

BO

LE

PGE-SP

**VOLUME 44 | NÚMERO 1
JANEIRO/FEVEREIRO 2020**

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2237-4515





BO

PGE-SP

VOLUME 44 | NÚMERO 1
JANEIRO/FEVEREIRO 2020

LE

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Maria Lia P. Porto Corona

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Claudia Polto da Cunha

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Patricia de Oliveira Garcia Alves

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA

Eugenia Cristina Cleto Marolla

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO GERAL

Frederico José Fernandes de Athayde

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO

DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

João Carlos Pietropaolo

CORREGEDOR-GERAL

Adalberto Robert Alves

OUVIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

Maria Lia P. Porto Corona (presidente), Adalberto Robert Alves, Bruno Maciel dos Santos, Eugenia Cristina Cleto Marolla, Frederico José Fernandes de Athayde, Glauco Farinholi Zafanella, João Carlos Pietropaolo, Julia Cara Giovannette, Lenita Leite Pinho, Lucas Pessoa Moreira, Maria Cecília Claro Silva, Paulo Sérgio Garcez Guimarães Novais, Rafael Camargo Trida, Rogério Pereira da Silva

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Bruno Maciel dos Santos

ASSESSORIA

Joyce Sayuri Saito

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Bruno Maciel dos Santos

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Joyce Sayuri Saito

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Américo Andrade Pinho, Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Juliana Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira Duarte Ferreira, Lucas de Faria Rodrigues, Marcello Garcia, Rafael Carvalho de Fassio, Telma de Freitas Fontes e Thiago Oliveira de Matos

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Rua Pamplona, 227, 10º andar CEP 01405-100 – São Paulo/SP – Brasil Tel.: (11) 3286-7005

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO, PRODUÇÃO GRÁFICA E IMPRESSÃO

Imprensa Oficial do Estado S/A – IMESP

Rua da Mooca, 1.921 – Mooca 03103-902 – São Paulo – SP – Brasil sac 0800 01234 01 www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 300 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

SUMÁRIO

• **Apresentação** 07

• **Cursos e Eventos** 13

• **Peças e Julgados**

Defesa Prévia apresentada pelo Estado de São Paulo em Ação de Improbidade proposta pelo Ministério Público de São Paulo, contra o então secretário estadual, por suposto descumprimento de “recomendação administrativa” exarada pelo promotor de Justiça que subscreveu a Inicial, na qual opinava por medida que levaria à anulação de contrato de concessão firmado em valor superior a 10 bilhões de reais. A ação foi julgada extinta, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil, considerando os argumentos levantados pelo Estado de São Paulo, no sentido da legalidade da manutenção do contrato e da ausência de qualquer indício de improbidade. O juiz de 1º grau entendeu que seria até mesmo (...) *leviana a caracterização automática de conduta improba do réu nos termos deduzidos na Inicial*, afastando as irregularidades apontadas pelo órgão ministerial no tocante aos requisitos de habilitação do consórcio vencedor. Por fim, destacou que o réu não se manteve inerte, pois, além de proceder à pesquisa das irregularidades junto a órgãos internos, em especial, requereu parecer da Procuradoria-Geral do Estado 15

Contestação em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo por suposto ato de improbidade administrativa, em face do Estado de São Paulo e outros, ao argumento de que não teriam sido seguidas as suas “recomendações administrativas”, exaradas com o objetivo de se evitar atos de violência praticados por integrantes de torcidas organizadas de clubes de futebol, especialmente em dias de partidas. Em relação ao Estado de São Paulo, o Ministério Público alega que deveria ser elaborado um Plano de Ação, com intuito de coibir a violência que decorre de conflitos entre torcedores de times de futebol rivais, não apenas de forma paliativa, mas, também, preventiva e a longo prazo. A ação foi julgada extinta, com base no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, e 485, IV, do Código de Processo Civil, por entender que na conduta dos envolvidos não há dolo ou culpa grave a ponto de sujeitá-los aos rigores da Lei de Improbidade e até mesmo para figurarem como réus no polo passivo em demanda de tal natureza. A sentença destaca que o Estado de São Paulo possui Plano de Ação para esse fim, tal como exposto na Contestação 51

Contrarrazões em recurso de Apelação interposto contra Sentença que julgou extinta, com fulcro no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, e 485, I, do Código de Processo Civil, Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público em face do Detran/SP e do então superintendente da autarquia, por suposta conduta ímproba decorrente da concessão de vale-refeição para os servidores públicos do Detran/SP e do credenciamento de estabelecimentos comerciais via contratação direta. O acórdão, por maioria, manteve a sentença que, em suma, entendeu não ter havido descumprimento doloso da “recomendação” do Ministério Público, ao revés, a conduta apontada como ímproba foi fundamentada em parecer da Procuradoria-Geral do Estado, que afirmou tratar-se de prática perfeitamente constitucional, tendo, ao final, concluído que o demandado agiu em conformidade com os princípios da moralidade, da eficiência, da legalidade e da continuidade dos serviços públicos 73

• **Artigo doutrinário**

Desvirtuamento da noção jurídico-constitucional de improbidade: Aspectos materiais e processuais do uso indevido da Lei nº 8.429/92..... 99

APRESENTAÇÃO

ATUAÇÃO DO CONTENCIOSO GERAL EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A advocacia pública possui papel relevante no combate à corrupção e na proteção da probidade administrativa. Compete aos advogados públicos, no exercício da representação judicial das respectivas pessoas jurídicas de direito público, a propositura de um universo de medidas judiciais cabíveis para assegurar a preservação do erário e alcançar a responsabilização de agentes e particulares.

Em matéria de improbidade administrativa, essa atuação se concretiza sobretudo pelo ajuizamento da ação prevista na Lei nº 8.429/92, buscando-se penalizar tanto os agentes públicos faltosos quanto terceiros que tenham concorrido para a prática dos atos descritos no diploma legal. Ao fim, persegue-se a defesa do interesse público e de valores ético-jurídicos no exercício funcional.

A Constituição Federal atribuiu severo sancionamento aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade, nos termos do artigo 37, § 4º, e, no plano infraconstitucional, a Lei nº 8.429/92 prevê expressamente a legitimação ativa concorrente na propositura da ação, de modo que as pessoas jurídicas interessadas podem deflagrar o processo judicial correlato, sem prejuízo do Ministério Público.

Na Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo – PGE/SP, a execução contenciosa na matéria tem se dado de forma combativa, especializada e, principalmente, observando-se o sistema jurídico-constitucional da proteção da probidade administrativa, com propositura de ações para responsabilização dos agentes, conforme exigido pela ordem jurídica.

Além dessa perspectiva, a prática do Contencioso da Procuradoria-Geral do Estado nos apresenta outro aspecto importante da atuação em improbidade, que surge quando o Estado é intimado para exercer a faculdade de definir o polo processual em que irá figurar no curso de ação proposta pelo Ministério Público,

conforme autorizado pelos artigos 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92¹, e 6º, § 3º, da Lei nº 4.717/65².

Diante da propositura de Ação de Improbidade pelo *parquet* contra agente integrante dos quadros da Administração, o ente público poderá abster-se, ingressar no polo ativo ao lado do órgão ministerial ou mesmo contestar o pedido, defendendo a validade do ato; faculdade que encontra ressonância, inclusive, em nossa Lei Orgânica, no artigo 7º, inciso XXII e §1º (Lei Complementar nº 1.270/2015)³.

O exercício da prerrogativa de definição de polo em ações dessa natureza inaugura análise concreta pela Procuradoria-Geral do Estado no sentido de identificar qual postura se afigura útil ao interesse público, à luz da juridicidade.

Muitos elementos devem ser considerados para a tomada de decisão, cuja legitimidade depende da apreciação das circunstâncias do caso concreto e de adequada motivação por um ou outro caminho, conforme previsto em nossas Rotinas do Contencioso Geral (Resolução PGE nº 17/2017)⁴.

O ingresso ao lado do Ministério Público pode afigurar-se útil ao interesse público, por exemplo, quando a pretensão punitiva encontra respaldo em procedimentos sancio-

1 Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. (...) § 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

2 Art. 6º. A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. (...) § 3º A pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

3 Artigo 7º. Além das competências previstas na Constituição Estadual e em lei, cabe ao procurador-geral: (...) XXII - definir a posição processual do Estado e de suas autarquias nas ações populares e civis públicas; § 1º - O procurador-geral poderá delegar as atribuições previstas nos incisos X, XI e XXII deste artigo, observando-se que, na hipótese do inciso XXII, a atribuição poderá apenas ser delegada aos subprocuradores-gerais.

4 Artigo 80. Nas ações de responsabilidade por ato de improbidade administrativa e nas ações populares, recebida a citação ou a intimação e, depois de coligidos, em caráter de urgência, os elementos informativos necessários junto à Administração, deverá o procurador oficiente representar à chefia imediata, propondo, justificadamente, o ingresso no polo ativo, o oferecimento de contestação ou a abstenção no feito.

natórios concluídos pela própria pessoa jurídica lesada ou mesmo em decisões judiciais definitivas, proferidas em outras esferas de responsabilização.

Por outro lado, poderá ser legítima a abstenção na hipótese em que as provas apresentadas pelo órgão ministerial não forem suficientemente convincentes, seja quando consideradas de forma isolada ou confrontadas com outros elementos probatórios disponíveis, o que justificaria cautela e necessidade de maturação dos fatos antes de definição.

Além disso, é possível que o ente público se abstenha de intervir em ação de improbidade, considerando a ausência de utilidade efetiva para a condução e resultado útil do processo, sem prejuízo da possibilidade de acompanhar o andamento do caso, contribuindo quando necessário.

A terceira via que se coloca para a Procuradoria-Geral do Estado é a contestação do pedido, autorizada quando, no contexto das condutas ímprobas, imputa-se vício de legalidade a atos jurídicos. Não se trata de oferecer defesa da conduta pessoal dos réus da Ação de Improbidade, mas tão somente de defender a validade dos atos impugnados.

Há uma série de circunstâncias em que tal postura se afigurará útil ao interesse público, notadamente a legítima e fundamentada compreensão de que os vícios alegados pelo autor da ação não procedem.

Os três casos reunidos neste Boletim ilustram bem essa perspectiva de atuação na matéria, especificamente a que decorre em face de ações propostas pelo Ministério Público contra agentes públicos estaduais. Em todos eles a Procuradoria-Geral do Estado optou pela defesa dos atos jurídicos, seja porque estavam respaldados por pareceres da área da Consultoria Jurídica ou porque foram produzidos no contexto de política pública regularmente conduzida pelo Estado.

No primeiro caso, 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 Ad-

ministração 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.

No segundo caso, 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.

Por sua vez, no terceiro caso, o Ministério Público propôs Ação de Improbidade em face do Detran e do então superintendente, questionando a legalidade da emissão de vales-refeição pela autarquia aos seus servidores, dada a inexistência de autorização legal específica para tanto. Segundo o órgão ministerial, seria ilegal, também, o credenciamento de estabelecimentos comerciais para utilização dos vales sem a realização de prévio procedimento licitatório.

A r. Sentença destacou a inexistência de indicação de qualquer conduta dolosa ou eivada de má-fé na Inicial, observando, ainda, que o Detran seguiu Parecer da Procuradoria Administrativa confirmando a legalidade da concessão do benefício e a possibilidade de realização do credenciamento, como hipótese de inexigibilidade. Interposto recurso de apelação, foram elaboradas contrarrazões pela PGE/SP, cujos argumentos foram acolhidos em sede de Acórdão.

Em todos os casos, houve rejeição da inicial nos termos do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, justificada pela inexistência de ato de improbidade, improcedência da ação ou pela inadequação da via eleita.

A reunião das três ações neste Boletim tem como denominador comum, de um lado, o equívoco nas teses e pedidos postulados pelo autor e, de outro, a adequada postura do Contencioso ao defender a validade dos atos jurídicos.

Dos casos selecionados, infere-se, *prima facie*, a utilização da ação prevista na Lei nº 8.429/92 com escopo diverso do autorizado pelo microssistema da probidade. Buscou-se, pela via da responsabilização judicial por improbidade, debater questões técnicas e multifacetárias que extrapolam o âmbito dos supostos atos, ora pleiteando a nulidade de contrato ou ato administrativo, ora postulando a imposição de política pública definida pelo autor.

A inadequação da via eleita revela-se de forma patente em tais casos porque a pretensão punitiva não vem acompanhada de qualquer indicação plausível de conduta desonesta ou eivada de má-fé, o que nos remete a outra importante ponderação sobre o desvirtuamento do conceito de improbidade.

O órgão de controle almejou, por meio das demandas, que a mera conduta de deixar de seguir recomendação por ele exarada configurasse ato ímprobo. No entanto, improbidade administrativa consiste em desonestidade, má-fé, consciente e deliberado descumprimento de valores ético-jurídicos no exercício funcional. Não se trata de mera ilegalidade, tampouco advém da simples conduta omissiva diante de recomendação do Ministério Público.

Nas ações ora reunidas há, ainda, a agravante de que as condutas foram precedidas de pareceres jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado, de modo que causa estranheza atribuir má-fé ao administrador que toma providência com respaldo legal.

Pretendeu-se, na verdade, obter provimento jurisdicional que substituísse a interpretação da realidade adotada pela Administração Pública, seja por meio da anulação de

contrato de concessão ou ato administrativo, seja pela imposição de política pública definida pelo órgão de controle, o que constitui evidente violação da Separação dos Poderes. Afinal, recomendação do Ministério Público não possui caráter vinculante.

Tais questionamentos foram levantados em juízo pelo Contencioso, com acolhimento no Judiciário. Por outro lado, suscitam outros pontos relacionados ao tema da improbidade, como a relevância da justa causa, a confusão entre voluntariedade e o elemento subjetivo necessário para responsabilização, que são objeto de análise do artigo que integra o presente Boletim, à luz da doutrina e jurisprudência nacionais.

O Boletim retrata também o trabalho do Grupo Especial de Atuação do Contencioso Geral – Geac, a quem compete, entre outras atribuições, a propositura e o acompanhamento das ações tratadas nas Leis nº 8.429/92 e nº 12.846/2013. O Grupo foi instituído por meio da Resolução PGE nº 32, de 22/8/2018, e implementado pela atual gestão da Subprocuradoria-Geral do Contencioso Geral, tendo em vista a necessidade e importância de atuação especializada da Procuradoria-Geral do Estado na matéria, tarefa até então conduzida em banca destacada na antiga PJ6, sob os cuidados da dra. Renata Lane. Atualmente, o Geac é composto por mais três integrantes, além da citada procuradora do Estado: Juliana Campolina Rebelo Horta, Renato Barbosa Monteiro de Castro e Mateus Camilo Ribeiro da Silveira.

Por fim, vale deixar registrado que a atuação do Contencioso nesses casos garantiu a manutenção da validade dos atos produzidos pela Administração Pública e, simultaneamente, o respeito à autonomia técnico-jurídica da nossa instituição. A defesa dos atos, pautados em pareceres jurídicos, assegurou que a importante atribuição da PGE/SP de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo prevalecesse em face de interpretações divergentes.

Trata-se de atuação que incrementa a segurança jurídica da atividade consultiva e valoriza a carreira, além de constituir exemplo de ação harmônica entre as áreas que, ao fim, constituem uma só PGE/SP.

Dessas experiências concretas colhemos aprendizados para aprimorar a defesa do Estado em juízo, seja na responsabilização prudente de agentes públicos ou, quando exigido pelo interesse público, optando por defender os atos jurídicos questionados.

FREDERICO JOSÉ FERNANDES DE ATHAYDE

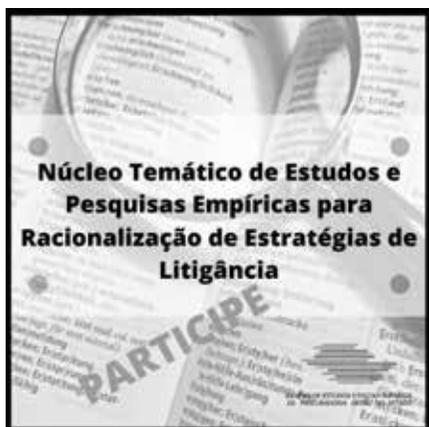
Subprocurador-geral do Estado

Área do Contencioso Geral

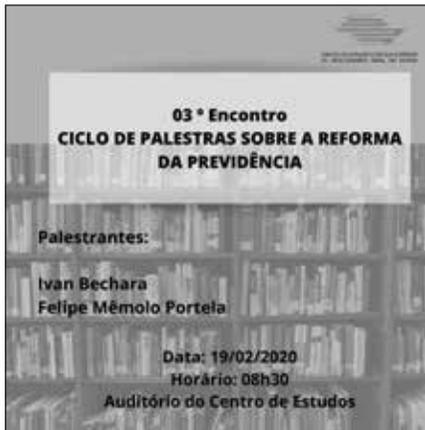
CURSOS E EVENTOS



Recebemos, no auditório do Centro de Estudos, o professor e diretor da Faculdade de Direito da USP, Floriano Azevedo Marques, que tratou da importância do uso do método econômico na atuação dos operadores do direito. Em seguida, o economista e presidente do Insper, Marcos Lisboa, tratou dos entraves ao desenvolvimento econômico no Brasil. O procurador do Estado, Roberto Pfeiffer, coordenador da especialização da ESPGE, fomentou o debate entre as duas áreas do conhecimento.



Na primeira reunião do núcleo, realizada na manhã do dia 12 de fevereiro de 2020, os participantes definiram as linhas de atuação para o 1º semestre deste ano e, após, foi ministrada aula pelo professor Carlos Salles, sobre a pesquisa empírica no direito e o impacto no desenvolvimento institucional.



O procurador federal, Ivan Bechara, tratou das recentes alterações trazidas pela EC nº 103/2019 e suscitou dúvidas sobre o processo de migração dos segurados. A procuradora do Estado Suzana Soo Sun Lee, entre outros temas, abordou as regras da aposentadoria especial. Participaram dos debates as procuradoras do Estado, Danae Dal Bianco, Marina de Lima Lopes, Priscilla Souza e Silva Menário Scofano e Tatiana Iazzetti Figueiredo.



O evento contou com a presença de diversos especialistas na área, entre os quais, a subprocuradora-geral da área da Consultoria-geral, Eugenia Cristina Cleto Marolla, e os procuradores do Estado, André Rodrigues Junqueira e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira.

Foram discutidos temas como composição de câmaras, publicidade das arbitragens, controle externo e outros que permeiam a participação do Estado em litígios arbitrais.



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, deslustradas 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) (O.F.P. 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 conseqüente improcedência desta demanda.**

IV – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

Além da clara fundamentação já exposta que leva à rejeição de plano da ação e conseqüente 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.

