



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

SENTENÇA

Processo Digital nº: **4005686-08.2013.8.26.0079**
 Classe - Assunto: **Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa**
 Requerente: **Justiça Pública**
 Requerido: **João Cury Neto e outros**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Fábio Fernandes Lima**

Vistos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, distribuiu a presente Ação Civil Pública contra **JOÃO CURY NETO, NARCIZO MINETTO JUNIOR, ABRAMUNDO EDUCAÇÃO EM CIÊNCIAS LTDA**, visando à obtenção de provimento jurisdicional que declare a nulidade de contrato administrativo, ressarcimento ao erário e condenação dos réus às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa em decorrência de contratação com dispensa irregular de licitação.

Narra a inicial, em síntese, que foi instaurado inquérito civil visando à apuração de irregularidades no processo administrativo nº 44.704/2009 e subsequente contrato administrativo nº 01/2010, firmado entre a administração municipal de Botucatu e a empresa Sangari do Brasil Ltda, antiga denominação da empresa Abramundo Educação em Ciências Ltda. O contrato tinha por objeto a implantação de nova metodologia de ciências no ensino fundamental da rede escolar municipal.

O Ministério Público prossegue a narrativa dos fatos dizendo que referido procedimento teve início em 07 de dezembro de 2009, quando o réu

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

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Narcizo Minetto Júnior, então Secretário Municipal da Educação, solicitou a contratação da empresa, observada a inexigibilidade de licitação, face a singularidade do objeto. Sobreveio parecer favorável da assessoria jurídica do Município, que resultou na decisão do réu João Cury Neto, Prefeito Municipal, proferida em 28 de dezembro de 2009, ratificando a inexigibilidade de licitação para a contratação.

Consta que, decorridos 30 dias, a contratação foi formalizada, com prazo de cinco anos, pelo valor de R\$ 9.666.804,84 (nove milhões, seiscentos e sessenta e seis mil e oitenta e quatro centavos), sendo este o maior contrato administrativo, para aquisição de bens ou serviços, já firmado pelo Município.

No curso do contrato foram realizados dois aditamentos, o primeiro em 06 de agosto de 2010, no valor de R\$ 898.261,40 (oitocentos e noventa e oito mil, duzentos e sessenta e um reais e quarenta centavos) e o outro em 11 de maio de 2011, no valor de R\$ 676.765,78 (seiscentos e setenta e seis mil, setecentos e sessenta e cinco reais e setenta e oito centavos).

A contratação totalizou R\$ 11.241.832,02 (onze milhões, duzentos e quarenta e um mil, oitocentos e trinta e dois reais e dois centavos).

O Ministério Público esclarece que, em 17 de abril de 2012, o mesmo Secretário Municipal da Educação solicitou a rescisão unilateral do contrato, com o argumento de que desde o início foram encontradas dificuldades na implantação plena do programa de ensino de ciências nas unidades da rede escolar municipal de ensino fundamental, sendo o principal entrave a complexidade dos horários dos professores de ciências do Ensino Fundamental II que, em sua grande maioria lecionam concomitantemente na rede municipal e na rede particular de ensino. O Secretário também destacou a incompatibilidade e inadequação dos conteúdos e metodologias utilizados pela contratada com aqueles do material utilizado pela rede pública de ensino.

A Administração Municipal rescindiu o contrato em 10 de maio de 2012, dois anos e quatro meses após a contratação. No período de execução do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

contrato foram pagos à empresa contratada, nos exercícios de 2010 e 2011 o valor de R\$ 6.996.896,52 (seis milhões, novecentos e noventa e seis reais, oitocentos e noventa e seis reais e cinquenta e dois centavos).

O Ministério Público aduz que houve irregularidade no processo de inexigibilidade de licitação, que não observou o procedimento do artigo 26, parágrafo único, inciso III da Lei nº 8.666/93. A contratação não contou com aprovação ou fiscalização do FUNDEB. Defende que houve negligência no trato dos recursos públicos e que a contratação era de utilidade questionável, além de ser excessivo o valor da contratação. Houve uso do material por tempo limitado e manifesto prejuízo ao Município.

O Ministério Público pretende que seja reconhecida a conduta como ato de improbidade, na medida em que estavam ausentes as hipóteses em que a contratação com dispensa de licitação. Além disso, houve a dilapidação de recursos públicos com a contratação por valores excessivos, de método de aplicabilidade e necessidade questionáveis e que se revelou inadequado para a rede de ensino municipal.

