



Maria Eduarda Campos Rabelo de Abreu

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NAS CONTRATAÇÕES
PÚBLICAS: Uma Fotografia das Decisões do TJSP**

**Monografia apresentada à
Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP, sob
orientação do Professor
Ricardo Kanayama.**

**SÃO PAULO
2022**

RESUMO: A presente monografia tem como objetivo analisar as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo nos processos de improbidade administrativa relacionados à contratação pública. A partir da metodologia de pesquisa de jurisprudência, são reconstruídos os argumentos dos acórdãos para verificar o entendimento do tribunal sobre temas polêmicos relacionados a Lei nº 8.429/1992. Concluo que o Ministério Público, a partir do manejo de termos abertos, assume uma postura punitivista, e que o STJ contribui com o MP, nesse ponto, ao defender institutos como dolo genérico e dano in re ipsa. Tal contexto é responsável por uma aplicação das sanções da Lei de Improbidade ao gestor inábil e não ao gestor corrupto, representando uma deturpação do objetivo da norma.

PALAVRAS-CHAVE: improbidade administrativa; contratação pública; TJSP; LINDB

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço minha família, em especial meus pais e minha madrinha, que ao longo dos meus 21 anos sempre me ajudaram e foram meu suporte. É graças a minha família e a todo esforço que eles fazem que foi possível me dedicar durante um ano à Escola de Formação. O carinho e o amor deles são essenciais para mim e foram ainda mais fortalecidos por mais um ano pandêmico. Também agradeço aos meus primos que são as melhores pessoas do mundo para aliviar a tensão e permitir bons momentos de lazer, sem os quais seria possível seguir.

Agradeço meu orientador, Ricardo Kanayama, por todos os valiosos ensinamentos e pela atenciosa orientação que realizou. Todas as reuniões com o Ricardo eram verdadeiras aulas e contar com a opinião dele foi essencial para o desenvolvimento da pesquisa. Assim, muito obrigada por sempre estar muito disponível e presente e pela excelente orientação.

Também agradeço aos meus amigos e ao meu namorado que tiveram que escutar muito ao longo de 6 meses questões sobre improbidade administrativa. Muito obrigado pelo apoio, pela escuta e por toda a relação de amizade e amor.

Além disso, agradeço os amigos da Escola de Formação, em especial a Wal, que embora seja uma amiga de longa data, tornou-se ainda mais especial para mim. Fico contente em poder contar agora com amigos como João Pedro, Francesca, Maria Beatriz, Mariana, Leticia, Vila, Caio, Marci, Bruna e Guga, são pessoas extraordinárias que eu tive o prazer de conhecer este ano, o que tornou toda a experiência na SBDP ainda mais completa.

Agradeço a minha tutora e amiga Alice que eu admiro muito e considero uma pessoa muito especial, obrigada por todo o apoio na SBDP, com suas dicas valiosas, e na vida.

Por fim, agradeço a equipe de coordenação da Escola de Formação, Mari, Joli e Yasser, que tornam essa maravilhosa experiência possível. São profissionais incríveis e que me despertaram um interesse ainda maior pelo direito administrativo.

LISTA DE TABELAS

- Tabela 1- Escolha do termo para o universo X
- Tabela 2 – Escolha do termo para o universo Y
- Tabela 3 – Síntese dos parâmetros utilizados para composição da amostra
- Tabela 4 – Acórdãos excluídos da amostra
- Tabela 5- Qual o resultado do julgamento?
- Tabela 6 - Quais as mudanças no caso de deferimento parcial do recurso?
- Tabela 7- Qual a decisão no caso de deferimento total do recurso?
- Tabela 8- Quem era o apelante?
- Tabela 9 - Taxa de sucesso dos apelantes: comparativo MP e agentes públicos
- Tabela 10 - Resultado das decisões de primeiro grau que foram integralmente mantidas
- Tabela 11 - Resultado final do Litígio
- Tabela 12- O réu do processo de improbidade
- Tabela 13 - Categoria do ente federativo no qual ocorreu o possível ato de improbidade
- Tabela 14 - Fato ímprobo apresentado pela acusação
- Tabela 15 – Resultados dos casos de dispensa e inexigibilidade indevida
- Tabela 16 - Resultado do julgamento por categoria de dispensa
- Tabela 17- Resultado do julgamento por categoria de inexigibilidade
- Tabela 18 - Posicionamento sobre a presunção do dano ao erário
- Tabela 19 - Tipo de contratação impugnada em que houve presunção de dano ao erário
- Tabela 20 - Enquadramento da conduta pelo tipo de elemento subjetivo

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC	Código Civil de 2002
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
LGL	Lei Geral das Licitações
LIA	Lei de Improbidade Administrativa
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCE-SP	Tribunal de Contas do Estado de São Paulo
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1. Introdução.....	7
2. Noções Gerais da lei de Improbidade Administrativa.....	9
3. Metodologia.....	12
3.1. Objetivo da pesquisa.....	12
3.2. Pergunta de pesquisa.....	14
3.3. Composição da amostra.....	15
3.3.1. Escolha do termo.....	15
3.3.2. Rescortes.....	21
3.3.3. Síntese dos parâmetros.....	22
3.3.4. Retirada de acórdãos.....	22
3.4. Tabela de Análise.....	23
4. Diagnóstico das decisões.....	23
4.1. Aspectos gerais da amostra.....	24
4.2. A construção da improbidade na visão do MP.....	29
4.3. O réu do processo de improbidade.....	31
4.4. Quando a contratação pública se torna improbidade.....	32
4.4.1. As irregularidades no processo licitatório.....	33
4.4.2. As exceções ao dever de licitar.....	35
4.4.2.1. Dispensa indevidas.....	38
4.4.2.2. Inexigibilidade indevida.....	46
4.4.3. Fraudes nos processos licitatórios.....	49
4.5. Dano ao erário: configuração e o debate sobre presunção.....	56
4.6. A relação entre TCE-SP e TJSP.....	66
4.7. A construção da <i>ratio decidendi</i>	69
4.8. A configuração do elemento subjetivo.....	75
5. O uso da LINDB.....	84
5.1. A contextualização do ato administrativo.....	85
5.2. O consequencialismo do artigo 20.....	91
5.3. O erro grosseiro como irmão da culpa grave.....	92
6. Conclusão.....	93
7. Referência Bibliográfica.....	96
Anexo A: Dados Acórdãos.....	98

1. INTRODUÇÃO

O tema da administração pública é de extrema relevância à sociedade, posto que o direito administrativo é a forma ordenada de ação do Estado e permeia toda a relação Estado-cidadão. Nesse âmbito, as contratações públicas ocupam papel relevante, tendo em vista que muitos serviços fornecidos pelo Estado exigem a ação de um terceiro para a efetiva concretização. Como modelo de contratação, a licitação ocupa a atenção da sociedade civil e da academia, devido sobretudo ao protagonismo de tal disciplina instituído pela Lei 8.666/93¹.

No entendimento de Odete Medauar:

“Licitação, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, para oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público.”²

Portanto, o agente público ocupa um papel fundamental na licitação, deve agir conforme as balizas legais, garantindo que o processo ocorra segundo os preceitos normativos. Contudo, embora haja um protagonismo da Lei 8.666/1993 as contratações públicas são disciplinadas por um conjunto de leis, com destaque para a Lei nº 8.987/95³ (Lei de Concessões), Lei nº 10.520/02⁴ (Lei do Pregão), dentre outras. Assim, o sistema brasileiro conta com um arcabouço normativo significativo sobre o tema e exige do administrador aptidão para atuar dentro dos limites legais impostos. Tal fato reduz a discricionariedade da Administração Pública e cria uma

¹ BRASIL. Lei 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União Brasília, DF, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

² MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno - 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 217

³ BRASIL. Lei nº 8.987/95. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>

⁴ BRASIL, Lei nº 10.520/02. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União Brasília, DF, 17 de julho de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm

*superlegalização*⁵ das contratações pública. Sobre o tema André Rosilho afirma que:

“Procurou-se criar a **figura do gestor boca da lei** na expectativa de que a corrupção – cujo epicentro, segundo o diagnóstico da época, estaria na liberdade gozada pela administração para decidir como melhor contratar – fosse reduzida.”⁶(grifo nosso)

A ideia de se combater a corrupção a partir da redução da discricionariedade vem acompanhada pelo clamor de penalização de atos da administração pública que violam a probidade na organização do Estado⁷, isto é, atos que fogem das balizas legais. É nesse contexto que surge a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992⁸), que se insere na produção de uma agenda nacional de combate à corrupção e controle dos atos administrativos. Neste âmbito, destaca-se a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000⁹ (Lei de Responsabilidade Fiscal), a Lei 7.347 de 24 de julho de 1985¹⁰ (Lei da Ação Civil Pública).

Os atos de improbidade administrativa já eram previstos na Constituição Federal, assim, a LIA é responsável por disciplinar e complementar o disposto no art. 37, §4º da CF¹¹. Desse modo, a matéria em questão é tema constitucional e representa um conteúdo de interesse para a

⁵ O termo *superlegalização* é tratado por André Rosilho em sua dissertação “As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas”. Dissertação (mestrado em direito) - Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2011

⁶ ROSILHO, André. "As licitações segundo a Lei 8.666: um jogo de dados viciados". In: Revista de Contratos Públicos, v. 2, 2012, p 3.

⁷ Redação do art. 1, §5º da Lei 8.429/1992 expressa bem o caráter moralizante e legalista da lei de improbidade administrativa.

⁸ BRASIL, LEI Nº 8.429/1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>

⁹ BRASIL, Lei Complementar nº 101. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>

¹⁰ BRASIL, Lei 7.347/1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 24 de junho de 1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>

¹¹ A previsão dos atos de improbidade administrativa pela CF torna a análise da aplicação da LIA uma análise de jurisdição constitucional. O artigo 37, 4º dispõe:

§ 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.

administração pública. Portanto, analisar a aplicação da referida lei pelos tribunais nacionais é de extrema relevância para compreender como tal instrumento é usado pelo poder judiciário.

