sarjetas e sarjetões de concreto. Os serviços foram executados regularmente.

A prefeitura, porém, num dado momento constatou, em relação a um contrato anterior firmado entre as partes, nº 081/04, que o servidor responsável pela fiscalização da execução dos serviços da autora era também, simultaneamente, funcionário desta.

Tal irregularidade ensejou investigação pela municipalidade, a fim de constatar se, naquele e nos demais contratos, os serviços foram efetivamente executados pela autora.

Tal investigação deu-se no interior da Sindicância nº 6812/08, concluindo-se pela prática das seguintes infrações (a) utilização de material fornecido pela municipalidade na execução dos serviços, ao passo que deveria ser utilizado material próprio e de maior qualidade (b) medições em duplicidade (c) medições de serviços que não foram de fato executados, inclusive


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

serviços que foram executados pelo SAAE (d) execução de serviços diversos dos contratados – lombadas (e) não especificação, nas medições, dos trechos das vias públicas em que os serviços teriam sido supostamente executados.

Sustenta a autora que não lhe foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa na sindicância, malferindo o devido processo legal, acarretando a nulidade das penalidades impostas com base nas provas colhidas naquele procedimento.

Argumenta, ademais, que as infrações não foram praticadas.

Os serviços executados correspondem exatamente àqueles determinados pelos servidores municipais da época, inclusive os serviços de lombada e recapeamento, não previstos nos contratos. Agiu por determinação dos servidores municipais, não podendo ser penalizada. Se não bastasse, não houve prejuízo ao erário municipal porque tais serviços eram mesmo necessários aos municípios.

Argumenta que o material empregado correspondia ao previsto no contrato.

Aduz que, no processo em apenso, de produção antecipada de provas, foi realizada perícia e esta não foi conclusiva, de maneira que, não se podendo afirmar a prática das infrações, elas devem ser afastadas.

Subsidiariamente, defende a desproporcionalidade das sanções impostas.

Sob tais fundamentos, pede a anulação das penalidades ou, subsidiariamente, a revisão da multa imposta.

O réu contestou, fls. 324/340.

Quanto ao mérito, afirma que o contraditório foi observado no processo nº 5795/07, que culminou com a aplicação das penalidades à autora. Argumenta que as infrações foram praticadas e estão comprovadas. No mais, considera proporcionais as sanções impostas. Pede a improcedência.


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

A autora apresentou réplica, fls. 622/637.

O processo foi saneado, fls. 643, determinando-se a suspensão do processo até a finalização do procedimento na ação de produção antecipada de provas.

O juízo determinou a produção de prova oral, fls. 652.

Ouviram-se duas testemunhas, DVDs de fls. 661 e 762.

Instrução encerrada, fls. 775.

A autora apresentou memoriais, fls. 777/794, silenciando o réu, fls. 795.

Parecer final do Ministério Público, fls. 796/802.

Em apenso, os autos da *ação cautelar de produção antecipada de provas*, processo nº 0015136-76.2009.8.26.0566, movida pelo Município de São Carlos contra a A. Tonanni Construções e Serviços Ltda e Alexandre Colombo Macambyra, objetivando a realização de perícia judicial para confirmar as infrações apuradas no procedimento administrativo e referidas acima, no relatório da presente sentença. O réu pessoa física corresponde ao servidor público que teria efetivado as medições de modo simulado ou incorreto.

A antecipação da perícia foi deferida, fls. 68/69.

Alexandre contestou, fls. 116/125, sustentando, em preliminar, o descabimento da perícia em razão do tempo transcorrido. No mérito, disse que não tinha autonomia decisória, apenas cumprindo orientações superiores. Ademais, agiu em conformidade com o costume que existia no departamento desde muito tempo. O serviço de execução de lombadas não estava previsto no contrato, mas foi realmente executado pela A. Tonanni, por ordem dos superiores do réu que, por sua vez, determinavam à empresa que executasse as lombadas e cobrasse o equivalente monetário como se fosse serviço de tapa-buraco. O procedimento, posto incorreto, era corriqueiro na prefeitura municipal. Quanto a seu vínculo empregatício com a A. Tonanni, foi única e exclusivamente como representante de seu acervo técnico para que a empresa participasse


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

de licitações em praças que não a de São Carlos. Pediu a improcedência.