Contudo, a pretensão não merece prosperar, conforme ficará a seguir demonstrado.

DAS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS PELA POLÍCIA MILITAR EM ESPETÁCULOS PÚBLICOS. DA AUSÊNCIA DE OMISSÃO. DA “OPERAÇÃO FUTEBOL” E DOS PLANOS DE AÇÃO INDIVIDUALIZADOS PARA CADA EVENTO DESPORTIVO. DO PLANEJAMENTO E EXECUÇÃO DE POLÍCIA OSTENSIVA.

Inicialmente, é importante destacar que existe uma série de procedimentos estabelecidos para a realização de eventos desportivos de futebol, justamente para evitar o confronto entre torcidas organizadas e garantir manutenção da ordem pública, segurança física e patrimonial dos cidadãos.

Desde 1985, há uma resolução que disciplina a atuação da Polícia Militar em espetáculos públicos - Resolução nº 122/85. Essa normativa estabelece parâmetros para o policiamento ostensivo e a atuação da PM, que incluem o planejamento e a execução do policiamento ostensivo quando da realização de espetáculos.

Nesse sentido, ocorrendo um espetáculo público, há providências pela Polícia Militar que vão desde a vistoria do local até o planejamento com outros órgãos e distribuição de efetivo policial para o evento.

Especificamente para jogos de futebol, foi criado um programa denominado “Operação Futebol”, regulado pela Diretriz nº PM3-005/02/06, alterada pela Ordem Complementar nº PM3/006/02/13, que estabelece *“diretrizes gerais para o planejamento e realização da Operação Policial Militar de Preservação da Ordem Pública voltada à intensificação do planejamento ostensivo em dias que são realizadas partidas de futebol - Operação Futebol”*.

O objetivo da Operação Futebol é intensificar o policiamento ostensivo nos dias em que são realizadas as partidas de futebol em estádios, além de combinar o emprego dos efetivos dos grandes comandos para prevenir a ocorrência de fatos que possam afetar a ordem pública, com o objetivo principal de incrementar a sensação de segurança dos cidadãos em geral, usuários de transporte e espaços públicos.

Com base nesse regramento, são realizadas reuniões prévias a cada evento desportivo, com o objetivo de criar um plano de ação individualizado que atenda às características e peculiaridades de cada jogo, analisando as vias de acesso, times participantes, grau de rivalidade, fase do campeonato, entre outros. Com base nessa

análise, realiza-se o plano de ação individualizado, adequando os meios materiais e humanos a serem empregados para cada partida de futebol.

Tais planos de ação individualizados para cada evento contam, em regra, com a participação de **vários outros órgãos**, tais como SPTrans, Metrô, GCM, Subprefeitura, CET, Polícia Civil, bem como dos **times de futebol** e clube visitante. Os documentos anexos comprovam a **sistemática e periódica realização das reuniões preparatórias e antecedentes** a cada evento desportivo.

Nessas listas, é possível verificar que não há o comparecimento de todos os agentes envolvidos nas reuniões de planejamento, embora sempre sejam convidados pela Polícia Militar para participarem. Vale lembrar que não há uma “obrigatoriedade” da participação de todos os envolvidos e, tampouco, um meio legal de a PM forçar o comparecimento.

A partir dessas reuniões, a PM estabelece os procedimentos para escoltas de delegações e/ou caravana de torcidas, bem como estabelece o apoio/reforço na recepção e dispersão do público no entorno e adjacências do estádio, estabelecendo o efetivo de policiais militares que ficarão nos locais de acesso ao local do jogo e em suas proximidades.

Em regra, o planejamento da operação envolve três etapas distintas: 1) distribuição do efetivo: posicionamento para a chegada do público nas principais vias de acesso ao local do jogo; 2) patrulhamento preventivo durante o evento, para evitar ações de criminosos e vândalos nos veículos estacionados no entorno do estádio; 3) acompanhamento da saída do público (movimentação do público nos principais corredores de acesso aos pontos de ônibus, estacionamentos), caracterizado pela “ostensividade”, para evitar confrontos, furtos a transeuntes e depredações, inclusive com a realização de escolta de caravanas de torcidas quando oriundas de outras cidades.

Desse modo, **cada plano de ação individualizado contém:**

- *a missão (contendo data e horário para início e término da operação);*
- *etapas da operação (distribuição do efetivo, patrulhamento preventivo e saída do público);*
- *execução (conceito da operação e escalões de comando);*
- *distribuição do policiamento (disposição das viaturas, patrulhas Rocam/RPM, pelotão FT);*

- *missões particulares (aos Cmt da 1ª, 2ª, 3ª, 4ª Cia. PM e Cia. FT, P/3 Btl e P/1 Btl);*
- *prescrições diversas (horários de início e término, coleta, contabilização e divulgação do resultado, canal técnico entre as UOp envolvidas);*
- *administração (hospitalização e uniforme);*
- *pontos de estacionamento das Bases Comunitárias Móveis;*
- *setores de patrulhamento de Rocam/RPM e Operação Flanelinha;*
- *Quadrantes para patrulhamento da Força Tática (com os respectivos mapas);*
- *viaturas e efetivo do 16º BPM/M empregadas exclusivamente para o evento;*
- *orientações ao efetivo empregado (incluindo disposições da Norsop e Diretriz nº PM3-001/02/05).*

Ademais, após cada jogo realizado há elaboração de **relatórios dos eventos realizados** (denominado “Relatório de Serviço”), nos quais são registradas informações relevantes aos próximos planejamentos, sempre com o intuito de incrementar a atuação da Polícia Militar, inclusive o registro de ocorrência de fato agressivo ou tumulto envolvendo torcedores, o que sempre é levado à ciência da Promotoria de Justiça especializada (Promotoria de Justiça do Juizado Especial do Torcedor).

Ainda, esclarece-se que há também um controle informatizado das ocorrências atendidas pelas unidades de serviço (viaturas), por meio do sistema Copom - *online*, e a concentração das informações relacionadas no Sistema da Coordenadoria Operacional da Polícia Militar.

Outrossim, para prevenção de enfrentamentos, a Federação Paulista de Futebol e o Poder Judiciário encaminham a lista de torcedores proibidos ou impedidos de comparecer ao evento, os quais, se identificados pelos organizadores privados do evento, terão seu acesso proibido ao estádio por atuação da Polícia Militar.

Além disso, o Setor de Inteligência da PM (agência vinculada ao 2º Batalhão de Policiamento de Choque - 2º BPCHq) realiza monitoramento sobre torcedores e torcidas organizadas nas mídias sociais, consultando banco de dados para verificar históricos de incidentes e de dados criminais de pessoas fornecidos pela Prodesp, além de elaborar análise que subsidia áreas de planejamento e operacional. Inclusive, por meio desse monitoramento das redes sociais, faz um levantamento de pon-

tos de encontro e possíveis itinerários utilizados para o deslocamento das torcidas organizadas, subsidiando o escalão executor de informações atualizadas para o posicionamento do efetivo e outras medidas necessárias para evitar os confrontos entre torcidas, inclusive os “pré-agendados” nas mídias sociais.

Logo, da explanação supra verifica-se que o Estado de São Paulo não está inerte e tampouco omissa, tanto que, comprovadamente, realiza ações de forma preventiva, como planejamento, reuniões com os diferentes atores, análise das informações de inteligência e elaboração de planos de ações individualizados, bem como atua de forma ostensiva, durante e posteriormente à realização dos eventos desportivos.

Cabe lembrar que, desde a vigência do Estatuto do Torcedor, o Poder Público, em conjunto com o Ministério Público, celebrou termos de ajustamento de conduta, todos cumpridos pela Polícia Militar. Citam-se, como exemplo, a adoção de modelo de torcida única nos estádios, o controle de acesso dos torcedores por cartão, o estabelecimento do modelo de torcida do clube mandante do jogo em jogos dos principais clubes da Série A do campeonato paulista. Todos esses TACs foram cumpridos pela Polícia Militar e teriam contribuído, consideravelmente, para a redução dos casos de violência.

DA AUSÊNCIA DE CONDUTA ÍMPROBA. DA INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DA POLÍCIA MILITAR. DA REJEIÇÃO DA AÇÃO. DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE DE POLÍTICA PÚBLICA QUANDO NÃO HÁ OMISSÃO ILEGAL.

Conforme ficou devidamente demonstrado, o Estado de São Paulo não foi omissa ou inerte em seu dever de manter a ordem pública na realização de espetáculos públicos, especialmente em eventos desportivos envolvendo partidas de futebol de clubes com grande rivalidade.

Há uma série de providências adotadas pela Polícia Militar em cada evento desportivo, com a realização sistemática e rotineira de planos de ação individualizados.

A política pública desenvolvida pelo Estado, incluindo as diretrizes e planos de atuação individualizados, demonstra exatamente o oposto do alegado pelo Ministério Público. Em outras palavras, o Poder Público, ao realizar as diretrizes, planejar e executar os planos de ação, objetiva garantir a ordem pública e incolumidade física e patrimonial dos cidadãos.

Cabe ao Executivo a formulação de tais diretrizes, estabelecendo como a Polícia Militar deve atuar, e não ao Ministério Público ou Poder Judiciário, sob pena de violar o Princípio da Separação dos Poderes.

É certo que ocorreram episódios de enfrentamento, conforme noticiado pelo douto Ministério Público. Porém, ***tais eventos não decorrem de uma omissão dolosa por parte do Estado ou uma inércia imotivada e ilegal.***

Com todo o respeito às alegações do *parquet*, não foi comprovada sequer a omissão e inércia da Polícia Militar, e muito menos um dolo em agir de forma “ineficiente ou defeituosa”. Não se nega que existiram episódios de violência com enfrentamento de pequenos grupos de torcidas, porém, em hipótese alguma podem ser atribuídos a qualquer omissão da Polícia Militar.

Ainda sobre os casos de enfrentamentos mencionados na Inicial, os mesmos ocorreram com envolvimento de pequenos grupos, que se *encontraram ocasionalmente* (e não previamente agendado pelas mídias sociais) em outros pontos da cidade, distantes dos estádios onde ocorreram as partidas de futebol.

Além do mais, tal omissão não poderia ser qualificada como dolosa, ante a série de providências adotadas pelo Poder Público, conforme exaustivamente demonstrado.

O fundamento da improbidade administrativa seria, então, de acordo com o *parquet*, a não observação da recomendação administrativa do Ministério Público, como se tratasse de lei ou parecer vinculante ao Poder Público. Ora, com todo o respeito, trata-se de uma recomendação administrativa, cujas medidas eventualmente podem ter sido alteradas ou não adotadas, conforme o entendimento do executor – Poder Público, o que jamais pode caracterizar qualquer ato doloso de quem as executa.

E, conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (*in* Direito Administrativo, 29ª ed., atualizada de acordo com o Novo CPC, ed. Forense, 2016, p. 983), para caracterização do ato de improbidade administrativa exige-se a presença de quatro elementos: sujeito passivo (entidades constantes no art. 1º da Lei nº 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa); sujeito ativo (agente público ou terceiro – arts. 1º e 3º da LIA); ocorrência de ato danoso descrito na lei, causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo (art. 9º), prejuízo para o Erário (art. 10) ou atentado contra os princípios da Administração Pública (art. 11); elemento subjetivo – dolo.

No que toca ao elemento subjetivo, observa-se que o enquadramento no ato ímprobo, assim considerado na Lei de Improbidade, exige **dolo** por parte do sujeito ativo. Em verdade, é imperioso verificar se houve um “mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto” (idem supra, p. 993).

O caráter severo das sanções previstas na LIA e na CF a quem pratica ato considerado ímprobo evidencia o objetivo de punir condutas cuja intenção revele *efetivo engodo, embuste, engano ou fraude*, que caracterizam a má-fé do agente público.

Ressalte-se que sequer houve qualquer violação ao princípio da legalidade, pois não há previsão legal que determine que a Polícia Militar atue exatamente da maneira recomendada pelo Ministério Público.

Seria desarrazoado e desproporcional exigir que o Estado de São Paulo seja responsabilizado, indiretamente, por todos os casos de violência ocorridos, pois seria o mesmo que exigir um Estado onipresente.

Tais episódios de violência, envolvendo pequenos grupos de torcidas, ocorreram em locais muito distantes dos eventos públicos, por casualidade e em estações de transporte público não consideradas principais ou sensíveis, ou seja, foram eventos que fogem, por completo, da previsibilidade e planejamento da atuação da Polícia Militar, a quem não é possível estar ostensivamente presente em todas as estações de metrô ou CPTM que possuem segurança própria para conter “eventuais” grupos que se encontrem.

A alocação do efetivo da Polícia Militar é estabelecida em pontos sensíveis, imediações dos estádios, principais pontos de acesso ao estádio, bem como nas principais estações de transporte público, mas não em todas as estações de transporte público! Tampouco seria possível e exequível o acompanhamento e monitoramento de cada pequeno grupo de torcedores.

Ademais, além do policiamento mencionado, a PM realiza a escolta de caravanas de torcidas oriundas de outras cidades, justamente para evitar quaisquer confrontos no trajeto de ida ou volta dos estádios.

Nesse sentido, realizado um plano individualizado de atuação, a PM atua com **planejamento, preventiva e ostensivamente, dentro da razoabilidade e previsibilidade de confrontos entre torcedores.**

Logo, é desarrazoada a alegação de que a PM atuou com dolo e omissão ilegal ao não atender “métodos e estratégias” da recomendação do douto Ministério Público, pois já existem em curso diretrizes eficazes de atuação da Polícia Militar, **inclusive com a realização de plano de ação individualizado para cada evento desportivo**, conforme supra explicitado.

É dentro desse contexto que deve ser analisado o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário no caso em tela. É cediço que tal controle apenas se justifica nos casos em que há uma omissão ilegal, desídia do Poder Público, ou mesmo a falta de política pública, o que não é o caso do estado de São Paulo, que sempre adotou uma série de medidas para a prevenção de confrontos nos espetáculos públicos, com planejamento e execução ostensiva, inclusive em atuação conjunta com outros órgãos.

Nesse sentido, não existe fundamento para que o Poder Judiciário determine que o Poder Executivo implemente, como obrigação de fazer, as recomendações do Ministério Público, sob pena de indevida interferência e violação da separação dos poderes, princípio constitucionalmente previsto.

Existente uma política pública eficiente e em execução e não tendo o douto *parquet* comprovado a sua ilegalidade ou omissão da Administração Pública, não existe legitimidade e qualquer fundamento para a “correção” da política pública em curso por meio desta ação judicial, muito menos em sede de uma Ação de Improbidade Administrativa.

Com efeito, embora a Ação de Improbidade Administrativa também se qualifique como Ação Civil Pública, ela possui pedidos específicos previstos no art. 12 da Lei nº 8.429/92 que não incluem obrigações de fazer ou não fazer. Logo, tratando-se exclusivamente de Ação de Improbidade, o douto Ministério Público extrapola os pedidos possíveis, incluindo pedido de obrigação de fazer dirigido à Polícia Militar, caracterizando-se, assim, **a inadequação da via eleita, que leva à extinção da demanda, por carência de ação** (art. 485, IV, do NCPC).

Frisa-se que, além de indevida ingerência do Ministério Público sobre políticas públicas de competência do Poder Executivo, o pedido de obrigação de fazer não poderia ser incluído em uma Ação de Improbidade Administrativa, que se limita à aplicação de sanções pelo ato ímprobo, o que também motiva a extinção da presente ação.

Ademais, conforme mencionado, **não existem fundamentos ou provas que demonstrem que a atuação do Poder Público fere frontalmente os princípios da Administração Pública**. Ainda mais, porque o art. 11 da Lei nº 8.429/92 exige a presença de dolo, e não meramente culpa, o que não restou caracterizado, ante a adoção pelo ente público de medidas concretas relativas ao assunto, como adoção de plano abrangente e detalhado para coibir a violência, com a colheita de dados e acompanhamento de torcidas organizadas pelo Setor de Inteligência da Polícia Militar e a elaboração de relatórios e desenvolvimento constante de estratégia para o combate da violência. Tais medidas demonstram à exaustão que não houve qualquer descumprimento das recomendações administrativas do Ministério Público”, como equivocadamente pretende o autor desta demanda.

Caberia ao Ministério Público, então, comprovar que o Estado de São Paulo não possui diretrizes de atuação ou que atuou de forma omissa, e que teria descumprido, dolosamente, as diretrizes estabelecidas pelo Ministério Público, o que não ocorreu.

Com todo o respeito ao autor da ação, é preciso prova da existência de elemento volitivo (doloso) a mover a conduta teoricamente ímproba do agente público, sob pena de ampliar, de forma indevida, o alcance da Lei nº 8.429/92, ao estendê-lo a situações burocráticas exigidas do administrador público no desempenho de suas atribuições, como omissão quanto a seus deveres, e até mesmo desonestos e desleais, como é a narrativa do Ministério Público.

Não se pode desconsiderar o alerta emitido pelo eminente min. Luiz Fux, então ministro do Superior Tribunal de Justiça à época, ao relatar o Recurso Especial nº 807.551, de Minas Gerais, quando observou:

A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei nº 8.429/92, considera a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada cum grano salis, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além de que o legislador pretendeu.(...) A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-intenção do administrador. A improbidade administrativa, mais do que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade.

Ora, não está demonstrada a má-fé ou injuridicidade de qualquer agente público que pudesse permitir o ajuizamento de uma Ação de Improbidade. O que existe é uma divergência entre o entendimento das ações que deveriam ser adotadas pela Polícia Militar e o douto Ministério Público, incapaz, portanto, de qualificar como ímprobo qualquer suposta omissão ou desacordo com as recomendações!

Assim sendo, inexistente omissão por parte da Polícia Militar, e muito menos má-fé, **não existem fundamentos para o prosseguimento da Ação de Improbidade**, razão pela qual a mesma deve ser **rejeitada**, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92. Subsidiariamente, caso esse não seja o entendimento adotado, as provas documentais fornecidas pela Polícia Militar comprovam a ausência de omissão ou dolo por parte da Polícia Militar e justificam a improcedência da presente demanda.

Pedidos:

Por todo o exposto, o Estado de São Paulo requer seja a presente Ação de Improbidade **rejeitada**, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92; ou, subsidiariamente, seja julgada **totalmente improcedente**.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 25 de junho de 2018.