Além disso, a improbidade administrativa é tema recorrente nos tribunais brasileiros, como demonstra o Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade. Apenas no ano de 2020 transitaram em julgado nos Tribunais Federais 734 ações de improbidade administrativa.¹²

Tribunal Federal	
Tribunal Regional Federal da 1ª Região	163
Tribunal Regional Federal da 2ª Região	228
Tribunal Regional Federal da 3ª Região	28
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	92
Tribunal Regional Federal da 5ª Região	223
TOTAL	734

13

É de suma relevância pesquisas que visem analisar tal fenômeno de hiper processualização de atos de improbidade, bem como sua origem e explicações. Estudos sobre o tema amparam, objetivamente, o debate da administração pública e contribuem para um amadurecimento científico da doutrina jurídica.

2. NOÇÕES GERAIS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa surge como um instrumento de combate à corrupção em um país marcado por diversos episódios de confusão entre a coisa pública e a coisa privada. A construção da LIA é pautada pelo ideal de eficiência administrativa e penalização da administração pública ímproba, contudo, é necessário questionar: o que é improbidade?

O conceito do termo é tema de divergência. Alguns autores, como Juarez Freitas, sustentam que a improbidade decorre da imoralidade¹⁴, nesse

¹² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php

¹³ KANAYAMA, Ricardo. IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2020.

¹⁴ FREITAS, Juarez. O princípio da moralidade e a Lei de Improbidade Administrativa. Fórum Administrativo, Belo Horizonte, nº 48, fev. 2005

sentido a base jurídica da LIA é principiológica e decorre do preceito constitucional de “moralidade”, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

A natureza jurídica principiológica da norma é criticável quando se considera o extenso rol de sanções previstas, sendo elas: (a) perda de bens; (b) perda da função pública; (c) suspensão temporária dos direitos políticos; (d) pagamento de multa civil; (e) ressarcimento do dano; (f) proibição de contratação com o Poder Público ou de recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. A crítica refere-se ao fato de que relevantes restrições de direito possuem como fundamentação jurídica o princípio da moralidade, assim, há uma penalização fundamentada em conceito ontologicamente vago.

A indeterminação não se restringe à base jurídica. Os próprios atos de improbidade administrativa, previstos na norma, não expressão de maneira clara e precisa as condutas ali tipificadas. A LIA prevê três hipóteses de improbidade: enriquecimento ilícito, tratado no art. 9¹⁵, dano ao erário, definido no art. 10¹⁶ e violação aos princípios da administração pública, expresso no art. 11¹⁷. Parte da doutrina¹⁸ defende que os referidos artigos constituem uma descrição genérica dos atos de improbidade, sendo plenamente possível a penalização de outras condutas ali não expostas. Nesse sentido, Maria Di Pietro defende que:

“embora a lei, nos três dispositivos, tenha elencado um rol de atos de improbidade, não se trata de enumeração taxativa, mas meramente exemplificativa.”¹⁹

¹⁵ Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente

¹⁶ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente

¹⁷ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

¹⁸ Destaca-se o posicionamento de Marino Pazzagliani Filho em “Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 5ed. São Paulo: Atlas. P. 65”.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. P. 820

Daniel Neves e Rafael Oliveira²⁰ defendem que a própria redação dos artigos demonstra o caráter genérico ao prever o termo “notadamente”, fato que expressa a possibilidade de outros atos serem enquadrados nos tipos de improbidade descritos na lei. Essa abstração se explicaria pela inviabilidade de se prever todos as condutas passíveis de penalização pela LIA. Contudo, ao se valer de conceitos indeterminados o legislador criou uma situação de insegurança jurídica, uma vez que há possibilidade de sanção por conduta sem hipótese expressamente prevista em lei, o que representa uma transgressão ao princípio da legalidade. Nesse sentido Marcelo Harger:

“Não é possível punir o cidadão com base em noção tão aberta. [...] Não se pode admitir que indivíduos sejam punidos com base em uma análise exclusivamente subjetiva de suas ações. Não é possível punir com base no binômio concordo ou não concordo, mas somente a partir da escolha predeterminada pela lei entre quais ações são lícitas ou ilícitas.”²¹

Outros debates são travados acerca da constitucionalidade da LIA. Na ADI 2.182/DF²², questionou-se a existência de um vício formal, pela ausência de aprovação do Senado Federal. Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade formal da norma. Por sua vez, na ADI nº 4.295/DF²³, proposta Partido da Mobilização Nacional (PMN), há questionamento acerca da constitucionalidade material da lei, com fundamento na nulidade por excessiva imprecisão dos termos, caso em que ainda não houver manifestação do STF. Já em outubro de 2021, em sede de medida cautelar, no julgamento da ADI 6.678²⁴, o Ministro Gilmar Mendes

²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assunção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Improbidade Administrativa: direito material e processual. 8ª ed – Rio de Janeiro: Editora Forense. P. 78

²¹ HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum. P. 197

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.182. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1815370>

²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.295. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3751870>>

²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.678. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6113005>>

estabeleceu que a sanção de suspensão de direitos políticos não se aplica a atos de improbidade culposos que causem dano ao erário.

Embora tais decisões não constituam o objeto da pesquisa, é importante apresentar que mesmo após 29 anos de vigência, a constitucionalidade da LIA ainda é objeto de discussão. A própria natureza jurídica da Lei de Improbidade Administrativa gera polêmicas. Embora trate de matéria administrativista, as sanções previstas trazem um aspecto penalista à norma. Alguns autores afirmam que a lei apresenta natureza jurídica *suis generis*²⁵, visto que sua aplicação independe de sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica.

3. METODOLOGIA

3.1. Objetivo da Pesquisa

A finalidade da presente pesquisa é descrever de forma organizada e estruturada a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) acerca do papel das licitações nos processos de improbidade administrativa. Desejo ajudar a esclarecer o entendimento do Tribunal sobre o tema, investigando criticamente os argumentos empregados nos julgamentos.

Assim, trata-se de um problema de pesquisa descritivo, em que:

“Descrever de forma organizada uma parte de realidades tão complexas é uma possibilidade interessante para uma pesquisa científica. Esse tipo de problema é o que se chama aqui de problema descritivo: nele, o pesquisador quer oferecer um retrato compreensível de fenômenos complexos, que ajudam a entender melhor as particularidades neles envolvidas.”²⁶

A pesquisa é voltada à análise crítica do tema, o objetivo é identificar quais são os argumentos considerados para a construção da decisão judicial que condena o agente público por improbidade administrativa em casos relacionado às contratações públicas.

²⁵ HARGER, Marcelo. Improbidade Administrativa: comentários à Lei nº 8.429/92. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁶ Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses / coordenadores: Marina Feferbaum, Rafael Mafei Rabelo Queiroz. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. P. 74

Em sua tese, "IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo"²⁷, Ricardo Kanayama investiga os processos de improbidade administrativa de maneira minuciosa, apresenta diversos dados ao meio acadêmico e traça hipóteses relevantes sobre o tema. A partir da leitura da tese e da exposição realizada pelo jurista, no dia 16 de abril de 2021, durante o Ciclo de Debates organizado pela Sociedade Brasileira de Direito Público, nota-se um protagonismo das contratações públicas nos processos de improbidade administrativa. Tal entendimento é exposto por Kanayama:

"Como já explicado, optou-se por juntar a contratação de bens e de serviços em uma só categoria. Ela apareceu em 127 casos, ou seja, em mais de um terço. Juntando a ela a categoria de contratação de pessoal – o que poderia criar uma "grande categoria" denominada "contratações públicas" – resultaria em 173 casos, ou seja, **quase metade dos casos de improbidade administrativa**. Portanto, sem dúvida nenhuma, o tema mais controlado pelas ações de improbidade administrativa é o de contratações públicas." (grifo próprio)²⁸

Portanto, nota-se que as contratações públicas de bens e serviços constituem temas de grande relevância para compreensão da aplicação da LIA pelos tribunais. Tendo em vista esta relação, é necessário conectar os debates acerca dos atos de improbidade administrativa com os debates do modelo legal de licitações, considerando o papel hegemônico de tal matéria no universo das contratações públicas.

Visando compreender a questão, Kanayama avança no debate e levanta outras questões relevantes ao presente projeto:

"outra pergunta que deve ser feita é: passadas mais de duas décadas da existência destas leis de contratações e

²⁷ KANAYAMA, Ricardo. IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2020

²⁸ Idem referência anterior, P. 127.

tendo elas, aparentemente, regras claras, **por que há tantos casos de improbidade neste tema? Ou, em outros termos, por que se trata de um problema tão recorrente nos municípios?**"²⁹ (grifo nosso).

A partir das análises de Kanayama, pretendo realizar um estudo crítico do tema, inserindo a pesquisa em uma agenda acadêmica voltada à análise crítica da administração pública, fundada sobretudo, em exames práticos e teóricos de institutos já consagrados no direito administrativo. Assim, desejo explorar o tema dialogando com importantes pesquisas e publicações do mundo acadêmico, merecendo destaque o já mencionado mestrado de Ricardo Kanayama, a publicação de André Rosilho: *As licitações segundo a Lei nº 8.666 – Um jogo de dados viciados 2013; Licitação no Brasil, 2013.*

3.2. Pergunta de Pesquisa

Inicialmente, a presente pesquisa buscou responder "*como as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo fundamentam o ato de improbidade que viola o modelo legal de licitações?*" Entretanto, essa pergunta apresentou-se problemática, considerando que a fundamentação das decisões perpassa por elementos extrajurídicos muitas vezes não contemplados de maneira expressa nos acórdãos, assim, optei por uma pergunta de pesquisa mais direta e objetiva: "*Como o TJSP decide ações de improbidade administrativa envolvendo contratações públicas?*".