A. Tonanni contestou, fls. 153/161, dizendo que a prefeitura municipal sempre trocava as ordens de serviço e determinava que as obras fossem executadas em locais diferentes, entretanto, nenhum prejuízo houve ao erário uma vez que os serviços efetivamente foram executados apesar de o serem em locais diversos daqueles constantes nas primitivas ordens de serviço.

Laudo pericial, fls. 243/340.

Laudo do assistente técnico da A. Tonanni, fls. 380/515.

Laudo do assistente técnico de Alexandre, fls. fls. 520/671.

Laudo pericial complementar, fls. 678/685, com manifestação das partes às fls. 695, 699/703 e 705/713.

Esclarecimentos do perito, fls. 716/724, com manifestação das partes.

O laudo foi homologado, fls. 758.

É o relatório. Decido.

Julgo o pedido na forma do art. 355, I do NCPC, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas, valendo lembrar que, "presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder" (STJ, REsp 2.832-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 04/12/91).

A autora venceu concorrência pública para a seleção em regime de sistema de preços, foi contratada pela prefeitura municipal, pelos contratos nº 69/07, 108/07, 136/07 e 151/07, para executar serviços de tapa-buracos, sarjetas e sarjetões de concreto.

A prefeitura, porém, num dado momento constatou, em relação a um contrato anterior firmado entre as partes, nº 081/04, que o servidor responsável pela fiscalização da execução dos serviços da autora era também, simultaneamente, funcionário desta.


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

Tal infração ensejou investigação pela municipalidade, a fim de constatar se, naquele e nos demais contratos, os serviços foram efetivamente executados pela autora.

A investigação deu-se, num primeiro momento, no interior da Sindicância nº 6812/08, concluindo-se pela prática das seguintes infrações (a) utilização de material fornecido pela municipalidade na execução dos serviços, ao passo que deveria ser utilizado material próprio e de maior qualidade (b) medições em duplicidade (c) medições de serviços que não foram de fato executados, inclusive serviços que foram executados pelo SAAE (d) execução de serviços diversos dos contratados – lombadas (e) não especificação, nas medições, dos trechos das vias públicas em que os serviços teriam sido supostamente executados.

Sustenta a autora, em primeiro lugar, a violação ao devido processo legal, vez que as penalidades teriam sido impostas com base em prova colhida na sindicância, procedimento administrativo no qual não lhe foi oportunizada a produção e o acompanhamento da colheita da prova.

Sem razão, porém.

Com efeito, a análise dos volumes de documentos anexos pertinentes à ação cautelar de produção antecipada de provas mostra-nos que, ainda que naquela investigação preliminar não tenha sido observado, em relação à autora, o contraditório e a ampla defesa, tal situação não configura nulidade capaz de contaminar as penalidades que lhe foram impostas, por dois motivos.

O primeiro: aquela sindicância (nº 6812/08) dizia respeito diretamente ao servidor público envolvido nas infrações, não à autora, o que explica o fato de ela não ter integrado o procedimento e por isso mesmo não houve ali nulidade.

O segundo: no procedimento relativo, esse sim, à autora (nº 5795/07), o contraditório e a ampla defesa foram assegurados em sua plenitude, inclusive oportunizando-se à


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

autora a demonstração de falhas eventualmente havidas nos elementos probatórios que haviam sido colhidos durante a sindicância.

Sobre essa questão, a circunstância de elementos da sindicância terem sido aproveitados no processo concernente às infrações administrativas da autora não é bastante para se afirmar a nulidade ou a ilicitude da referida prova.

O essencial é que se garanta ao interessado o contraditório, isto é, o direito de, no seu processo, insurgir-se contra a prova, refutá-la adequadamente, mostrar as suas incorreções ou desconformidades com os fatos que constituem o seu objeto.

Sobre o tema, reputo indispensável alertar que mesmo no âmbito judicial tem sido admitida a prova emprestada a partir de feitos nos quais um dos litigantes não tenha feito parte, desde que se garanta a esse litigante, no seu processo, o direito de refutar aquela prova que se aproveita.

Transcrevo passagem de ementa relativa a caso paradigmático:

(...) 9. Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. 10. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se


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

válido o empréstimo. (...) (ERESP 617.428/SP, Rel. Ministra
NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em
04/06/2014, DJe 17/06/2014)

Ora, adotadas tais premissas normativas, não se admite falar, no caso concreto, em violação ao contraditório ou à ampla defesa.

