



Peças e Julgados

Defesa Prévia em Ação de improbidade

(...) o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação de Improbidade contra o secretário de Transportes Metropolitanos, sob o fundamento de que o agente público, ao deixar de cumprir recomendação exarada pelo órgão de controle, teria praticado ato ímprobo. O d. membro do órgão ministerial recomendara a anulação de contrato de concessão, firmado em valor superior a 10 bilhões de reais, por suposto vício superveniente na regularidade fiscal da concessionária e sob a alegação de que acionista minoritária de empresa integrante do consórcio vencedor estaria em recuperação judicial.

O administrador informou e justificou a inviabilidade de se adotar a recomendação do órgão ministerial, apresentando subsídios técnicos de órgãos especializados da Administração e parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Estado elaborado em análise dos apontamentos do *parquet*. Com base nessa conduta, o autor da ação concluiu pela existência de "dolo em beneficiar o consórcio vencedor", pois não teriam sido praticados "os atos que a lei determinava".

Afora o ato de deixar de seguir recomendação do Ministério Público, a ação não contempla a indicação de qualquer fato ou conduta de agente público no sentido de beneficiar indevidamente o consórcio vencedor.

Diante desse cenário, coube à Procuradoria-Geral do Estado defender a validade do contrato de concessão, porquanto eram improcedentes as alegações do Ministério Público no tocante aos supostos vícios supervenientes, como demonstrado no parecer da Consultoria Jurídica. (...)*

*Trecho da apresentação.

PEÇAS E JULGADOS

EXMA. DRA. JUÍZA DE DIREITO DA 11^A VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
N^o 1038564-08.2019.8.26.0053

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDO: *****

O ESTADO DE SÃO PAULO, pelos procuradores que subscrevem esta petição, vem, respeitosamente, perante V. Exa., intimado nos termos do artigo 17, § 3^o da Lei nº 8.429/1992, tendo em vista que a demanda envolve a Concorrência nº 02/2016 referente às linhas 5 - Lilás e 17 - Ouro da rede metroviária de São Paulo e o correspondente Contrato de Concessão nº 03/2018, no qual o Estado é o Poder Concedente por intermédio da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, apresentar **Defesa Prévia** na presente Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo – MP/SP.

I – SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de Ação de Improbidade Administrativa proposta em face do secretário estadual dos Transportes Metropolitanos, sr. ***** , sob o fundamento de **suposta ocorrência de ato ímprobo por descumprimento de “recomendação administrativa”**

exarada pelo próprio d. promotor de Justiça que subscreve a Inicial, na qual recomendou medida que entende que seria correta e que levaria à anulação do Contrato de Concessão nº 03/2018, firmado em valor superior a 10 bilhões de reais.

O contrato de concessão fora firmado com a concessionária das linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo S.A., após a realização da Concorrência Internacional nº 02/2016, na qual sagrou-se vencedor o Consórcio ***, composto pelas empresas *** S.A. e *** Participações S.A.

O edital de concorrência foi examinado previamente pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE, em razão de representação, que foi julgada improcedente, tendo seguido o certame com regular processamento (fls. 161/188).

Antes de firmado o contrato, o Ministério Público instaurou o Inquérito Civil que embasou a propositura desta demanda, após receber a mesma representação, anteriormente protocolada no TCE, noticiando supostas irregularidades no edital da concorrência.

A Secretaria dos Transportes Metropolitanos, da mesma forma em que procedeu junto à Corte de Contas, manifestou-se no Inquérito acerca da regularidade do edital (fls. 130, 201, 236 e ss.) e forneceu toda a documentação solicitada pelo Ministério Público (fls. 404 e ss.), bem como o Metrô prestou informações sobre a Linha 5 (fls. 216 e 383) e a Linha 17 (fls. 484 e ss.).

Entre o período de resposta da Secretaria dos Transportes Metropolitanos e do Metrô (fls. 404 e ss. e fls. 484 e ss.) e a emissão da “recomendação administrativa” (fl. 493), o d. promotor juntou matéria jornalística - que não tinha qualquer relação com o Inquérito instaurado - noticiando cobrança do governo federal de débitos tributários de empresas de ônibus que atuam no município de São Paulo e que fariam parte de suposto “Grupo ***” (fls. 413 e ss.).

A partir de tal notícia, o Ministério Público, na pessoa do d. promotor, solicitou informações à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que apontou débitos tributários e execuções fiscais do “GRUPO *** – “grupo econômico atuante no setor de transporte coletivo de passageiros” (fl. 426).

Da mera leitura do relatório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 691/729) e da relação de demandas relacionadas ao chamado “Grupo ***” (fls. 456/481 e 665/690), já seria possível constatar que a empresa “*** Participações S.A.” não é considerada, pela União, como devedora, solidária ou subsidiária, dos

“débitos tributários de empresas de ônibus que atuam no município de São Paulo” pertencentes ao chamado “Grupo ***”.

Porém, não foram realizadas outras diligências ou verificações a respeito pelo Ministério Público, tampouco foram solicitadas quaisquer informações à Secretaria dos Transportes Metropolitanos acerca dos novos dados juntados ao Inquérito.

Mesmo assim, sob o fundamento de que a empresa *** Participações S.A. pertenceria ao suposto “Grupo ***”, bem como que a *** , acionista minoritária da *** S.A., estaria em recuperação judicial (dado em relação ao qual não há qualquer documento no inquérito), o d. promotor de Justiça **exarou a “Recomendação Administrativa” ao sr. secretário estadual dos Transportes Metropolitanos**, nos seguintes termos (fl. 493):

*Seja, no prazo de 5 dias, iniciada a INABILITAÇÃO das empresas *** – pertencente como subsidiária ao GRUPO *** – e da *** – acionista da empresa *** –, que integram o Consórcio *** , que foi o vencedor da concorrência internacional no 02/2016;*

Que após o início ao procedimento de inabilitação das empresas seja [sic] em 30 (trinta) [dias] declaradas as empresas referidas como desqualificadas do procedimento e do contrato. (grifos nossos)

Recebida a recomendação, a Secretaria dos Transportes Metropolitanos analisou-a por meio de manifestação da Comissão de Licitação, da Comissão de Monitoramento de Concessões e Permissões, da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô e, por fim, da Consultoria Jurídica, concluindo-se pela inviabilidade de adoção das medidas recomendadas (fls. 514 e ss.).

Em resposta, por meio do Ofício GS/STM nº 318/2019, o titular da pasta enviou ao Ministério Público todo o material técnico produzido, **destacando que a Secretaria estava à disposição para fornecer documentação, dados, estudos e/ou quaisquer outras informações necessárias.**

Ato contínuo, **sem qualquer análise técnica ou outras diligências verificativas a respeito**, a não ser juntada de matérias jornalísticas ao Inquérito, **foi proposta a presente Ação** de Improbidade Administrativa em face do sr. secretário dos Transportes Metropolitanos.

Para justificar a configuração do suposto ato de improbidade, o MP/SP afirma que há vício superveniente na regularidade fiscal da concessionária, que tal vício foi levado ao conhecimento do sr. secretário estadual, por meio da Recomendação

Administrativa, tendo esse, no entanto, “*mediante parecer elaborado por seus subordinados*”, resolvido manter o contrato administrativo.

Com base unicamente nessas **genéricas alegações e sem quaisquer provas**, o Ministério Público requer a “*condenação do réu na obrigação de fazer consistente na abertura de procedimento para cassação da habilitação do Consórcio ****”, acrescida da conseqüente **anulação do contrato de concessão** que, como já exposto, envolve quantia superior a 10 bilhões de reais e foi regularmente licitado, com a observância de todos os requisitos legais e exigências editalícias, estando a contratada cumprindo com as obrigações contratuais pactuadas.

Ademais, pleiteia o autor a condenação do agente público nas penas previstas na Lei nº 8.429/1992, como incurso nos atos previstos no artigo 11 dessa, sob o fundamento de afronta a princípios da Administração Pública.

A ação proposta, claramente **infundada e temerária**, merece ser de plano rejeitada por este Juízo, como será a seguir exposto.

II – FLAGRANTE NECESSIDADE DE REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL: AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE ATO DE IMPROBIDADE

De início, cumpre alertar a este Juízo que o Ministério Público propôs a presente ação **sem quaisquer documentos indicativos da configuração de ato de improbidade**, bem como **sem elementos aptos a justificar eventual anulação do contrato de concessão** regularmente firmado e mantido pelo Estado de São Paulo.

A Lei de Improbidade Administrativa – LIA expressamente dispõe que “*a ação será instruída com documentos ou justificacão que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas (...)*” (cf. art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92).

Trata-se da necessária **justa causa** para a propositura de ação de improbidade, em relação à qual o E. Superior Tribunal de Justiça - STJ já firmou entendimento de que se trata da coluna mestra de qualquer imputação de ilícito, sendo **inadmissível imputações genéricas e deslastreadas de elementos fáticos ou probatórios**, exatamente como ocorre na ação em questão. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. (...)

