



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2021.0000480239

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1015919-23.2018.8.26.0344, da Comarca de Marília, em que são apelantes VINICIUS ALMEIDA CAMARINHA e TAÍS VANESSA MONTEIRO, são apelados SOTAK LOCAÇÕES LTDA ME e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Após as sustentações orais dos(as) Drs(as). Evane Beiguelman Kramer e Christian de Souza Gonzaga, e do Dr. Procurador de Justiça Alfredo Coimbra, 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 RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), PAULO BARCELLOS GATTI E ANA LIARTE.

São Paulo, 21 de junho de 2021

OSVALDO MAGALHÃES

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

VOTO Nº 31.080/21

APELAÇÃO Nº 1015919-23.2018.8.26.0344

COMARCA: MARÍLIA

APELANTES: VINÍCIUS ALMEIDA CAMARINHA e TAIS VANESSA MONTEIRO

APELADOS: SOTAK LOCAÇÕES LTDA-ME e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa: Apelação – Improbidade administrativa – Contratação direta de uma mesma empresa, em diversas oportunidades, para a prestação de serviços relativos à locação de palcos e iluminação cênica, em valores que, somados, superam o limite previsto no artigo 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 – R. sentença de improcedência da ação em relação à contratada e de parcial procedência dos pedidos em relação ao Prefeito e à Secretaria Municipal de Cultura – Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa ao Prefeito Municipal, conforme decidido no Recurso Extraordinário nº 976.566, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 576) – No entanto, tendo em vista a delegação de atribuições inerentes à licitação aos Secretários Municipais operada pelo Decreto Municipal nº 11.001/2013, impõe-se o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva formulada pelo Prefeito requerido – Cerceamento de defesa não configurado – Atos de improbidade administrativa consignados no artigo 10, inciso VIII, e artigo 11, da Lei nº 8.429/92 não configurados – Segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, para a caracterização do ato ímprobo, exige-se a demonstração do elemento volitivo consubstanciado pelo dolo, em relação aos tipos previstos nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, e pela culpa, no tocante às condutas arroladas no artigo 10, sendo que, para as condutas arroladas no artigo 11, basta a comprovação de dolo genérico – No caso em exame, as condutas que evidenciam o elemento volitivo sequer são descritas da petição inicial, representando, segundo argumento do Ministério Público, quase que uma decorrência lógica da ultrapassagem do limite previsto no artigo 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, o que não pode ser admitido, sob pena de responsabilização objetiva dos agentes públicos requeridos – Improcedência total da ação que se impõe – Recursos de apelação providos.

I. Trata-se de ação civil pública por atos de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de Vinícius Almeida Camarinha, na qualidade de ex-Prefeito do Município de Marília, Taís Vanessa Monteiro, ex-Secretária Municipal de Cultura, e Sotak



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Locações Ltda-ME.

Segundo relata o órgão ministerial, no curso do inquérito civil nº MP 14.0716.0007014/2017-6, instaurado mediante representação da OSCIP MATRA - Marília Transparente, apurou-se que, durante o período de 2014 a 2016, o Município de Marília contratou a empresa Sotak Locações Ltda – ME em diversas oportunidades para a locação de palcos e iluminação cênica, por meio de contratações diretas e informais, contrariando o que preconiza o inciso II, §7º, do artigo 15 da Lei Federal nº 8.666/93. Em termos globais, os valores pagos à empresa requerida alcançaram o importe de R\$ 111.930,00 (cento e onze mil, novecentos e trinta reais), sendo R\$ 40.670,00 (quarenta mil, seiscentos e setenta reais) referentes ao exercício de 2014; R\$ 18.870,00 (dezoito mil, oitocentos e setenta mil reais) relativos ao exercício de 2015, e R\$ 52.390,00 (cinquenta e dois mil, trezentos e noventa reais) referentes ao exercício de 2016, ultrapassando, portanto, o limite previsto no artigo 24, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93. Pugna, ao final, pela condenação dos réus às sanções previstas no artigo 12, inciso III, c/c artigo 10, inciso VIII, ambos da Lei nº 8.429/92, e, subsidiariamente, às penas previstas no artigo 11, inciso I, c/c o artigo 12, inciso III, do mesmo diploma.