Para responder à pergunta de pesquisa e atingir tal finalidade será necessário traçar os seguintes questionamentos, isto é, responder às subperguntas discriminadas abaixo:

- a. Qual a *ratio decidendi* dos acórdãos selecionados?³⁰
- b. Qual o perfil do réu do processo de improbidade?³¹
- c. Como se dá a configuração do dano ao erário?

²⁹ KANAYAMA, Ricardo. IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2020. P. 129

³⁰Por *ratio decidendi* compreende-se: "os argumentos que levam ao efetivo convencimento do julgador por um ou outro sentido" FEFERBAUM, Marina. QUEIROZ Rafael Mafei Rabelo. Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses– 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2019, p. 121.

³¹O interesse sobre o perfil do réu surgiu a partir dos dados obtidos por Ricardo Kanayama, em sua já referenciada dissertação de mestrado

- d. Qual a natureza das contratações questionadas nos processos de improbidade administrativa?
- e. Como se dá a configuração do elemento subjetivo?
- f. Como as novas normas da LINDB são utilizadas nas decisões?³²
- g. Como os pareceres do Tribunal de Contas Estadual (TCE) são utilizados nas decisões?

Considerando os questionamentos trazidos, apresento como hipótese inicial o entendimento de que o TJSP decide as ações de improbidade administrativa envolvendo contratações públicas a partir, sobretudo, da análise do elemento subjetivo, isto é, a configuração do dolo ou culpa constitui a *ratio decidendi*³³. Suponho que a configuração do elemento subjetivo seja o tema central dos acórdãos, adapte-se à realidade fática dos casos e oscile conforme o entendimento do relator.

Já no que se refere ao dano ao erário acredito que as decisões explorem o debate acerca da presunção, ou seja, discute-se a obrigatoriedade, ou não, do autor da ação de comprovar a lesão ao erário.³⁴

No âmbito das contratações, suponho que a maioria das licitações questionadas apresentem irregularidades, ligadas às possibilidades de dispensa e inexigibilidade, sendo as fraudes no processo licitatório casos mais raros.³⁵ Além disso, acredito que pareceres do Tribunal de Contas do Estado (TCE) constituem um importante fator na formação da decisão.

Por fim, imagino que os prefeitos de pequenos municípios formam maioria no polo passivo e sejam mais absolvidos que os demais. Já em relação à nova LINDB acredito que ela contribui para superar o extremo

³² O interesse pelo uso LINDB se deve à importância da lei para aplicação de sanções em âmbito administrativo.

³³ Tal suposição parte da concepção de que “entender e apreender o elemento subjetivo da conduta é central em uma ação de improbidade administrativa. É ele que diferencia, considerando os entendimentos acima expostos, o agente ímprobo do agente não ímprobo. Daí porque é relevante conhecer como as decisões têm fundamentado o dolo.” KANAYAMA, Ricardo. IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2020. P. 156

³⁴ Esta hipótese é apresentada a partir da leitura da pesquisa realizada pela Karolina Dib de Almeida perante a Universidade Federal de Santa Catarina ALMEIRDA, Karol Dib. O DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA E A CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TIPIFICADOS NO ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Federal de Santa Catarina. 2019

³⁵ Tal hipótese surge a partir da análise do arcabouço normativo significativo sobre licitações pública, que cria a possibilidade de muitas ações serem julgadas como “irregularidades”.

formalismo das licitações, tendo em vista que impõe ao magistrado a análise fática, abrindo margem para uma concepção mais flexível de contratação pública.

3.3. Composição da amostra

Em um primeiro momento, seguindo a prática das monografias da Escola de Formação, realizei uma busca no site do Supremo Tribunal Federal (<http://portal.stf.jus.br/>), a fim de compreender a atuação deste nos processos de improbidade administrativa. Entretanto, a busca do termo "improbidade e licitação", no campo jurisprudência, resultou em uma amostra insuficiente para as questões da presente pesquisa, considerando que no STF há uma predominância de aspectos processuais. Vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal utiliza a Súmula nº 279/STF³⁶ como justificativa para não apreciar recursos extraordinários.

Após o descarte do STF, tracei a possibilidade de utilizar o STJ como recorte institucional. Entretanto, como já concluído por Kanayama, o Superior Tribunal de Justiça também se revela um agente inadequado, considerando que:

"geralmente usa-se a Súmula 7 como fundamento para não analisar a conduta do agente apontada como ímproba e, mesmo quando afastada – por se entender que não há "reexame fático-probatório", mas apenas o "delineamento jurídico dos fatos" – os Ministros são sucintos em sua fundamentação."³⁷

A partir de tais conclusões e considerando o desejo em realizar um diálogo intenso com a tese de Kanayama, utilizei o TJSP como recorte institucional.

3.3.1. Escolha do Termo

³⁶ "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário." BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Sessão Plenária de 13/12/1963.

³⁷ KANAYAMA, Ricardo. IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2020. P. 81

No dia 13/08/2021, após a realização de pesquisas sobre os principais termos utilizados nos acórdãos sobre licitação e improbidade administrativa, cheguei ao termo "(improbidade OU LIA) E (contratação OU dispensa OU licitação OU "processo licitatório" OU "37, XXI)". A escolha do termo se deu considerando que:

- Pelo objeto da pesquisa, tenho dois universos a serem tratados: licitação e improbidade administrativa. Assim, é necessário tratar como elementos distintos, mas que devem sempre estar presentes no resultado, por motivos práticos chamarei os elementos do universo licitação de X e os elementos do universo de improbidade administrativa de Y.
- Devido à complexidade do tema e as pesquisas realizadas anteriormente constatou-se que há uma amostra considerável de termos utilizados para se referir a cada um dos universos analisados, assim é necessário contemplar o maior número possível de variáveis a fim de se obter uma amostra fiel à jurisprudência.
 - Universo X: licitação; dispensa; lei 8666/1993; contratação; processo licitatório; artigo 37, XXI
 - Universo Y: improbidade; LIA; dano ao erário; Artigo 10, inciso VIII; Lei nº 8.429/1992; ato ímprobo; cerceamento da competitividade
- Há o limite de 120 caracteres no campo "ementa" no portal e-saj do TJSP

Redação para universo X:

Pesquisa base: licitação OU dispensa OU 8.666 OU contratação OU processo licitatório OU 37, XXI

Nesta pesquisa utilizei o filtro "improbidade administrativa" no campo "assunto"

Tabela 1- Escolha do termo para o universo X

Termo Retirado	Texto na campo "ementa"	Número de Acórdãos	Perda de Acórdãos
Nenhum	licitação OU dispensa OU inexigibilidade OU 8.666 OU contratação OU "processo licitatório" OU "37, XXI"	6.558	Nenhuma
"37, XXI"	licitação OU dispensa OU inexigibilidade OU 8.666 OU contratação OU "processo licitatório"	6.557	1
"processo licitatório"	licitação OU dispensa OU inexigibilidade OU 8.666 OU contratação OU "37, XXI"	6.464	94
contratação	licitação OU dispensa OU inexigibilidade OU 8.666 OU "processo licitatório" OU "37, XXI"	4.626	1.932
8.666	licitação OU dispensa OU inexigibilidade OU contratação OU "processo licitatório" OU "37, XXI"	6.491	67
inexigibilidade	licitação OU dispensa OU 8.666 OU contratação OU "processo licitatório" OU "37, XXI"	6.522	36

Dispensa	licitação OU inexigibilidade OU 8.666 OU contratação OU "processo licitatório" OU "37, XXI"	6.355	203
Licitação	dispensa OU inexigibilidade OU 8.666 OU contratação OU "processo licitatório" OU "37, XXI"	5.147	1.411

Tomando como pressuposto que o termo mais relevante gera uma maior perda na amostra, conclui-se que, em ordem decrescente, os termos mais relevantes são: (i) contratação (ii) licitação (iii) dispensa (iv) "processo licitatório" (v) 8.666 (vi) inexigibilidade (vii) "37, XXI"

Redação para universo Y³⁸

Tabela 2 – Escolha do termo para o universo Y

Termo retirado	Texto no campo ementa	Número de Acórdãos	Perda de acórdãos
Nenhum	improbidade OU LIA OU "dano ao erário" OU 8.429 OU "ato ímprobo" OU "cerceamento da competitividade"	30.604	Nenhuma

³⁸ Para pesquisa selecionei os campos improbidade OU LIA OU dano ao erário OU 8.429 OU ato ímprobo OU cerceamento da competitividade no filtro Assunto

"cerceamento da competitividade"	improbidade OU LIA OU "dano ao erário" OU 8.429 OU "ato ímprobo"	30.604	0
"ato ímprobo"	improbidade OU LIA OU "dano ao erário" OU 8.429 OU "cerceamento da competitividade"	30.500	104
8.429	improbidade OU LIA OU "dano ao erário" OU "ato ímprobo" OU "cerceamento da competitividade"	29.883	721
"dano ao erário"	improbidade OU LIA OU 8.429 OU "ato ímprobo" OU "cerceamento da competitividade"	29.623	981
LIA	improbidade OU "dano ao erário" OU 8.429 OU "ato ímprobo" OU "cerceamento da competitividade"	29.248	1.356
improbidade	LIA OU "dano ao erário" OU 8.429 OU "ato ímprobo" OU "cerceamento da competitividade"	14.410	16.194

Considerando que o termo mais relevante gera uma maior perda na amostra, conclui-se que, em ordem decrescente, os termos mais relevantes são: (i) improbidade (ii) LIA (iii) dano ao erário (iv) 8.429 (v) ato ímprobo.