Requer ao final, a citação dos réus bem como a procedência dos pedidos visando declarar nulo o procedimento administrativo nº 44.704/2009 e os contratos dele decorrente, com a condenação dos réus a ressarcirem o dano causado à Prefeitura Municipal de Botucatu, correspondentes aos valores pagos durante o período de prestação dos serviços, devidamente atualizados com juros e correção monetária e que seja imposto aos réus as sanções previstas no artigo 12, inciso II da Lei de Improbidade Administrativa. Com a inicial vieram documentos (folhas 31 a 821).

Os réus foram notificados para apresentação de manifestação escrita, ato processual determinado no artigo 17, § 7º da Lei de Improbidade Administrativa (folha 822).

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

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Notificados os réus apresentaram resposta.

O réu João Cury Neto, em manifestação escrita, argumentou que inexistente ato de improbidade administrativa, o objeto do contrato era singular e a licitação era inexigível. Aduz que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema relativo à responsabilização dos Prefeitos por atos de improbidade, conforme Tema 576. Pede a rejeição da inicial (folhas 831 a 877).

O réu Narcizo Minetto Junior, em manifestação escrita, alegou que inexistente ato de improbidade administrativa, o objeto do contrato era singular e a licitação era inexigível. Aduz que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema relativo à responsabilização dos Prefeitos por atos de improbidade, conforme Tema 576. Pede a rejeição da inicial (folhas 883 a 932).

A empresa Abramundo Educação em Ciências Ltda, em manifestação escrita, apresentou esclarecimentos sobre a singularidade do produto por ela comercializado, alegou que não se trata de programa complementar ou sistema apostilado de ensino, pois compreende o fornecimento de materiais e a capacitação de professores para abordagem investigativa em ciências. Alega que a ação constitui ingerência indevida em políticas públicas de educação. Não houve dano ao erário porque os produtos e serviços foram fornecidos, além disso, o valor é compatível com o objeto do contrato. Pede a rejeição da inicial (folhas 954 a 1002).

Recebida a inicial da ação civil pública. Na mesma decisão foi determinada a citação dos réus para contestarem a ação (folha 1109).

Regulamente citada a empresa Abramundo Educação em Ciências Ltda, apresentou contestação, na qual alegou que a singularidade do objeto justificava a inexigibilidade da licitação. O valor do contrato se justificava pelo fornecimento de materiais duráveis e serviços de capacitação de professores para utilização do método, argumentou que não se trata de programa complementar ou sistema apostilado de ensino, pois compreende o fornecimento de materiais e a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

capacitação de professores para abordagem investigativa em ciências. O Tribunal de Contas do Estado reconheceu a singularidade do objeto, distingue as empresas enumeradas pelo Ministério Público, dizendo que os produtos por oferecidos não são similares aos ofertados pela ré. Alega ainda que o Poder Público não poderia fracionar os objetos para licitações e contratações separadas. Não houve superfaturamento. A necessidade da contratação se circunscreve à adoção de políticas públicas do Município, que não podem sofrer ingerência do Poder Judiciário, do mesmo modo, não cabe a discussão sobre a relação custo/benefício do programa. Não houve subaproveitamento do método. Os motivos alegados para a rescisão não foram provados. Defende a inexistência de ato de improbidade administrativa. Não houve dano ao erário. Não está caracterizado o dolo. Pretende a improcedência dos pedidos formulados na inicial (folhas 1125 a 1165).

Devidamente citado, os réus João Cury Neto e Narcizo Minetto Junior, apresentaram contestação, na qual reiteraram os argumentos expostos em suas respostas escritas, e arguíram em preliminar a falta de interesse de agir pela inadequação da via eleita, e postularam a suspensão do processo em decorrência de decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a repercussão geral do tema relativo à responsabilização dos Prefeitos por atos de improbidade, conforme Tema 576. No mérito, argumentaram que não houve ilegalidade ou ato lesivo ao erário. Alegam que inexistente ato de improbidade administrativa, pois o objeto do contrato era singular e a licitação era inexigível. A contratação observou a necessidade ditada por políticas públicas de educação. A rescisão do contrato tem previsão legal e é admissível sempre que o interesse público o exigir. Defendem que a conveniência e oportunidade da contratação deve ser aferida pela Administração Municipal e não pelo Ministério Público. A contratação se deu em razão do interesse na melhoria dos alunos na área das ciências, observados os baixos índices do Brasil na avaliação internacional de alunos (PISA). Não foi provado o dolo do agente. Pretendem a improcedência dos pedidos formulados na ação civil pública (folhas 1169 a 1247).