A r. sentença de fls. 617/632, cujo relatório se adota, julgou a ação improcedente em relação à requerida Sotak Locações Ltda-ME, e parcialmente procedente no tocante aos réus, Vinícius Almeida Camarinha e Taís Vanessa Monteiro, para reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8429/92, e, em consequência, com fundamento no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8429/92, condená-los às sanções de ressarcimento integral do dano, perda da função pública eventualmente exercida, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos, pagamento de multa civil equivalente a 2 (duas) vezes o valor do dano, em favor do Município de Marília, e proibição de contratar ou receber benefícios do Poder Público pelo prazo de 5 (cinco) anos.

Embargos de declaração opostos por Vinícius Almeida Camarinha (fls. 636/640) e por Taís Vanessa Monteiro (fls. 642/646) foram rejeitados, conforme r. decisão de fl. 647.

Inconformado, recorre o ex-Prefeito, suscitando preliminares de cerceamento de defesa, inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos e de ilegitimidade de parte. No mérito, alega a não configuração de ato de improbidade, uma vez que os serviços foram



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

efetivamente prestados e não há prejuízo ao erário. Além disso, não houve má-fé ou dolo, essenciais à caracterização de conduta ímproba. Pugna, ao final, pela inversão do resultado da demanda e, subsidiariamente, pela diminuição das sanções impostas em primeiro grau (fls. 651/673).

Também apela a ré Tais Vanessa, pleiteando a concessão de gratuidade de Justiça, uma vez que não possui condições de arcar com o preparo, ou então, subsidiariamente, o diferimento no pagamento das custas. Preliminarmente, requer a anulação da r. sentença recorrida, por cerceamento de defesa, uma vez que o caso demanda dilação probatória, incompatível com o julgamento antecipado levado a efeito na origem. No mérito, aduz que não houve dano real ao erário, essencial à configuração do ato de improbidade previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que os serviços foram efetivamente prestados e que não há indícios de superfaturamento. Sustenta, no mais, a ausência de dolo ou culpa, pontuando que os serviços e produtos adquiridos não eram iguais. Pugna, ao final, pela reforma da r. sentença recorrida para a improcedência da ação (fls. 675/693).

Processados regularmente, com o oferecimento de contrarrazões (fl. 702/732), subiram os autos a esta Instância.

A d. Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento dos recursos (fl. 745/760).

É o relatório.

II - Primeiramente, impõe-se o deferimento do pedido de gratuidade de Justiça formulado pela apelante Taís Vanessa Monteiro, dispensando-a do recolhimento do preparo recursal.

Segundo dispõe o artigo 98 do Código de Processo Civil: *“A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.”*

Referido comando é complementado, no que diz respeito às pessoas físicas, pelos §§ 2º, 3º e 4º do art. 99 do Código de Processo Civil com o seguinte teor:

“§ 2º O juiz somente poderá indeferir o pedido se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos.”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

§ 3º *Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.*

§ 4º *A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.”*

Tais preceitos concretizam, na verdade, a garantia de acesso à Justiça prevista no artigo 5º, XXXIV da Constituição Federal, alcançando todos que afirmem tal condição de miserabilidade jurídica, presunção *iuris tantum* de pobreza, somente possível se afastada mediante prova inequívoca em sentido contrário, bastando à parte, para que obtenha o benefício, a simples afirmação de insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

Aliás, tal entendimento já vigorava ao tempo da Lei nº 1.060 de 05/02/1950, em conformidade com os seguintes precedentes da Suprema Corte:

“ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI Nº 1.060/50, ART. 4º, C.F., ART. 5º, LXXIV. INCOMPATIBILIDADE INOCORRENTE. O art. 4º da Lei nº 1060/50 não colide com o art. 5º, LXXIV, bastando à parte, para que obtenha o benefício da assistência judiciária, a simples afirmação de sua pobreza, até prova em contrário. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 205.080, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 27.06.1997).

Também:

“CONSTITUCIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI 1.060, DE 1950. C.F., art. 5º, LXXIV. I – A garantia do art. 5º, LXXIV assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja seja facilitado o acesso de todos à Justiça (C.F., art. 5º, XXXV). II - R.E. não conhecido” (RE 205.029, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 07.03.1997).