Às fls. 383 notamos que, no processo nº 5795/07, a autora foi notificada para apresentar defesa prévia e produzir as provas que entendesse necessárias.

A empresa foi notificada através de seu advogado que, de seu turno, requereu a notificação pessoal do representante legal da autora (fls. 390). Essa notificação pessoal foi, de um modo ou outro, realizada, tanto que, como vemos naqueles autos (fls. 392/393), o representante legal da autora subscreveu requerimento que inicia com o seguinte texto: "... tendo recebido pelo correio intimação para prestar esclarecimentos e declarações ...".

Naquele requerimento, o representante legal pede dilação de prazo para defender-se, e seu pedido foi concedido pela administração (fls. 396vº).

Todavia, embora retirados os autos para a extração de cópias, a empresa deixou transcorrer in albis o prazo para defesa e produção de provas (fls. 398).

Tal situação já configuraria, de per si, atendimento ao contraditório.

Sem embargo, para prevenir qualquer alegação de cerceamento de defesa, a administração providenciou nova notificação da empresa (fls. 399). Esta manifestou-se (fls. 402/403), sendo-lhe concedido novo prazo de 15 dias (fls. 407/411).

Não foi oferecida, entretanto, defesa prévia, nem solicitadas outras provas, no processo administrativo.

Tal quadro deu origem à imposição das penalidades (fls. 413/417, 418).

Intimada da aplicação das penalidades, a empresa recorreu administrativamente


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

(fls. 425/445).

O recurso foi conhecido e negado (fls. 511/515).

O acima relatado indica, portanto, o respeito ao devido processo legal.

Prosseguindo, quanto à alegação de ausência das irregularidades que ensejaram a imposição da multa, resulta dos autos que, ao contrário do aduzido pela autora, as infrações efetivamente foram praticadas, e a multa foi legitimamente imposta.

A autora não logrou desconstituir os elementos probatórios colhidos na sindicância, e, além disso, a ação cautelar de antecipação de prova também não refutou aqueles elementos.

No laudo produzido na ação cautelar de antecipação de prova, o perito discorreu: "(...) *No que se refere ao levantamento das quantidades de serviços realizados pela empresa A. Tonanni Construções e Serviços Ltda, referentes aos contratos avençados (contratos n.ºs. 69/07, 108/07, 136/07 e 151/07), sobre a pavimentação vistoriada (pavimentação asfáltica dos 93 locais que estão descritos a fls. 373/447 do volume 7 de documentos), constatamos que foram realizados 53% (cinquenta e três por cento) dos serviços medidos, observando que consideramos as lombadas encontradas nos locais vistoriados, que não estão nos contratos avençados (..)*". (fls. 268, processo cautelar).

Segue ainda, fls. 281 do processo cautelar, afirmando: "(...) Assim, concordamos com a Comissão, no que se refere à quantidade de serviços executados, diferentes das medições e também de serviços diversos dos contratados (execução de lombadas)".

A perícia está tecnicamente embasada, tem suporte nas provas colhidas e não foi impugnada de modo satisfatório e hábil a reverter a convicção do juízo.

Cumprido frisar a inexistência de elementos probatórios indicando a equivalência - sugerida pela autora - monetária entre os serviços de lombada (não contratados mas executados


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

por orientação de servidores) e a diferença entre os serviços contratados efetivamente executados e os serviços contratados que foram cobrados como se executados.

Tal fato foi salientado pelo perito, que somou os serviços de lombada e tapa-buraco e ainda assim constatou a execução de apenas 53% do montante medido. Daí se extrai que a questão trazida pela autora – de ter executado as lombadas por ordem de servidores municipais sem que pudesse resistir – perde a relevância.

Se não bastasse - ainda que, em razão do tempo transcorrido, tenha o perito se reportado aos ensaios realizados pelo Laboratório EPT na época da sindicância -, a perícia confirmou a utilização de material em desconformidade com os requisitos do edital e do contrato, fls. 283/284 do processo cautelar: *"Observamos, que o ANEXO IV – MEMORIAL DESCRITIVO menciona a metodologia e a especificação técnica do material utilizado. Como a conclusão apontada pelo Laboratório EPT – Engenharia e Pesquisas Tecnológicas Ltda, informa que o material utilizado deixa de atender diversos parâmetros especificados, com base na ET-DE-P00/027, do DER, que tem como objetivo definir os critérios que orientam a produção, execução, aceitação e medição de concreto asfáltico usinado a quente em obras rodoviárias sob a jurisdição Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP, e com isso o material utilizado tem uma vida útil bastante reduzida, levando-se em conta a drenagem superficial que em alguns casos apresenta deficiência, podemos concluir que a empresa deixou de atender o especificado nos editais"*.