3.3.2. Recortes

O elevado número de acórdãos encontrados e a limitação temporal e humana, exigiu a realização de recortes, a fim de viabilizar a análise dos documentos e o desenvolvimento da pesquisa.

a. Temporal

O recorte temporal escolhido foi de 01/01/2021 a 31/03/2021, tendo em vista que:

- 1) Como tema central da pesquisa, a legislação sobre o processo licitatório é de grande relevância, assim as mudanças trazidas pela atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021³⁹) devem ser consideradas na presente pesquisa. Portanto, optei por analisar o período de vigência da Lei nº 8.666/1993 finalizado em 31 de março de 2021.
- 2) A presente pesquisa apresenta limitações que impedem a análise exaustiva da jurisprudência, desejo pesquisar uma amostra viável de acórdãos e, portanto, é necessário realizar um recorte temporal, tendo em vista o grande número de julgados. Escolhi o primeiro trimestre de 2021, considerando o tratado no item 1, e os resultados obtidos.
O recorte temporal gerou uma amostra de 151 acórdãos.

b. Classe processual

A presente pesquisa possui como objetivo primordial identificar as principais linhas argumentativas de processos de improbidade administrativa em casos relacionados às contratações públicas. Portanto, necessito utilizar decisões essencialmente de mérito como amostra, assim, não cabe análise de recursos de matéria majoritariamente processual, desse modo, foram excluídos os agravos e os embargos.

Com tal exclusão e com as opções dadas pelo portal e-saj, selecionei no campo classe as opções: (i) apelação cível (ii) apelação/ remessa necessária (iii) remessa necessária cível.

c. Assunto

³⁹ BRASIL. Lei nº 14.133/2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 de abril de 2021. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>

Dentro do tema direito administrativo, selecionei atos administrativo, e por fim improbidade administrativa, incluindo dano ao erário; enriquecimento ilícito e violação dos princípios administrativos.

3.3.3. Síntese dos parâmetros utilizados

Tendo em vista o demonstrado, utilizei os parâmetros descritos na tabela abaixo, chegando ao resultado de 99 (noventa e nove) acórdãos⁴⁰.

Tabela 3 – Síntese dos parâmetros utilizados para composição da amostra

Campo	Parâmetros utilizados
Ementa	(improbidade OU LIA) E (contratação OU licitação OU dispensa OU "processo licitatório" OU 8.666 OU inexigibilidade)
Classe	apelação cível; apelação/ remessa necessária; remessa necessária cível
Data de publicação	01/01/2021 - 31/03/2021

3.3.4. Retirada de acórdãos

Após da delimitação dos parâmetros de pesquisa foi necessário excluir os acórdãos que não tinha relação com a pergunta de pesquisa. Foram retirados das amostras:

Tabela 4 – Acórdãos excluídos da amostra

Número do acórdão	Justificativa da exclusão
--------------------------	----------------------------------

⁴⁰ Os dados dos acórdãos estão discriminados no Anexo A

Acórdão nº 56	Não houve análise do mérito, pois não foram recolhidos os preparos para o recurso
Acórdão nº 71	Não houve análise do mérito, pois não foram recolhidos os preparos para o recurso
Acórdão nº 73	Não é ação de improbidade, mas pedido de anulação do concurso a ser realizado
Acórdão nº 80	Não há análise de mérito, apenas deferimento de remessa necessária

Desse modo, a amostra final é composta por 95 acórdãos.

3.4. Tabela de análise

Para a análise dos acórdãos optei pela criação de um banco de dados, por meio de uma planilha no aplicativo Excel. Esse modelo me permite uma melhor organização das informações contidas nas decisões bem como a possibilidade de análises estatísticas.

O banco de dados foi construindo considerando o problema tratado na pesquisa, bem como as hipóteses levantadas. Assim foram selecionadas variáveis de pesquisa a fim de viabilizar a análise dos acórdãos, a maior parte destas variáveis constituem campos fechados, o que possibilitam uma análise estatística da amostra, por meio do instrumento filtro no Excel. Embora a pesquisa seja qualitativa, o uso de dados coletados é relevante para o seu desenvolvimento.

O banco de dados pode ser acessado em:

<https://docs.google.com/spreadsheets/d/1fdbWub-CLnEZkTn7qLdLBRtQEz09BDvQ/edit?usp=sharing&oid=100830865592810859433&rtpof=true&sd=true>

4. DIAGNÓSTICO DAS DECISÕES

Como já mencionado, são diversos os processos de improbidade administrativa nos tribunais. O objetivo da pesquisa é analisar como o TJSP têm realizado a interpretação da norma e enfrentado as lacunas deixadas

pela lei. No presente capítulo apresento os resultados da pesquisa a partir da leitura dos 95 acórdãos.

O capítulo será dividido em tópicos. Em um primeiro momento apresentarei aspectos gerais das decisões e, por fim, serão expostos dados que refletem as subperguntas da pesquisa.

Porém, primeiramente, é necessário descrever o uso do termo “agente público” utilizado como categoria para caracterização das partes (apelado ou apelante). A expressão é amplamente utilizada pela Lei de Improbidade Administrativa, que chega a conceituá-la:

“Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”⁴¹

O artigo descrito acima abarca tanto os agentes públicos diretos e os agentes públicos de fato, que são aqueles que desempenham atividade pública sem vínculo formal com o Estado.⁴² Além disso, a legislação é clara ao diferenciar agente público de agente político, este é espécie e aquele gênero e não se confundem⁴³.

4.1. Aspectos Gerais da Amostra

⁴¹ Art. 2 da LIA. BRASIL, Lei n 8.429/1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 de junho de 1992.

⁴² Os agentes públicos de fato se diferenciam em: a) necessários praticam atos e executam atividades em situações excepcionais, como, por exemplo, as de emergência b) putativos: são os que desempenham uma atividade pública na presunção de que há legitimidade. Referência: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, p. 593. Para presente pesquisa esta diferenciação não possui implicações direta, porém é necessário explorar a multiplicidade do termo agente público.

⁴³ Havia discussão latente nos primeiros anos de vigência da LIA sobre a aplicação desta aos agentes políticos. Contudo, foi consolidado o entendimento que há pleno cabimento da norma a esta categoria, conforme o seguinte entendimento “3. Não há incompatibilidade entre o regime especial de responsabilização dos agentes políticos (Lei nº 1.079/50) e o regime de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), cujas disposições são aplicáveis, no que couber, àquele que, independentemente de ser ou não agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficia sob qualquer forma (artigos 2º e 3º). Jurisprudência do STF, STJ e TJDFT.” Acórdão 1052025, 07047608620178070000, Relatora: SIMONE LUCINDO, Primeira Turma Cível, data de julgamento: 5/10/2017, publicado no DJE: 17/10/2017.

Em um primeiro momento, serão apresentados os aspectos gerais dos acórdãos, expondo o resultado do julgamento, qual parte era apelante e apelada e as taxas de sucesso das respectivas partes.

Tabela 5- Qual o resultado do julgamento?

Número de Acórdãos	Decisão dos desembargadores
48	Indeferimento do recurso e manutenção total da decisão de 1º grau
27	Provimento parcial do recurso
20	Provimento total do recurso

Fonte: elaboração própria

O TJSP realizou alteração em 49,47% dos casos, o que confirma o exercício das câmaras enquanto instância revisora, sendo esta revisão em aspectos periférico, no caso de deferimento parcial, que representam 28,42% dos casos, e em questões substanciais do litígio, nos casos de deferimento total que figuram em 21,05% dos casos.

Nos casos de deferimento parcial afirmo que os aspectos são periféricos, considerando que em 77% dos casos a decisão de 2º grau realiza uma readequação das sanções mantendo a condenação do réu por improbidade administrativa. Apenas em 14% dos casos há absolvição de um dos polos passivos da ação. Assim, neste grupo, o TJSP realiza uma remodelação da dosimetria das penas, sem alterar o julgamento material do litígio.

Tabela 6 - Quais as mudanças no caso de deferimento parcial do recurso?

Número de Acórdãos	Decisão do deferimento parcial
21	Readequação das penalidades
4	Julgar improcedente em relação a um dos polos passivos

2	Afastou a prescrição, mas manteve a improcedência da ação
---	---

Fonte: elaboração própria.

Já nos casos de deferimento total do recurso, temos que em 85% dos casos houve decisão pela improcedência da ação de improbidade e em 15% pela procedência, nestes casos há uma alteração substancial do julgamento.

Tabela 7- Qual a decisão no caso de deferimento total do recurso?

Número de Acórdãos	Decisão do deferimento total
17	Improcedência da ação de improbidade
3	Procedência da ação de improbidade

Fontes: elaboração própria

Paralelamente aos resultados dos acórdãos é necessário analisar o perfil dos apelantes, a fim de constar qual a taxa de sucesso das partes.

Tabela 8- Quem era o apelante?

Número de Acórdãos	Apelante
32	Agente Público
18	Agente Público e Empresa
39	Ministério Público
4	Prefeitura
2	Outros

Fonte: elaboração própria

Considerando que os agentes públicos e as empresas figuram o polo passivo é possível agrupá-los, o que permite concluir que em 52,63% dos acórdãos o apelante é o réu do processo de improbidade administrativa. Para

traçar o sucesso dos apelantes é necessário analisar se nos casos de deferimento total o apelante era o acusado de improbidade ou o acusador. Tabela 9 - Taxa de sucesso dos apelantes: comparativo MP e agentes públicos⁴⁴

Resultado da decisão	Ministério Público		Agente público e Empresas	
	Nº de acórdãos	Taxa	Nº de acórdãos	Taxa
Deferimento total	3	7,69%	17	36,95%
Deferimento Parcial	7	17,95%	20	43,47%
Indeferimento	29	74,35%	9	19,56%

Fonte: elaboração própria

Os réus do processo, notadamente agentes públicos e empresas, apresentam uma taxa de sucesso de 36,95%, já o Ministério Público, polo ativo do processo de improbidade, obteve sucesso total apenas 7,69% dos casos. Nos casos deferimento parcial do recurso, a taxa de sucesso parcial⁴⁵ do MP foi de 17,95%.