VI - Assim, “a decisão de recebimento da inicial da Ação de Improbidade também

deve ser juridicamente fundamentada, não se dispensando a criteriosa identificação da presença de justa causa. A justa causa é o ponto de apoio e mesmo a coluna mestra de qualquer imputação de ilícito a quem quer que seja. Se assim não fosse, seriam admissíveis as imputações genéricas, abstratas, desfundamentadas, deslastreadas de elementos fáticos ou naturalísticos, ficando as pessoas ao seu alcance, ainda que não se demonstrem atos subjetivos praticados por elas” (AgInt no AREsp no 961.744/RJ, rel. ministro Sérgio Kukina, rel. p/ Acórdão ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 3/4/2019). (STJ, AgInt no AREsp 985406 / RJ, ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe 7/6/2019). (grifos nossos)

No presente caso, alega-se na Inicial, genericamente, que o sr. secretário dos Transportes Metropolitanos teria sido comunicado a respeito de supostas irregularidades supervenientes no contrato de concessão, por meio da recomendação administrativa do MP/SP e, ao não segui-la, teria deixado de praticar “os atos que a lei determinava”.

Para o Ministério Público, a “lei determinava” a anulação do contrato de concessão. Ato contínuo, da simples decisão administrativa de mantê-lo, conclui que teria havido dolo em “beneficiar o consórcio vencedor”, como se verifica do seguinte trecho da petição inicial (fls. 5):

“Referido demandado recebeu pessoalmente a recomendação do Ministério Público para que promovesse a cassação da habilitação e rescisão contratual, contudo, agindo dolosamente, com a finalidade de beneficiar o consórcio vencedor, não praticou os atos que a lei determinava”. (destaques nossos)

Ocorre que não existe sequer uma referência na inicial sobre fato, evento ou conduta de agente público indicativa de dolo em “beneficiar o consórcio vencedor”. Há, tão somente, essa alegação genérica, que não vem acompanhada de mínimos indícios.

Como será demonstrado ao longo desta defesa, diante da manifestação pela inviabilidade de se adotar as medidas recomendadas pelo Ministério Público, esse imputa a existência de conduta que violaria os princípios da Administração Pública (artigo 11 da Lei nº 8.429/1992), o que **depende de robusta demonstração de dolo**, conforme se verifica da própria redação do dispositivo legal e de farta jurisprudência do STJ¹.

1 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITURA DE BRASILEIA/AC. CONVÊNIO COM A UNIÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE 41 UNIDADES HABITACIONAIS. LICITAÇÃO INICIAL NA MODALIDADE TOMADA

Porém, não há qualquer indício de dolo, desonestidade e sequer de prática de ato de improbidade administrativa.

Como “material probatório” a embasar a genérica causa de pedir da inicial, o Ministério Público junta extenso Inquérito Civil (nº 14.0695.0000863/2017), instaurado antes mesmo da celebração do contrato, com o objetivo de apurar a fase do edital de licitação.

Nesse procedimento administrativo, consta o trâmite de informações entre os órgãos estaduais, sendo possível verificar que a Secretaria dos Transportes Metropolitanos não somente forneceu integralmente todos os dados solicitados pelo MP/SP, como respondeu e esclareceu todos os questionamentos formulados.

Grande parte do citado Inquérito sequer possui relevância para o deslinde da causa, abrangendo questões anteriores à fase de execução contratual. Do procedimento, o único dado utilizado de maneira imprópria pelo d. promotor de Justiça para a suposta configuração de ato de improbidade consiste no **Ofício GS/STM nº 318/2019** (fls. 514/515), de 14/6/2019, no qual o sr. secretário, em observância à orientação da Procuradoria-Geral do Estado – PGE, **informa e justifica a inviabilidade** de se adotar a recomendação do Ministério Público.

O Ofício está acompanhado de robusto embasamento acerca da inviabilidade de adoção das medidas indicadas pelo MP/SP, quais sejam:

- i) nota da Comissão de Monitoramento de Concessões e Permissões (Despacho CMCP nº 146/2019) (fls. 518/522);
- ii) nota da Comissão Especial de Licitação (fls. 523/529);

DE PREÇOS. POSTERIOR REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO, NA MODALIDADE CONVITE, PARA A CONSTRUÇÃO DE MAIS 16 CASAS, COM O VALOR RESTANTE DO CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL DE QUE, NESSA ÚLTIMA LICITAÇÃO, HOUVESSE NECESSIDADE DE REPETIÇÃO DOS PRIMEIROS LICITANTES. ILEGALIDADE NÃO COMPROVADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DO MPF DESPROVIDO.

1. Para a configuração dos atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei nº 8.429/92 , exige-se que a conduta seja praticada por Agente Público (ou a ele equiparado), atuando no exercício de seu múnus público, havendo, ainda, a necessidade do preenchimento dos seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, ajustado em algum dos incisos do art. 11 da LIA; (c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao Erário; (d) ofensa aos princípios da Administração Pública. (...)

(AgRg no REsp 1306817/AC, rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 6/5/2014, DJe 19/5/2014.)

- iii) informações da Companhia do Metropolitano de São Paulo (Metrô) (OFP 326/2019) (fls. 530);
- iv) parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (Parecer CJ/STM nº 59/2019) (fls. 531/543).

Além disso, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo - TCE já havia examinado previamente o Edital e, após as devidas adequações, autorizou o prosseguimento da licitação. A representação protocolada naquele órgão, frise-se, de mesmo teor da protocolada no MP/SP, **foi julgada improcedente pela Corte.**

Ou seja, a “recusa em seguir **recomendação do MP/SP**”, substrato para a propositura da presente ação, **vem acompanhada de amplo material técnico e jurídico fornecido pela Secretaria**, juntado pelo próprio órgão ministerial com a Petição Inicial, **que aponta a regularidade do edital e da execução contratual e, com isso, a inviabilidade de adoção das próprias medidas recomendadas.**

Entre esse material, há orientação da própria Consultoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado ao secretário dos Transportes Metropolitanos quanto a não ser juridicamente possível o acatamento das providências recomendadas pelo Ministério Público (Parecer CJ/STM nº 59/2019 - fls. 531/543).

Resta claro, assim, que o que o **MP/SP trouxe como “documentos ou justificacão”** para a propositura da presente demanda foi, na verdade, **todo o embasamento técnico-jurídico que indicou a inviabilidade de adoção da própria recomendação administrativa do *parquet*.**

Do Inquérito Civil juntado com a Petição Inicial extrai-se, portanto, ao invés de indícios de prática de ato de improbidade administrativa, comprovação de que a Secretaria recebeu a recomendação do MP/SP, considerou a opinião do Ministério Público, analisou-a e baseou sua decisão em **subsídios técnicos e jurídicos.**

Igualmente, não serão encontrados elementos indicativos de prática de ato de improbidade no massivo e desnecessário volume de dados trazidos em mídia digital pelo Ministério Público, pois dizem respeito, em sua maioria, à fase de licitação dos projetos, enquanto o autor alega suposta irregularidade no cumprimento de cláusula contratual.

Além desses dados, o MP/SP traz apenas e tão somente matérias jornalísticas sobre irregularidades fiscais do suposto “*Grupo ****”, bem como informações recobertas por sigilo de empresas em tese pertencentes a tal Grupo, fornecidas pela

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Tudo isso com o intuito de tornar plausível a descabida alegação de vício na regularidade fiscal **de pessoa jurídica distinta, que é a contratada pelo Poder Público.**

Como será demonstrado em item próprio, simplesmente inexistente correlação entre a suposta irregularidade fiscal do “Grupo ***” e a Sociedade de Propósito Específico contratada pela Administração. Inclusive, **a simples consulta** no site da Receita Federal², informando o CNPJ da empresa “*** Participações S.A.”, já seria suficiente para comprovar a regularidade fiscal dessa e **evitar todo esse mal-entendido.**

Porém, nem mesmo essa verificação foi adotada pelo d. promotor de Justiça para a propositura desta demanda.

Com isso, o Ministério Público não logra sequer apresentar justa causa para o recebimento da ação, o que demanda a imediata rejeição da Inicial, como já pacificou o E. STJ³.

Não há dúvidas, portanto, de que **carece a ação proposta pelo Ministério Público de “documentos ou justificção” a indicar qualquer indício de ato de improbidade, não se cumprindo requisito essencial imposto pelo art. 17, § 6º, da LIA.**

III – INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE

Pelos elementos expostos, já está suficientemente configurada ausência de justa causa a ensejar rejeição da demanda.

Porém, ainda que este Juízo não entenda nesse sentido, o que se admite para fins de argumentação, mesmo assim a presente ação deve ser rejeitada de plano,

2. <<http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/certidao/CndConjuntaInter/InformaNICertidao.asp?Tipo=1>>.

3. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE PRELIMINAR. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. (...)