O Ministério Público manifestou-se diante das contestações apresentadas pelos réus (folhas 1262 a 1267)

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

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

As partes especificaram provas (folhas 1272 a 1273, 1274 a 1278 e 1279 a 1281).

Proferida decisão na qual foi rejeitada a preliminar de falta de interesse de agir e indeferido pedido de suspensão do processo em face do Tema 576 pelo Supremo Tribunal Federal. Deferida a produção de prova em audiência e designada audiência de instrução e julgamento (folhas 1287 a 1291).

Durante a instrução processual, em audiência de instrução e julgamento (folha 1929), prestaram depoimento testemunhas arroladas pelas partes (folhas 1930 a 1933).

Encerrada a instrução processual, as partes apresentaram alegações finais.

A empresa Abramundo Educação em Ciências Ltda reiterou suas manifestações anteriores e postularam a improcedência dos pedidos formulados na inicial (folhas 2325 a 2338).

Os réus João Cury Netto e Narcizo Minetto Júnior, reiteraram suas manifestações anteriores e postularam a improcedência dos pedidos (folhas 2342 a 2372).

O Município de Botucatu em alegações finais postulou a improcedência dos pedidos formulados na inicial (folhas 2376 a 2379).

O Ministério Público postulou a procedência dos pedidos formulados na inicial, por entender provados os atos de improbidade (folhas 2388 a 2407).

A seguir os autos vieram à conclusão para julgamento.

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

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Este é, em síntese, o relato do essencial.

Fundamento e DECIDO.

Trata-se de ação civil pública, objetivando a declaração de nulidade de procedimento administrativo de inexigibilidade de licitação e subsequentes contratos administrativos e a condenação dos réus às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa pela contratação de empresa com irregular inexigibilidade de licitação.

Os pontos controvertido principal da ação é saber se o administrador poderia, ou não, contratar diretamente empresa fornecedora de metodologia de ciências no ensino fundamental municipal, se o objeto era ou não singular, apto a justificar o procedimento de dispensa da licitação, se houve, ou não dano ao erário e se a conduta caracteriza, ou não, ato de improbidade administrativa, que legitimaria a imposição de sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Rejeitadas as preliminares na decisão de folhas 1287 a 1291, passo ao exame do mérito da presente ação civil pública.

No mérito, a pretensão formulada pelo Ministério Público na ação civil pública é improcedente.

Incontroversa a contratação Abramundo Educação em Ciências Ltda para prestação de serviços de implantação de nova metodologia de ensino de ciências para a rede escolar Municipal de Botucatu (artigo 374, inciso II do Código de Processo Civil). Fato provado pelo contrato administrativo de folhas 158 a 166.

No caso vertente nos autos, a despeito da rescisão do contrato após dois anos de execução, não vislumbro, em princípio, nenhuma ilegalidade na contratação realizada, pois precedida de procedimento de inexigibilidade de licitação,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

nos moldes do artigo 26, parágrafo único da Lei nº 8.666/93.

Quanto à alegada irregularidade no procedimento de inexigibilidade de licitação (processo administrativo nº 44.704/2009), o procedimento, ainda que de forma concisa, seguiu os ditames do artigo 26, parágrafo único da Lei nº 8.666/93:

Art. 26 - As dispensas previstas nos parágrafos 2º e 4º do artigo 17 e no inciso III e seguintes do artigo 24, as situações de inexigibilidade referidas no artigo 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do artigo 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. ("Caput" com a redação dada pela Lei nº 11.107, de 06.04.2005 - DOU 07.04.2005).

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Inciso acrescido pela Lei nº 9.648, de 27.05.98 - DOU 28.05.98).

O procedimento mencionava o interesse na mudança do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

sistema educacional com ênfase na educação científica e o fornecedor foi escolhido porque se tratava de fornecedor exclusivo de serviços e de produtos direcionados à implantação da metodologia que interessava à administração municipal, como se vê do documento de folhas 53 a 55, onde são expostas as razões para a escolha do fornecedor.

O artigo 13, inciso VI da Lei nº 8.666/93, considera serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, que é objeto do contrato administrativo em questão.