RENATA LANE
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 289.214

SENTENÇA**PROCESSO DIGITAL Nº: 1011425-18.2018.8.26.0053****CLASSE – ASSUNTO: AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS****REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO****REQUERIDO: *********JUIZ DE DIREITO: DR. JOSÉ EDUARDO CORDEIRO ROCHA**

Trata-se de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, com pedido de tutela de urgência, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de *****, *****, *****, ***** e o ESTADO DE SÃO PAULO. Relata o autor, em resumo, que, em razão de inúmeros atos de violência, com registros de lesões corporais, homicídios e danos ao patrimônio público e privado, praticados por integrantes de torcidas organizadas de clubes de futebol, especialmente em dias de partidas, foi instaurado o Inquérito Civil MP-SIS nº 14.0695.0000622/2016-5, com o objetivo de apurar a omissão na manutenção e promoção da segurança pública, tanto por parte da Polícia Militar como também da Federação Paulista de Futebol, representada por seu presidente. Para efetivar o policiamento na área interna e arredores dos estádios de futebol durante os dias de jogos, a Polícia Militar deve receber uma lista de pessoas impedidas de comparecer durante os eventos. Contudo, teria sido apurado que a Polícia Militar não recebe por parte da Federação Paulista de Futebol a mencionada lista. Não existiria nem mesmo o cadastramento de todos os integrantes das torcidas organizadas, com fotografias. Exemplifica a situação com fato ocorrido no dia 20 de julho de 2017, que resultou em um homicídio e que envolvia torcedores de futebol. Foi assim que, em 30 de maio e em 12 de junho de 2017, o Ministério Público expediu Recomendação Administrativa ao comandante-geral da

Polícia Militar, ao comandante do Choque e à Federação Paulista de Futebol, indicando a adoção de medidas para preservar a segurança pública durante os eventos esportivos de futebol. Todavia, as recomendações não teriam sido seguidas. Sustenta que os atos omissivos perpetrados pelos réus violam princípios da Administração Pública, em especial da legalidade, moralidade e eficiência. Pugna pela procedência dos pedidos, com a condenação dos réus nas obrigações de fazer, consistentes em: a) Governo do Estado de São Paulo: elaboração de plano de ação, com intuito de coibir a violência que decorre de conflitos entre torcedores de times de futebol rivais, não apenas de forma paliativa, mas também preventiva e a longo prazo (fl. 26, item e.1); b) Federação Paulista de Futebol: 1) implantação de sistema de monitoramento por imagem nas catracas, inclusive com existência de central técnica de armazenamento das imagens; 2) encaminhamento da lista com os nomes dos torcedores impedidos de frequentar estádios, sempre que for atualizada, a todas as federações e secretarias de Segurança Pública dos demais estados; 3) controle dos casos de violência ocorridos nos estádios, preservando a segurança e remetendo à autoridade competente os nomes dos envolvidos em casos de violência (fls. 26/27, item e.2). Pleiteia a condenação dos corréus ***** e *****, como incursos no artigo 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92, com aplicação das sanções previstas no artigo 12, inciso III, bem como a condenação do corréu ***** como incurso no artigo 11, *caput*, c.c. artigo 3º, com aplicação das sanções previstas no artigo 12, inciso III, todos do mesmo diploma legal, e destituição do cargo que ocupa na Federação Paulista de Futebol. O pedido veio acompanhado de documentos (fls. 29/502).

O pedido de tutela de urgência foi indeferido (fls. 504/507).

O Ministério Público pugnou pela juntada de novos documentos (fls. 516/586).

Notificados, os réus ***** e ***** apresentaram Defesa Prévia. Preliminarmente, alegam falta de justa causa, uma vez que a Polícia Militar do Estado de São Paulo, nos limites de suas atribuições, tem implementado as medidas necessárias para o efetivo controle das ações violentas entre as torcidas. No mérito, pugnam pela improcedência dos pedidos (fls. 593/620).

O Estado de São Paulo ofertou Defesa Prévia em que, preliminarmente, pugna pela rejeição da presente ação. Assevera que, especificamente para jogos de futebol, foi criado o programa denominado “Operação Futebol”, cujo objetivo é intensificar o policiamento ostensivo nos dias em que são realizadas as partidas de futebol em estádios, além de combinar o emprego dos efetivos dos grandes comandos para

prevenir a ocorrência de fatos que possam afetar a ordem pública, com o objetivo principal de incrementar a sensação de segurança dos cidadãos em geral, usuários de transporte e espaços públicos. Assim, são realizadas reuniões prévias a cada evento, em que são criados planos de ação individualizados. Salaria que não há qualquer indício de que a atuação do Poder Público afronte os princípios da Administração Pública, tampouco de que exista má-fé ou injuricidade de qualquer agente público, que pudesse permitir o ajuizamento da presente ação (fls. 643/991).

A Federação Paulista de Futebol se deu por notificada e apresentou Defesa Prévia, alegando ilegitimidade da Promotoria do Patrimônio para investigar, no bojo do Inquérito Civil, sua atuação. Portanto, não tem legitimidade para figurar no polo ativo da ação que verse sobre atos cometidos pela Federação. Assevera, também, que nenhum ato de violência foi relatado no interior ou mesmo nos arredores dos estádios e que o Inquérito Civil foi embasado tão somente em notícias jornalísticas. Pleiteia a rejeição da presente ação (fls. 992/1.033).

O corréu ***** manifestou-se em defesa prévia, em que alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva. No mérito, assevera que inexistente qualquer responsabilidade da Federação Paulista de Futebol ou de seu presidente em relação a fatos que ocorram fora dos estádios. Ressalta que as matérias jornalísticas que deram ensejo à instauração do Inquérito Civil noticiam fatos ocorridos duas horas antes de uma partida de futebol e em outro município. Postula a rejeição da Ação Civil Pública (fls. 1.034/1.044).

Às fls. 1.067/169, o autor esclareceu não ser o caso de atendimento da determinação para juntada dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados na 8ª Promotoria do Patrimônio Público e Social, por não se relacionarem com a matéria veiculada na presente ação.

A Federação Paulista de Futebol pugna pela juntada de documentos e reitera o pedido de rejeição da ação (fls. 1.070/1.077).

Às fls. 1.099/1.115, o Ministério Público pugnou pela juntada de documentos.

Foi deferido requerimento formulado pelo autor (fl. 116) e determinada a suspensão do feito, pelo prazo de sessenta dias, para tentativa de composição entre as partes (fl. 124).

Sobreveio pedido ministerial para retomada da tramitação processual e para juntada de novos documentos (fls. 1.131/1.159).

Designou-se audiência de tentativa de conciliação, que restou infrutífera (fl. 1.179).

Pelo Ministério Público houve a juntada de documentos (fls. 1.181/1.206).

A Federação Paulista de Futebol manifestou-se às fls. 1.209/1.220, pugnando pela rejeição da ação.

É a síntese do essencial.

DECIDO.

Inicialmente, sobre a ilegitimidade ativa, o que se tem é que a Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85, em seu artigo 5º, assim dispõe:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público;

(...)

Ainda, o Estatuto do Torcedor - Lei nº 10.671/05 -, em seu artigo 41-B, § 5º, prevê a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da Ação Civil Pública.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 643, firmou entendimento de que o Ministério Público é legitimado para propor Ação Civil Pública em defesa de qualquer direito transindividual, como decorrência da previsão contida no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

O conflito de atribuições que se instalou no bojo do Inquérito Civil entre a Promotoria de Justiça do Patrimônio e a Promotoria de Justiça do Consumidor, sobretudo à luz do princípio da unicidade e indivisibilidade do Ministério Público, não afasta sua legitimidade para figurar no polo ativo da presente demanda.

Dessa forma, repilo a preliminar suscitada pela Federação Paulista de Futebol.

Quanto à preliminar suscitada pelo corréu *****, de ilegitimidade de parte passiva, não comporta acolhimento.

Com efeito, cediço que são legitimados passivos para a Ação Civil de Improbidade todos aqueles que por qualquer modo concorreram para o ato de improbidade administrativa, ou seja, para a lesão ou ameaça ao direito tutelado.

Sobre a questão, estabelece o artigo 3º da Lei nº 8.429/92 que suas disposições são aplicáveis àqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, concorreram

para a prática do suposto ato de improbidade ou dele se beneficiem de qualquer forma, direta ou indiretamente.

Dessa forma, considerando que a presente demanda é dirigida também à Federação Paulista de Futebol, de rigor a manutenção, no polo passivo, daquele que a represente, ou seja, de seu presidente.

A respeito do tema, oportuna a transcrição da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARTICULAR EQUIPARADO A AGENTE PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa, proposta pelo Ministério Público Federal, com assistência da União, contra Agroindustrial Uruará S.A. e outros, imputando-lhes desvio de recursos do Finam, mediante documentos falsos e outros artifícios. 2. O juiz de 1º grau julgou extinto o processo sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva. 3. O Tribunal *a quo* negou provimento às Apelações do *parquet* federal e da União. 4. Esclareça-se que concordamos com a jurisprudência do STJ no sentido de que o particular sozinho não pode ser réu na Ação de Improbidade. 5. Contudo, ressalva-se a hipótese dos autos, em que se assimila a “agente público” as pessoas referidas no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92. *In casu*, a AGROINDUSTRIAL URUARÁ S.A., ré, se equipara a agente público. 6. O parecer do *parquet* federal exarado pela subprocuradora-geral da República Gilda Pereira de Carvalho bem analisou a questão: “26. De forma que, a empresa Agroindustrial Uruará S.A., tendo recebido benefícios creditícios de órgão público (Finam), equipara-se a sujeito passivo do ato de improbidade administrativa, nos termos do parágrafo único do art. 10 da Lei nº 8.429/92, daí porque os dirigentes da referida empresa, como gestores dos recursos repassados pelo Finam, devem ser considerados agentes públicos para fins da lei de improbidade administrativa, não havendo que se falar, portanto, em inadequação da via eleita por ilegitimidade passiva *ad causam*.” (fls. 648-655, grifo acrescentado). 7. Enfim, os sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa não são apenas os servidores públicos, mas todos aqueles que estejam abrangidos no conceito de agente público, conforme os artigos 1º, parágrafo único, e 2º, da Lei nº 8.429/92. Nesse sentido: AgRg no REsp nº 1.196.801/MG, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 26/8/2014, MS nº 21.042/DF, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 17/12/2015, e REsp nº 1.081.098/DF, rel. ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3/9/2009. 8. Assim, tendo em vista que figura no polo passivo a AGROINDUSTRIAL URUARÁ S.A., equiparada a agente público, o processamento da Ação de Improbidade Administrativa é possível, pois há legitimidade passiva. 9. Recurso Especial provido. (REsp nº 1.357.235 / PA Segunda Turma rel. min. Herman Benjamin j. 10/11/2016 DJe 30/11/2016.)

No que tange à possibilidade de recebimento da presente demanda, relevante lembrar que, em consonância com o princípio do *in dubio pro societate*, a Petição Inicial da Ação de Improbidade somente poderá ser rejeitada na hipótese de constatação de inexistência do ato de improbidade, de im procedência da ação ou da inadequação da via eleita, conforme dispõe o artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92.

Além de tais requisitos, imprescindível a presença do elemento subjetivo, qual seja, o dolo de provocar lesão ou ameaça a direito, por meio da violação aos princípios da Administração Pública.

Com efeito, conquanto a omissão na prática de ato pelo Poder Público possa, em tese, caracterizar ato de improbidade administrativa, o elemento subjetivo ou volitivo da conduta não pode ser considerado de maneira objetiva para fins de enquadramento do agente público no artigo 11 da Lei nº 8.429/92. Para tanto, sem menosprezar o mencionado princípio *in dubio pro societate*, é imprescindível que a conduta seja orientada pelo dolo de violar os princípios da Administração Pública, o que não restou bem-caracterizado na narrativa e na documentação trazida pelo autor.

Como se observa, o relato do autor não sinaliza que os réus agiram de forma dolosa ou com culpa grave, nem sequer se considerada, especificamente quanto à Federação Paulista de Futebol, a suposta ausência de atualização na comunicação dos torcedores impedidos de ingressar nos estádios de futebol nos dias dos eventos esportivos.

Inexistem elementos que sinalizem, não somente os atos de improbidade propriamente ditos, como também o dolo dos réus ou culpa grave quanto à eventual inobservância do que determina o artigo 5º, § 1º, inciso VI, e § 2º, do Estatuto do Torcedor, referente à lista com nomes dos torcedores impedidos de comparecer a estádios durante os eventos esportivos.

Na situação retratada nos autos, vê-se que a motivação para a instauração do Inquérito Civil MP-SIS nº 14.0695.0000622/2016-5 foram matérias jornalísticas sobre atos de violência cometidos por pessoas envolvidas com agremiações esportivas e torcidas organizadas de futebol (fls. 31/38). Exemplo disso foi a briga entre torcedores do Corinthians e do São Paulo na cidade de Carapicuíba, a 50km do estádio em Itaquera, horas antes do início da partida entre os dois times pelo Campeonato Brasileiro, em local distante do estádio de futebol.

O autor também respalda suas alegações na falta de cumprimento da Recomendação Administrativa emitida pelo Ministério Público ao comandante-geral da Polícia Militar, ao comandante do Choque e à Federação Paulista de Futebol, indicando a adoção de medidas para preservar a segurança pública durante os eventos esportivos de futebol (fls. 286/296, 306/311).

Todavia, carece de razoabilidade que a ausência de pronta atualização da lista de torcedores impedidos ou mesmo da instalação de equipamentos específicos, a exemplo do dispositivo de reconhecimento facial, venham a justificar a adoção das drásticas medidas aqui postuladas.

No Ofício nº CAJ-1066/400/18, elaborado pela Polícia Militar do Estado de São Paulo, há descrição das condutas adotadas que integram os planos de ação voltados à segurança pública durante os jogos do campeonato de futebol. Informa também que as medidas especificadas na Recomendação já são adotadas por aquela instituição (fls. 658/661), o que demonstra atuação e empenho dos réus na prevenção dos atos de violência durante os eventos esportivos.

A evidenciar a preocupação e o compromisso da Polícia Militar com a prevenção e manutenção da segurança nos dias de partidas de futebol, tem-se a realização, por meio do 2º Batalhão de Polícia de Choque, de reuniões preparatórias semanais entre a Polícia Militar, a iniciativa privada e as torcidas organizadas, para cumprimento da “Operação Futebol”, conforme Diretriz nº PM3-005/02/06, alterada pela Ordem Complementar nº PM3-006/02/13 (fls. 678/680).

Nos termos do Ofício nº CAJ-975/400/18, o escopo de tais reuniões seria a formalização dos planos de ação individualizados para cada evento, com análise das características e situações que permeiam cada jogo, como o local da partida, times participantes, fase em que se encontra o campeonato, grau de rivalidade entre as torcidas e vias de acesso (fls. 678/679).

Objetivando que as ações se revistam de maior eficácia, a Polícia Militar ainda busca integrar nos planos de ação demais órgãos públicos, como a SPTrans, CET, Metrô, GCM, CPTM, Subprefeitura, Administração Regional, Polícia Civil, que, conquanto nem sempre compareçam, sempre são convidados para as reuniões preparatórias (fl. 680).

A respeito do fornecimento das listas de pessoas impedidas de comparecer aos estádios, ainda que, como mencionado inicialmente, possa se considerar certa defasagem ou atraso em sua atualização, o teor do mencionado Ofício nº CAJ-

975/400/18 revela que a Federação Paulista de Futebol não tem deixado de apresentar os documentos e que o Ministério Público já considerou cumpridos os Termos de Ajustamento de Condutas nº PF-249/1995-A, lavrado em 19/9/2006, outro sem numeração, lavrado em 12/4/2012, e o nº 51.161.1509/09B, lavrado em 18/11/2013 (fl. 680).

A análise conjugada de tais elementos afasta, portanto, não somente os indícios de existência dos atos de improbidade, como também o elemento subjetivo doloso.

Sobre o tema, convém trazer à colação voto proferido pelo ministro Teori Zavascki, por ocasião do julgamento AIA nº 30/AM:

A desorganização administrativa do Poder Executivo, aí incluída a ausência de planejamento prévio da municipalidade para o recebimento de eventos de grande porte privados é grave, mas os efeitos dessa gravidade, sem a indicação de elemento volitivo, devem-se limitar ao campo político ou ao do ressarcimento civil, pois, como acima dito, a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. (AIA nº 30/AM - rel. ministro Teori Albino Zavascki - Corte Especial - DJe 28/9/2011).

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou sobre a questão e, embora estabelecido o entendimento de que bastam indícios de atos de improbidade para o recebimento da petição inicial em Ação Civil Pública, também ponderou que tal requisito deve vir acompanhado do dolo do agente:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. JOGOS MUNDIAIS DA JUVENTUDE. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONDOTA DESCRITA. PRÁTICA DE ATO DOLOSO OU CULPA GRAVE. AUSÊNCIA.

1. Não há violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015 quando o Órgão Julgador, de forma clara e coerente, externa fundamentação adequada e suficiente à conclusão do Acórdão embargado, com manifestação expressa sobre os pontos relevantes à solução da controvérsia.

2. À luz do § 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, a decisão de recebimento da Inicial da Ação de Improbidade não pode limitar-se à invocação *do in dubio pro societate*, devendo, antes, ao menos, tecer comentários sobre os elementos indiciários e a causa de pedir, ao mesmo tempo em que, para a rejeição, deve bem-delimitar a situação fático-probatória que lastreia os motivos de convicção externados pelo órgão judicial.

3. O fato de o então prefeito ter autorizado a contratação, de forma repentina e por meio de pregão presencial, por si só, não induz à conclusão de favorecimento às

sociedades empresárias mencionadas, ainda que sejam as mesmas contratadas pela organizadora privada do evento.

4. A desorganização administrativa do Poder Executivo, aí incluída a ausência de planejamento prévio da municipalidade para o recebimento de eventos de grande porte privados é grave, mas os efeitos dessa gravidade, sem a indicação de elemento volitivo, deve-se limitar ao campo político ou ao do ressarcimento civil, pois a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. (AIA nº 30/AM, rel. ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/9/2011.)

5. A situação verificada denota que o réu apenas foi incluído no polo passivo da Ação de Improbidade em razão de sua posição hierárquica, a evidenciar a ausência de justa causa, como, *mutatis mutandis*, tem decidido o Supremo Tribunal Federal nas ações penais.

6. “Não demonstrado pela acusação o dolo do acusado na autorização da despesa e incluído no polo passivo exclusivamente em razão de sua posição hierárquica, fica evidenciada a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal”. (AP nº 905 QO, relator min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 23/2/2016, DJe-053.)

7. Hipótese em que, tão somente no que concerne ao réu/recorrido, sem reexame de provas, não há como revisar o entendimento firmado pelo Tribunal de origem pela rejeição da petição inicial, uma vez que a causa de pedir descrita pelo *parquet* não indica que o então prefeito atuou de forma dolosa, ou com culpa grave, ao autorizar a contratação de serviços de assistência médica para evento privado de grande porte ou ao liberar os créditos orçamentários para tal fim.

