

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE

APELANTE(S): WALDISNEIMORENO COSTA
APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO

Número do Protocolo: 62074/2017
Data de Julgamento: 25-09-2017

E M E N T A

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DE OBRA DE PAVIMENTAÇÃO ASFÁLTICA – MÁ QUALIDADE – NEGLIGÊNCIA NA FISCALIZAÇÃO – VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DA LEI N. 8.666/93 – ELEMENTO SUBJETIVO – CULPA GRAVE – LESÃO AO ERÁRIO – CONFIGURADOS – ATO DE IMPROBIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Demonstrado que houve lesão ao erário municipal, uma vez que a execução da obra de pavimentação asfáltica, pela empresa contratada, ficou aquém da qualidade esperada, bem como a negligência ou o dolo na sua fiscalização, e a violação às regras da Lei de Licitação, impõe-se a manutenção da sentença que condenou as partes demandadas por ato ímprobo.



Documento assinado digitalmente por: MARCIO VIDAL:14, em 04/10/2017 19:01:04
Acesso ao documento em: <http://servicos.tjmt.jus.br/processos/tribunal/consulta.aspx>
Chave de acesso: 22fb8edc-31c3-4b50-a566-115e75057621

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

APELANTE(S): WALDISNEIMORENO COSTA
APELADO(S): MINISTÉRIO PÚBLICO

R E L A T Ó R I O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL

Egrégia Câmara:

Trata-se de Recurso de Apelação Cível, interposto por Waldisnei Moreno Costa, contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT, que, nos autos da Ação Civil Pública, por Ato de Improbidade Administrativa (cód. 265950), ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, julgou procedentes os pedidos da demanda para condenar os réus, o ora Apelante e a Construtora Astre Ltda., com fundamento no art. 12, II, da Lei n. 8.429/1992, pelos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10, XI e XII, da referida lei, a ressarcirem integralmente o dano experimentado pela Administração Pública, no valor a ser apurado na liquidação da sentença, acrescido de juros de mora e correção monetária, a partir do ajuizamento da ação, com base na Lei nº 6.899/1981.

Condenou-os, ainda, ao pagamento de multa civil, fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor do dano a ser apurado e proibiu a Construtora Astre Ltda. de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 5 (cinco) anos. (fls. 1.121/1.134)

Apela Waldisnei Moreno Costa, sustentando que tomou todas as precauções para que a obra asfáltica fosse realizada a contento; porém, esta foi prejudicada, em razão do esgoto despejado no local.

Argumenta que não agiu de forma deliberada para causar prejuízo ao erário, que o Magistrado singular atribuiu-lhe culpa e o considerou ímprobo, mesmo com o laudo pericial realizado no local, que indica que a obra estava adequada às práticas usualmente adotadas, que restam apenas as dificuldades, quanto ao sistema de

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

drenagem.

Assevera que, nas disposições da lei que exigem a modalidade culposa, a culpa há de ser grave e não apenas simples, que, no caso, não tem nenhum contorno de gravidade para que seja considerado ato ímprobo.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que seja reformada a sentença guerreada, e julgados improcedentes os pedidos da demanda (fls. 1.138/1.157).

O Ministério Público apresentou contrarrazões às fls. 1.171/1.180, nas quais, rebate todas as alegações e pugna pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer da lavra da Dra. Eliana Cícero de Sá Maranhão Ayres, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 1.193/1.199).

É o relatório.

P A R E C E R (ORAL)

O EXMO. SR. DR. JOSÉ ZUQUETTI

Ratifico o parecer escrito.

V O T O

EXMO. SR. DES. MÁRCIO VIDAL (RELATOR)

Egrégia Câmara:

Como explicitado no relatório, trata-se de Recurso de Apelação,

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

interposto por Waldisnei Moreno Costa, contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Especializada da Fazenda Pública da Comarca de Várzea Grande/MT, que, nos autos da Ação Civil Pública, por Ato de Improbidade Administrativa (cód. 265950), ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso, julgou procedentes os pedidos da demanda para condenar os réus, o Apelante e a Construtora Astre Ltda., com fundamento no art. 12, II, da Lei n. 8.429/1992, pelos atos de improbidade administrativa, previstos no art. 10, XI e XII, da referida lei, a ressarcirem, integralmente, o dano experimentado pela Administração Pública, no valor a ser apurado na liquidação da sentença, acrescido de juros de mora e correção monetária, a partir do ajuizamento da ação, com base na Lei n. 6.899/1981.

Denota-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso ajuizou a presente Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa e em face de Waldinei Moreno Costa e da Construtora Astre Ltda., pois o primeiro, então Secretário Municipal de Viação, Obras e Urbanismo da cidade de Várzea Grande, atuando como Responsável Técnico pela fiscalização da obra, realizada pela segunda requerida, ignorou o dever funcional e praticou atos de gestão que caracterizam improbidade administrativa. Pugna o *Parquet* para que os requeridos sejam condenados nas sanções incursas no artigo 12, II, da Lei n. 8.429/92.

Narra a peça inicial que o Município de Várzea Grande, por meio do procedimento licitatório, modalidade Carta Convite n. 045/2008, e, posteriormente, pelo Contrato Administrativo n. 101/2008, contratou a empresa Construtora Astre Ltda., para a realização de pavimentação asfáltica das seguintes ruas: Rua SD/São Gonçalo, Bairro Cristo Rei, Rua Barão de Melgaço, Bairro Jardim Paula II, Rua Jânio Quadros, Bairro IPASE, Rua Coronel João Bueno, Bairro Jardim Paula II, Rua E, Bairro Jardim Paula II.

Consta, ainda, que o preço global totalizou a quantia de R\$ 116.423,41 (cento e dezesseis mil, quatrocentos e vinte e três reais e quarenta e um centavos), bem assim que a execução dos serviços ficou muito aquém da qualidade

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

esperada, conquanto o projeto básico elaborado e apresentado pelo então Secretário Municipal, e também Responsável Técnico pela fiscalização da obra, não observou a regra insculpida nos dispositivos dos artigos 7º, II, 67, § 1º e 73, I, todos da Lei n. 8.666/1993, e ignorou a Orientação Técnica IBR 001/2006, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas.

Ao analisar o feito, o Magistrado julgou procedentes os pedidos da inicial, por entender configurados atos de improbidade, ante a ausência de projeto executivo da obra e pelo dano ao erário.

Consignou o Juízo *a quo*:

Diante do exposto, julgo procedente a Ação Civil de Improbidade proposta pelo Ministério Público em face de Waldisnei Moreno Costa e da Construtora Astre Ltda, a fim de condenar os réus, com fundamento no art. 12, II, da Lei 8.429/92, pelos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, XI e XII, da referida lei, a ressarcirem integralmente o dano experimentado pela administração pública, no valor que se apurar em liquidação de sentença, com juros de mora e correção monetária a partir do ajuizamento da ação, nos termos da Lei 6.899/81. Condeno, ainda, o réu Waldisnei Moreno Costa, ao pagamento de multa civil, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor do dano a ser apurado e a empresa Construtora Astre Ltda, proibindo-a de contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos.

Contra esta decisão, recorre Waldisnei Moreno Costa.

Nas razões recursais, o Apelante sustenta a ausência de lesão ao erário e a inexistência do elemento subjetivo, culpa grave, a ensejar a condenação por ato ímprobo.

A questão, então, está em saber se houve ato de improbidade administrativa a ensejar a condenação.

De todo o processado, tem-se que o responsável técnico pela

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

fiscalização da obra do Contrato n. 101/2008, o Engenheiro Civil e Secretário da pasta, Waldisnei Costa Moreno assinou três medições do serviço, que totalizaram o valor pago de R\$93.948,37 (noventa e três mil, novecentos e quarenta e oito reais e trinta e sete centavos), que corresponde a 80,7% (oitenta vírgula sete por cento) do contratado.

Ocorre que ficou constatado que, apesar do pouco tempo decorrido da execução da obra, esta apresentou inúmeros defeitos, característicos de vícios de construção, decorrentes de falhas na execução, o que se pode verificar também pelas imagens trazidas aos autos (fotografias).

Conforme o Relatório elaborado pela Comissão de Auditoria do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (fls. 454/464), requisitada pelo Ministério Público Estadual, a obra não foi concluída, não sendo os serviços executados por exigência da comunidade, em razão da péssima qualidade, constatado que a quantidade até então contratada não atendia completamente às necessidades da população do bairro.

Pelo referido Relatório, foram detectadas inconsistências nas medições elaboradas pelo fiscal, ora Apelante, uma vez que não constam da medição as unidades de medida correspondentes aos diversos serviços componentes da obra, bem como não consta das medições o período no qual os serviços foram executados, assim como a data de sua elaboração.

A auditoria realizada pelo TCE foi categórica, ao afirmar que a má qualidade dos serviços apresentados pela empresa vencedora do certame, além dos vícios constituídos de falhas na execução, estão relacionados com a atuação precária da fiscalização.

Veja-se que ficou demonstrado que a execução dos serviços está em desacordo com o projeto, as especificações técnicas, e as normas, contrariando o disposto no art. 66 da Lei de Licitação, por não atender ao contrato e às suas cláusulas.

Verifica-se, dos documentos trazidos aos autos, que, até mesmo o Projeto Básico do contrato (fls. 749/759), realizado pelo encarregado do

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

acompanhamento da obra, o Engenheiro Waldisnei Costa Moreno, não estava em conformidade com a Lei de Licitação.

Como se vê do Relatório do TCE, após a inspeção realizada no local, referente à obra de Pavimentação das Vias Públicas, do Convênio n. 238/2008, foi constatado que:

O PROJETO BÁSICO elaborado pela Prefeitura Municipal de Várzea Grande carece de elementos técnicos mínimos, necessários e suficientes à perfeição da obra (...) constata-se que a Prefeitura Municipal não apresentou o mínimo necessário à caracterização da obra (...). Entende-se que a ausência de tais elementos caracteriza a insuficiência do projeto básico, o que, nos termos do art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.666/1993, é causa de nulidade do processo licitatório (fls. 455/456).

Registra-se, ademais, que foram observadas outras irregularidades pelos auditores do TCE, durante as etapas de execução contratual e de liquidação para pagamento, notadamente quanto ao acompanhamento da evolução da obra pelo servidor responsável pela elaboração do projeto básico, considerado deficiente, seguida da execução dos serviços fora dos padrões técnicos vigentes e de medições extremamente superficiais, e, até mesmo a suspeita de que a documentação atinente à liquidação do crédito e pagamento da empresa contratada não tenha sido nem mesmo elaborada pelo Poder Público, mas pela própria empresa Construtora, e que o requerido tenha se limitado a firmar as planilhas, sem realizar qualquer inspeção, bem como o fato de não ter sido recebida a obra contratada, além do que tais constatações podem ser extraídas dos documentos juntados às fls. 220/224, 249/251, 256/259 e 383).

Como bem ponderou o Magistrado singular:

Colhe-se dos autos que a demonstração documental do acompanhamento e da fiscalização da obra pelo servidor réu se restringe às assinaturas por ele lançadas nas planilhas correspondentes às três únicas medições havidas (fls. 249-251, 335-338 e 383), não tendo, os réus, trazido para os autos

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

qualquer outro documento a esse respeito, merecendo realce, além do mais, a observação feita pela parte autora de que tais planilhas se assemelham em formato, timbre, tipo e tamanho de letras, espaçamento e modelo de tabela com a proposta de preços apresentada pela Construtora Astre Ltda durante o processo licitatório (fls. 219-224), levando a presumir que tenham sido confeccionadas pela própria contratada, reservando-se para o fiscal municipal do contrato apenas o trabalho de carimbá-las e assiná-las, sem anotar nem mesmo as datas das medições.

Extraí-se daí que o § 1º do reproduzido art. 67 da Lei das Licitações não recebeu dos réus a menor atenção. Com efeito, ainda que não se possa concluir só por isso que as medições realizadas foram superficiais, como chega a sustentar o MP, resulta clara a violação da lei específica, o que contraria a postura administrativa exigida pela Constituição Federal em seu art. 37.

A ausência de anotação de todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato (art. 67, § 1º, Lei 8.666/93) e dos termos circunstanciados de recebimento provisório e definitivo da obra (art. 73, I, Lei 8.666/93) dificulta até mesmo a compreensão das alegações desenvolvidas pelos réus acerca da retidão de postura durante os serviços objetos do contrato.

De outro giro, segundo a conclusão do perito judicial, o Engenheiro André Luiz Schuring, CREA 8.697/D-MT, não obstante não ficar demonstrado sobrepreço, ou vantagem indevida, na identificação da planilha fornecida pela Prefeitura:

Quanto a qualidade dos serviços estes foi considerado por este perito em virtude das identificações e sinais evidenciados no local que **as patologias não apresentaram por desgastes naturais não sim por má qualidade na execução dos serviços por parte da empresa contratada.** (sic-fl. 1.098) (destaquei).