A inexigibilidade de licitação estava fundada na inviabilidade de competição pelos produtos e serviços ofertados (metodologia de ensino e treinamento de professores sobre a nova metodologia) como autorizava o artigo 25, incisos I e II e artigo 13, inciso VI da Lei nº 8.666/93.

A exclusividade foi devidamente comprovada, como se nota dos atestados fornecidos pelas entidades indicadas nos documentos de folhas 130 a 136.

A justificativa do preço foi apresentada, contendo desconto pelo maior período de vigência do contrato em comparativo com outros município brasileiros de maior porte, onde a metodologia do mesmo fornecedor foi contratada, vide folhas 60 a 62.

A questão foi julgada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (folhas 796 a 798) que a licitação era inexigível pela singularidade do objeto e que os valores observavam a economicidade na contratação.

Deve ser ressaltado que a aprovação das contas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não impede a imposição de sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, conforme enuncia o artigo 21, inciso II da Lei n.º 8429/92. Mas nada impede que o juiz observe esse julgamento para fundamentar

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

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

sua convicção, pois as conclusões meramente opinativas do Tribunal de Contas, se circunscrevem aos aspectos de fiscalização contábil, orçamentária e fiscal, cabendo ao juiz definir se eventuais irregularidades configuram ato de improbidade administrativa.

A decisão de ratificação da contratação (folhas 150 e 151) observou parecer da assessoria jurídica do Município (folhas 145 a 149), pois o parecer em questão já apontava para a exclusividade do objeto do contrato, ratificada após pesquisa de mercado.

Observo que, neste caso, o parecer da Procuradoria Jurídica Municipal, de fato, não vinculava o administrador, mas a inviabilidade de competição, que justificava a inexigibilidade de licitação evidencia que o administrador não poderia ter optado por adotar outras providências.

De qualquer forma, não há como presumir a má-fé do administrador por seguir as orientações expostas em parecer jurídico posto à sua disposição por órgão da própria Administração Municipal, que apontou a inviabilidade de competição pela singularidade do objeto.

O Supremo Tribunal Federal, já se posicionou sobre a responsabilização dos agentes públicos por pareceres jurídicos no MS 24631/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 9.8.2007: **“O Tribunal deferiu mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - TCU que, aprovando auditoria realizada com o objetivo de verificar a atuação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER nos processos relativos a desapropriações e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios e ações em andamento, incluíra o impetrante, então procurador autárquico, entre os responsáveis pelas irregularidades encontradas, determinando sua audiência, para que apresentasse razões de justificativa para o pagamento de acordo extrajudicial ocorrido em processos administrativos nos quais já havia precatório emitido, sem homologação pela justiça. Salientando, inicialmente, que a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer, fez-se a**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP 18606-572

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

distinção entre três hipóteses de consulta: 1) a facultativa, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; 2) a obrigatória, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e 3) a vinculante, na qual a lei estabeleceria a obrigação de 'decidir à luz de parecer vinculante', não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. Ressaltou-se que, nesta última hipótese, haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso. Entendeu-se, entretanto, que, na espécie, a fiscalização do TCU estaria apontando irregularidades na celebração de acordo extrajudicial, questão que não fora submetida à apreciação do impetrante, não tendo havido, na decisão proferida pela Corte de Contas, nenhuma demonstração de culpa ou de seus indícios, e sim uma presunção de responsabilidade. Os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio fizeram ressalva quanto ao fundamento de que o parecerista, na hipótese da consulta vinculante, pode vir a ser considerado administrador”.

Importante salientar que o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa sanciona conduta do agente público que dispensa indevidamente licitação, causando com essa conduta, efetivo prejuízo ao erário.

O dano ao erário, exigido pelo artigo 10 da Lei n.º 8.429/92 não está provado, já que os pagamentos foram realizados pelos serviços e bens contratados, serviços que foram efetivamente prestados na forma a que empresa havia se obrigado, vide cronograma formação professores de folhas 176 a 181 e pelos materiais fornecidos até o momento em que se operou a rescisão unilateral por interesse público, rescisão contratual que ocorreu sem culpa da empresa contratada, vide folhas 337 a 338, 340 a 342 e 343.