8. Agravo Interno do Ministério Público não provido. (AgInt no REsp nº 1.658.625 / RJ Primeira Turma - rel. min. Gurgel de Faria j. 20/9/2018 DJe 12/11/2018.)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RESPOSTA A OFÍCIO MINISTERIAL. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Em observância ao princípio do *in dubio pro societate*, a Petição Inicial da Ação Civil Pública somente será rejeitada quando constatada a “inexistência do ato de improbidade, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita”.

2. “O retardamento ou omissão na prática de ato de ofício não pode ser considerado de maneira objetiva para fins de enquadramento do agente público no campo de incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. É preciso que a conduta seja orientada pelo dolo de violar os princípios da administração pública, o que não ficou demonstrado no caso concreto”. (AgRg no REsp nº 1.191.261/RJ, relator ministro Humberto Martins, DJe 25/11/2011.)

3. Hipótese em que a instância ordinária — soberana na apreciação da matéria fático-probatória — concluiu pela inexistência do elemento subjetivo doloso na conduta necessário para a configuração do ato de improbidade.

4. A reforma do acórdão recorrido, quanto à existência dos indícios da prática do ato de improbidade e à presença do elemento subjetivo doloso, demandaria o reexame do substrato fático-probatório dos autos, o que é inviável no âmbito do recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7/STJ.

5. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp nº 617.856 / RJ Primeira Turma rel. min. MARGA TESSLER - juíza federal convocada do TRF 4ª Região j. 5/3/2015 - DJe 13/3/2015.)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. IMPRESCINDIBILIDADE DO DOLO GENÉRICO. O retardamento ou omissão na prática de ato de ofício não pode ser considerado de maneira objetiva para fins de enquadramento do agente público no campo de incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa. É preciso que a conduta seja orientada pelo dolo de violar os princípios da administração pública, o que não ficou demonstrado no caso concreto. Agravos regimentais improvidos. (AgRg no REsp nº 1.191.261/RJ, relator ministro Humberto Martins - DJe 25/11/2011.)

Em suma, a situação retratada nos autos revela, em grande medida, discordância ministerial quanto à forma de atuação dos réus no planejamento e execução de ações voltadas a coibir a violência entre torcidas organizadas em eventos futebolísticos. Todavia, sob aspecto estritamente jurídico, a conduta dos envolvidos, conforme se extrai das defesas prévias e da própria leitura da Inicial, não se reveste de dolo ou culpa grave, a ponto de sujeitá-los aos rigores da Lei de Improbidade e àquilo que representa por si só figurar como réu no polo passivo em demanda de tal natureza.

Ante o exposto, nos termos do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992, REJEITO a Inicial da presente Ação Civil Pública e, por via de consequência, julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 485, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Sem custas ou honorários, por força do que dispõe o artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

Com o trânsito em julgado e feitas as anotações necessárias, arquivem-se os autos.

P.I.C.

São Paulo, 19 de agosto de 2019.

JOSÉ EDUARDO CORDEIRO ROCHA

Juiz de Direito



Peças e Julgados

Contrarrazões em Recurso de Apelação

(...) o Ministério Público propôs Ação de Improbidade em face do Detran e do então superintendente, questionando a legalidade da emissão de vales-refeição pela autarquia aos seus servidores, dada a inexistência de autorização legal específica para tanto. Segundo o órgão ministerial, seria ilegal, também, o credenciamento de estabelecimentos comerciais para utilização dos vales sem a realização de prévio procedimento licitatório. A r. Sentença destacou a inexistência de indicação de qualquer conduta dolosa ou eivada de má-fé na Inicial, observando, ainda, que o Detran seguiu Parecer da Procuradoria Administrativa confirmando a legalidade da concessão do benefício e a possibilidade de realização do credenciamento, como hipótese de inexigibilidade. Interposto Recurso de Apelação, foram elaboradas Contrarrazões pela PGE/SP, cujos argumentos foram acolhidos em sede de Acórdão.*

*Trecho da apresentação.

**EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 9^A VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL**

**AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
Nº 1017409-51.2016.8.26.0053**

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

O DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE SÃO PAULO - DE-TRAN/SP, por intermédio da procuradora do Estado que esta subscreve, nos autos do processo em epígrafe, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de Vossa Exce-
lência, apresentar a presente **CONTRARRAZÕES ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público**, aguardado-se o seu recebimento e regular processamento, com a posterior remessa dos autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 16 de março de 2017.

RENATA LANE

Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 289.214

CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADO: DETRAN/SP E OUTRO

JUÍZO DA 9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Egrégio Tribunal de Justiça

Eméritos Desembargadores

Nobre Julgadores

Trata-se de Recurso de Apelação interposto em face da r. Sentença que rejeitou a Petição Inicial da Ação Civil de Responsabilidade por Atos de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, com fulcro no art. 17, § 8º da Lei nº 8.429/92, extinguindo, portanto, o feito, sem resolução de mérito.

Em breve síntese, o Ministério Público ajuizou Ação de Responsabilidade por Atos de Improbidade Administrativa em face do Detran/SP e do então superintendente da autarquia, *****, imputando conduta ímproba pela concessão de vale-refeição para os servidores públicos da autarquia estadual, requerendo também fosse cessado o pagamento aos estabelecimentos comerciais credenciados para a utilização dos vales-refeição.

Para a douta magistrada, o douto *parquet* não demonstrou o elemento volitivo da conduta do demandado para que se pudesse auferir se ocorreu ou não improbidade administrativa, asseverando que “*prova alguma há nos autos no sentido de que tenha ele agido com dolo ou má-fé*”.

Além da ausência de elemento essencial para caracterizar uma conduta como ímproba, a douta julgadora observou que o Detran seguiu as orientações da Procuradoria-Geral do Estado, que, por meio de sua área consultiva, exarou judicioso Parecer sobre o tema (Parecer PA nº 290/2007), aprovado pelo senhor procurador-geral do Estado, e de caráter vinculante para a Administração, orientando a Administração Pública como um todo da legalidade da concessão do benefício.

A Procuradoria-Geral do Estado, também por meio de sua área consultiva, concluiu pela legalidade de credenciamento de estabelecimentos para fornecimento das refeições, com inexigibilidade de licitação.

Como cediço, a inexigibilidade de licitação decorre da contratação de todos os estabelecimentos comerciais interessados em firmar ajustes com a Administração, desde que preencham as condições mínimas para tanto necessárias. A inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição, por dois motivos. Primeiro, porque todos os interessados serão contratados e segundo porque os valores do contrato são previamente fixados pela Administração.

A Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer PA-3 nº 348/93, também devidamente aprovado pelo senhor procurador-geral do Estado, e de caráter vinculante para a Administração, já admitiu a inexigibilidade de licitação em decorrência do credenciamento de todos os interessados em contratar com a Administração. Sustentou-se naquele parecer que “caso (...) a Administração vá aceitar todas as ‘propostas’, desde que atendidos certos requisitos previamente estabelecidos, não se há de cogitar de licitação ou de procedimento equivalente”.

Como cediço, a opção pelo credenciamento, desde que observados os pressupostos assentados, notadamente no que se refere à preservação dos princípios da isonomia, da economicidade e da motivação, é admitida pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais de Contas.

Sendo assim, considerando que o Detran/SP teria observado integralmente orientação jurídica sobre o tema (PGE), não teria a autarquia “descumprido” dolosamente a orientação do Ministério Público; razão pela qual, não se poderia falar em conduta ímproba. Justamente porque ausente qualquer comprovação de má-fé ou desonestidade, a Petição Inicial foi rejeitada.

Não se conformando, interpõe o *parquet* o presente Recurso de Apelação, requerendo a reforma integral da r. Sentença. Contudo, e conforme ficará a seguir demonstrado, a pretensão recursal do Ministério Público não merece prosperar, devendo a r. Sentença que rejeitou a Inicial, ser mantida em sua integralidade.

DA LEGALIDADE DA CONCESSÃO DO VALE-REFEIÇÃO. DA AUSÊNCIA DE DESONESTIDADE OU MÁ-FÉ. DA NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONDUTA ÍMPROBA.

Dentro da absoluta legalidade, e amparado por parecer jurídico¹ da área consultiva da Procuradoria-Geral do Estado, aprovado pelo sr. procurador-geral do

1 Parecer PA nº 76/2015.

Estado, e de caráter *vinculante* para administração pública, o Detran/SP começou a fornecer auxílio-refeição a *todos* os servidores da autarquia.

Inicialmente, o benefício tinha sido instituído apenas para os servidores lotados em repartições que não possuíam local para as refeições. Com a edição da Portaria Detran nº 160, de 25 de março de 2016, o benefício de vale-refeição foi instituído para todos os servidores, independentemente de seu local de lotação.

A concessão de tal benefício é prática comum da Administração Pública, tanto é que a própria Portaria concedendo o vale-refeição aos servidores do Detran salientou se tratar de benefício instituído por diversas secretarias e autarquias, inclusive com a aprovação pelo Tribunal de Contas.

O recebimento de benefício alimentar não é vantagem funcional *stricto sensu*, pois não possui efeitos pecuniários, já que não se incorpora ao salário de qualquer forma. Logo, desnecessário que seja instituído por lei; inexistindo ilegalidade no benefício concedido pelo Detran/SP.

O art.128 da Constituição Estadual exige *lei* para a concessão de vantagens de qualquer natureza - vantagens **pecuniárias**. Não há proibição para o fornecimento de gêneros alimentícios *in natura* ou mediante a contratação de restaurantes custeados com tíquete próprio.

Logo, a alegação do Ministério Público de que haveria improbidade na concessão de um benefício não instituído por lei não prospera: repisa-se, **não se trata de vantagem pecuniária, mas de fornecimento de alimentos, vantagem essa transitória, decorrente do vínculo com a Administração, que não se incorpora ao salário para nenhum fim.**

Além do mais, tampouco há qualquer vedação para o fornecimento de outro benefício *in natura* além do auxílio-alimentação, percebida por servidores com remuneração bruta de até 141 Ufesp (auxílio instituído pela Lei nº 7.254/91). Também há Parecer vinculante nesse sentido (Parecer PA nº 76/2015) exarado pela Procuradoria-Geral do Estado, instituição responsável pela advocacia do Estado de São Paulo, possibilitando o fornecimento de alimentação por mais de uma forma.

Assim, o benefício do auxílio-alimentação pode conviver com o sistema de refeições subsidiadas.

Portanto, não há ilegalidade na concessão do benefício. E, ainda que houvesse, o que se deduz apenas para fins de argumentação, ainda assim não se poderia falar

em improbidade, já que ausentes os elementos que a tipificariam, notadamente o dolo do agente público, eis que agiu amparado por pareceres da Procuradoria-Geral do Estado.

Cumpre destacar que o fornecimento de vale-refeição é uma prática comum na Administração Pública, validado pelo Tribunal de Contas e em conformidade com a orientação de seu órgão jurídico.

Para que se pudesse falar em improbidade, dever-se-ia comprovar a desonestidade ou má-fé do agente público, ou, em outras palavras, que o então superintendente do Detran objetivasse, com a concessão do benefício, alguma vantagem ou fim escuso. Ausente o dolo do agente público, não há que se falar em improbidade administrativa. Nesse sentido é o entendimento consolidado do C. STJ:

“(...) a caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico.” (REsp 772.241/MG, rel. min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 6/9/2011.)

“(...) a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.” (STJ, AIA nº 30/AM, rel. ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/9/2011.)

Assim, além da regularidade e legalidade do próprio ato, não existem fundamentos para a propositura de uma ação de improbidade! Não foi comprovada qualquer má-fé ou dolo na concessão do benefício, agindo o agente público em estrita conformidade com a lei, e com o respaldo da orientação jurídica do órgão competente (Parecer com efeito vinculante para toda a Administração!).

Ora, uma autarquia ou qualquer órgão da Administração Pública não poderia ser responsabilizada pela prática de ato ímprobo apenas porque não observou entendimento diverso do Ministério Público.

Conforme mencionado, respeita-se entendimento diverso de qualquer órgão de controle. Contudo, a instituição do benefício ocorreu com respaldo de orientação jurídica, aprovação do Tribunal de Contas e com base no entendimento de que se trata de concessão legal e regular, inexistindo quaisquer motivos para que não seja concedido o benefício aos servidores públicos lotados na autarquia estadual.

Com efeitos, faltavam elementos essenciais para que se pudesse ser ajuizada Ação de Improbidade Administrativa. Justamente porque inexistente ato ímprobo, a douta magistrada de primeiro grau acertadamente rejeitou a Petição Inicial, eis que, usando as palavras da d. magistrada sentenciante, *“a fundamentação tecida na Inicial pretende ampliar, de forma indevida, e até mesmo temerária, o alcance da Lei nº 8.429/92, ao estendê-lo a situações burocráticas exigidas do administrador público no desempenho de suas atribuições, sejam tidas como omissão quanto a seus deveres”*.

São essas mesmas razões invocadas pela r. Sentença que conduzirão ao impro- vimento do presente apelo.

DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CREDENCIAMENTO. INE- XISTÊNCIA DE COMPETIÇÃO. LEGALIDADE.

De acordo com o Ministério Público, haveria violação ao dever de licitar pelo simples fato de o Detran ter procedido o credenciamento de restaurantes para a uti- lização do vale-refeição. Segundo o *parquet*, deveria ter ocorrido processo licitatório para a escolha de restaurantes.

Contudo, com o devido respeito, tampouco há que se falar em ilegalidade, já que se trata de caso de inexigibilidade de licitação.

Isso porque **todos** os restaurantes interessados podem se credenciar, respei- tando os critérios estabelecidos pela Administração Pública. Logo, trata-se de um típico caso de **inexigibilidade de licitação**, vez que ocorrerá contratação de *todos* os estabelecimentos comerciais interessados em firmar ajustes com a Administração, desde que preencham as condições mínimas para tanto necessárias.

A inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição, por dois motivos. Primeiro, porque todos os interessados serão contratados, caso preencham os requi- sitos necessários, e segundo porque os valores do contrato são previamente fixados pela Administração.

Sob o aspecto formal, observa Marçal Justen Filho que *“a Administração deverá editar um ato de cunho regulamentar, fundado no reconhecimento da ausência de exclusão de contratação de um número indeterminado de particulares para atendimento a certas necessidades, no qual serão estabelecidas as condições, os requisitos e os limites não apenas para as futuras contratações como também para*

que os particulares obtenham o credenciamento – ato formal por meio do qual o particular é reconhecido como em condições de contratação”.

A Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer PA-3 nº 348/93, também devidamente aprovado pelo senhor procurador-geral do Estado, e de caráter vinculante para a Administração, já admitiu a inexigibilidade de licitação em decorrência do credenciamento de todos os interessados em contratar com a Administração. Sustentou-se naquele parecer que “caso (...) a Administração vá aceitar todas as ‘propostas’, desde que atendidos certos requisitos previamente estabelecidos, não se há de cogitar de licitação ou de procedimento equivalente”.

Conforme editais de credenciamento juntados aos autos, restou observado o princípio da isonomia, uma vez facultado a todos os interessados a possibilidade de credenciamento.

Como cediço, a opção pelo credenciamento, desde que observados os pressupostos assentados, notadamente no que se refere à preservação dos princípios da isonomia, da economicidade e da motivação, é admitida pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais de Contas.

Portanto, conforme bem-aludido no PARECER PA nº 290/2007, já anexado aos autos, aprovado pela então subprocuradora-geral do Estado MARIA CHRISTINA TIBIRIÇÁ BAHBOUTH, e pelo então procurador-geral do Estado MARCOS FÁBIO DE OLIVEIRA NUSDEO, portanto com caráter vinculante à Administração Pública, “(i) *inexiste obstáculo para a Administração Pública fornecer refeições aos servidores públicos, em face do disposto no artigo 128 da Constituição Estadual (pareceres PA nº 375/1994, CJ-F nº 257/1992 e PA nº 276/2000); (ii) é inviável a contratação de associação de servidores públicos, com inexigibilidade de licitação, objetivando o fornecimento de refeições aos seus membros (pareceres PA nº 77/97 e PA nº 50/2000); (iii) a contratação, mediante prévio credenciamento, é regular, pois todos aqueles interessados em firmar tais ajustes, que preenchem as condições necessárias para tanto, serão beneficiados. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação, não havendo necessidade de disputa, na medida em que todos os interessados aptos serão contratados por um preço previamente fixado pela Administração”.* (Destaquei)

O fato de o benefício não ter sido estabelecido por lei e permitir o credenciamento, não significa que a Administração Pública não tenha observado as demais formalidades para o credenciamento e pagamento dos vales-refeição.

Foi realizada pesquisa de preço de mercado, foram reservados reserva de orçamento para pagamento dos vales, edital de habilitação e contratação dos restaurantes. E não há qualquer comprovação por parte do autor da ação de que não tenha ocorrido observância dos requisitos legais para o credenciamento dos restaurantes interessados.

Logo, o que se verifica é que inexistente ilegalidade apta a justificar a suspensão do vale-refeição. A instituição do benefício é prática recorrente dentro da Administração Pública, inclusive dentro do próprio Ministério Público. E, justamente, por não se tratar de vantagem pecuniária, não necessita de autorização legislativa, entendimento esse ratificado pelo Tribunal de Contas.

A possibilidade de rejeição da Petição Inicial vai justamente no sentido de filtrar as ações que não tenham base sólida e segura de indícios de ato ímprobo, e que de modo temerário, como reconhecido na r. Sentença, procurem alargar a interpretação da Lei federal nº 8.429/92. E, no caso em tela, foi comprovado que a atuação da Administração Pública observou todo o procedimento formal, orientação jurídica da Procuradoria-Geral do Estado, instituição responsável pela advocacia do Estado, nos termos do artigo 99 da Constituição Estadual, e entendimento da Corte de Contas Estadual, sendo descabido falar em ilegalidade tipificada, má-fé ou desonestidade. Logo, de rigor a manutenção da rejeição da Petição Inicial.

PEDIDO:

Por todo o exposto, o Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo requer seja negado provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, mantendo-se integralmente a r. Sentença que indeferiu a Petição Inicial.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 16 de março de 2017.

RENATA LANE
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 289.214

REGISTRO: 2018.0000595833

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1017409-51.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SP, são apelados **** e DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO - DETRAN.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Nos termos do art. 942 do CPC, em julgamento estendido, negaram provimento ao recurso. Vencido o relator sorteado, que declara. Acórdão com o 3º juiz.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este Acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI, vencedor, RENATO DELBIANCO, vencido, VERA ANGRISANI (Presidente), LUCIANA BRESCIANI E CARLOS VON ADAMEK.

São Paulo, 31 de julho de 2018.

CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI

Relator designado

VOTO Nº 17.995

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1017409-51.2016.8.26.0053

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADOS: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO – DETRAN E OUTRO

VARA DE ORIGEM: 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação Civil Pública. Decisão que indeferiu a Petição Inicial. Alegação de improbidade administrativa pela concessão de vale-alimentação. Causa de pedir fundada na ilegalidade da concessão do benefício e na dispensa indevida de licitação. Existência da Lei estadual nº 7.524/91 que prevê possibilidade do benefício, inclusive para as autarquias, além de parecer da Procuradoria do Estado quanto à possibilidade da concessão. Dispensa de licitação que não se verifica como irregular. Inexistência de concorrência ou de escolha entre licitantes, mero credenciamento administrativo, aberto a todos aqueles que atendam às condições previstas. Inteligência dos arts. 37, XXI, da CF, e do art. 25 da Lei nº 8.666/93. Possibilidade de outras irregularidades não devidamente apuradas nem apontadas adequadamente na Petição Inicial. Inviabilidade da demanda na forma como foi ajuizada. Inaplicabilidade do princípio *in dubio pro societate* ao caso, ante a causa de pedir que fundamenta o pedido. Necessidade de readequação da ação. Petição Inicial indeferida. Extinção sem julgamento de mérito. Sentença mantida. Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto em face da r. Sentença de fls. 3.456/3.464 que, em sede de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo (Detran) e outro, indeferiu a Petição Inicial, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, c.c. art. 485, inciso I, do Código de Processo Civil.

Apelou o autor, Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 3.483/3.522), aduzindo, em síntese, que o Detran/SP, por intermédio de seu então coordenador, sr. *****, celebrou diversos contratos de credenciamento com diversos estabelecimentos comerciais do ramo de alimentação, para o fornecimento de refeições aos

servidores daquelas unidades, valendo-se do disposto no art. 25, inciso I, da Lei nº 8.666/93.

Argumenta que, na prática, além da percepção do auxílio-alimentação, instituído por lei a todos os servidores, alguns passaram a receber também um “vale diário”, no valor de R\$ 15,00, para utilização nos restaurantes credenciados instalados nas proximidades da sede e unidades beneficiadas com a medida.

Afirma que foram despendidos R\$ 6.577.169,53, até abril de 2015, sem que houvesse autorização legal específica para tanto.

Assevera ter havido ofensa aos princípios da legalidade, isonomia e exigibilidade de licitação.

Sustenta que a decisão que rejeitou a Petição Inicial encontra-se desprovida de fundamentação, ao arrepio do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Invoca o princípio *in dubio pro societate*, não estando configurada a hipótese do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92. Foram ofertadas Contrarrazões (fls. 3.580/3.592).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do apelo interposto (fls. 3.618/3.625).

É o relatório.

1. Trata-se de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público em face do Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo - Detran/SP e seu presidente, sr. ****, sob o argumento de que, a partir de 2012, foram celebrados contratos de credenciamento com diversos estabelecimentos comerciais do ramo alimentício, por meio de inexigibilidade de procedimento licitatório, para fornecimento de refeições aos servidores de algumas unidades da capital e grande São Paulo, em detrimento dos demais que se encontram lotados em outras unidades, não obstante o fornecimento ordinário de auxílio-alimentação (para todos os servidores).

A causa de pedir da ação é basicamente a inexistência de autorização legal para a expedição dos vales-refeição.

Além disso, a indevida dispensa da licitação, no credenciamento dos restaurantes aptos a receber tais vales.

Para tanto, basicamente formulou os seguintes pedidos: (i) seja determinado ao Detran/SP, ainda liminarmente, que se abstenha de emitir os vales-refeição da

forma como narrada na Petição Inicial, bem como se abstenha de efetuar quaisquer pagamentos aos estabelecimentos comerciais credenciados, sob pena de multa diária, julgando-se procedente o pedido; (ii) seja reconhecida e declarada a nulidade integral de todos os Procedimentos de Inexigibilidade de Licitação deflagrados pelo Detran/SP para a contratação de serviços de fornecimento de refeições, mediante a emissão de “vales”, em especial os de nº 618.754-4/2012 (Sede - Edital de Credenciamento nº 001/2012), nº 789.454-6/2012 (São Bernardo do Campo - Edital de Credenciamento nº 005/2012), nº 789.457-0/2012 (Interlagos - Edital de Credenciamento nº 001/2012), 789.460-0/2012 (Aricanduva - Edital de Credenciamento nº 002/2012), nº 789.463-5/2012 (Armênia - Edital de Credenciamento nº 006/2012), nº 811.127-8/2012 (Guarulhos - Edital de Credenciamento nº 002/2013), bem como de todos os atos deles decorrentes, em especial, os respectivos contratos de “prestação de serviços de fornecimento de refeições”, as notas de empenho, as liquidações e os pagamentos; (iii) seja julgada procedente a ação para condenar o sr. **** como incurso no artigo 11, *caput* e inciso I, e artigo 10, *caput* e inciso VIII, ambos Lei nº 8.429/92, declarando-se, assim, que incorreu na prática desses atos de improbidade administrativa, com a aplicação das sanções previstas no artigo 12, inciso II, e, subsidiariamente, aquelas previstas no artigo 12, inciso III, do mesmo Diploma Legal.

O Juízo *a quo* houve por bem indeferir a Petição Inicial nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, c.c. art. 485, inciso I, do Código de Processo Civil, fundamentado na ausência de prova quanto à existência de elemento volitivo a mover a conduta do agente público, bem como de prova segura quanto à infringência de normas que versem sobre dispensa de licitação.

2. De início, não se sustenta a preliminar de nulidade da Sentença, por falta de fundamentação.

Note-se que a existência de fundamentação concisa não se confunde com ausência de fundamentação.

Assim, rejeita-se a alegação de nulidade.

3. Quanto à extinção do processo, correta a decisão.

Tanto a investigação dos fatos, como a Petição Inicial ofertada não se prestam à finalidade colocada, não estão adequadamente colocadas.

A invocação do princípio *in dubio pro societate* é inviável no caso em exame, pois os problemas estão na argumentação da Petição Inicial, na causa da pedir que sustenta o pedido.

Não se trata de mera questão de produção de prova, como tenta argumentar o Ministério Público.

4. Como acima destacado, são dois os fundamentos da demanda, a ilegal concessão do vale-refeição a parte dos servidores do Detran, sendo que tal ilegalidade seria por falta de embasamento legal; bem como a irregular dispensa de licitação.

5. Quanto à falta de base legal, ao contrário do sustentado pelo Ministério Público existe texto legal que autoriza a concessão do benefício do auxílio- alimentação ou vale-refeição. A Lei estadual nº 7.524/91 coloca:

Artigo 1º - Fica instituído, no âmbito da Administração Centralizada do Estado, auxílio-alimentação para funcionários e servidores, sob a forma de distribuição de documentos para aquisição de gêneros alimentícios, *in natura* ou preparados para consumo imediato, em estabelecimentos comerciais.

(...)

Artigo 5º - O disposto nesta lei aplica-se, nas mesmas bases e condições: I - aos funcionários e servidores das autarquias do Estado;

Tal lei sofreu alterações por força das Leis estaduais nºs 8.106/92 e 8.320/93 e pela Lei Complementar estadual nº 1.250/14, mas está em vigor.

Note-se que a *petição inicial não faz qualquer referência a tal legislação*.

Já por isso, absolutamente inadequada a fundamentação da Petição Inicial.

6. Note-se que a petição inicial faz referência a tratamento distinto em relação a vários funcionários do Detran, mas nem o Inquérito Civil nem a Petição Inicial tratam adequadamente do tema.

O parecer de fls. 324 menciona que o Detran, que hoje é autarquia (antes era departamento da administração direta), tem em seus quadros funcionários de diferentes origens, com diferentes situações e diferentes regimes jurídicos (funcionários da CLT, funcionários da administração direta cedidos e funcionários estatutários do Detran), sendo que acabam se sujeitando a regimentos jurídicos distintos (item 9).

A Petição Inicial argumenta que os funcionários receberiam auxílio-alimentação e também o vale-refeição. Baseia-se a Petição num depoimento (não foram

solicitadas informações e comprovações contábeis de tais pagamentos), juntado às fls. 184/185, de **** (citado às fls. 4/6).

Contudo, esse depoimento esclarece que “todos os servidores estaduais recebem auxílio-alimentação no valor diário de oito reais”.

Ora, o depoimento não se refere a todos os funcionários do Detran, ou seja, é necessário considerar os três tipos de servidores que ali atuam.

Note-se que os documentos juntados aos autos às fls. 53, 58, 63 e 73, que são cópia de uma ação ajuizada por funcionários, *tais funcionários não recebem qualquer auxílio-alimentação* (o campo próprio no comprovante, relativo a tal verba, está em branco) e na ação ajuizada tal verba é postulada.

Desse modo, parece que a questão deveria ter sido devidamente esclarecida, pois, ao que parece, *eventualmente poder-se-ia cogitar de pagamentos feitos indevidamente ou irregularmente; tudo a depender de efetiva verificação dos pagamentos.*

Parece temerário o ajuizamento da demanda sem efetivamente verificar e comprovar documentalmente os eventuais pagamentos irregulares e indevidos, caso eles tenham ocorrido.

De qualquer forma, repita-se, o fundamento da Petição Inicial, de falta de base legal para o pagamento, é argumento que não se sustenta e nem em tese pode ser admitido.

Logo, deveria ser adequada a Petição Inicial.

7. Quanto à dispensa da licitação, também equivocada a causa de pedir apontada.

Como se verifica pelo memorial descritivo de fls. 394 e seguintes, *foram abertos credenciamento para empresas interessadas em fornecer as refeições, observando as condições de tal memorial* (valor, refeições equilibradas com no mínimo 1.400 calorias, com cardápio variado, saladas naturais etc.).

Não havia concorrência, não seria eleita uma única fornecedora.

O art. 37, XXI, da CF, coloca:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como se vê, o procedimento de licitação é o mecanismo previsto em lei para contratação a ser feita pelo Poder Público para selecionar a proposta mais adequada, assegurada a igualdade aos concorrentes.

É procedimento que visa a selecionar e escolher um concorrente ou alguns concorrentes, em detrimento de outros.

No caso em tela, o Detran procedeu ao credenciamento de estabelecimentos, para o fornecimento de alimentação, pelo valor de R\$ 15,00, mas sujeito a condições (nível e adequação das refeições a serem servidas).

Não havia concorrência, todos os interessados poderiam se credenciar.

O credenciamento, como coloca o prof. Adilson Abreu Dallari, em seu artigo “Credenciamento” (*Revista Eletrônica de Direito do Estado* nº 5, 2006), o credenciamento é uma outorga ou atribuição. O credenciado recebe do poder público uma qualificação jurídica ou uma prerrogativa.

Como coloca a doutrina, nos casos de credenciamento, não se cogita de licitação (nesse sentido o artigo da prof^a. Sonia Tanaka, “Sistema de credenciamento: hipótese de inexigibilidade de licitação: requisitos necessários: considerações” no *BLC - Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo. Editora NDJ, maio 2003, p. 336).

E não se cogita de licitação por inexistir concorrência, competição, uma vez que se trata de procedimento aberto a todos os estabelecimentos que se interessem e observem as exigências colocadas pelo Poder Público.

Nesse sentido, a letra do art. 25 da Lei nº 8.666/93:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

No caso do credenciamento aberto, a inviabilidade da competição decorre do fato de que não haveria um escolhido, podendo todos os interessados participar.

Tal quadro torna dispensável a licitação.

Assim, também equivocada tal causa de pedir.

8. Dessa forma, como proposta, efetivamente a ação não tem condições de procedibilidade, não podendo ser admitida, nem com base no princípio do *in dubio pro societate*.

A questão poderá eventualmente ser devidamente verificada pelo Ministério Público, que poderá até, adequando a ação, novamente ajuizá-la, nos termos previstos no art. 486, § 1º do NCPC.

9. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação dos dispositivos, bastando que a questão tenha sido analisada.

Diante do exposto, *conheço e nego provimento* ao recurso, ficando mantida a sentença de fls. 3.456/3.464 por seus fundamentos e pelos acima colocados.

CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI

Relator designado

NE: foi proferido voto vencido pelo relator sorteado, des. Renato Delbianco, que dava provimento ao Recurso e determinava o retorno à origem para prosseguimento da demanda, com fundamento no princípio *in dubio pro societate*.

SENTENÇA**PROCESSO DIGITAL Nº: 1017409-51.2016.8.26.0053****CLASSE – ASSUNTO: AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - ATOS ADMINISTRATIVOS****REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO****REQUERIDO: **** E OUTRO****JUIZ(A) DE DIREITO: DR(A). MARICY MARALDI**

Vistos.

A presente Ação Civil Pública foi proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de **** (ex-presidente do Detran/SP) e do DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO - DETRAN/SP, com base no Inquérito Civil nº 14.0695.0001019/2014-5, instaurado em 13 de outubro de 2014, objetivando:

(i) a concessão liminar da tutela provisória de urgência antecipada para que seja determinado ao Detran-SP que se abstenha de emitir os “vales-refeição”, da forma como narrada nesta Petição, a partir da formal intimação da r. decisão, bem como se abstenha de efetuar quaisquer pagamentos aos estabelecimentos comerciais credenciados em decorrência de eventual utilização dos “vales” após a formal intimação da r. decisão judicial, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada vale emitido e/ou pago;

(ii) seja julgada procedente a presente ação para que o Detran-SP seja condenado na obrigação de não fazer consistente em se abster de emitir os “vales-refeição”, da forma como narrada nesta Petição, a partir do trânsito em julgado da r. Sentença, bem como se abstenha de efetuar quaisquer pagamentos aos estabelecimentos comerciais credenciados em decorrência de eventual utilização dos “vales” após o

trânsito em julgado da r. Sentença, sob pena de multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada vale emitido e/ou pago;

(iii) seja julgada procedente a presente ação para que seja reconhecida e declarada a nulidade integral de todos os Procedimentos de Inexigibilidade de Licitação deflagrados pelo Detran-SP para a contratação de serviços de fornecimento de refeições, mediante a emissão de “vales”, nos moldes acima narrados, em especial os de nº 618.754-4/2012 (Sede - Edital de Credenciamento nº 001/2012), nº 789.454-6/2012 (São Bernardo do Campo - Edital de Credenciamento nº 005/2012), nº 789.457-0/2012 (Interlagos - Edital de Credenciamento nº 001/2012), nº 789.460-0/2012 (Aricanduva - Edital de Credenciamento nº 002/2012), nº 789.463-5/2012 (Armênia - Edital de Credenciamento nº 006/2012), nº 811.127-8/2012 (Guarulhos - Edital de Credenciamento nº 002/2013), bem como de todos os atos deles decorrentes, em especial, os respectivos contratos de “prestação de serviços de fornecimento de refeições”, as notas de empenho, as liquidações e os pagamentos;

(iv) seja julgada procedente a presente ação para condenar o sr. **** como incurso no artigo 11, *caput* e inciso I, e artigo 10, *caput* e inciso VIII, ambos Lei nº 8.429/92, declarando-se, assim, que incorreu na prática desses atos de improbidade administrativa, com a aplicação das sanções previstas no artigo 12, inciso II, e, subsidiariamente, aquelas previstas no artigo 12, inciso III, do mesmo Diploma Legal;

(v) seja julgada procedente a presente ação para condenar o sr. **** ao ressarcimento integral do dano material que causou, correspondente à devolução integral de todos os valores despendidos pelo Detran-SP com os pagamentos dos estabelecimentos credenciados, decorrentes da utilização dos “vales” fornecidos aos empregados, devidamente corrigidos monetariamente a partir das datas das assinaturas dos ajustes e acrescidos de juros legais, esses, a partir da citação;

(vi) seja determinada a notificação do sr. **** e do Detran-SP (esse, na qualidade de litisconsorte passivo necessário), nos termos do artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429/92, para a apresentação de manifestações por escrito e, após o recebimento da Inicial, as citações de ambos os demandados para responderem, caso queiram, aos termos da presente ação, sob pena de revelia e confissão.

Aduziu, em apertada síntese, que chegou ao conhecimento da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, por meio do recebimento de peça de informação oriunda da 11ª Vara da Fazenda Pública da Capital, consistente em cópia dos autos do Mandado de Segurança nº 0005356-26.2014.8.26.0344 que o

DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DETRAN/SP efetuou o credenciamento de sociedades interessadas no fornecimento de refeições aos seus servidores lotados na capital e Grande São Paulo, sem a realização de prévio procedimento licitatório.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 6.577.169,53 (valor total líquido desembolsado para o pagamento dos estabelecimentos credenciados até o mês de abril de 2015), em cumprimento ao disposto no artigo 291 do CPC.

O Pedido Inicial veio acompanhado de documentos (fls. 27/2.790).

A liminar pleiteada foi deferida por decisão proferida às fls. 2.973/2.974.

Contra tal decisão, foi interposto recurso de Agravo de Instrumento pelo Departamento Estadual de Trânsito de São Paulo - Detran-SP (fls. 2.977/2.990) registrado no Tribunal de Justiça sob nº 2086949-37.2016.8.26.0000, no qual foi deferida a suspensão dos efeitos da tutela antecipada pelo presidente do Tribunal de Justiça (fls. 3.220/3.223) e, ao final, dado provimento (fls. 3.446/3.455).

Regularmente notificados, os demandados apresentaram defesas preliminares.

O Departamento Estadual de Trânsito do Estado de São Paulo - Detran/SP manifestou-se às fls. 2.993/3.004. Arguiu preliminar de ausência de litisconsórcio passivo necessário. Alegou a ausência de fato ímprobo, porquanto não há ato ilegal praticado na espécie e que há PARECER da Procuradoria Administrativa, PA nº 76/2015, aprovado pelo senhor procurador-geral do Estado, e de caráter vinculante para a Administração Pública, de há muito se firmou no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado a possibilidade de fornecimento de alimentação aos servidores estatutários por mais de uma forma, não havendo que se falar em duplicidade de benefício, o que evidencia a ausência de ilegalidade e o manifesto prejuízo aos servidores da autarquia caso não seja julgado improcedente o pedido formulado na exordial; não havendo justa causa para o prosseguimento da ação, pugnou pela sua rejeição ou pela sua improcedência. Juntou documentos (fls. 3.005/3.215).

O requerido **** manifestou-se às fls. 3.230/3.272, sustentando, em preliminar, a ausência da ilegalidade nas condutas narradas e necessária denúncia da lide da Procuradoria-Geral do Estado - PGE. No mérito, pugnou de não prosseguimento da ação, DEVENDO A INICIAL SER REJEITADA, nos termos do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, em razão da inexistência de irregularidades na inexigibilidade de licitação para contratação por credenciamento dos serviços de fornecimento de refeição por meio do vale-alimentação diário, bem como da evidente ausência de

ato de improbidade, seja pela ausência de i) dolo, ii) enriquecimento ilícito ou iii) violação aos princípios administrativos.