3. Para que se processe a ação de improbidade administrativa é preciso que a inicial: (a) descreva adequadamente a ação/omissão capaz de configurar a improbidade administrativa; (b) venha respaldada por indícios suficientes de autoria e materialidade ou acompanhada de razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação, neste momento processual, de qualquer dessas provas (art. 16, § 6º, da Lei nº 8.429/1992). Somente assim estará presente a justa causa para o recebimento da ação e improbidade administrativa, que somente se processa quando há viabilidade condenatória. (...)

5. Recurso Especial provido para, desde logo, rejeitar a Ação de Improbidade. (STJ, REsp 1663430 / AP, ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 11/12/2018). (grifos nossos)

nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, por evidente inexistência de ato de improbidade administrativa e consequente improcedência *prima facie*.

É o que será detalhadamente exposto a seguir:

III.1. DESVIRTUAMENTO DA NOÇÃO DE IMPROBIDADE

De início, cumpre novamente apontar que o MP/SP busca, por meio da presente ação, a condenação por ato de improbidade em virtude de não adoção de medidas indicadas em recomendação administrativa do *parquet*, não obstante o titular da pasta tenha assim procedido com base em muitos pareceres técnicos e jurídicos expedidos em análise pormenorizada realizada na Secretaria.

Dessa forma, em termos bastante diretos, **o que o Ministério Público pretende é sobrepor sua interpretação da realidade àquela seguida pelos tantos outros agentes públicos especializados** na matéria e que forneceram subsídios para o secretário de Estado responder à recomendação, **tratando como ilegal entendimento da Administração Pública diverso do seu.**

Frise-se, ainda, que o *parquet* desconsidera esses subsídios técnicos e jurídicos juntados no inquérito pela pasta, que comprovam o equívoco do entendimento que o d. promotor considera como correto.

Mas não somente isso, por meio desta demanda, **almeja que a mera conduta de “deixar de seguir recomendação do MP/SP” configure ato ímprobo.** Afinal, não trouxe qualquer outro elemento indicativo de desonestidade ou dolo, senão a simples discordância que, como já dito, foi devidamente justificada.

Ora, Exa., como se sabe, improbidade administrativa consiste em específica forma de descumprimento de valores morais para a qual a ordem jurídica atribui severo sancionamento. Pune-se, com rigor, o agente público que age de maneira desleal, desonesta, eivada de má-fé, como se extrai do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal⁴ e da própria tipificação da Lei nº 8.429/92.

A caracterização de improbidade demanda consciente e deliberada violação de valores como lealdade, honestidade e imparcialidade no exercício da função

4 CF Art. 37. (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

pública, de modo que a mera ilegalidade não será apta a ensejar configuração de ato ímprobo. Nesse sentido, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NEPOTISMO. INDISPENSABILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DO AGENTE. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO PROVIMENTO DO APELO. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS DESPROVIDO, NO ENTANTO. (...)

2. A primeira e mais urgente função preparatória da aceitação da Petição Inicial da Ação por Ato de Improbidade Administrativa é a de extremar o ato apontado de ímprobo da configuração da mera ilegalidade (dada a inegável afinidade formal entre as duas entidades), para verificar se o ato tido como ímprobo não estará apenas no nível da mera ilegalidade, ou seja, não se alça ao nível da improbidade; essa atividade é relevante porque especializa a cognição judicial no objeto específico da ação em apreço, evitando que a sua energia seja drenada para outras áreas afins, ou desperdiçada em movimentos processuais improdutivos.

3. Dessa atuação malsã do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º da Lei nº 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao Erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei nº 8.429/92).

4. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/92, admite-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva. (...)

(REsp 1193248/MG, rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/4/2014, DJe 18/8/2014.)

Por isso, ainda que a decisão administrativa de não adotar as medidas recomendadas pelo MP/SP e manter o contrato fosse contrária ao que “a lei determinava”, o que não sucede, conforme se demonstrará adiante, mesmo assim não haveria caracterização de improbidade. Isso porque **inexiste má-fé quando a decisão administrativa vem precedida de larga análise técnica e jurídica**.

É até contraditório pensar que um agente público age de forma desonesta e, simultaneamente, toma providência com respaldo técnico-legal, lastreado na estrita legalidade e em observância ao interesse público primário.

Cabe assinalar que o E. STJ, em caso similar ao presente, entendeu impossível considerar ímproba a conduta de agentes públicos que atuam por recomendações de ordem técnica provenientes de órgãos especializados. Confira-se o seguinte trecho da ementa:

6. Ademais, observa-se que, na hipótese, a aplicação da Lei de Improbidade encontra-se dissociada dos necessários elementos de concreção, na medida em que sobejam dos autos pareceres do Tribunal de Contas municipal, bem como diversos pronunciamentos técnicos provenientes de vários órgãos especializados da administração, todos convergentes quanto à possibilidade de assinatura dos termos de aditamento e baseados em interpretação razoável de dispositivos legais.

7. Imputar a conduta ímproba a agentes públicos e terceiros que atuam respaldados por recomendações de ordem técnica provenientes de órgãos especializados, sobre as quais não houve alegação, tampouco comprovação, de inidoneidade ou de que teriam sido realizadas com intuito direcionado à lesão da administração pública, não parece se coadunar com os ditames da razoabilidade, de sorte que seria mais lógico, razoável e proporcional considerar como atos de improbidade aqueles que fossem eventualmente praticados em contrariedade às recomendações advindas da própria administração pública.

8. A jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal (sic) administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos.

(REsp 997.564/SP, rel. ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/3/2010, DJe 25/3/2010.)

Acrescente-se que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, no seu artigo 28, prevê que o agente público somente responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, sendo que ambos inexistem na presente demanda.

Ademais, por meio da recomendação administrativa (e também via presente ação), o MP/SP busca obrigar o Estado de São Paulo a “inabilitar” as licitantes e anular o contrato que está em plena e regular execução. Tamanho é o tom imperativo da “recomendação” que consta “*seja iniciada a INABILITAÇÃO das empresas*” e, após, “*seja [sic] em 30 (trinta) [dias] declaradas as empresas referidas como desqualificadas do procedimento e do contrato*”.

Ocorre que **recomendação** do Ministério Público, como o próprio termo já revela, **não vincula a Administração Pública**, a quem compete a prerrogativa de segui-la ou não, sempre de forma motivada, como ocorreu.

Conforme pacífica doutrina e jurisprudência, **recomendações** exaradas pelo Ministério Público **não possuem caráter impositivo**, estando-se diante, portanto, de indevida tentativa de fazer-se vinculante ato que não o é:

Ora, a recomendação não assume caráter impositivo. A sua força é, sobretudo, política, porque originada de Instituição que granjeou “respeito e tradição na defesa da comunidade”, e, ademais, ostenta poder de iniciativa em Juízo (...).

O Supremo Tribunal Federal, enfrentando recomendações expedidas pelo Ministério Público de Pernambuco, reconheceu a ausência de caráter impositivo, entendendo inadmissível reclamação contra atos dessa natureza. Nesse ponto, declara a ementa do julgado, repercutindo a decisão liminar do Exmo. Sr. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, in verbis:

“Ausência de caráter impositivo dos atos reclamados, o que afasta a necessidade de intervenção do Poder Judiciário a fim de obstar a produção de seus efeitos.”

Entenda-se bem: o Supremo Tribunal Federal rejeitou reclamação, porque a recomendação do Ministério Público do Estado de Pernambuco, por si mesma, não obriga à Administração.⁵ (grifos nossos)

A Lei Orgânica do Ministério Público prevê apenas a possibilidade de seus membros emitirem “relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades (...), requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

É por isso que GUSTAVO MILARÉ ALMEIDA ressalta que, além de as recomendações não serem autoexecutórias ou coercitivas, não obrigam “o destinatário ao cumprimento do seu conteúdo, mas tão somente a sua resposta (...)”.⁶

5 ASSIS, Araken de; GENOSO, Gianfrancesco. Natureza e efeitos das “Recomendações” do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/natureza-e-efeitos-das-recomendacoes-do-ministerio-publico/>>.

6 ALMEIDA, Gustavo Milaré; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Poderes investigatórios do Ministério Público nas ações coletivas. São Paulo: Atlas, p. 109.

Ora, tendo havido devida resposta à recomendação administrativa, por meio do já citado Ofício GS/STM nº 318/2019 (fls. 514/515), não há que se falar, sequer, em descumprimento da lei, quanto mais em improbidade administrativa.

Logo, a mera conduta de “deixar de seguir recomendação do MP/SP” não configura ato ímprobo, sob pena de termos uma **inversão de papéis institucionais, violadora da Separação dos Poderes**. Cabe à Administração, no exercício de sua função precípua, aplicar a lei a situações concretas, conferindo a leitura que entende adequada aos fatos.