O dispositivo em questão exige também o dolo específico, de modo que exige-se a má-fé do administrador, que não foi demonstrada. Sobre o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa o Superior Tribunal de Justiça decidiu: ***“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Elemento subjetivo. Cuida-se, na origem, de ação civil pública (ACP) por ato de improbidade administrativa ajuizada em desfavor de ex-prefeito (recorrente) e empresa prestadora de serviços em razão da contratação da referida sociedade sem prévia licitação, para a prestação de serviços de consultoria financeira e orçamentária, com fundamento no artigo 25, III, c/c artigo 13, ambos da Lei nº 8.666/1993. O tribunal a quo, ao examinar as condutas supostamente ímprobas, manteve a condenação imposta pelo juízo singular, concluindo objetivamente pela prática de ato de improbidade administrativa (artigo 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa - LIA). Nesse contexto, a Turma deu provimento ao recurso, reiterando que o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, tendo em vista a natureza de sanção inerente à LIA. Ademais, o ato de improbidade exige, para sua configuração, necessariamente, o efetivo prejuízo ao erário (artigo 10, caput, da LIA), diante da impossibilidade de condenação ao ressarcimento de dano hipotético ou presumido. Na hipótese dos autos, diante da ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo), bem como da inexistência de dano ao patrimônio público, uma vez que o pagamento da quantia de cerca de R\$ 50 mil ocorreu em função da prestação dos serviços pela empresa contratada em razão de notória especialização, revela-se error in iudicando na análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo. Dessarte, visto que ausente no decisor a afirmação do elemento subjetivo, incabível a incidência de penalidades por improbidade administrativa. Precedentes citados: REsp 805.080-SP, DJE 6/8/2009; REsp 939.142-RJ, DJe 10/4/2008; REsp 678.115-RS, DJ 29/11/2007; REsp 285.305-DF, DJ 13/12/2007, e REsp 714.935-PR, DJ 8/5/2006”.*** (Resp nº 1.038.777 - SP - Rel. Min. Luiz Fux - j. 03.02.2011).

A lesão ao erário não foi demonstrada, pois foram realizados pagamentos por serviços prestados pela empresa contratada, pagamentos que ocorreram durante a regular execução do contrato e o Tribunal de Contas do Estado julgou que os valores despendidos por aluno no mês eram inferiores aos ajustados pela mesma empresa com outros Município que também haviam contratado a mesma

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

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

empresa, o que evidenciava a economicidade da contratação (folhas 795 a 798).

O Ministério Público questiona a desnecessidade da contratação realizada e a empresa entende que esse questionamento constitui ingerência indevida em decisões administrativas sobre políticas públicas de educação.

Tratando-se da inadmissibilidade de controle judicial de políticas públicas, o Supremo Tribunal Federal admite o controle judicial de políticas públicas quando os direitos fundamentais a prestações integram o conceito de mínimo existencial (RE 440.028/SP, 1ª T. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.10.2013, DJe 26.11.2013).

No presente caso, o direito fundamental educação básica estava assegurado como mínimo existencial, não se revelando a decisão por sua complementação com enfoque especial na área de ciências como uma decisão passível de questionamento por esse fator (desnecessidade), mas sim por irregularidades na inexigibilidade da contratação.

De qualquer forma, a contratação da metodologia de ciências fornecida pela empresa não veio substituir a grade curricular já adotada pela rede municipal de ensino, que não restou prejudicada com a rescisão do contrato, mas apenas melhorava a qualidade de ensino de ciências na educação fundamental, eram atividades complementares, que não substituíam a grade curricular já existente, como bem assinalou o julgamento do Tribunal de Contas (folhas 408 a 411).

A questão relativa ao contraditório necessário para a rescisão unilateral do contrato é matéria que interessa à Administração e à contratada, a ser discutida em ação própria, sem repercussão nesta ação de improbidade administrativa.

A rescisão do contrato unilateral do contrato, não caracteriza, por si só, a má-fé exigida para configuração do ato de improbidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

administrativa.

Com efeito, não se pode considerar ato de improbidade administrativa toda e qualquer atuação do administrador, ainda que em desconformidade com a lei, mas apenas aquela atuação qualificada pelo elemento subjetivo da improbidade, ou seja, pela imoralidade, pela má-fé.

Oportuna, nesse sentido, a lição de Marcelo Figueiredo, in *Probidade Administrativa*, 5ª Ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 42-43, apud Marino Pazzaglini Filho, *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*, 3ª Ed. Atlas, 2006, p. 19: ***“Nessa direção, não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado quando o ato acoimado de improbidade é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento de ‘desonestidade’, ou de probidade propriamente dita”***.