Apresentou procuração (fl. 2.073) e juntou documentos (fls. 3.274/3.408).

O Ministério Público manifestou-se às fls. 3.412/3.424. Juntou documentos (fls. 3.425/3.427).

O requerido **** requereu a rejeição da presente ação nos termos do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92 (fls. 3.429/3.433).

Sobreveio a decisão de fls. 3.436/3.437, que determinou a intimação da FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Fesp, na pessoa de seu representante legal, na forma do artigo 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92, para integrar a lide, caso assim entenda.

A Fazenda do Estado, por sua vez, alegou que há claro equívoco na sua intimação para que ingresse no feito; destacando, desde já, que a pessoa jurídica lesada Detran/SP já assumiu o polo passivo, para fins de cumprimento do art. 17, § 3º, da Lei nº 84.29/92 (fls. 3.442/3.443).

O Ministério Público, às fls. 3.444, tornou a manifestar-se requerendo sejam afastadas as preliminares arguidas pelos demandados e recebida a Inicial, pugnando pela citação dos réus.

O Agravo de Instrumento interposto pelo Detran foi julgado tendo sido dado provimento ao recurso, por maioria de votos, vencido o relator, de forma a afastar a decisão liminar que suspendeu a concessão dos vales (fls. 3.446/3.455).

É o relatório.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Passo a analisar o cabimento da presente Ação Civil Pública.

Dispõe o art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92:

Art. 17 (...)

(...) § 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

No caso dos autos, respeitado o entendimento do nobre representante do Ministério Público, o pedido formulado na Inicial deve ser rejeitado.

É cediço que, até por disposição expressa no *caput* do art. 11 da Lei nº 8.429/92, que os atos de improbidade podem ocorrer tanto por ação quanto por omissão.

No entanto, indispensável, em ambas as hipóteses, que haja narração e prova da existência de elemento volitivo a mover a conduta do agente público.

Nesse diapasão, parece-me que a fundamentação tecida na inicial pretende ampliar, de forma indevida, e até mesmo temerária, o alcance da Lei nº 8.429/92, ao estendê-lo a situações burocráticas exigidas do administrador público no desempenho de suas atribuições, sejam tidas como omissão quanto a seus deveres. Não se pode desconsiderar o alerta emitido pelo eminente min. Luiz Fux, então ministro do Superior Tribunal de Justiça à época, ao relatar o Recurso Especial nº 807.551, de Minas Gerais, quando observou:

A exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considera a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada *cum grano salis*, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa e, *a fortiori*, ir além do que o legislador pretendeu.

A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade somente adquire o *status* de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má intenção do administrador. A improbidade administrativa, mais do que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido.

Na presente hipótese, a inicial sequer narra o elemento volitivo da conduta do demandado, e prova alguma há nos autos no sentido de que tenha ele agido com dolo ou má-fé. Dessa forma, não há, na Inicial, narração de ato considerado ímprobo.

Ademais, conforme noticiado, diversos órgãos do estado, como a Secretaria da Fazenda, Secretaria de Gestão Pública, Secretaria de Energia, Secretaria de Administração Penitenciária, Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Secretaria de Esporte, Lazer e Juventude, Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, Centro de Vigilância Sanitária, entre outros, já haviam implantado o mesmo modelo de “vales” diários por meio de credenciamento de estabelecimentos comerciais para fornecimento de refeições a seus funcionários.

É de se destacar que, ao requerido coube, como administrador público, o encargo pelo credenciamento de estabelecimentos comerciais para fornecimento de alimentação por inexigibilidade, tendo como base legal o artigo 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

Consigne-se, outrossim, que o Demandado demonstrou que não descumpriu dolosamente a “recomendação”, mas sim, procurou obter parecer da própria Procuradoria-Geral do Estado – PGE, que afirmou, mais uma vez, ser a prática perfeitamente constitucional, seguindo os pareceres anteriormente proferidos (p. 3.005-3.015).

Assim, após os esclarecimentos detalhados prestados, e analisada detidamente a farta documentação acostada aos autos, denota-se que o demandado agiu em conformidade com os princípios da moralidade, da eficiência, da legalidade e da continuidade dos serviços públicos.

Não se mostra plausível, ainda, atribuir ao requerido, a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Conforme bem-observado pela Exma. Sra. Dra. Des. Relatora Luciana Almeida Prado Bresciani, a proferir seu voto, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2086949-37.2016.8.26.0000, que tramitou perante a Colenda 2ª Câmara de Direito Público, não há prova segura de que de fato a conduta perpetrada tenha infringido as normas que versam sobre dispensa de licitação. Vejamos:

(...)

(i) A uma porque não há elementos seguros quanto ao alegado descumprimento das regras relativas ao processo licitatório. Com efeito, o agravado sustenta que a decisão de dispensa de licitação encontra respaldo no Parecer PA nº 290/2007 da Procuradoria Administrativa da Procuradoria-Geral do Estado, no sentido de que a celebração de contratos para fornecimento de refeições, com inexigibilidade de licitação, é possível mediante a realização de credenciamento, que habilita a contratação de todos os interessados do setor por um valor preestabelecido pela própria Administração.

(ii) A duas porque, considerando o caráter alimentar do benefício ora combatido, a suspensão abrupta da emissão dos vales atinge diretamente os servidores, bem como a suspensão do pagamento impede o ressarcimento dos custos de refeições tomadas.

(...)

Ademais, não se pode olvidar a lição da insigne Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A aplicação da Lei de Improbidade exige bom senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de se sobrecarregar inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins. (*In* Direito Administrativo, 14ª ed., Atlas, 2001, p. 689.)

Desse benfazejo atrevimento legislativo, contudo, advém sempre o perigo de que práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas eventualmente por despreparo intelectual e pela ausência de habilidade do agente público, se examinadas à luz de um preciosismo normativo, possam assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não encerram tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais de agentes públicos podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é somente o desvio de caráter que torna a ilegalidade sinônima de improbidade. (*Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. Waldo Fazzio Júnior. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 170.)

Postas tais razões, de rígor a rejeição da Petição Inicial.

Posto isso, com fundamento no artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, REJEITO a Inicial, extinguindo o processo sem conhecimento do mérito, nos termos do artigo 485, inciso I, do Código de Processo Civil.

Sem custas e honorários, ex vi do art. 18 da Lei nº 7.347/85. Independente da apresentação de recurso voluntário, remetam-se os autos à Superior Instância para o reexame necessário, porquanto o valor da ação é superior a quinhentos salários mínimos (artigo 496, § 3º, do CPC/2015).

Ciência ao Ministério Público.

P.R.I.C.

São Paulo, 18 de novembro de 2016.

MARICY MARALDI

Juíza de Direito



Artigo doutrinário

**DESVIRTUAMENTO DA NOÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE
IMPROBIDADE: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DO USO
INDEVIDO DA LEI Nº 8.429/92**

Autor: Mateus Camilo Ribeiro da Silveira

ARTIGO DOUTRINÁRIO

DESVIRTUAMENTO DA NOÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE IMPROBIDADE:

ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS DO USO INDEVIDO DA LEI Nº 8.429/92

Mateus Camilo Ribeiro da Silveira¹

Resumo

O objetivo deste artigo é delimitar a noção jurídico-constitucional de improbidade e, a partir dela, demonstrar situações correntes na realidade administrativa que fogem do âmbito material de incidência do conceito. Busca-se realçar a necessidade da presença de elemento subjetivo para responsabilização. Além disso, justifica-se a necessária distinção entre dolo e mera voluntariedade. Debate-se a possibilidade de incorrer em dolo diante de recomendações do Ministério Público e pareceres jurídicos respaldando a atuação de gestores. Delimitado o escopo de legítima responsabilização por ato ímprobo, parte-se para a análise de aspectos processuais da ação prevista na Lei nº 8.429/92 quando utilizada para alcançar situações não abarcadas pela noção jurídica de improbidade.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Elemento subjetivo e mera voluntariedade. Recomendações do Ministério Público. Justa causa. Rejeição da inicial. Princípio *in dubio pro societate*.

1. Introdução

A Constituição da República estabeleceu sistema de responsabilização autônomo por improbidade administrativa. O Texto Constitucional vedou e atribuiu graves sanções à prática de ato ímprobo, utilizando-se de conceito jurídico indeterminado

1 Procurador do Estado de São Paulo. Doutorando e mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

para alcançar o universo de violações do direito, no exercício da função pública, como se infere da redação do artigo 37, § 4º.

A improbidade, ainda que dotada de elasticidade de sentido, possui contornos mínimos extraíveis da própria Constituição, de modo que a interpretação e a aplicação do conceito devem ser compatíveis com eles, sob pena de vício de constitucionalidade.

No entanto, não são raros os casos concretos em que a imputação de responsabilização por improbidade administrativa extrapola e viola o conteúdo abarcado pela noção jurídico-constitucional e até mesmo pela densificação normativa infra-constitucional.

O objetivo deste artigo é apresentar conteúdo mínimo à categoria improbidade e demonstrar circunstâncias alheias ao âmbito material de incidência do conceito, a partir de casos concretos da jurisprudência. O debate perpassa temas recorrentes no Direito Administrativo Sancionador, como o elemento subjetivo necessário para caracterização da conduta ímproba e a autonomia técnica dos agentes públicos em face dos órgãos de controle.

A partir da delimitação do aspecto material da improbidade, cabe explicitar os aspectos processuais da ação prevista na Lei nº 8.429/92, quando indevidamente utilizada para alcançar situações não colhidas pelo microsistema, como a relevância da justa causa, a inadequação da via eleita e o chamado “princípio” *in dubio pro societate*.

Os questionamentos são justificados pelos reiterados equívocos na aplicação da Lei nº 8.429/92, embora a doutrina já tenha desenvolvido profícuas críticas sobre a matéria.

2. Da noção jurídico-constitucional de improbidade

O Texto Constitucional utiliza-se dos termos probidade e seu antônimo em diversos dispositivos: nos artigos 14, § 9º; 15, inciso V; e 85, inciso V, remetendo o alcance do tema para casos de inelegibilidade, hipótese de suspensão dos direitos políticos e até mesmo crime de responsabilidade do presidente da República, respectivamente. Porém, é sobretudo por meio do artigo 37, § 4º, que a Constituição enuncia inovadora modalidade de responsabilização, impondo severas sanções para aqueles que pratiquem atos de improbidade administrativa.

A primeira consequência jurídica da previsão constante do referido dispositivo constitucional é a proibição de condutas que se enquadrem no conceito de improbidade, o que significa a imposição de uma série de deveres positivos e negativos ao agente público. Além disso, a norma contempla autorização do Constituinte para que haja produção legislativa no sentido de implementar a proteção do bem jurídico tutelado.

Contudo, a Constituição não define expressamente o que se entende por ato de improbidade, cabendo ao intérprete extrair da linguagem constitucional mínima densificação normativa do conceito².

Cumprir essa tarefa hermenêutica exige partir da interpretação gramatical, considerando-se que as palavras possuem o significado utilizado na linguagem comum. Assim, improbidade constituiria desonestidade, perversidade, falta de integridade, aspecto que realça a relação da conduta com o descumprimento de valores morais. Tal compreensão, todavia, não é suficiente para delimitar o conceito, sob o ponto de vista dogmático-jurídico, diante das graves consequências sancionatórias.

Acresce-se, então, à noção de improbidade sua autonomia em face dos princípios da legalidade e da moralidade, porquanto o Texto Constitucional faz uso dos três termos em diferentes dispositivos: no artigo 5º, LXXIII; no artigo 14, § 9º, já citado, e no *caput* do artigo 37, entre outros. Logo, cabe ao intérprete supor fisionomia distinta para os conceitos recobertos pelas palavras.

Dessa distinção, infere-se, *prima facie*, que improbidade não decorre da mera quebra da legalidade, exigindo-se que o ilícito seja acompanhado de agravo ao bem jurídico tutelado pela norma constitucional: a probidade na Administração.³

Nesse sentido, significativa parte da doutrina concebe improbidade como “*imoralidade administrativa qualificada*”⁴, forma de ofensa a valores morais adjeti-

2 “A Constituição não define os comportamentos qualificados como improbidade administrativa. É certo, todavia, que, implicando sanções das mais severas, a definição dos comportamentos que mereçam referida qualificação cabe à lei, observados os parâmetros semânticos que se deve extrair do próprio sistema constitucional” (CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 109.)

3 No mesmo sentido entende Marino Pazzagli Filho, mas sem partir expressamente dos parâmetros constitucionais (PAZZAGLI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 2.)

4 Por todos, vide FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, e os demais autores por ele citados.

vada pelo desvalor da ação e do resultado. Como premissa, serve a noção de que improbidade administrativa consiste na violação de valores morais albergados pelo Direito, para a qual a ordem jurídica conferiu tratamento de especial repúdio.

Devem qualificar-se como ímprobos as condutas de agente público que, no exercício da função, age em desconformidade ao Direito, ofendendo, ilícita e especificamente, o valor ético-jurídico da probidade, “*que centraliza o seu núcleo deontológico nas exigências de honestidade, zelo, lealdade e imparcialidade na atividade pública*”⁵.

Assim, tratando-se de norma instituidora de regime específico de responsabilização dos agentes públicos⁶, o artigo 37, § 4º, da Constituição deve ser interpretado sob essa perspectiva. A incidência do domínio sancionatório nele prescrito recai sobre condutas que se enquadrem no núcleo deontológico mencionado, de modo que não se pode pretender concretizar a aplicação do dispositivo sobre substrato fático desprovido de violações ético-jurídicas.

A respeito da distinção entre ilicitude e improbidade para fins de responsabilização, vale citar José Roberto Pimenta Oliveira:

Em terceiro lugar, não é dado às instituições responsáveis pela aplicação das regras sancionatórias – as pessoas jurídicas lesadas, o Ministério Público e Poder Judiciário – nem ao cidadão, afastar a identidade constitucional do ilícito, a matiz ético-jurídica que colora a violação do direito. Ausente o motivo constitucional, perde-se o elo de correlação axiológica que justifica a imposição das sanções nele elencadas. A ilicitude será analisada e apontada nos outros domínios sancionatórios (...).⁷

No âmbito da jurisprudência, há precedente do Superior Tribunal de Justiça – STJ em que a Corte destaca a função preparatória da aceitação da Petição Inicial da Ação de Improbidade Administrativa (AIA), momento processual oportuno para

5 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 181.

6 O domínio sancionatório previsto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, incide também sobre outros vínculos que não apenas o funcional, justificando a aplicação de sanções para pessoas estranhas aos quadros da Administração Pública, como terceiros que concorrem ou se beneficiam dos atos e mesmo pessoas jurídicas que pratiquem atos lesivos, nos termos da Lei nº 12.846/2013. Contudo, para os fins deste artigo, trata-se do regime de responsabilização dos agentes públicos, marcado pela responsabilidade subjetiva.

7 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 181.

“*extremar o ato apontado de ímprobo da configuração da mera ilegalidade*”⁸, isto é, afastar o simples ilícito do descumprimento de valores ético-jurídicos.

Em razão do contorno axiológico subjacente à noção de improbidade, a configuração de conduta dessa natureza exige, ainda, outro requisito indispensável, qual seja, o elemento subjetivo.

Com efeito, improbidade “*pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória*”⁹. Atua de forma ímproba o agente público que, ciente dos deveres morais a serem seguidos, decide não observá-los, embora tivesse a liberdade de agir de modo diferente.

O vínculo subjetivo que une o agente ao resultado compõe a coloração da própria noção jurídica inscrita no artigo 37, § 4º, da Constituição, porquanto é a sua caracterização que agrava a simples ilicitude.

Porém, cumpre ter em mente a necessária distinção entre voluntariedade do ato e o elemento subjetivo a que se faz referência, para efeito de configuração de ato de improbidade.

2.1 Distinção entre voluntariedade e elemento subjetivo necessário para configuração de ato ímprobo

Ao regulamentar o artigo 37, § 4º, da Constituição, a Lei nº 8.429/92 descreveu os atos ímprobos nos artigos 9º a 11. Sobre essas condutas, o Superior Tribunal de Justiça consolidou jurisprudência¹⁰ no sentido de exigir a presença de dolo para configuração dos atos que importam enriquecimento ilícito e que atentem contra os princípios da Administração Pública, autorizando a responsabilização por culpa na hipótese de conduta causadora de prejuízo ao erário.

8 REsp nº 1.193.248/MG, rel. ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 24/4/2014, DJe 18/8/2014.

9 PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 37.

10 Trata-se de posicionamento amplamente difundido, tanto que na 38ª edição do “Jurisprudência em Teses” a Corte enunciou o seguinte: “1) é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei nº 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos artigos 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do artigo 10, que censura os atos de improbidade por dano ao erário”. Por todos os julgados, vide: REsp nº 1.237.583/SP, rel. ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 8/4/2014, DJe 2/9/2014.

A exigência de dolo para justificar a incidência das sanções previstas é constitucionalmente adequada, tendo em vista que o descumprimento do bem jurídico tutelado supõe atuação consciente e deliberada contra valores ético-jurídicos.

Superada a questão da indispensabilidade do elemento subjetivo para caracterização dos tipos previstos nos artigos 9º e 11 da LIA, o desafio resta em delimitar as circunstâncias fáticas em que haverá efetivamente dolo, em especial nos casos em que se atribui a prática de comportamentos contrários aos princípios da Administração Pública.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, construiu-se jurisprudência no sentido de que o chamado “dolo genérico” seria suficiente para justificar responsabilização de agente público¹¹. Essa espécie de elemento subjetivo estaria presente na hipótese de consciência da ilicitude do ato, referindo-se, portanto, à intenção de realizar (ou aderir a) conduta vedada pela ordem jurídica.

Tal posicionamento foi edificado em oposição ao denominado “dolo específico” – afastado pela Corte –, que demandaria incursão sobre a finalidade específica almejada pelo agente público¹².

Sucedee, entretanto, que dolo, seja na modalidade genérica ou específica, não pode ser interpretado como simples voluntariedade. Em primeiro lugar, é possível a existência de comportamento voluntário, violador do Direito, mas que decorra de culpa, em uma das modalidades previstas no artigo 18, inciso II, do Código Penal, como negligência, por exemplo. Essa simples constatação afasta a vinculação entre os conceitos¹³.

11 REsp nº 1.819.704/MG, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe 11/10/2019; AgRg no AREsp 307.583/RN, rel. ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18/6/2013, DJe 28/6/2013.