A respeito, vale citar trecho de ementa de decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJ/SP, em que se nega caráter vinculante à recomendação do referido órgão de controle, razão pela qual a discordância, por si só, não caracteriza ato de improbidade:

A prova documental revela que o autor atrela o elemento subjetivo a partir da inobservância, pelo prefeito, de recomendações feitas pelo Ministério Público. Discordar de tais recomendações não qualifica, por si só, ato de improbidade administrativa. EMBORA NÃO RARO O MINISTÉRIO PÚBLICO ENTENDA QUE SIM.

A divergência do administrador em relação à orientação do Ministério Público não determina, por si só, a improbidade administrativa. A questão se resolve no plano da legalidade. Realidades distintas.

(TJSP; Apelação Cível nº 0003683-73.2014.8.26.0222; relator José Maria Câmara Junior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Guariba - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 7/2/2018; Data de Registro: 9/2/2018.)

Destaca-se que não se trata de decisão pontual, mas de orientação de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como se verifica de trechos de outros julgados:

Entretanto, em que pese a nobreza dessas atribuições, e a louvável a intenção do parquet de evitar a burla ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, é de se ter em conta que sua recomendação não se reveste de caráter vinculante, e, nos moldes do que acima se assinalou, a desobediência a tal recomendação, na hipótese, não configurou o ato de improbidade administrativa.

(TJSP; Apelação Cível nº 0002035-25.2014.8.26.0136; relatora Heloísa Martins Mimessi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Cerqueira César - 1ª Vara; Data do Julgamento: 24/4/2017; Data de Registro: 5/5/2017.)

Saliente-se que discordar da recomendação do Ministério Público não configura, por si só, ato de improbidade administrativa.

(TJSP; Apelação Cível nº 1003442-49.2018.8.26.0220; relatora Maria Olívia Alves; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público; Foro de Guaratinguetá - 2ª Vara; Data do Julgamento: 12/8/2019; Data de Registro: 12/8/2019.)⁷

Assim, **não há como se cogitar que agir conforme Pareceres técnicos e jurídicos**, fornecidos por agentes públicos especializados, **configura ato ímprobo**, ainda que a **conclusão alcançada divirja do entendimento do órgão ministerial**. Até porque divergência de interpretação entre órgãos encarregados de interpretar a lei é natural e não implica qualquer violação de valores morais protegidos pelo Direito.

Dessa forma, de qualquer ângulo que se analise – ausência de caráter vinculante de recomendação do Ministério Público, ausência de dolo ou má-fé do agente público e regularidade de atuação com base em decisão técnica – é **flagrante a inexistência de ato ímprobo**, de modo que a ação proposta é claramente improcedente, devendo ser rejeitada de plano.

III.2. INTEGRAL CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO E REGULARIDADE NA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Além dos argumentos já expostos, que são suficientes à rejeição da Inicial, a improcedência *prima facie* da demanda também fica evidenciada porque a recomendação do Ministério Público, replicada no objeto desta demanda, **carece de fundamento jurídico**.

Entende o Ministério Público que deve haver “*cassação da habilitação do CONSÓRCIO ****, vencedor da *Concorrência nº 02/2016*, e consequente rescisão contratual”, sob o fundamento de que a empresa *** Participações S.A. pertenceria ao suposto “Grupo ***”, e que esse teria dívidas tributárias, bem como porque a *** , acionista minoritária da *** S.A., estaria em recuperação judicial.

Em razão disso, alega que as empresas não mais cumpririam as condições de habilitação que lhe foram exigidas na licitação e que devem ser mantidas ao longo da execução do contrato.

Porém, as conclusões do Ministério Público estão técnica e juridicamente equivocadas, conforme será detalhadamente exposto a seguir.

7 No mesmo sentido: TJSP; Agravo de Instrumento nº 2012436-64.2017.8.26.0000; relator: José Maria Câmara Júnior; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de São Carlos - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 20/9/2017; Data de Registro: 25/9/2017.

a) Delimitação das pessoas jurídicas envolvidas

O primeiro ponto a ser destacado é que o MP/SP, nas alegações expostas na Inicial e na fundamentação jurídica desta, confunde o consórcio vencedor da licitação, as empresas que o integram e seus respectivos acionistas/sócios, e a Concessionária, tratando como se todos constituíssem a pessoa jurídica contratada pelo Poder Público.

Além disso, as argumentações mesclam elementos da fase de licitação, já superada, com a execução contratual em curso, sendo que neste momento apenas a Concessionária deve manter os requisitos de habilitação, nos termos do contrato firmado.

Por isso, é essencial ter em vista que:

- o Consórcio *** foi formado pelas empresas *** S.A. e *** Participações S.A. e sagrou-se vencedor da licitação;
- na fase licitatória, a análise da regularidade fiscal das empresas *** S.A. e *** Participações S.A. indicou o cumprimento integral de todos os requisitos exigidos na licitação (Nota da Comissão Especial de Licitação de fls. 523/529);
- a empresa *** figura apenas como acionista minoritária da *** S.A. e “não participou da licitação como integrante do Consórcio ***”, conforme atestado pela Comissão Especial de Licitação às fls. 523/529;
- após o Consórcio *** ter ganho a Concorrência, as empresas *** S.A. e *** Participações S.A. constituíram uma **Sociedade de Propósito Específico – SPE, que responde, em nome próprio, por todas as obrigações assumidas no contrato de concessão** (fls. 520/521).

Dessa forma, constituída a **Sociedade de Propósito Específico**, essa é quem passou a responder, em nome próprio, pelo cumprimento das cláusulas contratuais.

Cabe mencionar que as acionistas *** Participações S.A. e *** S.A. seriam solidariamente responsáveis pelas obrigações assumidas pela concessionária **apenas enquanto não estivesse completada a integralização do capital social da companhia**, conforme cláusulas 32.3 e 34.4 do contrato.

Ocorre que a Concessionária realizou em março/2019 a **integralização da última parcela do capital social da SPE, de modo que atualmente o capital está 100% integralizado** (fls. 518/522), não restando dúvidas de que é a Concessionária quem

responde, em nome próprio e com seu capital, por todas as obrigações assumidas no contrato.

Feita essa necessária delimitação, as alegações do Ministério Público de supostas irregularidades supervenientes no curso da execução do contrato ficam totalmente afastadas quando se verifica que:

- a Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões analisa, durante a execução contratual, a manutenção pela Concessionária de todas as condições de habilitação que foram exigidas na licitação;
- conforme expressamente indicado às fls. 518/522, a Comissão verificou que a concessionária das linhas 5 e 17 do Metrô de São Paulo permanece quite com todas as condições de habilitação que foram exigidas na licitação, necessárias à prestação do serviço concedido.

Assim, a distinção ora realizada indica com clareza o equívoco das medidas recomendadas pelo MP/SP, inexistindo fundamento técnico ou jurídico para a rescisão ou a anulação contratual diante do cumprimento das condições pela Sociedade de Propósito Específico, única pessoa jurídica a ser avaliada nessa fase de execução contratual, o que já é suficiente para se concluir pela inexistência de qualquer ato ímprobo e conseqüente improcedência *prima facie*.

De toda forma, apesar de restar clara a desnecessidade de se verificar o cumprimento de condições pelas empresas que formaram o consórcio vencedor na época da Concorrência, apenas por amor ao debate e para rechaçar por completo as alegações do Ministério Público, passa-se a afastar as impertinentes alegações no que se refere às empresas *** e *** Participações S.A.

b) Das alegações relacionadas à empresa ***

Segundo o Ministério Público, a empresa ***, acionista minoritária da *** S.A., estaria em recuperação judicial, “*fato superveniente ao processo licitatório*” (fls. 4). Além disso, referida empresa seria líder “*do consórcio que constrói a Linha 17 - Ouro*”, tendo abandonado a obra e obrigado “*o Metrô a cancelar a execução do contrato*”.

De início, cabe destacar que essa alegação causa surpresa, porquanto não se identificou notícia ou informação de que a *** esteja em recuperação judicial. Por conseqüência, ao que tudo indica, uma das principais causas de pedir desta demanda assenta-se em pressuposto fictício.

De toda forma, a suposta perda de condições de habilitação da *** S.A., por questões relacionadas à sua acionista minoritária (cf. fls. 522), não possui qualquer fundamento jurídico, na medida em que são pessoas jurídicas distintas, como já destacado. A autonomia da pessoa jurídica é uma das noções mais simples e consolidadas, implicando a não confusão, sob o aspecto patrimonial ou moral, entre aquela e as pessoas que a integram.

Não fosse suficiente, a empresa *** sequer participou do consórcio vencedor da licitação, justamente por constituir outra pessoa jurídica. Portanto, se não haveria por que cumprir com requisitos habilitatórios em fase concorrencial na qual não foi licitante, que dirá em sede de execução de contrato do qual não é signatária.

Ora, toda a legislação referente a licitações e contratos, quando exige critérios de habilitação, tem como objetivo assegurar a demonstração, pelas empresas que pretendem ser contratadas, de aptidão para a futura execução contratual. A documentação exigida refere-se a essas empresas licitantes e não a terceiros com os quais possuam eventuais vínculos societários.