Desse entendimento não destoam a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, quando do julgamento do REsp 213.994/MG, 1ª T. rel. Min. Garcia Vieira, j. 17.08.1999, DJU. 27.09.1999: ***“Administrativo – Responsabilidade de prefeito – contratação de pessoal sem concurso público – ausência de prejuízo. Não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário municipal, mas inabilidade do administrador, não cabem as punições previstas na Lei n.º 8.429/92. A Lei alcança o administrador desonesto, não o inábil. Recurso improvido”***.

Mesmo o pagamento de valores consideráveis no início do contrato tinha previsão na cláusula quinta do contrato administrativo (folhas 161 a 162) e foi realizado de acordo com o cronograma estabelecido no anexo IV (folhas 182 a 199 e 200 a 201), Além disso, havia bens não consumíveis de maior valor, que seriam fornecidos desde o início da execução do contrato, o que aparentemente elevou o valor dos pagamentos iniciais, restando ao longo do contrato a reposição de materiais consumíveis, de menor valor. Fato confirmado pela prova produzida em audiência, vide folha 2320.

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

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

Quanto ao pedido de ressarcimento ao erário, assinalo que a contratada efetivamente executou os serviços de capacitação de professores e entregou os materiais na forma prevista nos respectivos contratos, nada nos autos demonstra o contrário, a Administração Municipal obteve proveito econômico com o trabalho da contratada. Ademais, os serviços contratados foram devidamente executados e os materiais adquiridos fornecidos, o que inviabiliza o pretendido ressarcimento.

A rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento tem previsão no artigo 78, XII da Lei nº 8.666/93, nada havendo de ilícito na rescisão, desde que observados os requisitos legais.

As razões para rescisão foram devidamente expostas, e assim descritas: insuficiência de pessoal para atender à demanda de implantação e incompatibilidade da metodologia com o material pedagógico adotado pela rede municipal de ensino, de modo que a continuidade do contrato implicaria em mau aproveitamento de recursos públicos (folhas 337 a 338, 340 a 343 e 400 a 403).

A contratação inconveniente ou desastrosa, sem prévio estudo de estrutura administrativa, por si só, evidencia inabilidade do administrador, mas não a má-fé passível de aplicação de sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Acrescento que, ainda que fosse declarada a nulidade dos contratos celebrados entre a Administração Municipal e a contratada, réus nesta ação civil pública, a Administração Municipal não poderia enriquecer ilicitamente com a devolução de valores pagos por serviços que a contratada executou e por materiais que ela forneceu na forma e nos prazos contratados.

O artigo 59 da Lei n.º 8.666/93 evidencia que a Administração pública não pode se enriquecer ilicitamente com trabalho alheio, ainda que



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

a contratação tenha se verificado de forma inadequada:

Artigo 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Corroborando esse entendimento a doutrina de Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 25.ª edição, página 221: ***“O contrato administrativo nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, porque a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo eficaz entre os contratantes, só subsistindo suas conseqüências em relação a terceiros de boa-fé. Todavia, mesmo no caso de contrato nulo ou de inexistência de contrato pode tornar-se devido o pagamento dos realizados para a Administração ou dos fornecimentos a ela feitos, não com fundamento em obrigação contratual, ausente na espécie, mas sim no dever moral e legal (artigo 59, parágrafo único) de indenizar o benefício auferido pelo Estado, que não pode tirar proveito da atividade do particular sem o correspondente pagamento”.***

Dos autos vê-se claramente que a contratada regularmente, prestou os serviços de capacitação dos professores e forneceu os bens consumíveis e não consumíveis nos termos em que se obrigou no contrato administrativo, fazendo jus à contraprestação pelo trabalho e fornecimento em favor da Administração Municipal de Botucatu, nos termos contratados, até a data da rescisão unilateral do contrato.

Diante do todo exposto e fundamentado, **JULGO**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE BOTUCATU

FORO DE BOTUCATU

2ª VARA CÍVEL

PRAÇA IOLE DINUCCI FERNANDES, SEM Nº, Botucatu - SP - CEP
18606-572

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

IMPROCEDENTES os pedidos formulados na inicial da ação civil pública, havendo resolução do mérito na fase de conhecimento, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Deixo de condenar o Ministério Público em custas e honorários advocatícios, porque incabíveis tais verbas, vide nesse sentido REsp 28.715-0/SP, 1ª T., rel Min. Milton Luiz Pereira, j. 31.08.94, DJU 19.09.94, p. 24.652.

Publique-se e Intimem-se.

Botucatu, 22 de setembro de 2017.

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