12 “XVI - O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. (AgRg no REsp nº 1.539.929/MG, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/8/2016.) No mesmo sentido: REsp nº 1.528.102/PR, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2/5/2017, DJe 12/5/2017)”

(AgInt no AREsp nº 964.974/GO, rel. ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 22/6/2018.)

13 Nesse sentido, vale citar Flávio Unes e Márcio Cammarosano, segundo os quais “a adoção da teoria de

Além disso, pode haver ato voluntário, realizado de forma livre e consciente pelo agente público, mas sem a intenção de violar a ordem jurídica ou valores morais por ela incorporados.

Um exemplo pode ajudar a aclarar o que se busca expor. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação de Improbidade¹⁴ em face de secretário estadual buscando responsabilizar o administrador em razão do fato de ter deixado de cumprir recomendação do órgão de controle. O *parquet* recomendara a anulação de contrato de concessão com valor aproximado de R\$ 10 bilhões.

A conduta descrita como ímproba na Inicial consiste no envio de ofício pelo gestor público em que esse comunica e justifica a inviabilidade de se adotar a recomendação, apresentando subsídios técnicos de agentes públicos especializados e parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Estado. A partir desse único comportamento, o autor da ação atribuiu dolo em beneficiar o consórcio vencedor, pleiteando a aplicação do artigo 11 da Lei nº 8.429/92.

Nesse caso, verifica-se voluntariedade no ato imputado ao agente público. Afinal, esse expôs, por escrito, sua não adesão à recomendação do Ministério Público, deixando de determinar a anulação de contrato de concessão. No entanto, é impossível atribuir dolo (nem mesmo genérico) de realizar conduta proscribita pelo Direito, eis que o não acolhimento das sugestões do órgão de controle pautou-se, a rigor, em subsídios técnicos e jurídicos.

Em primeiro grau, houve rejeição da exordial, destacando o juiz ser “*leviana a caracterização automática de conduta ímproba do réu nos termos deduzidos na Inicial*”. Ainda sobre o elemento subjetivo, consta a seguinte passagem:

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.

que para configuração de improbidade administrativa bastaria o dolo genérico (...) não autoriza considerar que basta então a voluntariedade do comportamento para que se configure ofensa dolosa da ordem jurídica”. Seria, no dizer dos autores, “aplicação errônea do conceito de dolo genérico, quando não erro de conceituação mesmo de dolo genérico” (CAMMAROSANO, Márcio; UNES, Flávio. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos arts. 9º e 11, e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10 da Lei nº 8.429/1992. In: *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*: ReDAC, v. 2, nº 5, p. 137-149, fev. 2014.).

14 TJSP Processo nº 1038564-08.2019.8.26.0053.

Na aplicação da Lei nº 8.429/92, em especial do tipo previsto no artigo 11, não se presume dolo, seja genérico ou específico, da mera voluntariedade de determinado ato. É fundamental distinguir comportamento livre e consciente da intenção de realizar conduta vedada pela ordem jurídica.

O exemplo narrado suscita evidente hipótese de não incidência do âmbito material da improbidade, porquanto não há sequer descrição de conduta maculada por desonestidade, parcialidade ou deslealdade, sobretudo considerando que (i) o agente público agiu com base em parecer jurídico e que (ii) recomendação do Ministério Público não possui caráter vinculante.

Essas duas circunstâncias, conjugadas, reforçam o afastamento de eventual imputação de ilegalidade (ou interpretação irrazoável da lei) e também imoralidade no exercício funcional.

2.2 Atuação de agente público respaldada em parecer técnico-jurídico e o elemento subjetivo necessário para configuração de ato ímprobo

A aplicação da Lei nº 8.429/92 também poderá estar dissociada da noção jurídico-constitucional de improbidade e, em especial, do elemento subjetivo necessário, quando se pretender sancionar agente público que tenha agido com base em pronunciamentos técnicos de órgãos especializados da Administração, convergentes quanto à decisão adotada.

Com efeito, se o agente público toma providência com respaldo em recomendações de ordem técnica e jurídica, supõe-se que a respectiva conduta é acertada, sob a ótica da probidade administrativa, isto é, está afinada com os valores recobertos pelo bem jurídico tutelado. Afinal, não age de forma negligente ou desonesta quem atua com fundamento técnico-jurídico, fornecido pelos órgãos legalmente incumbidos de prestar esta espécie de assessoria. Daí porque, em tais casos, não subsistiria o elemento subjetivo necessário para configuração de ato de improbidade.

Não é possível ao administrador dominar todas as áreas de conhecimento relacionadas às decisões que precisa tomar no desempenho de suas funções. Cabe-lhe, então, munir-se de subsídios suficientes. Ainda que possua conhecimento jurídico, por exemplo, deve atentar-se às recomendações de ordem legal, eis que, no âmbito da União, dos estados e do Distrito Federal, compete exclusivamente à Advocacia Pública o papel de prestar consultoria jurídica, nos termos dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal.

Nesse sentido, vale citar conclusão de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem descaberá responsabilizar o agente que houver atuado na conformidade do parecer técnico, desde que a autoridade não tenha qualquer possibilidade de interferência na manifestação do parecerista. Confira-se:

Se, diversamente, houver atuado na conformidade de parecer técnico, entendemos fora de dúvida que, com a ressalva feita a seguir, descaberá responsabilizar o agente. É que, em tal caso, seu comportamento terá sido estribado em conclusões a respeito das quais não tinha, funcionalmente ou, muitas vezes, sequer de fato, conhecimento de causa para decidir, e que foram fornecidas por quem as possuía. Logo, não se poderá derivar diretamente daí imprudência, negligência ou imperícia, vale dizer culpa.¹⁵

Note-se que o Superior Tribunal de Justiça possui importante precedente¹⁶ em que se entendeu impossível considerar ímproba a conduta de agente público pautada por recomendações de ordem técnica, conforme trecho da ementa abaixo transcrito:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TERMOS DE ADITAMENTO AO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SUPOSTA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DAS CONDUTAS ÍMPROBAS.

1. Ação Civil Pública intentada por Ministério Público estadual com o intuito de obter reparação de prejuízos causados ao erário por supostos atos de improbidade administrativa, que teriam decorrido da assinatura de termos de aditamentos relacionados ao contrato administrativo 10/Limpurb/95, em possível desacordo com as disposições da Lei nº 8.666/93. (...) 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.

(REsp nº 997.564/SP, rel. ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/3/2010, DJe 25/3/2010.)

15 A ressalva mencionada pelo autor, com esteio nas lições de Carolina Zancaner Zockun e Maurício Zockun, diz respeito aos casos em que o parecerista ocupa cargos de provimento em comissão ou função de confiança, sendo, pois, suscetível de ser dele desligado *ad nutum*. O parecerista não desfrutaria da necessária independência para o opinamento técnico-jurídico, de modo que seu parecer não poderá respaldar a conduta do agente (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 450-451.)

16 No mesmo sentido, vide: AgRg nº REsp nº 1.065.588/SP, rel. ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 8/2/2011, DJe 21/2/2011.

Em outra decisão, a Corte entendeu não ser razoável que se reconheça ou presume vício de improbidade justamente na conduta do agente público que agiu segundo manifestações de órgãos técnicos, “*ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou*”. Nesses casos, “*não tendo havido conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, não há culpa e muito menos improbidade*”¹⁷.

Portanto, descabe responsabilizar agentes públicos por improbidade nos casos em que agem com fundamento em orientação técnico-jurídica, salvo se houver demonstração de (i) absoluta inidoneidade das recomendações ou (ii) ilícito conluio com os que apresentaram os subsídios. Trata-se de posicionamento já amplamente difundido pela doutrina e com ressonância na jurisprudência nacional.

Em reforço à tese, recorre-se ao artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018, que prevê a responsabilidade pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas apenas nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro.

De plano, inexistente erro grosseiro, entendido como aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, e muito menos dolo, se o agente público atua com base em parecer técnico-jurídico, pois adota a cautela esperada antes da tomada de decisão, observando o opinamento dos órgãos especializados¹⁸.

O dispositivo legal isenta de responsabilidade o administrador que atua pautado em orientação técnico-jurídica, ainda que se tenha firmado em interpretação diversa daquela escolhida, posteriormente, por órgãos de controle. Diante desse cenário, pode haver divergência, o que é absolutamente natural no Direito, porém daí não decorre erro grosseiro se a atuação é fundamentada em interpretação razoável da lei¹⁹. Nessas circunstâncias, não há espaço para o chamado *crime de hermenêutica*.

17 REsp nº 827.445/SP, rel. ministro Luiz Fux, rel. p/ Acórdão ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 2/2/2010, DJe 8/3/2010.

18 O Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta o disposto nos artigos 20 a 30 da LINDB, dispõe no artigo 12, § 6º, acerca da autonomia entre a responsabilização pela opinião técnica e a do próprio decisor. Infere-se da confusa redação do artigo que somente se configurará responsabilização de quem adotou opinião técnica para decidir se “estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes”.

19 Em defesa do dispositivo legal e seu alcance para afastar a responsabilidade pelo chamado crime de hermenêutica, vide BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro

Outro exemplo concreto calha para ilustrar hipótese de indevida pretensão sancionatória, além do caso já referido. O Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou AIA²⁰ em face do Departamento Estadual de Trânsito – Detran e seu ex-presidente, por entender que a emissão de vales-refeição em favor dos servidores do órgão seria ilegal, tendo em vista a ausência de lei prévia. Além disso, seria ilícito o credenciamento de estabelecimentos comerciais para utilização dos vales, sem a realização de procedimento licitatório.

O autor da ação pleiteou, então, a aplicação dos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, apresentando como elemento subjetivo do agente público, mais uma vez, a simples inércia diante de recomendação do Ministério Público.

Sucedo que o Detran seguiu parecer jurídico de órgão da Procuradoria-Geral do Estado, que confirmara a legalidade da concessão do benefício e a possibilidade do credenciamento, como hipótese de inexigibilidade, com base em doutrina e jurisprudência. Anote-se, ainda, a circunstância de que diversos outros órgãos do estado já haviam implantado o mesmo modelo de vales, seguindo pareceres jurídicos.

A Inicial foi rejeitada em primeiro grau, decisão confirmada em sede de Acórdão, precisamente em razão da ausência de indicação do elemento subjetivo necessário, com a qual se alinha a atuação pautada em parecer jurídico.

Ora, é certo que o autor da ação possuía determinada interpretação jurídica sobre a realidade, isto é, se era ou não lícito o benefício concedido. Contudo, descabe pretender responsabilizar agente público por improbidade pelo simples fato de ter adotado outra interpretação da lei, bastante razoável, com fundamento em parecer jurídico. Tanto era razoável que prevaleceu, em ambas as decisões, a orientação acolhida pelo gestor no sentido da legalidade.

Com essas considerações, procura-se realçar, em primeiro lugar, que a responsabilização de agentes públicos por ato de improbidade, quando respaldados em

administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 203-224. Por outro lado, relevantes críticas ao artigo 28 da LINDB podem ser encontradas em CARREIRO, Genilson Rodrigues. *Da mera voluntariedade ao erro grosseiro: o art. 28 da Lei nº 13.655/2018 e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador*. In: *Direito Administrativo Sancionador*. Estudos em homenagem ao professor emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 329-376.

20 TJSP Processo nº 1017409-51.2016.8.26.0053.

pareceres técnico-jurídicos, exige cautela na identificação e comprovação do elemento subjetivo adequado, nos termos ora expostos. Em segundo, não se pode tachar de ímproba a conduta de agentes, nessas circunstâncias, sob a mera justificativa de que a interpretação jurídica adotada diverge de outra igualmente plausível.

2.3 Caráter não vinculante de recomendação do Ministério Público e discricionariedade do administrador

No sentido exposto, também se dissocia da noção jurídico-constitucional da improbidade a pretensão sancionatória fundamentada exclusivamente no não acolhimento de recomendação do Ministério Público, isto é, carente de outros elementos fáticos que denotem violação do valor jurídico da probidade administrativa.

De início, recomendação do *parquet* não possui caráter vinculante. Logo, a Administração Pública e seus agentes não estão juridicamente vinculados a seguir a orientação por ela veiculada. É o que se infere da leitura da Lei Orgânica do Ministério Público, que, no artigo 27, parágrafo único, inciso IV, prevê a competência do órgão para expedir recomendações, “*requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito*”.²¹

A ausência de caráter impositivo da recomendação é reconhecida pelo próprio Conselho Nacional do Ministério Público, que a descreve como instrumento de persuasão do destinatário, nos termos do artigo 1º da Resolução CNMP nº 164/2017. De acordo com o dispositivo, justamente por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida, “*a recomendação não tem caráter coercitivo*”²².

21 Lei nº 8.625/1993. Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: (...) Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências: (...) IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

22 Resolução nº 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Art. 1º. A recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do Ministério Público por intermédio do qual esse expõe, em ato formal, razões fáticas e jurídicas sobre determinada questão, com o objetivo e persuadir o destinatário a praticar ou deixar de praticar determinados atos em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, atuando, assim, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou correção de condutas. Parágrafo único. Por depender do convencimento decorrente de sua fundamentação para ser atendida e, assim, alcançar sua plena eficácia, a recomendação não tem caráter coercitivo.

A partir dessa premissa, conclui-se, prontamente, que a conduta de deixar de seguir recomendação do Ministério Público, quando adequadamente motivada, não corresponde, por si só, a qualquer ilícito.

É natural que o órgão ministerial, no exercício da atividade de controle, acompanhe a implementação de políticas públicas, a execução de contratos administrativos e contratações realizadas pelo Poder Público, sendo comum, também, entender equivocadamente, sob o ponto de vista da legalidade, determinado ato praticado pelo gestor. No entanto, descabe atribuir vício de improbidade à conduta de agente público pelo simples fato de deixar de seguir a compreensão da realidade manifestada pelo *parquet*.

Discordar de recomendação do Ministério Público não constitui, por si só, conduta violadora de valores ético-jurídicos, capaz de configurar improbidade, em especial se é seguida de fundamentação idônea, pautada em interpretação razoável do ordenamento.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, há farta jurisprudência nesse sentido, o que demonstra não ser rara a pretensão de aplicar a noção jurídica de improbidade sobre o substrato fático ora mencionado²³.

23 APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO MEDIATO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO. Contratação de empresa para prestação de serviços de assessoria contábil. A imputação alega a terceirização ilícita de atividades que devem ser desempenhadas por servidores titulares de cargos efetivos. Imputada violação da regra contida no art. 37, inciso II, da CF/88. Alegada violação a princípios, na forma do art. 11, e lesão ao erário, na forma do art. 12, ambos da Lei federal nº 8.429/92. (...) CONDUTA ÍMPROBA E ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO. (...) 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. O autor não se desincumbiu do ônus da prova no sentido de que a contratação ocorre com o propósito burlar a regra constitucional que estabelece o concurso público como meio de seleção dos servidores do estado. Incumbe ao Ministério Público identificar e provar que a tarefa desenvolvida pela contratada guarda similitude com as incumbências próprias dos servidores públicos. Sentença de procedência parcial reformada. RECURSOS PROVIDOS.

(TJSP; Apelação Cível nº 0003683-73.2014.8.26.0222; relator (a): 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.) (Destques nossos)

É legítimo o exercício da atividade de controle direcionado ao exame da conformidade dos atos à ordem jurídica. Contudo, a mera divergência de interpretações resolve-se no plano da legalidade e, mesmo no desacordo interpretativo, deve ser dada deferência à leitura adotada pelo gestor, em atendimento à distribuição de competências constitucionais, se a “*recomendação versa sobre o exercício de competências estabelecidas por normas de textura aberta, ampla, muitas vezes positivadas sob a forma de princípios jurídicos*”²⁴.

De fato, a pretensão de responsabilização de gestores públicos por vezes vem acompanhada do não declarado intuito de impor dada interpretação jurídica, imprimindo-a sobre a realidade com viés exclusivo²⁵. Busca-se sobrepor a interpretação do órgão de controle sobre aquela legitimamente construída com base no marco legal em vigor, com a agravante de que se imputam graves sanções ao agente público que produziu o ato desviante da interpretação tida como correta.

O caso já mencionado neste artigo, relativo ao vale-refeição, ilustra bem essa hipótese. O fato que ensejou a propositura da Ação de Improbidade foi o não acolhimento de recomendação do órgão de controle, que apontava ilegalidade na concessão do benefício aos servidores e no procedimento de credenciamento de estabelecimentos comerciais. A conduta apontada como ímproba é justamente a discordância quanto à legalidade dos atos, que, sob a ótica do órgão estadual, pautava-se em parecer jurídico. O problema, portanto, deveria ser resolvido no plano da legalidade.

Em outro caso, o Ministério Público propôs AIA²⁶ em face da Federação Paulista de Futebol e seu dirigente, do estado de São Paulo, e de agentes públicos da Polícia Militar, sob o argumento de que os demandados não garantiam segurança aos

24 MOTTA, Fabrício. Recomendações do MP no controle da administração: o exemplo do VAR. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 26 de setembro de 2019. Interesse Público. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var>>. Acesso em: 29/2/2019.

25 Não há no ordenamento qualquer norma que atribua primazia à interpretação desses importantes órgãos em detrimento daquela adotada pelos gestores públicos. Pelo contrário, há na ordem jurídica normas constitucionais exigindo atuação harmônica e independente entre os Poderes, bem como atribuindo ao Executivo expressa competência para dar concreção às leis, seja mediante edição de atos normativos ou pela produção da gama de atos administrativos sob seu encargo.

26 TJSP. Processo nº 1011425-18.2018.8.26.0053.

torcedores de partidas de futebol. Segundo o autor da ação, a Polícia Militar teria sido omissa na sua função de prevenir a violência e de elaborar Plano de Ação nesse sentido.

Aos responsáveis foi atribuída a prática de ato doloso de improbidade, por deixarem de adotar as medidas de segurança indicadas em recomendação do órgão ministerial.

A Inicial foi rejeitada, com fundamento no artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, entendendo o juízo pela inexistência de elementos que sinalizassem, não somente os atos de improbidade propriamente ditos, como também o dolo dos réus.

Dessa forma, extrai-se dos casos que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) demanda mínima indicação do elemento subjetivo adequado, não sendo possível supor conduta ímproba do mero não acolhimento de recomendação do Ministério Público.

3. Aspectos processuais decorrentes do desvirtuamento da noção jurídica de improbidade

A indevida aplicação da noção jurídica de improbidade se refletirá, necessariamente, na fase processual da respectiva ação.

Com efeito, entre as tantas peculiaridades do rito previsto na Lei nº 8.429/92, há determinadas exigências que buscam resguardar a responsabilização prudente dos agentes públicos, como a relevância da chamada justa causa e a previsão de fase de juízo prévio de admissibilidade da Petição Inicial, em que essa poderá ser rejeitada quando inexistir ato de improbidade, for improcedente a ação ou inadequada a via eleita. A própria lei prevê mecanismos para obstar seu uso indevido.