Apenas em caso de manifesto abuso da personalidade jurídica, caracterizado nos exatos termos do artigo 50 do Código Civil, é possível afastar a autonomia da pessoa jurídica. Porém, não há indícios de confusão patrimonial ou desvio de finalidade, a ensejar a desconsideração, conforme atestado no Parecer da Procuradoria-Geral do Estado (fls. 536).

Aliás, de acordo com o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nem mesmo em casos nos quais sócios de pessoas jurídicas são apenados com proibição de contratar com o Poder Público haveria a comunicação da sanção com a pessoa jurídica em si, em virtude da citada autonomia societária⁸. Logo, com maior razão se entenderá incabível a ilação do MP/SP, haja vista fundada em suposta recuperação judicial de acionista minoritário da *** S.A.

8 PROCESSUAL CIVIL. Mandado de Segurança. Licitação. Inabilitação de concorrente por ter o mesmo quadro societário de empresa proibida temporariamente de contratar com o Poder Público. Personalidade da pessoa jurídica diversa daquela ostentada pelos seus sócios. Presença dos requisitos ensejadores da liminar. Relevância da fundamentação e plausibilidade do direito. Agravo provido. (TJSP; Agravo de Instrumento nº 2070507-59.2017.8.26.0000; relator (a): Coimbra Schmidt; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro de Mirassol - 1ª Vara; Data do Julgamento: 16/11/2017; Data de Registro: 16/11/2017.

Ademais, de acordo com o STJ⁹, até mesmo as empresas em recuperação judicial podem participar de licitação, desde que demonstrem, na fase de habilitação, sua viabilidade econômica. Evidentemente, tal posicionamento torna dispensável a discussão sobre a suposta irregularidade ventilada pelo Ministério Público.

Por fim, no tocante à alegação de que a *** seria líder “do consórcio que constrói a Linha 17 - Ouro, objeto da concessão”, tendo abandonado a obra e obrigado “o Metrô a cancelar a execução do contrato” (fls. 4), é verdadeiramente incompreensível o nexos que o MP/SP sugere.

A redação da inicial induz o leitor a imaginar que se trataria de obra objeto do contrato de concessão ora debatido. Contudo, trata-se de contrato distinto, em que o Metrô é a pessoa jurídica contratante, como assinalado no Parecer da Procuradoria Geral do Estado juntado pelo Ministério Público, às fls. 537. Sobre o tema, já foram adotadas as providências legais cabíveis, tendo sido comunicada a decisão de rescindir o contrato citado.

Feito esse esclarecimento, o fato de tal empresa fazer parte de distinto Consórcio (Monotrilho Integração), executando obra no âmbito de outro contrato, não tem qualquer relação com a discussão sobre a manutenção de requisitos de habilitação pela SPE no contrato de concessão objeto da presente ação.

Assim, a suposta condição de recuperação judicial levantada contra a ***, se é que ela procede, não acarreta qualquer efeito negativo sobre as condições de habilitação da Concessionária, seguindo hígido o contrato entabulado pelo Estado de São Paulo.

9 ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE. (...)

7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.

8. Agravo conhecido para dar provimento ao Recurso Especial.

AREsp 309.867/ES, rel. ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/6/2018, DJe 8/8/2018.

c) Das alegações relacionadas à regularidade fiscal da empresa * Participações S.A.**

Sustenta também o MP/SP descumprimento de requisitos de regularidade fiscal sob a justificativa de que o suposto “Grupo ***”, ao qual pertenceria a empresa *** Participações S.A., possui elevado passivo tributário.

Com o intuito de demonstrar essa assertiva, afirma que: (i) tal Grupo estaria criando empresas “subsidiárias” a fim de que elas apresentassem os documentos em licitações públicas; e (ii) a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional teria reconhecido judicialmente a “*formação de grupo econômico de fato e a consequente responsabilização das empresas integrantes pelo débito fiscal*” (fls. 3).

Aqui, novamente, o Ministério Público confunde as licitantes, que se sagraram vencedoras por meio do Consórcio, com outras pessoas jurídicas, supostamente pertencentes ao “Grupo ***”, deixando de vislumbrar, também, que é a SPE a responsável na execução do contrato.

Como já destacado, a análise da regularidade fiscal das empresas que lograram sucesso na Concorrência, *** S.A. e *** Participações S.A. foi realizada na licitação e indicou o cumprimento integral de todos os requisitos exigidos no edital.

Note-se que a *** Participações S.A. apresentou Certidões de prova da citada regularidade, inclusive perante a Seguridade Social e a Fazenda Nacional. Dessa forma, **o fato de ter obtido tais certidões**, mesmo diante de empresas supostamente correlacionadas possuírem “elevado passivo tributário”, **apenas confirma a autonomia e distinção desta em face de outras empresas.**

É importante também esclarecer que as informações constantes do Inquérito Civil “*indicam que o passivo tributário noticiado pela Procuradoria da Fazenda Nacional não se refere à própria empresa *** Participações S.A.*”, conforme exposto no Parecer da PGE/SP às fls. 539.

Tal passivo diz respeito a outras empresas integrantes do suposto “Grupo ***”. É o que se infere das informações prestadas pela própria Procuradoria da Fazenda Nacional, utilizadas como “prova” pelo Ministério Público, às fls. 431:

Atualmente, os débitos inscritos perante a PGFN estão concentrados em empresas que prestaram serviços na cidade São Paulo durante os anos 90, estendendo-se em alguns casos até 2019. São elas: Vip – Viação *** Ltda., Empresa *** Viação Ltda., Viação *** Ltda., Empresa Auto Viação *** Ltda., Viação *** Ltda., Auto Viação *** Ltda., Auto Viacão *** Ltda., Expresso *** Transportes e Turismo Ltda., Viação *** Ltda., Empresa de Ônibus Viação *** Ltda., Viação *** Ltda., Auto Viação ***

Ltda., *** Empreendimentos e Participações Ltda., *** Transportes Urbano Ltda., Viação *** Ltda., Viação *** Ltda.

Além disso, a simples leitura do relatório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (fls. 691/729) e da relação de demandas relativas ao chamado “Grupo ***” (fls. 456/481 e 665/690), informações que fundamentaram a edição da recomendação administrativa e, conseqüentemente, a propositura da presente Ação de Improbidade Administrativa já farão com que Vossa Excelência constate que a empresa “*** Participações S.A.” não foi (e não é atualmente) considerada pela União como devedora, solidária ou subsidiária, dos “débitos tributários de empresas de ônibus que atuam no município de São Paulo” pertencentes ao chamado “Grupo ***”.

Inclusive, como já destacado, mera consulta no site da Receita Federal¹⁰, informando o CNPJ da empresa “*** Participações S.A.”, já é providência mais do que suficiente para comprovar a regularidade fiscal.

Com o devido respeito ao promotor signatário da Ação de Improbidade, a mera coincidência em relação ao termo “***”, constante do chamado “Grupo ***” e da empresa “*** Participações S.A.”, não é suficiente para, juridicamente, possibilitar o reconhecimento de grupo econômico entre essas.

Ademais, decisão judicial citada pelo MP/SP que teria reconhecido grupo econômico de fato limitou-se às empresas da listagem da página acima, na qual não está a ***, aplicando-se, por óbvio, apenas às partes envolvidas no respectivo processo, e não possuindo o condão de abranger, de nenhuma maneira, a referida empresa.

Também cabe destacar que a mera alegação de grupo econômico, ainda que reconhecido em Juízo, não autoriza a desconsideração da autonomia de determinada pessoa jurídica, por ente federado distinto, sobretudo para o fim de comprovação de regularidade fiscal.

Não competiria ao Estado de São Paulo reconhecer a suposta responsabilidade solidária em relação aos débitos tributários apontados pela Procuradoria da Fazenda Nacional, uma vez que essa seguiu emitindo certidões negativas em relação à contratada (SPE) e sua acionista ***. Nesse sentido, cita-se decisão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

10 <<http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/certidao/CndConjuntaInter/InformaNICertidao.asp?Tipo=1>>.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução Fiscal – Inclusão de empresa de eventual Grupo Econômico no polo passivo da ação, com penhora de imóvel de sua propriedade – Falta de prova contundente de que ambas as empresas integram o mesmo Grupo Econômico - Falta de fundamento jurídico para a inclusão da empresa agravante no polo passivo da Execução Fiscal – **E ainda que as empresas pertençam ao mesmo Grupo Econômico, tal não tem o condão, por si só, de ensejar a responsabilidade solidária no pagamento do débito fiscal devido por uma delas** – Para a ocorrência da solidariedade, necessário que os devedores tributários realizem conjuntamente a situação descrita do fato gerador, hipótese não comprovada nos autos – Precedentes do STJ - Decisão reformada - Recurso provido.