Outras infrações apuradas na sindicância estão embasadas na prova colhida durante esse procedimento e não foram satisfatoriamente revertidas.

Em primeiro lugar, porque no processo administrativo nº 5795/07, foi oportunizada à autora a realização de prova que pudesse se contrapor àquela, da sindicância, tendo a autora deixado de exercer tal ônus.


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

Em segundo lugar, porque não se pode simplesmente presumir a falsidade ou inidoneidade da prova colhida no âmbito administrativo. Cabia à ré reverter tal prova também em juízo, mas não o fez.

Insta salientar que o Judiciário deve agir com parcimônia, exercendo apenas o controle de legalidade, mas não do mérito administrativo, mormente quando colocado à frente de âmbito técnico no qual a discricionariedade técnica vem à lume – caso dos autos. Competia à autora desconstituir a presunção de legalidade e veracidade dos atos administrativos, não o tendo feito de modo satisfatório. Não logrou êxito em comprovar tenha a autoridade administrativa extrapolado as lindes legais.

O suporte fático que motivou a imposição das penalidades não foi, portanto, derrubado pela autora, no presente processo judicial.

Questão subsequente diz com a proporcionalidade das penas impostas.

Foram aplicadas duas penalidades (a) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública municipal pelo prazo de 02 anos e (b) multa de 20% do valor total dos empenhos.

Quanto à primeira penalidade, a própria autora reconhece que já a cumpriu, não constituindo objeto do presente julgamento.

Quanto à multa, a aplicação de sanções administrativas para caso de descumprimentos contratuais em ajustes firmados com a administração pública está regradada pela Lei 8.666/93.

O referido diploma prevê, como algumas das cláusulas contratuais necessárias:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...) IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão,


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

de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso; (...)

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as **penalidades cabíveis** e os **valores das multas**;

Tal requisito foi efetivamente cumprido pela Prefeitura.

Nos contratos assinados, consta, expressamente as penalidades que poderiam ser aplicadas em caso de descumprimento das obrigações: "(...) *Cláusula décima terceira – das penalidades: 13.1 – Salvo ocorrência de caso fortuito ou de força maior, devidamente justificado e comprovado, o não cumprimento, por parte da contratada, das obrigações assumidas, ou a infringência de preceitos legais pertinentes, ensejarão a aplicação segundo a gravidade da falta, das seguintes penalidades: (...) c) **multa de 20% sobre o valor total do empenho**, na hipótese do não cumprimento de qualquer das obrigações assumidas (...)*"

A aplicação de multa, ou de qualquer penalidade, além de obedecer aos princípios inerentes à administração pública, terá sempre que apurar as circunstâncias relativas ao descumprimento contratual através de regular processo administrativo e garantir a ampla defesa e o contraditório ao particular. E nesse ponto houve a garantia que, como se viu, não foi exercida *opportune tempore*.

Quanto ao valor da multa, verifica-se que esta foi aplicada em percentual contratualmente estabelecido.

Por outro lado, a Lei nº 9784/1999, em seu Art. 2º assim preceitua:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.



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

(...) Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (...)

Assim agiu a Prefeitura.

Segundo critérios de proporcionalidade, mensurada a gravidade dos atos, no caso concreto, é razoável o patamar utilizado pela Administração quando da aplicação da sanção de multa, o que fica mantido.

Como a penalidade não tem fins confiscatórios e foi corretamente enquadrada, não compete ao julgador reduzir seu valor porque ao Poder Judiciário somente cabe declarar ilegalidade do ato administrativo.

No que toca à ação cautelar de produção antecipada de provas, o laudo foi homologado e não se fala em julgamento daquela lide, que é meramente acessória a esta, não havendo qualquer objeto a ser resolvido.

Julgo improcedente esta ação principal e condeno a autora nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da causa, devidamente atualizada.

P.I.

São Carlos, 22 de agosto de 2016.

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