Assim, cumpre demonstrar essa específica relação entre os aspectos materiais e processuais na concretização do citado diploma legal.

3.1 Relevância da justa causa

A Lei nº 8.429/92, no artigo 17, § 6º, consigna exigência maior do que a simples indicação das provas prevista na legislação processual comum. Impõe ao autor da ação a necessidade de instruí-la com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade.

Trata-se do que a doutrina e jurisprudência denominam de justa causa da pretensão punitiva. Haverá indícios suficientes quando a Petição Inicial e seus elementos permitirem confirmar a probabilidade da imputação²⁷.

O legislador buscou estabelecer um filtro ao processamento de “*lides temerárias e injustas, destituídas de base razoável*”, preservando não somente o agente público e a própria Administração, como também o Judiciário, contra demandas desnecessárias²⁸.

Portanto, o recebimento de AIA exige mais do que a mera indicação genérica, seja da prática de ato ímprobo, seja do elemento subjetivo. É necessário que a Inicial venha acompanhada de indícios suficientes de que houve violação do bem jurídico tutelado pela lei. Nesse sentido, há tempo o STJ já enuncia a relevância da justa causa, sem a qual a Inicial pode ser rejeitada, nos termos do artigo 17, § 8º, da LIA. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA SOB A IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. (...) EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA JUSTA CAUSA PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...) 3. As ações judiciais fundadas em dispositivos legais insertos no domínio do Direito Sancionador, o ramo do Direito Público que formula os princípios, as normas e as regras de aplicação na atividade estatal punitiva de crimes e de outros ilícitos, devem observar um rito que lhe é peculiar, o qual prevê, tratando-se de ação de imputação de ato de improbidade administrativa, a exigência de que a Petição Inicial, além das formalidades previstas no art. 282 do CPC, deva ser instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade (art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92), sendo certo que ação temerária, que não convença o Magistrado da existência do ato de improbidade ou da procedência do pedido, deverá ser rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92).

4. As ações sancionatórias, como no caso, exigem, além das condições genéricas da ação (legitimidade das partes, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido), a presença da justa causa, consubstanciada em elementos sólidos que permitem a constatação da tipicidade da conduta e a viabilidade da acusação. (...)

(REsp nº 952.351/RJ, rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/10/2012, DJe 22/10/2012.)

27 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 372.

28 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1042.

Cabe acrescentar que a exigência de justa causa para propositura de ação de improbidade foi reforçada, com a edição da Lei nº 13.869/2019, chamada de “Lei de Abuso de Autoridade”. Consta no artigo 30 que constitui crime dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente.

Dessa forma, a propositura de AIA depende de indicação suficiente e plausível do elemento subjetivo, não sendo aceitável supô-lo, por exemplo, em razão da simples inércia diante de recomendações dos órgãos de controle. Igualmente, não preenche a exigência da justa causa, a descrição de conduta tida como ímproba a partir da sua mera voluntariedade. Cabe aos órgãos legitimados apontar efetivamente um comportamento que viole a probidade administrativa, apresentando indícios adequados. Do contrário, não há espaço para probabilidade de êxito da medida judicial.

Nos casos em que a conduta do agente público se fundamenta em parecer técnico-jurídico, a norma prevista no artigo 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92, impõe apresentação de indícios ainda mais robustos, sobretudo no tocante ao elemento subjetivo.

Ademais, a exigência de justa causa deve afastar pretensões punitivas fundadas exclusivamente na quebra da legalidade, porquanto não haverá, até porque logicamente impossível, descrição ou elementos mínimos indicativos de atuação ímproba, mas tão somente ilegal.

3.2 Rejeição da Inicial e as hipóteses previstas no artigo 17, §8º, da Lei nº 8.429/92

Como mencionado, a LIA prevê fase de juízo de admissibilidade da Petição Inicial. Nesse momento processual, confere-se ao magistrado a oportunidade de examinar a presença de justa causa para prosseguimento do processo. Havendo elementos probatórios idôneos sobre a ocorrência do ato, poderá receber a Inicial, determinando-se a citação do acusado.

Por outro lado, compete-lhe rejeitar a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, nos termos do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92.

Com relação à inadequação da via eleita, a análise realizada pelo magistrado estará relacionada também à condição da ação, ensejando, caso reconhecida, a extinção sem julgamento do mérito, como dispõe o artigo 17, § 11º, da LIA.

De acordo com José Roberto Pimenta Oliveira, a hipótese mencionada aplicar-se-ia a situações em que o autor “*vale-se da ação de improbidade como veículo de exclusiva pretensão ressarcitória de danos materiais e/ou morais ou como veículo de pretensão exclusivamente desconstitutiva de atos jurídicos*”²⁹. Em outras palavras, abarca situações em que não se busca provimento jurisdicional voltado à defesa do bem jurídico tutelado.

Nesse ponto, caberia incluir como hipóteses de inadequação da via eleita ações de improbidade propostas sem mínima descrição de conduta ímproba (e que, portanto, não poderiam resultar em provimento judicial sancionatório) em que, simultaneamente, busca-se rever determinada política pública, ato ou contrato administrativo, sob a ótica da legalidade.

Nesses casos a ação, em razão da sua própria causa de pedir, não tem aptidão para culminar em qualquer responsabilização por improbidade, remanescendo no pedido apenas as questões relacionadas ao plano da licitude.

É o que sucede, por exemplo, no primeiro caso mencionado. Não se imputa ao gestor qualquer conduta ímproba plausível, senão o ato de deixar de seguir recomendação do Ministério Público, acompanhado de pareceres jurídicos e técnicos. Portanto, o que efetivamente pretende o órgão de controle é debater a legalidade da manutenção do contrato de concessão, envolvendo questões multifacetárias e complexas, que extrapolam o âmbito da conduta.

O órgão de controle dispõe de outros instrumentos processuais para questionar a legalidade de políticas públicas, atos, contratos e programas da Administração Pública, com especial enfoque para a Ação Civil Pública. Com isso, não se quer vedar a possibilidade de discutir a legalidade/validade de atos jurídicos derivados de atuação ímproba. Busca-se apenas enfatizar que a AIA não é via adequada para a simples discussão de quebra da legalidade, desacompanhada de violação da probidade administrativa.

Por sua vez, no tocante à inexistência de ato de improbidade, essa diz respeito “*ao processo de tipificação formal e material da conduta ilícita como ato ímprobo*”.

29 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*, p. 377.

Significa a não configuração da conduta como improbidade, calhando, como exemplo, a situação de mera ilegalidade, sem a nota sobressalente exigida pelo artigo 37, § 4º, da Constituição Federal³⁰.

O comportamento que se busca coibir deve estar submetido formalmente aos ditames da Lei nº 8.429/92 e, também, possuir grau de lesividade suficiente para justificar a incidência do domínio sancionatório.

Aqui também seria possível incluir os demais casos citados, na medida em que a conduta de deixar de seguir recomendação não configura, por si só, improbidade, tal como exposto. Remanesce apenas o debate, no plano da legalidade, acerca de qual interpretação jurídica deveria prevalecer (se a do gestor público ou a do órgão de controle).

Quanto à hipótese de improcedência da ação, “*concerne à situação excepcional de comprovação, à luz dos elementos indiciários disponíveis e existentes nos autos, da insubsistência lógica irrefutável da tipificação objetiva e subjetiva nela proclamada*”³¹. Aplica-se às situações em que é possível verificar, já na fase de juízo de admissibilidade, a manifesta improcedência da pretensão autoral, seja porque o ato não é passível de enquadramento como ímprobo ou por falha na indicação do sujeito responsável, por exemplo.

3.3 Princípio *in dubio pro societate* e causa de pedir não referida à improbidade

Por fim, vale registrar um aspecto importante do juízo de admissibilidade da Petição Inicial a que se fez referência.

Como cediço, o STJ construiu jurisprudência, interpretando o artigo 17, §§ 7º a 9º, da Lei nº 8.429/92, para estabelecer o chamado “princípio *in dubio pro societate*”. Tal princípio determinaria, utilizando-se de termos dos próprios precedentes, que “*a presença de indícios de ato de improbidade autoriza o recebimento da Inicial*”³² ou que “*somente é possível a pronta rejeição da pretensão deduzida na*

30 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 378.

31 OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 378.

32 AgRg nº AREsp nº 604.949/RS, rel. ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/5/2015, DJE 21/5/2015.

*Ação de Improbidade Administrativa se houver prova hábil a evidenciar, de plano, a inexistência de ato de improbidade, a impropriedade da ação ou a inadequação da via eleita*³³.

Sem adentrar a questão do fundamento jurídico ou mesmo o enquadramento do chamado princípio na teoria das normas, o fato é que o princípio *in dubio pro societate* constituiria uma espécie de presunção favorável ao recebimento da Petição Inicial.

No entanto, a dúvida que milita em favor da sociedade somente socorre ao autor da Ação de Improbidade que formula Petição Inicial com a correta individualização das condutas dos demandados, a fundamentação jurídica sobre sua ilicitude e apresenta indícios probatórios suficientes³⁴.

Sobre o tema, o Superior Tribunal Justiça possui julgado no sentido de que o recebimento da Inicial de AIA requer “*a comprovação da justa causa para a sua propositura, consubstanciada na averiguação de elementos concretos que atestem haver indícios suficientes acerca da materialidade da conduta desonesta (materialidade) e da responsabilidade do agente público (autoria)*”³⁵, com o que se deve concordar.

33 REsp nº 1.192.758-MG, rel. originário min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. para Acórdão min. Sérgio Kukina, julgado em 4/9/2014.

34 OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. In: *Revista Síntese de Direito Administrativo*. Ano XII, nº 141, set. 2017, edição especial – “25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa”.

35 ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPUTAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (ART. 11, V, DA LEI Nº 8.429/92). ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NO CONCURSO PÚBLICO MUNICIPAL. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 17, § 8º, DA LEI DE IMPROBIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ANULAÇÃO DO *DECISUM PRIMEVO* NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE ATO DE IMPROBIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA RESTABELECEM A SENTENÇA MONOCRÁTICA. (...) 4. Conforme deduz-se da leitura atenta do art. 17 da Lei nº 8.429/92, deve ser rejeitada a Inicial da Ação de Improbidade quando ficar caracterizado, sem sombra de dúvida, que ela é temerária, ante a absoluta inexistência de indícios da prática de ato ímprobo. E foi exatamente nessas considerações que o Juízo Monocrático embasou a rejeição da presente Ação de Improbidade Administrativa ajuizada pelo MP do Estado de Mato Grosso do Sul. 5. Além do mais, o Tribunal de origem reformou a Sentença de rejeição da ação, sem nada discorrer acerca do elemento volitivo dos recorrentes, nem mesmo apontou as provas suficientes para o devido prosseguimento da ação. *Afirmou apenas que, em situações de tal jaez vigora o princípio in dubio pro societate, ou seja, na dúvida decide-se em favor da sociedade*. A orientação das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte foi firmada no sentido de que à configuração dos atos de improbidade

O princípio *in dubio pro societate* não socorre o autor de AIA que deduz causa de pedir absolutamente estranha ao âmbito material de incidência da noção jurídica de improbidade. Não basta invocar o princípio, é preciso que a Inicial tenha efetivamente apresentado indícios de prática de ato de improbidade, a justificar o processamento da ação. Confira-se outro julgado do STJ nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE. PREGÃO PRESENCIAL. SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA. JOGOS MUNDIAIS DA JUVENTUDE. REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONDUTA DESCRITA. PRÁTICA DE ATO DOLOSO OU CULPA GRAVE. AUSÊNCIA.

(...) 2. À luz do § 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/1992, a decisão de recebimento da Inicial da Ação de Improbidade não pode limitar-se à invocação do *in dubio pro societate*, devendo, antes, ao menos, tecer comentários sobre os elementos indiciários e a causa de pedir, ao mesmo tempo em que, para a rejeição, deve bem delinear a situação fático-probatória que lastreia os motivos de convicção externados pelo órgão judicial. 3. O fato de o então prefeito ter autorizado a contratação, de forma repentina e por meio de pregão presencial, por si só, não induz à conclusão de favorecimento às sociedades empresárias mencionadas, ainda que sejam as mesmas contratadas pela organizadora privada do evento. 4. A desorganização administrativa do Poder Executivo, aí incluída a ausência de planejamento prévio da municipalidade para o recebimento de eventos de grande porte privados é grave, mas os efeitos dessa gravidade, sem a indicação de elemento volitivo, deve-se limitar ao campo político ou ao do ressarcimento civil, pois a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente (AIA nº 30/AM, rel. ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/9/2011).

(AgInt no REsp nº 1.658.625/RJ, rel. ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/9/2018, DJe 12/11/2018.) (Destques nossos)

administrativa previstos no art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa é imprescindível a comprovação do dolo, o que não restou evidenciado no presente caso. Precedentes: AgRg no AREsp nº 287.679/MG, rel. min. ELIANA CALMON, DJe 28/8/2013; REsp nº 1.252.688/SE, rel. min. HERMAN BENJAMIN, DJe 25/6/2013. 6. Nas ações sancionatórias essa é uma lição repassada pelos melhores doutrinadores: *é indispensável que a postulação inicial demonstre a presença de elementos confiáveis e seguros quanto à materialidade do ilícito e a sua provável autoria, sem que não se revela a sua justa causa*, esse quarto elemento próprio das ações sancionadoras, ao lado do interesse processual, da possibilidade jurídica e do interesse de agir (art. 17, § 6º, da Lei nº 8.429/92). 7. Recurso Especial provido a fim de restabelecer *in totum* a sentença monocrática. Com fulcro no art. 509 do CPC, atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente decisão, em relação aos demais litisconsortes.

(REsp nº 1.259.350/MS, rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/8/2014.)

O princípio *in dubio pro societate* foi invocado pelo Ministério Público no caso relativo à concessão do vale-refeição. O órgão ministerial apelou da Sentença que rejeitou a Inicial, com fundamento no citado princípio. Contudo, de forma correta, o acórdão declarou ser inviável aplicá-lo, pois os problemas estariam na argumentação da Petição Inicial, na causa de pedir que sustenta o pedido. A conduta narrada na Inicial não pode sequer ser enquadrada como improbidade. Logo, não haverá como produzir elemento probatório suficiente para justificar o processamento da ação.

Dessa forma, o princípio *in dubio pro societate* somente ampara o autor de Ação de Improbidade que exhibe indícios suficientes da prática de ato ímprobo, isto é, que apresenta justa causa em sua pretensão sancionatória.

4. Conclusão

Como exposto, o âmbito material de incidência da noção jurídico-constitucional de improbidade recai sobre desvios que superam a simples quebra da legalidade. O conceito compreende a violação de valores ético-jurídicos no exercício funcional.

A responsabilização por ato ímprobo exige, ainda, a presença de elemento subjetivo. No entanto, a demonstração de dolo, em especial para efeito do artigo 11 da Lei nº 8.429/92, não pode se pautar na mera voluntariedade. Ato livre e consciente não significa, necessariamente, ato doloso de improbidade. Cumpre demonstrar intenção de praticar (ou aderir a) conduta vedada pela ordem jurídica, ainda que sob a categoria de dolo genérico.

Partindo dessas premissas, é possível visualizar um universo de situações fáticas que fogem do conceito jurídico de improbidade, as quais foram apresentadas como casos concretos e analisadas também sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial.

A aplicação da Lei nº 8.429/92 pode estar dissociada da referida noção jurídica e, em especial, do elemento subjetivo necessário, quando se pretender sancionar agente público cuja conduta encontra respaldo em pareceres técnico-jurídicos. Presume-se que a atuação conforme manifestações técnicas de órgãos especializados não é violadora da probidade administrativa e dos valores por ela centralizados.

Nesses casos, é preciso ter cautela na identificação e comprovação do elemento subjetivo exigido pela Lei nº 8.429/92, cabendo aos legitimados para propositura da ação a indicação de conduta violadora do bem jurídico tutelado.

A simples divergência de interpretação jurídica entre órgãos de controle e gestores públicos também não é causa, por si só, para ensejar responsabilização nas penas previstas na Lei nº 8.429/92. O desacordo de interpretação, sem demonstração de atuação ímproba, resolve-se no plano da legalidade. Assim, não constitui conduta ímproba a mera discordância ou inércia diante de recomendação do Ministério Público.

Dessa forma, é essencial compreender o alcance da específica esfera de responsabilização prevista no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, para que o sancionamento de agentes públicos se dê de forma prudente e legítima. O desvio na aplicação da Lei nº 8.429/92 irá se refletir nos aspectos processuais da Ação de Improbidade Administrativa, ocasionando até mesmo a rejeição da Inicial.

5. Referências bibliográficas

BINEMBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB. A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei n. 13.655/2018). Rio de Janeiro, nov. 2018, p. 203-224.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio; UNES, Flávio. Improbidade administrativa e a jurisprudência do STJ: o esvaziamento do dolo nos arts. 9.º e 11 e a inconstitucionalidade da culpa no art. 10 da Lei 8.429/1992. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC*, v. 2, n. 5, p. 137-149, fev. 2014.

CARREIRO, Genilson Rodrigues. *Da mera voluntariedade ao erro grosseiro: o art. 28 da Lei 13.655/2018 e seus reflexos no Direito Administrativo Sancionador*. In: *Direito Administrativo Sancionador*. Estudos em homenagem ao Professor Emérito da PUC/SP Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 329-376.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Proibidade administrativa: comentários à Lei n. 8.429/92*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HARGER, Marcelo. *Improbidade administrativa: comentários à Lei n. 8.429/92*. São Paulo: Atlas, 2015 (Coleção Direito Administrativo Positivo; v. 7 / Irene Patrícia Nohara, Marco Antonio Praxedes de Moraes Filho, coordenadores.).

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTTA, Fabrício. Recomendações do MP no controle da administração: o exemplo do VAR. *Revista Consultor Jurídico*. São Paulo, 26 de setembro de 2019. Interesse Público. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-26/interesse-publico-recomendacoes-ministerio-publico-var>>. Acesso em: 29/2/2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Justa Causa e Juízo de Prelibação (Admissibilidade) na Ação de Improbidade Administrativa: Proteção e Preservação dos Direitos e Garantias dos Requeridos Frente à Busca de Maior Eficiência Judicial no Combate à Corrupção na Era da Operação Lava Jato. *Revista Síntese de Direito Administrativo*. Ano XII, n. 141, set. 2017, edição especial – “25 Anos da Lei de Improbidade Administrativa”.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

ISSN 2237-4515



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO