



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2016.0000511601

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0049457-39.2011.8.26.0576, da Comarca de São José do Rio Preto, em que são apelantes [REDACTED] (MICRO EMPRESA) e [REDACTED], é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS MALHEIROS (Presidente sem voto), JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA E MARREY UINT.

São Paulo, 26 de julho de 2016.

MAURÍCIO FIORITO
RELATOR
 Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação nº 0049457-39.2011.8.26.0576

Apelantes: [REDACTED] (Micro
Empresa) e [REDACTED]

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: São José do Rio Preto

Voto nº 9686

TRIPLA APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improbidade administrativa – Ato praticado na vigência do antigo CPC – Aplicação do artigo 14 do novo CPC – Aluguel de recinto público de exposição para eventos particulares em 2009 e 2010 – *Sentença de procedência pronunciada em primeiro grau* – Inconstitucionalidade das sanções de multa civil e de proibição de contratação com o poder público, pois não previstas na Constituição Federal – Inocorrência – A busca por ferramentas anti-improbidade levou o legislador ordinário, ao elaborar a Lei nº 8.429/92, a ampliar o rol de sanções ainda que não previstas na CF/88, art. 37, §4º – Precedentes – Malversação da coisa pública – Inocorrência – Consideramos o número de obras realizadas e os valores que foram despendidos pelo erário público, a média dos valores apurados não supera R\$ 5.000,00 por obra – Desnecessidade de licitação (art. 24, inciso I cc § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/93) – Lesão ao Erário – Afastado – Notas fiscais de materiais e mão de obra seriam consideradas compatíveis com a execução de obras de contratação civil no Recinto de Exposição – Ausência de demonstração de prejuízo ao erário quanto à aquisição de arado agrícola – Arrecadação da verba extramunerária – Apenas um Decreto, o último, determinava que doravante fosse o dinheiro recebido dos organizadores fosse depositado em conta da Prefeitura Municipal – Contratação de médico veterinário – Era o único credenciado pela Secretaria de Estado de Agricultura para recepção de animais e expedição de GTA – guia de trânsito animal – Locação do recinto por preço subfaturado – Afastado – Referidas locações foram autorizadas por Decretos Municipais, com áreas diversas: 1.400 veículos no estacionamento externo e 150 veículos no interno – *Ausência de comprovação que torne possível a responsabilização dos requeridos por ato de improbidade administrativa* – Decisão reformada para julgar improcedente a ação civil pública – Recurso dos requeridos providos.

Trata-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO em face de [REDACTED]



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

[REDACTED] e [REDACTED] alegando, em tese, a prática de ato de improbidade administrativo, pelo fato de que o requerido [REDACTED], na qualidade de Secretário Municipal da Agricultura e Abastecimento do Município de São José do Rio Preto, ter providenciado o aluguel de recinto de exposições, para diversos eventos particulares, nos anos de 2009 e 2010, com o que ingressou ao erário público pelo menos R\$ 408.000,00. As locações foram autorizadas por Decreto municipais e os valores foram utilizados em benfeitorias no próprio recinto. Destacou que o emprego desses valores foi feito sem respeito às regras da Administração Pública, como a necessidade de procedimento licitatório. Ademais, o requerido [REDACTED] então assessor de [REDACTED] teria intermediado a locação do recinto para a empresa [REDACTED] de propriedade de seu tio, por preço subfaturado. Apurou-se, ainda, que os valores estipulados nos contratos de locação não eram depositados nos cofres do Município, ficando sob a guarda do requerido [REDACTED]. Que houve a contratação de médico veterinário, sem qualquer procedimento licitatório, tendo sido os valores pagos sem recibo de pagamento para a prestação de contas, havendo também ilicitudes na aquisição de um arado, deixando também o agente público de reter impostos municipais quando das prestações dos serviços. Requereu, assim, a condenação de todos a sanções do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

A r. sentença de fls. 4205/4214, cujo relatório se adota, **julgou procedente o pedido** para condenar [REDACTED] em suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos, pagamento de multa civil fixada em 10 (dez) vezes o valor da remuneração percebida à época dos fatos, com atualização monetária até a data do efetivo pagamento, além de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; além de [REDACTED] em suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos, pagamento de multa civil fixada em 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida à época dos fatos no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

cargo comissionado, com atualização até o pagamento, além de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos; e quanto à ré [REDACTED] multa civil de 03 (três) vezes incidente sobre o lucro obtido num dos eventos, que se estima em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), obtida pela empresa requerida José Nelson Figueiredo ME, além de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos. Deixou de condenar os réus ao pagamento de honorários advocatícios, por ser vedado ao autor recebê-los, condenando-os ao pagamento das custas e despesas processuais.

Em suas razões recursais (fls. 4216/4233), o **corrêu** [REDACTED] pleiteou a reforma da sentença, ante a inconstitucionalidade das penas de suspensão dos direitos políticos e de contratar com o poder público e receber benefícios ou incentivos fiscais; inconstitucionalidades esses que deverão ser declaradas *incidenter tantum* no processo; não configuração do ato de improbidade administrativa e ausência de dolo; ausência de prova de qualquer ato de improbidade praticado pelo apelante; inexigibilidade de processo licitatório; violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Por seu turno, houve inconformismo recursal por parte do **corrêu** [REDACTED] (fls. 4241/4251), igualmente pela reforma da sentença, destacando-se não intempestiva a sua contestação, que não configura ato de improbidade administrativa e ausência de dolo; que a não realização de licitação não configuraria, por si só, a improbidade administrativa.

Finalmente, o **corrêu** [REDACTED] (fls. 4254/4268), pleiteou a reforma da sentença, alegando, em resumo, inexistência de ato de improbidade administrativa e ausência de dolo e prejuízo ao erário.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Recebido os recursos em seus ambos efeitos (fls. 4279), sobreveio as contrarrazões do autor **Ministério Público do Estado de São Paulo** de fls. 4382/4414.

Os autos subiram a este Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 4417), com distribuição livremente a esta c. Câmara de Direito Público (fls. 4418).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela improvimento dos recursos (fls. 4419/4432).

É O RELATÓRIO
FUNDAMENTO

Por se tratar de ato praticado na vigência do antigo CPC, este será utilizado para a análise da questão, nos moldes do artigo 14 do Novo CPC.

De rigor apreciar a preliminar arguida na apelação do co-apelado **Moacyr**.

A presente demanda tem por objetivo aplicar a [REDACTED] [REDACTED] (secretário municipal da agricultura e abastecimento do Município de São José do Rio Preto), e também a [REDACTED] (assessor do primeiro) que intermediou a locação do recinto para a empresa e [REDACTED] de propriedade de seu tio, por preço subfaturado, as penas cabíveis em virtude de eventual ato de improbidade administrativa.

No tocante a preliminar de *inconstitucionalidade das penas de suspensão dos direitos políticos e de contratar com o poder público e receber benefícios ou incentivos fiscais; inconstitucionalidades essas que deverão ser declaradas incidenter tantum no processo*, não merece acolhida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

A alegação de inconstitucionalidade das referidas penas, nos moldes do artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92, não me convence. A busca por ferramentas anti-improbidade levou o legislador ordinário, ao elaborar a Lei nº 8.429/92, diploma legal do qual **ampliou o rol de sanções** (*multa civil, proibição de contratar com o poder público e receber benefícios ou incentivos fiscais*) ainda que não previstas na CF/88, art. 37, §4º.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo¹ *“as sanções acrescidas pela Lei nº 8.429, que não figuram no artigo 37, §4º, da Carta Federal, aparecem no art. 5º XLVI, da mesma Carta, estando autorizada a possibilidade da lei em adotá-las, inclusive dentre outras penalidades. Em suma, não encontra qualquer suporte eventual dúvida sobre a constitucionalidade de algumas penas que vieram capituladas na Lei nº 8.429, embora omitidas pelo art. 37, §4º, da CF.”*

Neste sentido já se pronunciou o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com fundamento em precedentes do Superior Tribunal Federal a respeito do tema. Confira-se:

Agravos Regimentais no Recurso Extraordinário. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MULTA CIVIL. ARTIGO 12, III, DA LEI 8.429/92. As sanções civis impostas pelo artigo 12 da Lei n. 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa estão em sintonia com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Agravos regimentais a que se nega provimento (RE 598588/RJ, AgR, Relator: Min. EROS GRAU, Julgamento: 15/12/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-10 PP-02114)

APELAÇÃO CÍVEL - Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa
 Cerceamento de defesa inócua Inépcia da inicial Inocorrência Regularidade do inquérito civil Utilização de máquinas e funcionários públicos em obras particulares - Conduta irregular demonstrada Conduta improba descrita no artigo 10, inciso XIII, da Lei nº 8.429/92 Sanções de ressarcimento ao erário, multa civil, perda dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público bem aplicadas - Artigo 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92 Constitucionalidade -

¹Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa, GZ Editora, Rio de Janeiro, 2009, p.521



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Recurso dos réus improvido. (Apelação Cível Nº 0004055-41.2009.8.26.0337, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maria Laura Tavares, j. em 4.2.2013).

Inexiste, assim, qualquer inconstitucionalidade, tendo em vista que o dispositivo constitucional estabeleceu um **rol mínimo de sanções** que deveriam estar necessariamente previsto na lei, não impedindo, entretanto, a criação de novas espécies.

Tem-se, assim, que se restar clara a atuação irregular dos requeridos, que se consubstancia em ato de improbidade administrativa, como consta dos incisos e artigos Lei nº 8.429/92, cabível é exigir sejam os réus punidos, nos termos da lei mencionada.

Superada tal preliminar, passo a apreciar o mérito dos recursos, dos quais **merecem provimento**.

Trata-se de ação civil publica movida contra os réus onde se procura apurar atos de improbidade administrativa relacionados à **exploração do espaço público do Recinto de Exposição** da cidade de São José do Rio Preto – SP, o qual se encontrava sob a responsabilidade da Secretaria Municipal de Agricultura e Abastecimento que era coordenado pelo então Secretário [REDACTED]

Destaca-se da exordial que o referido espaço teria sido objeto de alugueres para diversos eventos particulares em 2009 e 2010, onde se estipulava o pagamento de determinadas importâncias pelos organizadores, para que fossem realizadas benfeitorias no recinto.

Segundo a peça acusatória, as mencionadas locações foram realizadas mediante autorização por meio de decretos municipais, cujos recursos auferidos seriam destinados para programas e projetos da Secretaria junto o parque de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

exposições.

Prosseguindo, afirma-se que os pagamentos eram realizados diretamente para a Secretaria Municipal, mediante emissão de recibos e que, por se tratar de verba extramunerária, tinha prestação de contas interna que ficava arquivada na própria Secretaria, uma vez que tais receitas não estavam incluídas no orçamento regular da referida repartição.

Assevera que tal procedimento (recebimento e aplicações das receitas de locação) não era submetido ao crivo do Tribunal de Contas do Estado e do Poder Executivo, sendo que em atos de investigação foram encontradas diversas irregularidades no que diz respeito às contratações de prestação de serviços, favorecimento nas contratações, bem como na aplicação e consequente realização de obras e serviços junto o parque de exposição.

Recolhe-se da inicial, ainda, que [REDACTED] intermediou a exploração do pátio de estacionamento de veículos do Recinto de Exposição em dois eventos em 2009 e 2010, para a empresa [REDACTED] e que tais condutas teriam acarretado um prejuízo ao erário, em benefício de terceiros, em detrimento do interesse público, face ao subfaturamento.

Diante deste quadro, requereu, com fulcro nos artigos 11º 'caput' e artigo 3º da Lei de Improbidade Administrativa, a aplicação das penas dos artigos 12º, III da Lei 8.429/92.

E neste sentido a sentença julgou procedentes os pedidos, para **imputar aos apelantes a prática de conduta prevista no art. 11, da Lei 8.429/92; impondo-se, portanto, a prática de conduta dolosa.**

Pois bem. A Constituição Federal, ao abrir o capítulo destinado à Administração Pública, predispõe em seu art. 37, caput:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

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 (...).

Ocorre, contudo, que a ilegalidade de ato administrativo não configura, por si só, improbidade administrativa.

Relata-se na exordial que o espaço público do Recinto de Exposição teria sido objeto de alugueres para diversos eventos particulares (relação completa às fls. 94/95 do inquérito 14.0717.000209/2010-7), sendo que em todos os eventos havia estipulação de que o organizador pagaria determinada importância, que seria variável e antecipadamente, para que fossem realizadas benfeitorias no referido Recinto de Exposições, considerando ainda que referidas locações foram autorizadas por Decretos Municipais.

Retira-se dos autos (fls. 122/128) que conforme se denota no **Relatório** realizado pela Secretaria de Planejamento restou constatado que mais de trinta obras de melhorias foram realizadas, sendo que há mais de décadas, em diversas administrações, tornou-se praxe administrativa a arrecadação e a utilização dos recursos arrecadados pelos eventos no próprio recinto, sendo que a receita que entrava era controlada de acordo com o que havia sido estipulado no ato administrativo autorizador e os valores arrecadados eram geridos pelo administrador que os utilizava na manutenção geral e obras de melhoria do recinto. (...) Deveras, se consideramos o número de obras realizadas e os valores que foram despendidos pelo erário público percebermos que a média dos valores apurados não supera R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por obra.

Aqui cabe registrar que a **lei de licitação** (art. 24, inciso I) autoriza a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

compra direta, no caso de obras e serviços de engenharia, de valores que não superem a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), podendo, inclusive, ser realizado acréscimo durante a execução dos serviços em percentuais definidos no § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/93.

Ao menos na visão deste magistrado, pelo acima exposto, a questão relativa à ausência de licitação encontra-se superada.

Não obstante isso houve por parte da Secretaria de Planejamento (fls. 135/144) um levantamento das obras executadas no Recinto de Exposições no período de 2009 a 2010, que segundo as notas fiscais de materiais e mão de obra relacionas a execução das 30 (trinta) obras no total de R\$ 123.025,91, seriam consideradas compatíveis com a execução de obras de contração civil no Recinto de Exposição, não havendo que falar em malversação da coisa pública.

Igualmente, nada a ser confirmado quanto ao desvio de verba pública.

No tocante à arrecadação da verba extramunerária que deveria ser feita diretamente para a Secretaria Municipal, verifico que tudo se deu nos estritos termos da lei. Senão vejamos.

Depreende-se da leitura do TERMO DE DECLARAÇÕES de [REDACTED] (fls. 915/921) que “... *quero esclarecer que apenas um Decreto, o último, determinava que doravante fosse o dinheiro recebido dos organizadores fosse depositado em conta da Prefeitura Municipal, sendo que os demais Decretos nada mencionavam e que deveriam ser pagos antecipadamente em espécie*”.

Igualmente, no que diz respeito à contratação de médico veterinário, declarou o requerido Moacyr (em especial às fls. 919) que “**Ele é o único**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

credenciado pela Secretaria de Estado de Agricultura para recepção de animais e expedição de GTA – guia de trânsito animal”. Referida prestação de serviço pelo profissional foi na ordem de R\$ 12.000,00, o que igualmente afasta a necessidade de processo licitatório.

Na mesma linha, nenhum dano ao erário foi demonstrado com relação à aquisição pela Secretaria Municipal de Agricultura e Abastecimento de um prosaico arado agrícola de [REDACTED]

Não me convence, portanto, de que o administrador tenha agido de forma contrária aos princípios administrativos, a ensejar atos de improbidade administrativa.

Sobre outro vértice, a questão envolvendo os correqueridos [REDACTED] no que diz respeito à locação do recinto por preço subfaturado, deve ser revista.

Por primeiro há de ser rechaçada a expressão: “que [REDACTED] teria intermediado a empresa de um tio a exploração, por duas vezes” – fls. 6, pois referidas locações foram autorizadas pelos Decretos Municipais 15.425 e 15.345, ou seja, nos termos legais.

Demais a mais, reportando-me mais uma vez às declarações de fls. 920 ao que restou assentado:

Seu assessor privilegiou a locação do estacionamento de alguns dos eventos para algum parente dele, que seja de seu conhecimento? Não. Na verdade, primeiro não sabia que era seu parente; em segundo lugar, nos dois contatos não houve nenhum privilégio, o primeiro deles foram oito dias de evento cobrados a R\$ 5.000,00 da exposição no total de R\$ 40.000,00 que foi efetivamente pago. Na segunda vez que houve a locação, não foi o estacionamento externo, mas a área interna do lado superior, onde fica a pista de julgamento, que tem uma capacidade dez vezes menor que o estacionamento oficial, que cabem 1.400 veículos no estacionamento externo e uns 150 veículos no interno, o mesmo preço do externo; a única diferença e que foi usado por apenas dois dias.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Não há como manter a posição do autor de que houve prejuízo ao erário. As duas locações tem áreas diversas, pelo que se vê da quantidade de veículos: 1.400 veículos no estacionamento externo e uns 150 veículos no interno.

A propósito, observo que o Tribunal de Contas ao analisar as contas municipais dos exercícios de 2009 e 2010 não registou qualquer observação sobre esses fatos em seu relatório, cujos pareceres foram favoráveis à prestação dessas contas, conforme teor de fls. 1806/1935.

Nesta seara, entendo que embora as condutas apontadas supostamente afronte o princípio da legalidade, **não autoriza o reconhecimento automático que as mesmas possam implicar em ato de improbidade**, o que exige uma ilicitude qualificada pela desonestidade.