Nos casos em que as sentenças de primeiro grau foram mantidas, a taxa de sucesso é de 31,25%⁴⁶.

Tabela 10 - Resultado das decisões de primeiro grau que foram integralmente mantidas

Número de Acórdãos	Qual a decisão de primeiro grau?
---------------------------	---

⁴⁴ Foram excluídas as categorias de apelante "Prefeitura" e "Outros", apresentadas na tabela 4, para fazer um comparativo entre a ação do Ministério Público e os réus do processo de improbidade.

⁴⁵ Por taxa de sucesso parcial entende-se deferimento parcial do recurso.

⁴⁶ Esta taxa de sucesso foi calculada em relação ao montante total de casos em que a sentença de primeiro grau foi mantida. O cálculo foi alterado em relação ao realizado na tabela 5 pois não seria possível acessar o número total de proposições feitas pelo Ministério Público em 1º grau e qual o resultado, assim optou-se por realizar o cálculo relativo apenas aos casos em que houve recurso da decisão de 1º grau.

15	Condenação dos réus
33	Absolvição dos réus

Fonte: elaboração própria

Com os dados apresentados é possível concluir em quais casos houve procedência da ação de improbidade e em quais casos houver improcedência.

Tabela 11 – Resultado do Litígio

Número de casos	Resultado do Litígio⁴⁷
39	Procedência da ação improbidade administrativa
56	Improcedência da ação de improbidade administrativa

Fonte: elaboração própria

Portanto, em 41,05% dos casos o agente público foi condenado por ato de improbidade administrativa.

Destaca-se que em 15 casos de condenação, o resultado do juiz de primeiro grau foi integralmente mantido. Nos demais 24 casos, a decisão do colegiado realizou alguma alteração na condenação, destes 21 sofreram apenas remodelações nas penas e em apenas 3 casos houve alteração completa da decisão de primeiro grau, resultado em procedência da ação.

Embora o resultado global, apresentado na tabela acima, seja satisfatório para o polo ativo, é preciso enfatizar que em apenas 3,15% dos casos o Ministério Público conseguiu o provimento total do recurso. Os três acórdãos em que houve sucesso do MP em segundo grau são os casos 27, 35 e 90. Os casos 27 e 90 apresentam certa semelhança, foram julgados pela Desembargadora Dra. Teresa Ramos Marques e o Ministério Público sustenta que os agentes públicos haviam cometido uma fraude no processo licitatório

⁴⁷ Condenação inclui: (i) condenação em 1º e manutenção em 2º (ii) procedência da ação de improbidade em caso de deferimento total (iii) readequação das penalidades em caso de deferimento parcial.

Absolvição inclui: (i) absolvição em 1º e manutenção em 2º (ii) improcedência da ação de improbidade em caso de deferimento total (iii) improcedência da ação em relação a um dos polos passivos nos casos de deferimento parcial (iv) afastou a prescrição, mas manteve a improcedência da ação nos casos de deferimento parcial

e que nesta hipótese o dano ao erário é presumido⁴⁸. A Desembargadora acolheu a tese e condenou os réus com base no art. 10, VIII da LIA. Já no caso 35, os agentes públicos foram penalizados por irregularidades no processo licitatório que resultaram em má execução de obra, que ao necessitar de reparos passou a configurar uma hipótese de lesão ao erário.

Para além dos casos em que houve sucesso do recurso é preciso analisar os motivos que levam ao indeferimento de apelações apresentadas pelo MP. Evidentemente não é possível o presente estudo realizar uma análise exaustiva dos motivos, pretendo apenas apresentar hipóteses para os dados apresentados.

4.2. A construção da improbidade na visão do Ministério Público

O Ministério Público ocupa uma função primordial na sociedade e no âmbito da improbidade administrativa não é diferente, o MP é o órgão que possui prerrogativa para instaurar o procedimento investigatório e legitimidade expressa para propositura do processo⁴⁹. Embora esse protagonismo não seja questionado, é perceptível um certo descompasso entre a noção de improbidade administrativa trazida pelo Ministério Público, em determinados casos, e o conceito jurídico construído pela doutrina e pelos tribunais. Esse descompasso contribui para criação de um conceito de improbidade muito semelhante ao conceito de ilegalidade, fato que amplia o rol de possibilidade de enquadramento de um ato nos termos da Lei nº 8.429/1992. Contrário a essa aproximação dos termos, o TJSP reage e é enfático ao diferenciar improbidade de ilegalidade, esta reação ocorreu em diversos dos acórdãos analisados, destaca-se:

No caso 68, o Desembargador Oscild De Lima Júnior afirma que:

“tem-se que para que um ato ilegal se configure como ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11 da Lei 8.429/92, é necessária a presença do elemento doloso, **uma vez que ilegalidade não é sinônimo de improbidade.**” (p. 3)

⁴⁸ A presunção do dano ao erário será discutida oportunamente no tópico 4 do presente capítulo.

⁴⁹ Essa previsão é do art. 17 da LIA: “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.”

Já no caso 13, o Desembargador Relator Alves Braga Junior defende que: "A ilegalidade apenas adquire caráter de improbidade quando a conduta antijurídica atinge os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-fé." (p. 9)

Na doutrina, Fábio Medina Osório reforça a distinção entre os termos:

"Será que qualquer ilegalidade poderá ensejar configuração de improbidade administrativa? Com efeito, aqui cabe registrar, fundamentalmente, que a mera ilegalidade, pura e simples, não revela a improbidade administrativa, na exata medida em que esta é uma categoria do ilícito mais grave, acentuadamente reprovável, seja por dolo ou culpa do agente, merecedor de especiais sanções. **A ilegalidade, por si só, não acarreta incidência da lei de improbidade, porque tal hipótese traduziria o caos na Administração Pública.**"⁵⁰

Minha hipótese é que a partir de um conceito equivocado de improbidade, em alguns casos, o Ministério Público propõe as ações sem demonstrar de forma efetiva os elementos caracterizadores do ato de improbidade, que, como demonstrado, não se restringem à ilegalidade. Essa ausência de prova de improbidade leva à improcedência da ação.

Além disso, o uso de improbidade como sinônimo de ilegalidade alinhado a uma legislação marcada por termos abertos, cria uma banalização e um uso indiscriminado da LIA. Essa crítica à atuação do MP é trazida pelo Desembargador Ferraz de Arruda no caso nº 22:

"as definições de imparcialidade e honestidade permanecem vagas, circunstância que, à toda evidência, não autoriza o uso indiscriminado de ações desta natureza contra todo e qualquer ato considerado meramente ilegal." (página 10)

Para além da atuação do *parquet* existem diversos motivos que explicam a improcedência do processo de improbidade administrativa, porém

⁵⁰OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa, 2ª ed., P. Alegre: Síntese, p. 129.

o demonstrado é um fator relevante observado durante a leitura do material e debatido por juristas.

4.3. O réu do processo de improbidade

Não apenas o autor da ação deve ser analisado, é relevante conhecer o polo passivo e sua natureza e as implicações disso para o processo.

Tabela 12- O réu do processo de improbidade

Tipo de Agente Público	Número de Acórdãos
Prefeito	62
Agente Público não ocupante de cargo eletivo	13
Prefeito e secretários municipais	8
Não Informado	7
Vereador	4
Governador	1

Fonte: elaboração própria

Em 78,94% dos casos o agente público réu do processo de improbidade ocupa cargo eletivo (prefeito, secretário municipal, vereador ou governador), este resultado é plenamente compreensível ao considerar que o poder executivo é um importante contratante público⁵¹, pois dispõe de capacidade gerencial e recursos financeiros para realização de licitações.

Contudo, os poderes executivos do país apresentam profundas desigualdades, a capacidade de contratação do Prefeito do município de Campinas é bem distinta da capacidade do Prefeito do município de Palestina⁵², mas os dois são submetidos às mesmas regras de contratação previstas na Lei Geral de Licitações e, em caso de descumprimento, são passíveis de condenação conforme definido na Lei de Improbidade Administrativa. Assim, é preciso analisar quem são estes prefeitos réus.

⁵¹ O poder executivo enquanto o principal fornecedor de serviços público realiza inúmeras contratações para viabilizar tal atividade, o que o torna o principal ator no tema das contratações públicas

⁵² No índice de efetividade da gestão municipal (IEG-M), o município de Palestina é categorizado na faixa C+ (Em fase de adequação), já o município de Campinas é enquadrado na faixa B (Efetiva). Dados obtidos pelo Painel do TCE-SP. Disponível em: https://painel.tce.sp.gov.br/pentaho/api/repos/%3Apublic%3Aieg_m%3Aiegm.wcdf/generatedContent?userid=anony&password=zero

Tabela 13 - Categoria do ente federativo no qual ocorreu o possível ato de improbidade⁵³

Categoria do Ente Federativo	Número de casos
Não identificado	5
1 (pop. de até 2.500)	3
2 (pop. entre 2.500 e 8.000)	19
3 (pop. entre 8.000 e 20.000)	13
4 (pop. entre 20.000 e 500.000)	49
5 (pop. a partir de 500.000)	6

Fonte: elaboração própria

Considerando como “pequeno” o município com até 20.000 habitantes, conclui-se que estes representam 36,84% dos casos analisados, o que revela um dado interessante, visto que geralmente estes municípios possuem menor infraestrutura e menor capacidade financeira para realização de contratações públicas⁵⁴, e, apesar disso, representam mais de 1/3 dos acórdãos da amostra.

Nos 35 casos de pequenos municípios houve procedência da ação em 13, uma taxa de condenação de 37,14%, bem próxima à taxa global da amostra (41,05%). Isso comprova que minha hipótese inicial, de que os prefeitos de pequenos municípios eram menos penalizados, estava equivocada.

Superada a questão do polo passivo há que se examinar quais as circunstâncias da contratação que tornam o ato improbidade.