(TJSP; Agravo de Instrumento nº 2035004-74.2017.8.26.0000; relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Macatuba - Vara Única; Data do Julgamento: 21/8/2017; Data de Registro: 21/8/2017.)

Vale acrescentar que a aplicação da teoria da desconsideração sobre a empresa *** *Participações S.A.* dependeria de abuso de direito ou fraude nos negócios, conforme reiterada jurisprudência do C. STJ¹¹. E, nesse caso, não há notícia de que abuso ou fraude teria ocorrido.

Inclusive, a empresa *** *Participações S.A.* foi criada em 2004¹², tempo suficiente para afastar a alegação, desprovida de indícios, de que teria sido constituída com o fito de burlar restrições à contratação por parte da Administração Pública.

Por tais argumentos, **não procedem as supostas irregularidades apontadas pelo Ministério Público**, seja em relação à *** *Participações S.A.*, seja quanto à ***. E,

11 (...) DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. EXECUÇÃO CONTRA EMPRESA PERTENCENTE A CONGLOMERADO, CUJO SÓCIO MAJORITÁRIO OU ADMINISTRADOR ALIENOU A QUASE TOTALIDADE DAS COTAS SOCIAIS DA PRINCIPAL EMPRESA DO GRUPO PARA SUA ESPOSA. FRAUDE À EXECUÇÃO. ABUSO DA PERSONALIDADE. CONFUSÃO PATRIMONIAL. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. TENTATIVA DE FRUSTRAR A EXECUÇÃO. RISCO DE INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. NECESSIDADE DE PERSEGUIÇÃO DE NOVAS GARANTIAS. (...) 4. A teoria da “disregard doctrine” surgiu como mecanismo para coibir o uso abusivo da autonomia da pessoa jurídica para a prática de atos ilícitos em detrimento dos direitos daqueles que com ela se relacionam.

5. A comprovação de que a personalidade jurídica da empresa está servindo como cobertura para abuso de direito ou fraude nos negócios deve ser severamente reprimida.

6. Utilização, no caso, de uma das empresas, a mais importante, do conglomerado de empresas pertencentes ao devedor, integrado pela empresa codevedora sem patrimônio, para ocultar bens, prejudicando os credores. (...) (STJ; REsp 1.721.239; Proc. 2017/0296335-9; SP; Terceira Turma; rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino; Julg. 27/11/2018; DJE 6/12/2018; pág. 3303.)

12 Informação disponível em: <http://***.com/quem-somos.php>.

mesmo que fossem factíveis as alegações em relação a tais empresas, essas não teriam o condão de alterar o cumprimento dos requisitos de habilitação pela Concessionária, pessoa jurídica diversa, responsável pela execução contratual ora em curso.

Assim, por essas e demais razões expostas neste item III.2, conclui-se pela **patente ausência de fundamento jurídico das medidas recomendadas pelo MP/SP, afastando-se a existência de qualquer ato de improbidade administrativa, com consequente improcedência desta demanda.**

IV – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Além da clara fundamentação já exposta que leva à rejeição de plano da ação e consequente improcedência *prima facie* dos pedidos, cabe destacar que o debate técnico e jurídico exposto nos pontos acima, por si só, indica a **inadequação da via eleita.**

Ora, **não se pode permitir a utilização de uma ação de improbidade administrativa** visando a impor, de maneira francamente arbitrária, obrigação de fazer a agente público que implicaria anulação de bilionário Contrato de Concessão, comprometendo a legalidade e a segurança jurídica.

Tampouco se pode permitir nesse tipo de demanda discussão de **questão complexa, técnica e multifacetária que extrapola o âmbito de atos ímprobos**, que seriam aqueles praticados por agentes públicos imbuídos de má-fé e desonestidade, que causem enriquecimento ilícito, dano ao erário ou fere princípios da administração pública e estão sujeitos a sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Visando a justificar suposta violação a princípios da Administração Pública, com fulcro no artigo 11 da Lei de Improbidade, o MP/SP indicou na inicial violação de uma série de dispositivos da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 11.079/04, todos relacionados à necessidade de manutenção, pelo contratado, dos requisitos de habilitação durante a fase de execução contratual.

Não há, porém, dúvidas acerca da imposição legal de cumprir com os requisitos de habilitação, mesmo após finalizada a adjudicação do contrato. Todavia, conforme demonstrado de forma exaustiva nesta petição, a Secretaria já realiza a verificação de tais requisitos, em relação à Concessionária, ao longo da execução do contrato de concessão firmado pelo Estado de São Paulo.

Excelência, se o Ministério Público discorda do entendimento do Estado de São Paulo, representado pelo sr. secretário dos Transportes Metropolitanos, de que inexis-

tem razões, técnicas ou jurídicas, para a inabilitação de qualquer das participantes do Consórcio *** ou para a anulação do contrato de concessão firmado com a Concessionária *** S.A., restam à sua disposição outros instrumentos legais, que não a Ação de Improbidade, para questionar eventuais vícios ou irregularidades.

A via da **Ação de Improbidade** é totalmente inadequada, mostrando-se a presente demanda **temerária diante dos fatos e argumentos expostos nesta defesa**, devendo também por isso a Petição Inicial ser rejeitada de plano.

V – POSICIONAMENTO DO ESTADO DE SÃO PAULO E INGRESSO NO POLO PASSIVO

Em razão de toda a argumentação apresentada nesta defesa, **requer o Estado de São Paulo o ingresso no polo passivo desta ação**, acaso não seja de plano rejeitada, o que se admite apenas para fins de argumentação.

Isso porque restou claro que a recomendação expedida pelo Ministério Público se revelou contrária ao interesse público, à segurança jurídica e à própria legalidade e não foram apresentados elementos, técnicos ou jurídicos, que justificassem a pretendida anulação do contrato de concessão no qual o Estado consta como Poder Concedente.

Mais do que isso. Não existe espaço jurídico para que o Estado aja de forma diversa.

Como visto, alega o promotor que existem débitos fiscais capazes de macular a idoneidade fiscal da contratada, quando na realidade comprovou-se por meio das certidões expedidas pela Receita Federal e pela própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que a contratada, assim como suas acionistas, não possui débitos fiscais perante a União.

Verificou-se, portanto, que a tese de que a responsabilidade tributária por suposta existência de grupo econômico de fato (Grupo ***) que atingiria a empresa *** Participações S.A. sequer foi encampada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, responsável pela emissão de certidões.

Nesse cenário, não era juridicamente possível que o Estado, administrativamente e como ente licitante, considerasse o Consórcio *** como inabilitado, como pretende o Ministério Público, uma vez que as suas integrantes – *** S.A. e *** Participações S.A. – comprovaram regularidade fiscal com base em certidões expedidas pela Receita Federal.

Ora Excelência, caberia à própria União (sujeito ativo dos tributos federais, entre os quais, as contribuições à Seguridade Social), por meio da Procuradoria da Fazenda Nacional ou da Receita Federal, buscar o reconhecimento, de forma judicial ou administrativa, da responsabilidade solidária da empresa *** Participações S.A. em relação aos débitos tributários do suposto “Grupo ***”, fazendo constar de sua “Certidão de Débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa” tal restrição.

Pelas mesmas razões, não é juridicamente possível que o Estado de São Paulo reconheça, administrativamente e de *sponte propria*, tal responsabilidade solidária - providência não admitida judicialmente ou administrativamente pela própria União - praticando atos tendentes à anulação de um contrato administrativo de enorme monta e que vem sendo regularmente executado.

A recomendação expedida pelo MP/SP e a correspondente ação proposta, assim, **coloca em risco a segurança jurídica**, que é elemento fundamental em qualquer negócio e, **em especial, em contratos administrativos que envolvem os objetivos estratégicos do Estado e a consecução do interesse público.**

Dessa forma, esta Defesa Prévia teve por objetivo não apenas demonstrar a ausência de ato ímprobo ao não se adotar indevidas medidas recomendadas pelo MP/SP ou as demais razões que ensejam a rejeição da ação, mas em especial apontar que a conduta do titular da Secretaria dos Transportes Metropolitanos, que seguiu estritamente as orientações da Procuradoria-Geral do Estado, representa o **posicionamento do Estado de São Paulo**, e foi assim de manifesto interesse público.

VI – PEDIDOS

Por todo o exposto, requer-se seja **de plano rejeitada a ação proposta**, seja pela ausência de justa causa, seja pela clara inexistência de ato de improbidade administrativa, o que leva à improcedência *prima facie*, bem como por inadequação da via eleita, **aplicando-se o art. 17, §§ 6º e 8º, da Lei de Improbidade.**

Requer-se, ainda, o ingresso do Estado de São Paulo no polo passivo desta ação, caso não seja de plano rejeitada, o que se admite apenas para fins de argumentação.

São Paulo, 30 de agosto de 2019.