Assim sendo, inexistente, *in casu*, demonstração de que tais condutas tenham excedido o limite entre a irregularidade administrativa (ilegalidade) e a improbidade, o que dependeria de uma mais cuidadosa definição da conduta e a verificação da existência de indícios de desonestidade, o que não se observa no presente caso.

Dentro desta linha de raciocínio, oportuno colacionar-se a jurisprudência dominante do Colendo Superior Tribunal de Justiça acerca da necessidade de mais elementos do que simplesmente a irregularidade administrativa para caracterizar-se o ato de improbidade:

"ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE DOLO OU MÁ-FÉ. PRESTAÇÃO EFETIVA DE SERVIÇO PÚBLICO. MODICIDADE DA CONTRAPRESTAÇÃO PAGA AO PROFISSIONAL CONTRATADO. **INEXISTÊNCIA DE DESVIO ÉTICO OU DE INABILITAÇÃO MORAL PARA O EXERCÍCIO DO MUNUS PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO DE MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA.**

1. "A Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

foro disciplinar adequado para processo e julgamento." (Nesse sentido: REsp 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009.) 2. Na hipótese de acumulação de cargos, se consignada a efetiva prestação de serviço público, o valor irrisório da contraprestação paga ao profissional e a boa-fé do contratado, há de se afastar a violação do art. 11 da Lei n. 8.429/1992, sobretudo quando as premissas fáticas do acórdão recorrido evidenciam a ocorrência de simples irregularidade e inexistência de desvio ético ou inabilitação moral para o exercício do múnus público. (Precedente: REsp 996.791/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 27.4.2011.) Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1245622/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 24/06/2011, grifo nosso)

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO INDIRETA DE SERVIDOR VINCULADO À CONTRATANTE. ART. 9º, III E § 3º, DA LEI 8665/93. FALTA SUPRIDA ANTES DA FASE DE HABILITAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. **ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.**

1. O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições e notadamente: (a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); (b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); (c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

2. A má-fé, consoante cediço, é premissa do ato ilegal e improbo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvado pela má-intenção do administrador.

3. A improbidade administrativa está associada à noção de desonestidade, de má-fé do agente público, do que decorre a conclusão de que somente em hipóteses excepcionais, por força de inequívoca disposição legal, é que se admite a sua configuração por ato culposos (artigo 10, da Lei 8.429/92).

4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8.429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido. Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA, DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006.

5. In casu, a ausência de má-fé dos demandados (elemento subjetivo) coadjuvada pela inexistência de dano ao patrimônio público, assentado no voto condutor do acórdão recorrido, verbis: "consoante se infere da perícia levada a efeito, os serviços contratados foram efetiva e satisfatoriamente prestados, não tendo sido registrado qualquer prejuízo ou perda financeira e/ou contábil causado à Administração e, ao revés, reconhecida pelo Tribunal de Contas do Estado a regularidade da licitação (fls. 857/861). Na verdade, não restou demonstrado no curso do processo a prática de ato ilícito dos réus que constituísse lesão ao erário público e possibilitasse a indenização pelos prejuízos suportados" (fl. 1458), revela error in judicando a análise do ilícito apenas sob o ângulo objetivo.

6. Ademais, a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

realizada com ponderação, máxime porque uma interpretação ampliativa poderá acoimar de improbas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu.

7. Outrossim, é cediço que não se enquadra nas espécies de improbidade o administrador inepto. Precedentes: Resp 1149427/SC, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 09/09/2010; e REsp 734984/SP, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/06/2008.

(...)

11. Deveras, em sede de ação de improbidade administrativa da qual exsurgem severas sanções o dolo não se presume. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1324212/MG, SEGUNDA TURMA, DJe 13/10/2010; e REsp 1140315/SP, SEGUNDA TURMA, DJe 19/08/2010.

12. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, desprovido."

(REsp 939.118/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 01/03/2011, grifos nossos)

Neste sentido, aliás, já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. 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 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10."²

Assim, mais não é preciso dizer, sendo de rigor dar provimento aos recursos dos requeridos, e por via de consequência reformar a sentença para julgar improcedente a ação civil publica. Sem condenação do requerente ao pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

DECIDO

Ante o exposto, e pelo meu voto, **DOU provimento aos recursos dos requeridos**, e o faço para reformar a sentença de primeiro grau para julgar improcedente a ação civil pública.

Sem condenação do requerente ao pagamento das custas processuais,

² Cf. Superior Tribunal de Justiça - AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJE 28/09/2011.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

nos termos do artigo 18 da Lei nº 7.347/85.

MAURICIO FIORITO

Relator