4.4. Quando a contratação pública se torna improbidade?

⁵³ As categorias foram utilizadas com base na cartilha Estatísticas de Gênero do IBGE, disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/notas_metodologicas.html?loc=0. As populações dos municípios foram identificadas a partir da categoria “População estimada [2021]” de autoria do IBGE, disponível para consulta de qualquer ente federativo em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sp/penapolis/panorama>

⁵⁴Por exemplo, a receita total do município de Palestina no ano de 2020 foi de R\$48.536.021,48, e do município de Campinas foi de R\$5.192.376.270,55. Essa diferença na arrecadação tem implicação direta nas contratações realizadas pelos municípios

Paralelamente à análise do dano ao erário é necessário compreender quais as circunstância e elementos da contratação pública que podem levar à configuração do ato de improbidade, isto é, o que o TJSP considera como transgressão à legislação licitatória capaz de lesar o dano ao erário?

Tabela 14 - Fato ímprobo apresentado pela acusação⁵⁵

Número de Casos	Fato ímprobo
40	Dispensa de licitação irregular
33	Fraude no processo licitatório
14	Irregularidades no processo licitatório
8	Inexigibilidade de licitação irregular

Fonte: elaboração própria

4.4.1. As irregularidades no processo licitatório

Em 14,73% dos acórdãos há “irregularidade no processo licitatório”, essas irregularidades variam. No caso 6, as irregularidades “consistiram na inexistência de descrição clara do objeto a ser licitado; que a modalidade licitatória foi inadequada e que a pesquisa de preço realizada foi inidônea.” Já no caso 54, a licitação é julgada irregular pelo Tribunal de Contas, pela inobservância do requisito de encaminhamento de convite a três licitantes. No caso 47, segundo o Ministério Público as exigências previstas no edital de pré-qualificação para participação em leilão estavam em descompasso com a legislação o que configuraria uma irregularidade no processo licitatório.

Assim, nota-se que o termo irregularidade abarca situações muitas distintas, pode ser compreendido como uma supercategoria, na qual estão incluídas transgressões às normas, como não envio de convite ao número mínimo, e questões mais subjetivas, como realização de pesquisa de forma inadequada. Desta “supercategoria” foram julgados procedentes quatro casos (34; 65; 75; 84), o que representa 28,57% dos casos de irregularidades no processo licitatório.

⁵⁵ Estas categorias foram criadas a partir da leitura da amostra, na qual foi possível observar a formação destes quatro grandes grupos.

No caso 34, de relatoria do Desembargador Edson Ferreira, a má execução da obra somada à ausência de fiscalização da administração pública resultou na necessidade de reparos à obra, o que gera uma significativa lesão ao erário. Nas palavras do Desembargador: "O prejuízo causado ao erário, pelas deficiências de execução da obra que motivaram recomendar a sua demolição, decorreram dessa sucessão de falhas, da confecção do edital à fiscalização da execução."

Já no caso 65, as irregularidades residem na constatação de ausência de publicidade dos atos precedentes e correspondentes à contratação. Segundo o Desembargador Danilo Panizza, relator do acórdão:

"Na verdade, a questão de necessária ocorrência de estudo prévio, com claras e expressas mostras dos critérios técnicos e financeiros para o fim da contratação de gestão, que implicaria transferência do serviço público não veio a ser concretizado, restringindo-se a uma justificativa teórica, mas ausente de comprovação técnica e documental." (p. 8 e 9)

Por sua vez, no caso 75, a alteração do quadro de sócio e do nome empresarial da empresa licitante entre a abertura da licitação e a sessão de habilitação, somadas ao pagamento em valor superior ao previsto no contrato levam o Desembargador Vicente de Abreu Amadei, relator do caso, a concluir pela existência de graves irregularidades:

"é de se notar que a ausência de regularidade formal desde a efetiva contratação e os respectivos pagamentos denota, no mínimo, o dolo indireto de todos aqueles que contribuíram para que todas estas evidentes falhas fossem se somando até resultarem na irregular contratação efetivada." (p. 18).

Por fim, no caso 84, houve contratação de um escritório de advocacia para prestação de serviços jurídicos, o que não ocorreu, sendo necessária a contratação de um novo escritório. Embora o serviço não tenha sido devidamente cumprido o primeiro escritório recebeu o pagamento integral previsto no contrato, fato que na visão da Desembargadora Flora Maria Nesi Tossi Silva configura irregularidade passível de condenação por improbidade administrativa. Nos termos da ementa:

“Demonstração de que o então Prefeito, não tomou as medidas necessárias, a fim de exigir o cumprimento do primeiro contrato firmado. Entretanto, realizou o pagamento integral avençado. Demonstração, ainda, de que apesar da ausência de cumprimento do primeiro contrato, o então Prefeito requisitou novamente a contratação de outra empresa especializada para executar os mesmos serviços anteriormente contratados, novamente sem fiscalização sobre o seu cumprimento, ainda que tenha efetivado o pagamento do montante integral avençado.” (p. 3, trecho da ementa do Caso 84)

Nos casos apresentados, nota-se que os magistrados realizaram uma análise minuciosa dos fatos irregulares. Assim, a condenação por improbidade em hipótese de irregularidade mostrou-se um maior ônus argumentativo, posto que, a amplitude do termo impõe ao magistrado o dever de traçar rigorosamente as circunstâncias que tornam uma irregularidade passível de condenação pela LIA.

Tal fato, alinhado à constatação de que em 71,42% dos casos de irregularidade o processo é julgado improcedente, permite concluir que a mera irregularidade não é vista pelo Tribunal de Justiça de São Paulo como elemento suficiente para configuração do ato de improbidade administrativa. Este entendimento é plenamente compatível com a noção de que “A lei alcança o administrador desonesto, não o inábil”⁵⁶, ou seja, aquela contratação pública meramente irregular por consequência de uma inabilidade do agente público não é passível de condenação, é preciso que a irregularidade seja grave, como nos casos apresentados, e resultado de uma ação deliberada e imotivada do administrador em transgredir as normas.

4.4.2. As exceções legais ao dever de licitar

Segundo os dados encontrados, em 50,52% dos acórdãos analisados o agente público foi acusado de utilizar de maneira irregular a dispensa e a inexigibilidade. Primeiramente é necessário compreender que tais hipóteses

⁵⁶ Este termo, quase tido como um jargão no tema de improbidade, é preciso ao

constituem uma exceção ao dever de licitar, previsto no art. 37, XXI da Constituição Federal.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁷, a dispensa, prevista no art. 24 da Lei Geral de Licitações, é uma hipótese em que há possibilidade de competição, mas a lei faculta a dispensa. Já no caso de inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um licitante ou um objeto que atenda de maneira satisfatória o objetivo da contratação. Importante desatacar que na Lei nº 8.666/1993 estão previstas 35 hipóteses de dispensa e 3 de inexigibilidade, assim a própria Lei Geral traça inúmeras situações em que o dever de licitar pode ser excepcionalizado pelo agente público. Esse grande rol de exceções pode ser compreendido como uma alternativa frente à extrema rigidez do sistema de contratações pública, conforme descrito por André Rosilho:

“O período que se seguiu ao surgimento da Lei de Licitações foi marcado pela abertura **de sucessivas válvulas de escape à sua rigidez – materializadas nas hipóteses de dispensa de licitação** –, criadas em face das nuances nos casos concretamente enfrentado pela administração pública com o escopo de abrandar a vontade, da Lei, de expandir ao infinito o grau de abrangência do dever de licitar”⁵⁸ (grifo nosso)

É interessante notar que tais válvulas de escape constituem metade das acusações da amostra, as razões para isso são diversas e não serão exaustivamente exploradas na pesquisa, apresentarei algumas hipóteses formuladas a partir da análise dos acórdãos.

No momento convém analisar como o TJSP julga as ações de improbidade por dispensa ou inexigibilidade indevida:

Tabela 15 – Resultados dos casos de dispensa e inexigibilidade indevida

⁵⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo I Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 29.ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 433

⁵⁸ ROSILHO, André. "As licitações segundo a Lei 8.666: um jogo de dados viciados". In: Revista de Contratos Públicos, v. 2, 2012, pp. 26 e 27

Dispensa indevida⁵⁹		Inexigibilidade indevida⁶⁰	
Condenação	Absolvição	Condenação	Absolvição
18	22	3	5

Fonte: elaboração própria

Há uma diferença da postura do Tribunal frente às dispensas e inexigibilidades ao se comparar com os casos de irregularidade, nesta última categoria há uma predominância de ações improcedentes, já nos casos de exceção à licitação não é possível indicar uma predominância, tendo em vista que em 26 casos (54,16%) há absolvição e em 22 (45,83%) houve condenação.

Contudo, dado os diferentes tipos de dispensa e inexigibilidade questiona-se se um tipo específico é mais penalizado que os demais, para tal foram criadas categorias⁶¹:

- a) Categoria D1: dispensa em razão do pequeno valor, prevista nos incisos I e II do art. 24 da LGL.
- b) Categoria D2: dispensa em razão de situações excepcionais, prevista nos incisos III, IV, V, VI, VII, IX, XI, XIV e XXXV do art. 24 da LGL.
- c) Categoria D3: dispensa em razão do objeto a ser contratado, prevista nos incisos X, XII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXV, XXVII, XXVIII, XXIX, XXXII e XXXIV do art. 24 da LGL.
- d) Categoria D4: dispensa em razão da pessoa a ser contratada, prevista nos incisos VIII, XIII, XVI, XX, XXIII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII do art. 24 da LGL.
- e) Categoria I1: inexigibilidade em razão de produtos único, prevista no inciso I do art. 25 da LGL
- f) Categoria I2: inexigibilidade em razão de notória especialização, inciso II do art. 25 LGL

⁵⁹ Casos de condenação por dispensa indevida: 2; 3; 7; 10; 12; 14; 28; 32; 45; 49; 59; 63; 69; 70; 72; 90; 95; 99. Casos de absolvição em dispensa indevida: 11; 13; 21; 23; 24; 25; 27; 33; 42; 44; 46; 51; 57; 60; 64; 76; 77; 78; 79; 85; 87; 98

⁶⁰ Casos de condenação por inexigibilidade indevida: 1; 37; 86. Casos de absolvição em inexigibilidade indevida: 8; 16; 17; 52; 83.