FREDERICO JOSÉ FERNANDES DE ATHAYDE

Subprocurador-geral do Estado

Contencioso Geral

OAB/SP nº 270.368

JULIANA CAMPOLINA REBELO HORTA

Procuradora do Estado

OAB/SP nº 301.795

MATEUS CAMILO RIBEIRO DA SILVEIRA

Procurador do Estado

OAB/SP nº 333.103

SENTENÇA**PROCESSO NO: 1038564-08.2019.8.26.0053****CLASSE - ASSUNTO AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS****REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO****REQUERIDO: ***** E OUTROS**

Juiz de Direito: Kenichi Koyama

VISTOS.

Cuida-se de Ação Civil de Improbidade Administrativa movida por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de ***** e outros.

A Inicial reporta instauração de inquérito para apurar irregularidades na Concorrência Internacional nº 02/2016 para concessão das linhas 5 - Lilás e 17 - Ouro do Metrô. Aponta que não obstante o edital expressamente prever das empresas interessadas a comprovação de regularidade fiscal, houve celebração de contrato com Consórcio ***, que possuía empresa com passivo tributário na ordem de mais de 2 bilhões de reais, qual seja a empresa *** Participações S.A. No mais, alega que a empresa ***, integrante do consórcio vencedor, encontra-se em recuperação judicial, tendo abandonado as obras e causado prejuízo ao Metrô. Por ambas as empresas deixarem de preencher os requisitos para habilitação e colocarem em risco a continuidade dos serviços, o autor fez recomendação ao réu Ilmo. secretário estadual de Transportes Metropolitanos para que inabilitasse o consórcio.

Contudo, em lugar de adotar a providência, manteve-se inerte por dolo. Alega que a ilegalidade fora a não observação de perda dos requisitos de habilitação pelo consórcio vencedor, mantendo-se a contratação mesmo ciente dos fatos que acarretariam a sua cassação.

Alega que o ato de análise da habilitação do licitante é ato vinculado, de modo que não é cabível qualquer margem de discricionariedade ao administrador público. Acrescenta que a regularidade fiscal do contratado deve ser comprovada quando da celebração do contrato e durante a sua execução, de modo que deve manter as condições de habilitação nesse período, sob pena de rescisão contratual. Sustenta que a omissão do requerido em não atender à recomendação administrativa e determinar a rescisão contratual caracteriza ato de improbidade administrativa que contraria os princípios da Administração Pública, conforme define o artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, uma vez que ofende o princípio da legalidade, da moralidade administrativa, isonomia entre os licitantes, eficiência, supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público.

Por tais razões, objetiva: i) a condenação do requerido na obrigação de fazer consistente na abertura de procedimento para cassação da habilitação do CONSÓRCIO *** e consequente rescisão contratual; ii) a condenação do requerido pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, aplicando-lhe as sanções do artigo 12, inciso III, da mesma lei.

A Fazenda do Estado apresentou Defesa Prévia. Alegou ausência de indícios suficientes de ato de improbidade, com imputação genérica de conduta ímproba. No mais, salienta que houve justificativa do secretário acerca da inviabilidade de se adotar a recomendação do Ministério Público (fls. 514/515 a 543). Aduz que não existe irregularidade fiscal da empresa *** Participações S.A. e que o passivo tributário se refere a outras empresas que participam do Grupo *** (fls. 431). No mais, sustenta que a recomendação do Ministério Público não vincula a Administração. Por fim, argumenta que a Sociedade de Propósito Específico que fora constituída pelo consórcio vencedor é a titular do contrato de concessão, não se confundindo com a pessoa jurídica de qualquer empresa que esteja em sua formação, notadamente após a integralização do capital social da SPE, conforme cláusulas 32.3 e 34.4 do contrato de concessão, sendo que a integralização ocorrera em 3/2019. Em relação à empresa ***, afirma que ela sequer fez parte do consórcio vencedor. Nesse passo, o fato narrado na Inicial de que referida empresa abandonou as obras, em verdade

diz respeito a contrato diverso que não possui relação com o *sub judice* e, na ocasião, a empresa *** participou de consórcio denominado “Monotrilho Integração”. Por fim, aduz que o fato de a empresa estar em recuperação judicial não a inabilita.

Companhia do Metropolitano apresentou Defesa Prévia (fls. 821/832), ocasião em que arguiu ser a inicial genérica sem tipicidade da conduta ímproba. Não há relação de provas que possam ser consideradas indícios de irregularidades, pelo que a ação deve ser rejeitada de plano.

***** apresentou Defesa Prévia (fls. 835/856). Alegou inexistência de ato de improbidade. Relata que após ter recebido a recomendação do Ministério Público determinou oitiva de órgãos técnicos e da Procuradoria-Geral do Estado, sendo que todos os consultores se manifestaram pelo não acolhimento da recomendação, vez que as condições de habilitação estavam mantidas. Nos pareceres houve constatação de regularidade das empresas participantes, bem como garantia de integralização de capital social da SPE. Por fim, aduziu que a empresa *** é apenas acionista minoritária da empresa *** S.A. Assentou ser manifesta a improcedência da ação e que eventual interesse em apontar irregularidades contratuais deve ser perseguido por via adequada, não a Ação de Improbidade administrativa que pressupõe o dolo do agente.

O Ministério Público apresentou réplica, rebatendo as alegações das defesas prévias.

Relatados. Decido.

É caso de indeferimento da Inicial.

As causas de pedir em que se fulcra o pedido de obrigação de fazer para inabilitação do consórcio vencedor do certame são cotejadas na inicial como sendo o estado de recuperação judicial da empresa ***** e os débitos fiscais do Grupo ***. De acordo com o autor da ação, seriam essas causas de resolução do contrato, porquanto o vencedor não mais atenderia aos requisitos do edital, notadamente quanto à qualificação econômico-financeira necessária para garantia de execução do objeto contratado.

Contudo, para o recebimento da Ação de Improbidade, a mera suspeita de irregularidade fiscal das empresas que supostamente integrariam o consórcio vencedor não é suficiente. É imprescindível discriminar a conduta ímproba do réu que, no exercício da função pública, ofendeu a moralidade e demais preceitos do Direito Administrativo.

Pela Inicial, pretende-se afirmar que o réu teria incorrido em conduta ímproba quando, ao restar ciente das irregularidades apontadas pelo Ministério Público, não adotou as medidas cabíveis para proceder à inabilitação do consórcio vencedor. Contudo, ainda que a recomendação do *parquet* mereça todo respeito e os fatos relatados como irregulares devam ser apurados, por certo que o desatendimento da recomendação não configura *per si* improbidade.

O dever do administrador público, uma vez ciente de indícios de irregularidades, é o de diligenciar para que apurações sejam feitas. A adoção de medidas drásticas, como penalizar o consórcio vencedor do contrato com sua inabilitação, depende de minuciosa análise dos argumentos esposados com possibilidade de produção de provas e defesa na via administrativa, sob pena de se cometer ato que importe em solução gravosa ao interesse público, como responder à ação judicial proposta pelo consórcio na hipótese de não haver irregularidade comprovada de sua (des)qualificação e (in)execução do objeto concedido.

Assim, afigura-se mesmo leviana a caracterização automática de conduta ímproba do réu nos termos deduzidos na inicial, tomando pessoa de grupo econômico como realidade impeditiva da habilitação. Pressupõe-se, inclusive, que a inércia em não proceder à inabilitação das empresas reveste-se de dolo para beneficiá-las com a manutenção do contrato, quando, em verdade, revelar-se-ia conduta irresponsável eventual desfecho do contrato sem apurada investigação acerca dos fatos levantados pelo Ministério Público. E dentro do que se verifica da engenharia jurídica, apesar de constituírem grupo econômico, mas com personalidades jurídicas diversas, ainda de rigor destacar a proteção patrimonial e autonomia decorrente de instituição da personalidade de Sociedade de Propósito Específico, o que se presta exatamente a limitar os efeitos e repercussões das demais sociedades de um determinado grupo sobre as pessoas jurídicas então agrupadas. Nessa seara, importa ressaltar, conforme se depreende dos documentos colacionados à exordial, que o réu não se manteve inerte, além da especificação de sociedade anônima de propósito específico, senão procedeu à pesquisa das irregularidades junto a órgãos internos e, em especial, requereu parecer da Procuradoria-Geral do Estado (fls. 234/348).

Ainda que a preocupação do Ministério Público seja a fundo a comunicação da responsabilidade tributária de sociedade pertencente ao grupo de maneira quiçá solidária, e com isso impactar a saúde fiscal e financeira da habilitante no objeto e

na execução do contrato administrativo, fato é que tal situação não pode ser presumida. A responsabilidade tributária, mesmo no grupo de sociedades, exige a comprovação de subordinação de uma ou mais empresas a uma empresa ou grupo de pessoas que as dirige, controla e administra, e, cumulativamente, a prática comum do fato (art. 124 do CTN) ou a confusão patrimonial (art. 50 do CC). Essas situações relacionadas à devedora não estão descritas para fins de admissibilidade da Petição Inicial. Assim, no sentir do Juízo, o fato de sociedade pertencente a grupo econômico não dispor de regularidade fiscal não impõe automática e necessariamente que as pessoas jurídicas associadas se tornem imediatamente *inabilitadas para participar de licitação*.

Do que se tem de concreto verdadeiramente, ou seja, sobre a recomendação ministerial e a decisão administrativa, o que existe é temor. Talvez fundado, mas aqui não suficientemente representado, e, por isso, protegido pela cláusula de discricionariedade regrada do bom gestor. O fato administrativo, inclusive, é de conhecimento do autor da ação, haja vista que em resposta à recomendação houve encaminhamento de ofício ao Ministério Público, ocasião em que o réu esclareceu sua motivação para não proceder à inabilitação das empresas em referência e informou ter procedido às consultas com diversos órgãos técnicos, conforme se depreende de fls. 514/515 dos autos:

“(…) Em atendimento ao referido ofício, a recomendação foi encaminhada para análise e manifestação da Comissão de Licitação (Nota da Comissão Maio 2019), da Comissão de Monitoramento de Concessões e Permissões (Despacho CMCP nº L46,í2019) [SIC], da Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô (OF. P 326/2019) e, por fim, da Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos (Parecer CJISTM nº 59/2019). As informações produzidas pela Comissão de Licitação, pela CI4CP e pelo Metrô trazem importantes esclarecimentos, que indicam possível equívoco das premissas que orientaram a recomendação. Isso porque os apontamentos levantados são se referem à Sociedade de Propósito Específico nem mesmo às suas acionistas, o que, conforme entendimento da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, inviabiliza a adoção das medidas recomendadas por essa D. Promotoria (...)”

Não bastasse a ausência de tipificação de conduta ímproba do réu, o que bastaria para rejeição da Inicial, tem-se que também não logrou o autor demonstrar efetivo indício de irregularidade das empresas integrantes do consórcio vencedor. Isso porque o consórcio fora formalizado por meio de constituição de Sociedade de Propósito Específico, tendo essa a personalidade jurídica empresarial vinculada ao contrato de concessão. Ainda assim, e somente para adentrar aos argumentos

do Ministério Público quanto às irregularidades, as empresas que participam do consórcio e da SPE formada são *** S.A. e *** Participações S.A. A empresa ***, portanto, não se confunde com qualquer das duas, senão é apenas acionária da segunda, fato esse que *per si* não configura indicativo de insuficiência patrimonial a desqualificar *** S.A.

Ainda, de acordo com referido parecer da PGE, tem-se que as empresas integrantes do consórcio encontram-se regulares em termos fiscais, como se verifica a fls. 520/543 dos autos, e o fato de a *** estar em recuperação judicial, fato superveniente à licitação, não a desqualifica nos termos do edital. Importa ressaltar que o fato de a *** S.A. estar em recuperação judicial não importa em desqualificação da empresa *** S.A., quão menos da Sociedade de Propósito Específico formada por essa e a *** para execução do contrato de concessão.

Em relação à *** Participações S.A., cumpre salientar que os débitos fiscais elencados pelo autor da ação (fls. 665/690) sequer se referem diretamente à sua pessoa jurídica. Tratam-se de débitos referentes a outras empresas e, ainda que supostamente façam parte do mesmo grupo econômico “***”, não se pode imputar como dívida da empresa que participa do consórcio vencedor.

Não bastasse, a regularidade fiscal exigível, nos termos do art. 29 da Lei federal nº 8.666/93 e art. 1º da Portaria MF nº 358/2014, não necessariamente corresponde à inexistência de débitos, porquanto existem formas de caução e garantias que podem ser ofertadas aos que estão sendo objeto de demandas administrativas e judiciais. Esse é o fundamento de se possibilitar a participação de empresas que possuam certidões positivas com efeitos de negativas.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei. (grifei)

Art. 1º A prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional -

PGFN, referente a todos os tributos federais e à Dívida Ativa da União - DAU por elas administrados. (grifei)

Em suma, a Inicial e os documentos que a instruíram não dão conta de convencer o Juízo acerca da existência de indícios de irregularidades, ao menos em relação às causas de pedir que foram apresentadas na ação. Não existe elemento suficiente de improbidade de que havia motivo para se considerar empresas que integram o Consórcio vencedor como inabilitadas, seja porque os débitos fiscais não diziam respeito a elas, seja porque eventuais débitos não implicam necessariamente em certidões positivas de irregularidade fiscal a afrontar a condição imposta pelo art. 29 da lei nº 8.666/93.

Por fim, assento que ainda que fossem comprovadas as irregularidades arguidas pelo Ministério Público, o Contrato de Concessão fora assinado por pessoa jurídica autônoma. Mesmo constituída pelas empresas *** Participações S.A. e *** S.A., o Consórcio encontra-se representado pela Sociedade de Propósito Específico com aporte próprio de capital para garantir a execução do contrato.

Em suma, não houve demonstração plausível e suficiente de conduta ímproba do réu, quão menos de patente irregularidade fiscal da pessoa jurídica que representa o consórcio vencedor, ou mesmo das empresas que o constituem. Na forma como proposta a ação, não existe preenchimento dos requisitos necessários ao seu processamento.

Enfim, diante de tudo que processado, assento – pois – sem razão ao direito pretendido, significa dizer, isso notadamente se considerando a relação jurídica deduzida e os elementos processuais produzidos. Finalmente, para fiel cumprimento do artigo 489 do Código de Processo Civil¹, revisito a causa de pedir e de defesa deduzidas por MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ***** e outros, respectivamente. Naquilo tudo que deduzido, consoante já pronunciado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, firmo que, à luz dos argumentos e dos julgados oferecidos durante toda tramitação do processo, não vislumbro qualquer premissa fática ou jurídica, ressalva feita evidentemente àquelas que acolhi, que possam em tese ou

1 Enunciado 9 da Enfam: É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.

em concreto infirmar as conclusões lançadas, no esteio da abordagem contida em fundamentação.

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. (...) 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (...) (STJ, 1ª Seção, EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315-DF (2014/0257056-9), relator ministro Herman Benjamin, julgado em 8/6/2016). (g.n.)

Ante o exposto, rejeito a ação e julgo o feito extinto, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil.

Custas e despesas *ex lege*.

Sem honorários pela natureza da causa.

P.R.I.C.

São Paulo, 15 de janeiro de 2020.

KENICHI KOYAMA

Juiz de Direito



Peças e Julgados

Contestação em Ação Civil Pública

(...) o Ministério Público estadual ajuizou Ação de Improbidade em face da Federação Paulista de Futebol e seu dirigente, do Estado de São Paulo e de policiais militares, aduzindo que os demandados não garantiam segurança aos torcedores de partidas de futebol. Imputou-se à Polícia Militar omissão na sua função de prevenir a violência e de elaborar plano de ação abrangente e detalhado, capaz de coibir os comportamentos violentos entre torcedores de times rivais.

De acordo com o *parquet*, os responsáveis teriam praticado ato doloso de improbidade administrativa por deixarem de adotar as medidas de segurança indicadas em recomendações exaradas pelo órgão de controle. Com base nessa narrativa, o autor da ação pleiteou a imposição de obrigação de fazer em face do Estado de São Paulo consistente na elaboração do referido plano, nos termos detalhados na Inicial.

Contudo, o Contencioso logrou comprovar a inexistência de omissão por parte da Polícia Militar, que já possui planos de ação individualizados para cada evento desportivo. Demonstrou-se, ainda, que não houve indicação na inicial de qualquer conduta dolosa contrária aos princípios da Administração Pública.*

*Trecho da apresentação.

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 14^A VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Nº 1011425-18.2018.8.26.0053

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - MP/SP

REQUERIDO: *****

O ESTADO DE SÃO PAULO, por intermédio da Procuradoria-Geral do Estado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, não obstante a faculdade prevista no art.17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, apresentar, desde já, sua **CONTESTAÇÃO**, consubstanciada nas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Em breve síntese, o douto Ministério Público menciona que houve omissão do Estado de São Paulo e demais réus ao não garantir segurança aos torcedores que vão aos estádios para assistir a partidas de futebol, violando o disposto no art.13 do Estatuto dos Torcedores.

Imputa à Polícia Militar a omissão na sua função de prevenir a violência, além de não possuir plano de ação abrangente e detalhado, capaz de coibir a violência entre torcedores de times rivais, nem monitoramento dos comportamentos sociais das torcidas organizadas. Aduz também que a PM não faz análise periódica dos dados e tampouco desenvolve métodos e estratégias suficientes a prevenir a violência nos estádios.

De acordo com o *parquet*, embora o Ministério Público tenha expedido “recomendações administrativas”, indicando medidas a serem adotadas para preservar e promover a segurança pública, os requeridos não as teriam cumprido, agindo, assim, com dolo, o que deu ensejo à propositura de Ação Civil de Improbidade Administrativa.