Como se vê, de tudo que dos autos constam, a má qualidade dos serviços realizados pela empresa contratada comprova que houve lesão ao erário municipal, conquanto, mesmo que se diga que foram pagos os valores correspondentes

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

aos serviços contratados, por outro lado, ficou demonstrado, pela perícia judicial, que a execução dos serviços ficou aquém da qualidade esperada, o que configura a negligência na fiscalização, da qual ficou encarregado o Apelante Waldisnei Moreno Costa.

Dessarte, é evidente que o erário municipal e a população de Várzea Grande sofreram prejuízo, ante as impropriedades constatadas na execução da obra asfáltica; diga-se, de passagem, que as fotografias juntadas aos autos não deixam dúvidas de que o asfalto estava danificado não apenas na região em que recebia a água servida, depositada pelo moradores, o que configura ilícito tanto da parte da empresa contratada para a execução da obra, como do Engenheiro Civil, responsável pela fiscalização, que agiu, no mínimo, com culpa grave, ao deixar de fiscalizar, ou fazer fiscalização superficial.

Como cediço, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu, como incurso 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 art. 10 da Lei n. 8.429/1992, uma vez que não há confundir improbidade com simples ilegalidade.

A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, o que, no caso, ficou demonstrado, na atitude do Apelante, responsável pela fiscalização da obra contratada.

Como acrescentou a ilustre representante da Procuradoria-Geral de Justiça:

(...) sofre prejuízo o erário que dispendeu recursos para a realização de uma obra mal feita, que carece de reparos. Sofre prejuízo a população local beneficiária direta do serviço público que deveria ser realizado com qualidade, e principalmente, sofre prejuízo a sociedade como um todo que arca com a manutenção do Estado gerido por agentes inaptos.

O elemento subjetivo por sua vez, “ação ou omissão, dolosa ou culposa” diversamente do defendido pelo Recorrente, encontra-se presente, de forma pujante.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

Depreende-se do feito, que Waldisnei Costa Moreno na condição de Secretário Municipal e possuir graduação em Engenharia Civil, atuou em todas as fases do procedimento.

Sob o argumento de que a Administração Pública economizaria R\$10.000,00 (dez mil reais) confeccionou projeto básico deficiente, ignorou a necessidade de projeto executivo, atuou como Responsável Técnico sem a clareza necessária quanto a realização das medições e solicitou os pagamentos das mesmas (fls. 245/259).

(...).

Portanto, conclui-se que o Recorrente atuou com no mínimo, negligência e imprudência, falta de diligência na execução das funções a ele atribuídas e inobservância de dever preexistente o que indene de dúvidas, caracteriza o elemento anímico culposos. (sic – fls. 1.196/1.197).

Sobre o tema, *mutatis mutandis*:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES "FANTASMAS". ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO, LESÃO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO CARACTERIZADOS. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. CABIMENTO. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei n. 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos. Precedentes. Súmula 83/STJ.
2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos arts. 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do art. 10 da Lei n. 8.429/92.
3. As considerações feitas pelo Tribunal de origem NÃO afastam a prática do ato de improbidade administrativa, caso em que a conduta do agente se amolda ao disposto nos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/1992, pois restou caracterizado o enriquecimento ilícito por apropriação de rendas públicas, bem como a lesão ao erário

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

na contratação fictícia de funcionários, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, II e V, da Constituição da República, que veda a contratação de servidores sem concurso público.

4. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam no Superior Tribunal de Justiça.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1485110/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 05/02/2015, DJe 12/02/2015).

Forte nessas razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso e mantenho incólume a sentença guerreada, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO
APELAÇÃO Nº 62074/2017 - CLASSE CNJ - 198 COMARCA DE VÁRZEA
GRANDE
RELATOR: DES. MÁRCIO VIDAL

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, a PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, sob a Presidência do DES. MÁRCIO VIDAL, por meio da Câmara Julgadora, composta pelo DES. MÁRCIO VIDAL (Relator), DESA. MARIA EROTIDES KNEIP BARANJAK (1ª Vogal) e DES. LUIZ CARLOS DA COSTA (2º Vogal convocado), proferiu a seguinte decisão: **À UNANIMIDADE, DESPROVEU O RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Cuiabá, 25 de setembro de 2017.

DESEMBARGADOR MÁRCIO VIDAL - RELATOR