⁶¹ As categorias foram criadas conforme disposto no manual "Direito Administrativo" da Professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro.

g) Categoria I3: inexigibilidade em razão de contratação de profissional artístico consagrado, previsto no inciso III do art. 25 LGL.

Cumprido ressaltar que em sete casos⁶² o tipo de dispensa não foi apresentado no acórdão e em um caso⁶³ não foi possível catalogar a inexigibilidade, o que impediu a categorização.

4.4.2.1. Dispensas Indevidas

Tabela 16 - Resultado do julgamento por categoria de dispensa

Categoria	Resultado do Julgamento	Número de casos
D1	Procedência da ação	4
	Improcedência da ação	5
D2	Procedência da ação	8
	Improcedência da ação	10
D3	Procedência da ação	0
	Improcedência da ação	1
D4	Procedência da ação	3
	Improcedência da ação	2

Fonte: elaboração própria

A partir da tabela é possível inferir que 67,5% dos casos de dispensa ocorrem em razão de pequeno valor ou em razão de situações excepcionais. As dispensas por pequeno valor são amplamente debatidas na doutrina. Como orienta Maria Di Pietro, é necessário atender os seguintes requisitos: "se trata de mesma obra ou serviço, ou obras ou serviços de mesma natureza e no mesmo local, que possam ser realizados conjunta e concomitantemente."⁶⁴

⁶² São eles: 33; 49; 64; 78; 87; 98; 99

⁶³ Caso 1

⁶⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo I Maria Sylvia Zanella Di Pietro. - 29.ed. Rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 435 e 436

A dispensa por pequeno valor deve ser interpretada como uma forma de racionalizar o sistema de contratações, tendo em vista que não seria razoável submeter contratos de baixo valor às mesmas normas de contratações com altos valores. Nesse sentido, José Sérgio da Silva Cristóvam e Eliza Maria da Silva afirmam que:

“as hipóteses de dispensa de licitação trariam (em tese) a melhor solução para aqueles casos em que, embora plenamente viável a competição e possível a realização do certame, **sua concretização seria legalmente desaconselhada porque culminaria em possíveis gravames a outros valores caros ao eficiente, racional e razoável desenvolvimento da atividade administrativa**, como sói ocorrer nos casos de dispensa de licitação em razão do valor.”⁶⁵

Embora a dispensa ocupe esse papel, a legislação exige a observância de uma série de procedimento para viabilizá-la, não é permitido a contratação direta sem prévio processo administrativo, e conforme define Marçal Justen Filho⁶⁶, este inclui (i) verificação da existência de uma necessidade a ser atendida (ii) diagnosticar o meio mais adequado (iii) definição do objeto a ser contratado (iv) previsão orçamentária. Todo esse processo deve ser documentado e apenas após os procedimentos o agente público pode definir o cabimento da contratação direta.

A inobservância deste processo administrativo prévio foi o fator que qualificou as dispensas como indevidas. No caso 2, em que a ação foi julgada procedente, a aquisição de alimentos não foi precedida dos devidos procedimentos, segundo o Desembargador Décio Notarangeli, relator do caso:

“as aquisições impugnadas foram efetuadas de maneira informal, sem observância do necessário procedimento legal, tanto no que tange à licitação ou sua dispensa regular, quanto no que se refere à formalização da despesa, com realização do empenho que

⁶⁵ Improbidade administrativa por dispensa indevida de licitação: sobre os efeitos da desatualização dos valores limites para dispensa de licitação. P. 7

⁶⁶ FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações, 16ª edição, p. 391

posteriormente viabilizasse o seu pagamento do ponto de vista contábil-financeiro.” (p. 7)

Semelhante entendimento é identificado no caso 70, no qual o Desembargador Spoladore Dominguez defende a irregularidade da dispensa na aquisição de bens, também pela inobservância do prévio processo, segundo o relator:

“sem observância das formalidades pertinentes à dispensa de licitação, contratou, diretamente, a empresa Cristal Clor Indústria e Comércio de Produtos Químicos Ltda, para aquisição de 80 sacos de areia para filtro de piscina, de 25 quilos cada um, a um custo total de R\$ 6.000,00.” (p. 6)

Já no caso 10 não há uma menção à ausência de procedimentos para viabilizar a dispensa, o Relator, Desembargador Carlos Eduardo Pachi, não há uma descrição sobre os fatos que tornaram a dispensa irregular, apenas faz uma afirmação genérica de que

“Com relação à dispensa de licitação, tal circunstância, para dizer o mínimo, frustrou a melhor concorrência e oferta de outras propostas vantajosas ao Município na realização de tais eventos, afrontando diretamente o disposto no inciso XXI, do artigo 37, da Constituição da República.” (p. 6).

Embora nos três casos apresentados acima os réus foram condenados por improbidade, é preciso reconhecer que apenas a inobservância do processo prévio à dispensa não é suficiente para caracterização de um ato de improbidade. Esse entendimento é reforçado em alguns acórdãos, como no caso 21, no qual o Desembargador Francisco Bianco define que a irregularidade da dispensa, por si só, não configura ato passível de condenação pela LIA.

“Pois bem. É indubitosa a irregularidade verificada na contratação de serviços advocatícios por meio de dispensa de procedimento licitatório, máxime, sem a observância dos pressupostos e do preenchimento dos requisitos estabelecidos na legislação Federal de regência.

Entretanto, **o vício acima mencionado é insuficiente, por si só, para permitir o reconhecimento da prática do ato de improbidade administrativa.**” (p. 7), grifo nosso.

No mesmo sentido, o Desembargador Osvaldo de Oliveira, relator do caso 77, defende que:

Nesse aspecto, vale ressaltar que **a dispensa da licitação não gera automaticamente a tipificação do ato de improbidade administrativa.** Isso porque, **mesmo que não tenha sido observado o procedimento legal** em relação à obrigatoriedade da licitação ou à sua dispensa, é indispensável, para a tipificação das condutas descritas no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que a atuação do agente seja dolosa. (p. 13).

Embora as decisões e a própria doutrina especifiquem os procedimentos que devem anteceder a dispensa, é necessário reconhecer que a previsão legal carece de maior especificidade. O parágrafo único do artigo 26 da Lei Geral de Licitações apenas define que:

Art. 26. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

- I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso;
- II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
- III - justificativa do preço.
- IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.⁶⁷

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

Na sequência o artigo 39, inciso VI, define a exigência de pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade.

As normas que definem o processo para excepcionalizar a rigorosa Lei nº 8.666 não trazem com clareza qual o efetivo procedimento a ser adotado, visto que os cinco incisos mencionados são referências genéricas que instruem de maneira insuficiente o gestor público. Essa imprecisão em uma lei tão detalhista como a LGL torna-se ainda mais instigante, o mesmo legislador que construiu um sistema de contratação pública marcado pelo maximalismo, ao criar as hipóteses de exceção pecou por um excesso de minimalismo, isto é, eximiu-se de elaborar regras detalhistas e minuciosas sobre as dispensas.⁶⁸

O grande problema reside no fato de que por um descumprimento de uma norma minimalista o agente público pode ser condenado por improbidade, isso porque se nem a lei foi capaz de descrever de maneira precisa os parâmetros do processo prévio de dispensa, como os prefeitos dos mais de 5 mil municípios do país podem prever o adequado procedimento? Esses gestores realizam as contratações com base na densa legislação da Lei nº 8.666, na qual há uma supervalorização das regras, e, justamente, diante das hipóteses de dispensa, são colocados em um campo normativo em que as regras do jogo não são claras. Toda essa mudança no jogo alinhada a falta de clareza constituem uma hipótese para explicar por que há uma presença significativa de dispensas indevidas em processos de improbidade administrativa.

Para além dos casos de irregularidade por ausência de procedimento prévio, existem outras hipóteses a serem exploradas. No caso 3, de relatoria do Desembargador Rebouças de Carvalho, em que houve condenação, a dispensa em questão foi julgada irregular pois o valor da contratação superava a quantia permitida pela legislação, trata-se de uma irregularidade mais tangível. Neste caso, houve aquisição de tintas e outros materiais para pintura, bem como de serviços de pintura de sinalização de trânsito, pelo valor de R\$ 38.823,00 (trinta e oito mil, oitocentos e vinte e três reais),

⁶⁸ O conceito de maximalismo e minimalismo utilizado na pesquisa é apresentado por André Rosilho na obra "Licitação no Brasil". ROSILHO, André Janjácómo. Licitações no Brasil. 1ª edição. 2013. São Paulo: Editora Malheiros

enquanto o artigo 24, II excepcionaliza licitação para obras e serviços de engenharia no valor máximo de R\$15.000,00 (quinze mil reais).

Por sua vez, os 18 casos de dispensa por situação excepcional constituem hipóteses de contratação temporária, em 12 acórdãos, e contratação emergencial, em 6 acórdãos, tanto nos contratos temporários quanto nos contratos emergenciais, 50% casos foram julgados procedentes. Nestas categorias, os magistrados realizam uma maior análise fática, considerando que o contexto do ato administrativo é determinante para verificação da legalidade da contratação, um exemplo ilustrativo é o caso 79, de relatoria do Desembargador Afonso Faro Jr., em que o depoimento de testemunhas foi determinante para qualificação da emergência.