Na mesma linha de orientação, dentre outros: AI nº 575.127/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 05/04/2010; e RE nº 529.032/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/02/2010.

No caso em tela, por sua vez, os demonstrativos de pagamento



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

acostados ao recurso de apelação (fls. 695/697) demonstram que a apelante/requerida auferiu rendimentos modestos (R\$ 888,22, em dezembro de 2019), ao passo que o montante devido a título de preparo é de R\$ 5.286,00.

Pode-se concluir, portanto, sem maiores esforços, que o valor da taxa judiciária realmente desproporcional às atuais condições financeiras da requerente, a reforçar a presunção de veracidade que lei confere à declaração de hipossuficiência de fls. 694.

Note-se, porquanto oportuno, que o deferimento da gratuidade não está adstrito à comprovação da miserabilidade ou pobreza absoluta da parte, consoante se extrai dos seguintes precedentes:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Gratuidade de Justiça – Concessão do benefício com a simples declaração de necessidade da parte conforme o art. 99, § 3º, do CPC de 2015 O conceito de miserabilidade não se restringe ao miserável, mas abrange pessoa de condição modesta ou até da classe média que se encontre em situação de não poder prover as despesas do processo Decisão reformada Recurso provido.” (Agravado de Instrumento nº 2267054-04.2019.8.26.0000; Relator Des. J. M. Ribeiro de Paula; 12ª Câmara de Direito Público; Julgamento 25/03/2020).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO Interposição contra decisão que indeferiu o pedido de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita – Agravante que não se encontra em estado de miserabilidade, mas que comprova sua hipossuficiência com os documentos acostados aos autos Cabimento dos benefícios da Justiça Gratuita Prova nos autos a corroborar as afirmações da parte agravante Atendimento dos requisitos legais Recurso provido.” (Agravado de Instrumento nº 2228070-48.2019.8.26.0000; Relator Des. Eduardo Gouvêa; 7ª Câmara de Direito Público; Julgamento 10/12/2019).

“AGRAVO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Decisão que indeferiu o benefício da gratuidade ao autor. Inadmissibilidade, no caso. Miserabilidade jurídica que não pode ser confundida com pobreza material, miserabilidade ou indigência. Prova, ademais, existente e suficiente nos autos, a impor a concessão do benefício. Recurso provido.” (Agravado Interno Cível nº 2000418-40.2019.8.26.0000; Relator Des. Coimbra Schmidt; 3ª Câmara de Direito Público; Julgamento 25/11/2019).

Outrossim, a mera contratação de advogado particular não obsta a concessão do benefício buscado, consoante entendimento do Colendo Superior



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ADVOGADO PARTICULAR. CONTRATAÇÃO PELA PARTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AD EXITO. VERBA DEVIDA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 1º, IV, 5º, XXXV E LXXIV, DA CF/88, 3º, V, 4º E 12 DA LEI Nº 1.060/50; E 22 DA LEI Nº 8.906/94. 1. Ação ajuizada em 16.10.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 04.10.2013. 2. Recurso especial em que se discute se a assistência judiciária gratuita isenta o beneficiário do pagamento dos honorários advocatícios contratuais. 3. Nada impede a parte de obter os benefícios da assistência judiciária e ser representada por advogado particular que indique, hipótese em que, havendo a celebração de contrato com previsão de pagamento de honorários ad exito, estes serão devidos, independentemente da sua situação econômica ser modificada pelo resultado final da ação, não se aplicando a isenção prevista no art. 3º, V, da Lei nº 1.060/50, presumindo-se que a esta renunciou. 4. Recurso especial provido” (REsp 1153163/RS, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em 10/06/2014, DJe de 01/08/2014).

III – Por outro lado, mostra-se sem cabimento a preliminar de não aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos Prefeitos, tendo em vista o decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 976.566, julgado sob a sistemática da repercussão geral (Tema nº 576 STF), com a seguinte ementa:

“CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DE INSTÂNCIAS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E POLÍTICA ADMINISTRATIVA (DL 201/1967) SIMULTÂNEA À POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, DEVIDAMENTE TIPIFICADO NA LEI 8.429/92. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM.

1. 'Fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade, e não apenas a prejudicam por se corromperem, mas também porque a corrompem, e são mais nocivos pelo exemplo do que pelo crime' (MARCO TÚLIO CÍCERO. Manual do candidato às eleições. As leis, III, XIV, 32).

2. A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a de todo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência.

3. *A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político-administrativa de Prefeitos e Vereadores.*

4. *Consagração da autonomia de instâncias. Independentemente de as condutas dos Prefeitos e Vereadores serem tipificadas como infração penal (artigo 1º) ou infração político-administrativa (artigo 4º), previstas no DL 201/67, a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa é autônoma e deve ser apurada em instância diversa.*

5. *NEGADO PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário. TESE DE REPERCUSÃO GERAL: “O processo e julgamento de prefeito municipal por crime de responsabilidade (Decreto-lei 201/67) não impede sua responsabilização por atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/1992, em virtude da autonomia das instâncias” (RE 976566, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, j. 13/09/2019, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)*

IV – Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva formulada pelo apelante Vinícius Camarinha, tal questão, na realidade, se relaciona com o próprio mérito.

Com efeito, é incontroverso nos autos que, na época dos fatos, vigia o Decreto nº 11.005/2013, por meio do qual se delegou aos Secretários Municipais a função de superintender e processar os procedimentos de licitação, sua inexigibilidade.

Sendo assim, tem-se que todos aqueles atos normalmente praticados por Prefeitos nas contratações efetuadas durante o seu mandato – e que normalmente informam a sua inclusão no polo passivo de ações de improbidade similares à presente –, no caso em exame, foram praticados por outrem, mais precisamente, pela requerida Taís Vanessa Monteiro.

É certo que, em sua petição inicial, o Ministério Público alega que *“a delegação administrativa, por si só, não pode ser usada como mote para a impunidade, pois, o ato inquinado de ilegalidade encontra-se diretamente atrelado à própria atividade administrativa do Prefeito, na condição de gestor do dinheiro público. Ao delegar funções próprias do orçamento municipal, de*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

sua responsabilidade direta, o ex-Prefeito tornou-se responsável pelos atos da ora requerida TAÍS, de sua livre nomeação e exoneração, a qual, nos exercícios de 2015 e 2016, excedeu-se de forma exorbitante em ilegítimas dispensas de licitação, mediante fracionamento de objetos de serviços inerentes à Secretaria Municipal da Cultura” (fl. 07).

Não obstante, não se pode ir ao extremo de responsabilizar o requerido por fatos por ele não praticados e, ao que tudo indica, por ele sequer conhecidos quando da sua ocorrência, ainda que praticados em razão de delegação administrativa.

Semelhante opção significaria responsabilizar o ex-Prefeito objetivamente, o que se mostra absolutamente incompatível com a improbidade administrativa, pelo menos na forma pela qual o instituto foi delineado pela legislação e pela jurisprudência das cortes superiores.

Para que pudesse ser imputado ao réu/apelante a prática de atos ímprobos no exercício de tal delegação seriam necessários elementos que indicassem ciência da ilicitude das contratações, acompanhada de desídia, conivência, ou mesmo conluio com o intuito de frustrar a licitude de procedimento licitatório.

Ocorre que, no caso em exame, tais elementos sequer são narrados na petição inicial – vale dizer, não compõem a causa de pedir da ação – e nem poderiam ser incluídos no atual momento da marcha processual, sob pena de ofender os postulados mais básicos do contraditório e da ampla defesa.

Assim sendo, realmente não se vislumbra a pertinência subjetiva necessária à inclusão do ex-Prefeito apelante no polo passivo da presente demanda – o que, no atual estágio, conduz ao provimento do recurso para o decreto de improcedência da ação, com fundamento no artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil.

Como observa Humberto THEODORO JUNIOR:

“É lícito afirmar, em face da própria natureza das preliminares processuais, que a questão só permanece no terreno das condições da ação enquanto é discutida abstratamente, ou seja, apenas mediante cotejo entre o pedido e a lei, genericamente. Depois que o caso dos autos se submete à análise concreta e detalhada, e exaurida já se acha a instrução da causa, não se pode mais admitir que se mantenha, invariavelmente, como solução de preliminar processual o pronunciamento do juiz que acolha a falta de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

legitimidade ou de interesse. Em tal estágio, o que, na verdade, se está decidindo é se a prova colhida e o direito invocado sustentam, ou não, o pedido ou, em outras palavras, se in concreto o autor tem, ou não, condições de exigir a prestação que reclama o réu.

A decisão que tardiamente se propõe a examinar condições de ação – principalmente quando proferida por Tribunal de segundo grau para cassar sentença definitiva da instância de origem -, só pode, em regra, qualificar-se como decisão de mérito, pouco importando o rótulo ou o nomen iuris que se lhe atribua. É irrelevante, pois, que o julgador afirme ser o autor carecedor de ação, se o faz à luz de conclusão formada diante da prova e do debate exaustivo sobre o pedido e a causa petendi.” (Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – Volume I. 58ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 169-170)

V – N'outro giro, não prospera a preliminar de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide.

Consoante orientação da jurisprudência: “*Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia*” (STJ – 4ª Turma, Ag. 14.952-DF-AgRg, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJE 3.9.1992).

No caso em exame, tanto o Ministério Público quanto os réus postularam a produção de provas em termos genéricos, por ocasião da apresentação das contestações e da réplica. A despeito disso, impõe-se reconhecer, tal como lançado na origem, que todos os fatos narrados pelo órgão ministerial se encontram suficientemente demonstrados pelas cópias dos procedimentos administrativos que instruem o inquérito civil.

Além disso, a análise das sucessivas manifestações das partes nos autos informa que a divergência não reside nos aspectos fáticos da demanda. Os réus não negam a ocorrência das contratações impugnadas, ao passo que o Ministério Público também não questiona se houve efetiva prestação dos serviços, se os preços praticados foram superfaturados, e assim por diante.

Em verdade, a real controvérsia nestes autos gira em torno da valoração jurídica dos fatos narrados, a qual, por se tratar de questão eminentemente de direito, prescinde de qualquer dilação probatória.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

V – No mérito, por sua vez, respeitado o convencimento do MM. Juiz de Direito, o recurso da ré Taís Monteiro comporta provimento para o decreto de improcedência total da ação.

Primeiramente, não é demais lembrar que, para que reste caracterizado um ato de improbidade no caso concreto, não basta que a conduta se amolde formalmente aos artigos 9º a 11 da Lei nº 8.429/1992. Ao contrário, é necessária a presença de um elemento volitivo consubstanciado no dolo ou culpa do agente em proceder de modo reprovado pela Lei.

Como observam Adriano ANDRADE, Cleber MASSON e Landolfo ANDRADE:

*“A caracterização do ato de improbidade administrativa está condicionada à presença dos elementos subjetivos **dolo** e **culpa** na conduta do sujeito ativo.*

*Diz-se **dolosa** a conduta quando praticada com o propósito de obter enriquecimento ilícito, causar prejuízo ao erário ou atentar contra os princípios da Administração Pública. A conduta, nesse caso, é animada pela vontade livre e consciente do sujeito ativo de praticar o ato classificado como ímprobo; o mesmo ocorrendo quando o agente, prevendo a possibilidade de ofender a probidade, assume tal risco com a prática do ato.*

A conduta ímproba se diz culposa quando o agente, por imprudência, negligência ou imperícia, atua sem os cuidados comuns à gestão da coisa pública.

(...) O que a LIA não autoriza é imputar a prática de ato de improbidade administrativa a quem não tenha agido por mobilização dolosa ou culposa, sob pena de caracterizar-se verdadeira responsabilidade objetiva.

Deve-se considerar, a propósito, que o § 6º do art. 37 da Constituição, ao estatuir a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, preservou, quanto a seus agentes causadores do dano, a responsabilidade subjetiva, subordinada a casos de dolo ou culpa. Sua responsabilidade objetiva, em consequência, demandaria, no mínimo, previsão normativa expressa, que, ademais, dificilmente se compatibilizaria com a orientação sistemática ditada pelo preceito constitucional” (Interesses difusos e coletivos. Volume 1. 8ª Ed. São Paulo: Método, 2018, pp. 802-803 – grifos no original)

Tal posicionamento também prevaleceu na jurisprudência pátria,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que possui jurisprudência remansosa no sentido de que “*para a configuração do ato ímprobo, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11, ao menos culpa, quanto às condutas do art. 10, da Lei n. 8.429/92*” (AgInt no AREsp 498221/PR, Primeira Turma, Min. Regina Helena Costa, DJe 16/03/2017). Nesse mesmo sentido, vide: AgRg no AREsp 170.921/MG, Segunda Turma, Min. Assusete Magalhães, DJe 08/03/2017; AgInt no REsp 1.573.264/PB, Primeira Turma, Min. Gurgel de Faria, DJe 10/03/2017; REsp 1.605.125/RN, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, DJe 03/03/2017.

Acerca do artigo 11 da Lei de Improbidade, é importante ressaltar ainda que “*(...) 2 . O Superior Tribunal de Justiça entende que o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico*” (REsp nº 1.714.972/SP, Ministro Herman Benjamin, DJe de 25/05/2018).

Não poderia de ser outro modo, afinal, “*a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé*” (REsp 1.605.125/RN, Segunda Turma, Min. Herman Benjamin, j. 02/02/2017).

Exatamente por isso, impõe-se distinguir a mera ilegalidade, sanável por meio dos instrumentos ordinários de controle da administração, da improbidade administrativa propriamente dita. Esta, por sua vez, consubstancia-se em ilegalidade qualificada pela desonestidade, por um modo de agir especialmente reprovável a ser aferido a partir da intenção do agente em violar o ordenamento jurídico, na hipótese de dolo, ou então pelo seu elevado grau de sua desídia com a coisa pública, no caso de culpa.

Estabelecidas tais premissas normativas, depreende-se dos autos que a requerida Taís é acusada de frustrar a licitude de procedimento licitatório – ato previsto no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/1992, em sua redação originária – ao parcelar, fraudulentamente, os serviços prestados pela ré Sotak Locações, a fim de que cada parcela se adequasse, individualmente, ao limite para contratação direta consignado no artigo 24, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 – e assim beneficiar a empresa contratada.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Segundo narrado na petição inicial:

“Apurou-se que, ao se considerar o valor global das referidas contratações, a dispensa de licitação não seria possível, por ter ultrapassado o limite previsto no artigo 24, II, da Lei nº 8.666/93, bem como por não se enquadrar em qualquer hipótese autorizadora prevista em lei, configurando lesão aos princípios da Administração Pública e ato de improbidade administrativa, por dano ao erário.

Todas as despesas supracitadas foram parceladas, de modo a adequar, fraudulentamente, cada contratação direta, individual, ao limite de R\$ 8.000,00 estabelecido à época pela Lei 8.666/93. Ocorre que a soma dos valores estava a exigir a realização de certame licitatório. Seguem os demonstrativos dos valores fracionados às tabelas abaixo:

(...)

Com clareza solar, restou demonstrado que os objetos supracitados foram irrefutavelmente fracionados, de modo a adequar, fraudulentamente, cada contratação direta, individualmente, ao limite de R\$ 8.000,00 estabelecido, à época, pela Lei 8.666/93. Ocorre que a soma dos valores, por ser superior ao limite legal, estava a exigir a realização de certame licitatório.

Assim, seja pela natureza dos serviços contratados ou a proximidade temporal entre as transações, resta indubitavelmente caracterizado o fracionamento de objeto, com dano ao erário e violação do princípio da obrigatoriedade da licitação, demonstrando o seu fim juridicamente ilícito.

Ora, considerando o calendário oficial e inoficial de eventos do Município, é imperativo que a Administração realize programação orçamentária periódica do gasto orçamentário com locação de aparelho de som e serviços de DJ, para os fins previstos na Lei n. 8.666/93, sem proceder à dispensa indevida de licitação.

O dolo dos requeridos consistiu na vontade livre e consciente de violar os princípios da Administração Pública, em benefício indevido do aludido fornecedor, considerando cada compra isoladamente para dispensar indevidamente o imprescindível certame licitatório.

Assim agindo, os requeridos frustraram a licitude do procedimento licitatório e dispensaram-no indevidamente, causando dano ao erário. Violaram ainda os princípios da legalidade, da publicidade, da eficiência, da impessoalidade e da moralidade administrativas. Ainda que não se admita o dolo genérico do artigo 10, “caput”, e inciso VII da Lei nº



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

8.429/92 (LIA), é evidente que o requerido VINÍCIUS CAMARINHA obrou com culpa grave na atuação de eleger e superintender as atividades de sua auxiliar direta.” (fls. 10/15 – grifo nosso)

Portanto, o que se depreende da petição inicial, na realidade, é que o Ministério Público pretende extrair apenas do valor global das contratações, referente a 03 (três) exercícios, abstraído de quaisquer outros elementos fáticos, o intuito desonesto, fraudulento, a ser imputado à requerida/apelante Taís Vanessa Monteiro, de frustrar a licitude do procedimento licitatório, quase como uma decorrência lógica daquele.

Vale dizer: segundo o argumento ministerial, se o valor de todas as contratações, somados, informariam a realização de licitação, a qual efetivamente não ocorreu, isso se deu porquanto a requerida, deliberadamente, parcelou o objeto da contratação, a fim de burlar a exigência de realização do certame – e mais: com a intenção de beneficiar a contratada.

Ocorre que, no mundo fático, os fatos colocados pelo apelado não se colocam – ao menos, não se colocam necessariamente – em uma relação de causa e efeito.

Ao contrário. Por mais que alguns eventos culturais efetivamente se revestissem de periodicidade anual (como é o caso da Virada Cultural Paulista e do JapanFest – fls. 96/105, 174/193, 254/263 e 274/283), outros tantos ocorreram somente uma vez no período considerado (tais como a Festa de São Joaquim e Santa Ana, o Evento Agora Você Canta, o Miss Marília – fls. 133/173), não havendo nos autos nada que indique a sua previsibilidade.

Outras locações de equipamentos e iluminação, por sua vez, parecem mais um auxílio prestado pela Prefeitura a iniciativas dos Municípios, de associações de bairro ou de congregações religiosas (nomeadamente, a festa junina da Rua Borba Gato, a missa de Corpus Christi, quermesses, bloco de carnaval – fls. 106/115, 194/203 e 294/314).

Não bastasse, algumas contratações envolviam locação de palco de diferentes dimensões, ao passo que outros versavam sobre iluminação, colocação de treliças, gradis, etc. Por mais que todos os itens pudessem ser reconduzidos à categoria de “locação de palcos e materiais necessários à realização de eventos culturais”, a aparente diversidade dos bens locados faz com que a convicção externada pelo gestor público no sentido de que os ajustes possuíam objetos distintos não soe como algo despropositado ou mesmo mendaz.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Além disso, segundo se depreende dos documentos acostados aos autos, em especial, dos editais de pregão de fls. 373/439 e dos depoimentos prestados pela funcionária Eliana Aparecida Moreno às fls. 340/342, o modo pelo qual foram levadas a efeito as locações buscaram, de alguma forma, obedecer aos ditames da Lei de Licitação.

Conforme relatado pela aludida servidora em sede de inquérito civil:

“as locações de serviços e equipamentos objeto dos inquéritos civis acima mencionados ocorreram em períodos intermediários de processos licitatórios; eu era responsável pela realização de orçamento através do cadastro de fornecedores da Prefeitura Municipal; eu imprimia os orçamentos e os encaminhava até a Secretária de Cultura da época, Tais Vanessa Monteiro; a Tais analisava a documentação, via a que tinha o menor preço e me autorizava a solicitação da compra; então eu fazia a referida solicitação e ela assinava como ordenadora de despesas e, por fim, encaminhava a requisição para o setor de compras; eu tinha conhecimento da existência de um teto para a contratação direta, que eu acreditava ser mensal e não anual; trabalho no referido setor há 31 anos, sempre fazendo orçamentos (...)” (fls. 340/341)

Ou seja, tudo indica que a requerida contratada não foi uma opção surgida ao acaso, ou então da mente da ré/apelante, mas sim uma das empresas selecionadas conforme os Editais de Pregão, os quais tinham por objeto “o registro de preço visando eventual local de palcos diversos” (fl. 373 e 408).

Para que efetivamente pudesse se cogitar em ato de improbidade, tal como afirmado em relação ao réu/apelante Vinícius, seriam necessários elementos que indicassem o propósito fraudulento, a intenção de se furtrar à realização da licitação, ou mesmo a desídia ou a conivência com uma situação sabidamente ilegal.

Mais: considerando a assertiva ministerial de que a esquiva se deu com o intuito de beneficiar a empresa contratada, seriam imperativos subsídios que evidenciassem alguma ligação entre os réus.

Ocorre que, mais uma vez, tais elementos e subsídios sequer são narrados na petição inicial e não podem integrar a lide no atual momento processual, porquanto implicam em ampliação da causa de pedir incompatível com as garantias do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio da segurança jurídica que informa todas as relações jurídicas, inclusive a relação processual.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. AMPLIAÇÃO OBJETIVA DA DEMANDA. NECESSIDADE DE CONSENTIMENTO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIMENTO TÁCITO. DUE PROCESS OF LAW. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

(...)

2. Tido por muitos como o único e verdadeiro princípio de Direito Processual contido na Constituição Federal de 1988 - art. 5º, LIV -, o princípio do due process of law abrange, como subprincípios ou corolários, a ampla defesa, contraditório, publicidade dos atos processuais, proibição da prova ilícita, entre outros. Como se vê, o devido processo legal é a garantia maior do cidadão em face do arbítrio, dando-se a ele o direito, antes de ser submetido à sanção estatal, de ser submetido a um processo judicial cercado de garantias e precauções. É incompatível, pois, a democracia com a inexistência de um processo judicial revestido de garantias individuais.

Ademais desses princípios, para o caso, há que se observar, particularmente, o princípio dispositivo, que decorre da regra geral da disponibilidade do direito material. Assim, em razão do predomínio do interesse individual, tem de ser deixado ao indivíduo, conseqüentemente, a decisão se ele quer ou não efetivar seus direitos perante o Poder Judiciário, e em que medida. Desdobramento do princípio dispositivo é à adstrição do magistrado às alegações das partes e a medida de sua atuação - decidir conforme o pleiteado no processo, isto é, o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedado, portanto, a busca de fatos não alegados e cuja prova não tenha sido postulada pelas partes. Com efeito, o princípio dispositivo está consubstanciado, inicialmente, pela necessidade de provocação da jurisdição (CPC, art. 2º) e pela limitação do juiz à chamada litiscontestatio. Dessa forma, nos termos do art. 128, CPC, o juiz haverá de decidir a lide nos limites em que foi proposta.

3. E é a partir da concepção dos referidos princípios e do disposto nos artigos 128 e 264 do Código de Processo Civil que a presente demanda deve ser analisada, na medida em que, se ao magistrado é vedado conceder mais, menos ou além do que foi efetivamente pedido, esse deve ser certo e, sempre, submetido ao contraditório, oportunizando, ao réu, contraditar, com todas as suas armas, o que fora deduzido em juízo. Aliás, é o que se consagra no princípio da cooperação, que "orienta o magistrado a tomar uma decisão de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras" (Fredie Didier Jr. em Curso de Direito Processual Civil). É afirmação corrente e quase dogmática que no processo civil, em seu rito ordinário, que feita a citação é defeso ao autor modificar o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. No Processo Civil, pois, há mecanismos aptos a estabilizar a demanda, que privilegiam a segurança jurídica e o encadeamento lógico-sistemático dos atos processuais. Um desses mecanismos é o previsto no art. 264, caput, do CPC, que veda ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, após a citação. Pode-se dizer, portanto, que se trata de efeito processual da citação, cuja regra consagra o chamado princípio da estabilização da demanda e tem como finalidade impedir que o demandado seja surpreendido, comprometendo, severamente, o pleno exercício do direito de defesa e do contraditório.

(...)

7. *Recurso especial não provido” (REsp 1307407/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012)*

Por conseguinte, outro desfecho não se impõe senão o provimento do recurso da ré/apelante Tais Vanessa, para a total improcedência da ação, com a condenação do Ministério Público ao pagamento das custas e despesas processuais, não sendo o caso de imposição de verba honorária.

VI – Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento aos recursos, consoante especificado.

OSVALDO MAGALHÃES

Relator