Já no caso 72, o período de 5 meses entre o fim do contrato anterior e a contratação direta por dispensa foi interpretado pelo Desembargador Ricardo Dip como suficiente para realização do processo ordinário de contratação, segundo o relator:

“houve tempo suficiente para a instauração de processo licitatório. A ausência de prudente planejamento, a desídia, enfim, na adoção de providências para instaurar-se a tempo e modo a licitação afasta a legitimidade da escusa de emergência contratual.” (p. 8)

Essa análise temporal também é seguida pelo Desembargador Nogueira Diefenthaler, no caso 59, segundo o relator:

“houve prorrogação por mais **180 dias** (até 26/10/2006), **período mais do que razoável para encetar procedimento licitatório** ou renovar contratação com a SABESP e não provocar de forma forçada, em prejuízo do erário, contratação com a empresa Hidro Sudeste, instaurando procedimento de dispensa de licitação.” (p.7)

Apesar dos magistrados seguirem uma linha argumentativa similar os resultados dos julgamentos foram distintos⁶⁹. Isso demonstra que a dispensa indevida em contratos temporários não é suficiente para caracterização da improbidade, que também exige a análise do elemento subjetivo.

⁶⁹ No caso 59 a ação de improbidade foi julgada procedente, e no caso 72 a ação foi julgada improcedente.

Nos contratos temporários, observa-se, que como nos contratos emergenciais, há análise contextualizada, fato compreensível dado a natureza das contratações exige um exame fático. A contextualização fática é acompanhada pela análise das leis municipais responsáveis por disciplinar a contratação temporária, portanto, a amostra se torna ainda mais diversa, visto que não há uma disciplina federal para tal, e as legislações municipais variam em grau de rigidez. Tais fatos criam uma categoria mais heterogênea, e o julgamento “caso a caso”⁷⁰ exige do magistrado maior profundidade na análise jurídica, dado a relevância das leis municipais.

No caso 46, o Desembargador Marcelo Semer examina a lei municipal e conclui pela conformidade dos atos impugnado no processo, nos termos do relator:

“é possível concluir que havia sim uma demanda extraordinária a justificar a contratação da rés, seja em razão das baixas no quadro de servidores efetivos da Secretaria de Assistência Social [...] E tal situação enquadra-se no art. 2º, VI, da LM 46/1993, que autoriza a contratação temporária.” (p. 10 e 11)

Ainda que a legislação municipal ocupe maior relevância, os Desembargadores destacam a existência de preceitos jurídicos nacionais que criam parâmetros legais da contratação temporária. No caso 95, o relator, Desembargador Bandeira Lins, apresenta que:

“o Supremo Tribunal Federal firmou tese, em sede de repercussão geral (Tema 612), estabelecendo que, além da necessidade de lei indicar as hipóteses ou situações incomuns ensejadoras da contratação temporária, o prazo de contratação seja predeterminado; a necessidade seja temporária; o interesse público seja excepcional; e a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração.” (p. 5)

⁷⁰ Julgamento mais voltado às especificidades do caso.

A partir de tal premissa, e após a análise da lei municipal, o relator conclui que não foram atendidos os requisitos legais para contratação temporária e, portanto, o contrato é irregular.

Ainda nas hipóteses de dispensa há os casos de contratação com terceiro setor, previstos no artigo 24, XXIV⁷¹. Tais casos constituem uma categoria particular na qual recai regras específicas. Para pesquisa, é relevante examinar como o Ministério Público impugna tais dispensas e quais os elementos considerados pelos magistrados do TJSP durante o julgamento.

No caso 11, de relatoria da Desembargadora Paola Lorena, houve contratação da Associação Palestinese de Orientação ao Menor por dispensa, julgada pelo Ministério Público como irregular. Para verificar a legalidade da contratação a relatora recorre ao reconhecimento do trabalho social prestado pela Associação no Município de Palestina e ao histórico de sucesso da contratação. Segundo a relatora: “descabida a exigência de licitação, porque não se tratava de contratação de serviços para o Município, mas de uma relação próxima à descrita no inciso XX do art. 24 da Lei 8666/93 que dispensa licitação.” (p. 7)

Apesar do histórico e da evidente hipótese legal de dispensa, o MP entrou com ação civil pública por atos de improbidade devido a irregularidades na prestação de contas do contrato firmado, que foram apontadas pelo Tribunal de Contas do Estado, que destacou o vício meramente formal, sem qualquer indício de desvio de verbas ou prejuízo ao erário e aos menores aprendizes, ou ausência de execução de serviços.⁷² Apesar das ressalvas realizadas pelo TCE, o MP requereu na inicial: (1) perda da função pública, (2) suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, (3) pagamento de multa civil de cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e (4) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. É interessante analisar como o Ministério Público reage à existência de irregularidades formais relacionadas ao fisco em uma

⁷¹ “para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

⁷² Esta manifestação do TCE consta na página 7 do acórdão.

contratação entre um município no interior de São Paulo com 11.501 habitantes⁷³ e uma Associação que visa a inserção de adolescentes em serviços para o município.

4.4.2.2. Inexigibilidade indevida

Tabela 17- Resultado do julgamento por categoria de inexigibilidade

Categoria	Resultado do Julgamento	Número de casos
I1	Procedência da ação	0
	Improcedência da ação	2
I2	Procedência da ação	0
	Improcedência da ação	3
I3	Procedência da ação	2
	Improcedência da ação	0

Fonte: elaboração própria

Os casos referentes à inexigibilidade em razão de produtos único são marcados por uma análise de mercado, na qual o magistrado se vale de pesquisas de disponibilidade para verificar se o produto contratado realmente é único e o mais adequado ao objetivo do contrato, o que impede a competição nos termos do artigo. 25, I da LGL⁷⁴.

Já os casos de inexigibilidade em razão de notória especialização há uma similaridade: a contratação direta de escritórios de advocacia por inexigibilidade é regular? É sob este questionamento que o julgamento dos casos 16, 17 e 52 se desenvolve.

Este tema tão controvertido avançou em outubro de 2020 com a decisão monocrática da Ação Direta de Constitucionalidade nº 45, na qual o

⁷³ Dados do censo de 2010

⁷⁴ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, fixou a seguinte tese:

"São constitucionais os arts. 13, V, e 25, II, da Lei nº 8.666/1993, desde de que interpretados no sentido de que a contratação direta de serviços advocatícios pela Administração Pública, por inexigibilidade de licitação, além dos critérios já previstos expressamente (necessidade de procedimento administrativo formal; notória especialização profissional; natureza singular do serviço), deve observar: (i) inadequação da prestação do serviço pelos integrantes do Poder Público; e (ii) cobrança de preço compatível com o praticado pelo mercado".⁷⁵

Neste mesmo sentido, em dezembro de 2020, a 1ª turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AREsp 1.426.621⁷⁶, decidiu, por unanimidade, pela validade e legalidade da contratação direta de escritório de advocacia pela Prefeitura do município de Porto Feliz/SP.

"A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Seção de Direito Público deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de serem imprescindíveis à contratação de advogado com inexigibilidade de licitação os requisitos da singularidade do serviço e da inviabilidade da competição.

[...]

No caso concreto, a Corte de origem, ao afastar a prática da conduta ímproba, reconheceu que o conjunto probatório foi hábil a demonstrar a notória especialização e singularidade dos serviços de advocacia prestados pelo escritório de advocacia"⁷⁷

⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade Nº 45. 2020. Relator Ministro Roberto Barroso. Página 19. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5030897>>

⁷⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.426.621. Relator Ministro Gurgel de Faria - PRIMEIRA TURMA. Disponível em:

<<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=AREsp+1.426.621&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>

⁷⁷ Idem referência anterior

Nos casos analisados não houve menção direta às decisões acima, embora observe-se um considerável uso de jurisprudência do STJ e do próprio TJSP nos casos 16 e 17.⁷⁸ Porém, mais do que a citação direta à decisão, os 3 casos realizam uma análise e fundamentação similares aos dos julgados nas cortes superiores. No caso 16, embora o município de Cesário Lange conte em seu quadro de servidores com um assessor jurídico, o Desembargador Fermino Magnani considerou que a especificidade do tema tributário torna a contratação direta legal, além disso, nos termos do relator: "O escritório comprovou com devida documentação o exercício peculiar na área tributária em prévio processo administrativo para fins de constatação de notoriedade e especialização." (p. 12)

No caso 17, o escritório Massarana & Moreira de Azevedo Sociedade de Advogados foi contratado pelo prefeito do município de Casa Branca para defesa frente a processo no TCE-SP. Segundo o Desembargador a espécie de serviço em questão exige especialização e a contratação torna-se regular ao se analisar o corpo de assessores jurídicos do município. O Desembargador Décio Notarangeli, relator do caso, afirma que:

"o que demonstra que os serviços jurídicos de que se valeu o ente público eram necessários e relevantes, além de se revestir de certa singularidade, pois afetos a temática específica e pouco disseminados entre os profissionais da área, sobretudo nos Municípios de pequeno e médio porte do interior que não dispõem de uma sólida estrutura administrativa." (p. 14).

Por fim, no caso 52, o advogado Eduardo de Souza Stefanone foi contratado pelo Presidente da Câmara de Vereadores do município Buritama para apurar crimes durante uma Comissão Parlamentar de Inquérito. O Desembargador Aliende Ribeiro julgou a contratação como válida, considerando que:

"E, uma vez aberto o procedimento de inexigibilidade de licitação, apresentou o réu Eduardo documentação

⁷⁸ A observação da não citação à decisão do STF e STJ considerou que os todos acórdãos analisados foram julgados a partir de janeiro de 2021, portanto após a publicação dos julgamentos nas cortes superiores.

suficiente à comprovação de que possuía a qualificação necessária para atuar na CPI

[...]

Suficientemente demonstrada, assim, a presença dos requisitos legais autorizadores da contratação, também não se constata que a quantia de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) se mostre excessiva ou desproporcional à remuneração dos serviços prestados” (p. 5 e 6)

Nos três casos analisados os Desembargadores analisaram a especificidade do tema jurídico do serviço (tributário, defesa perante o TCU e acusação em CPI) e ressaltaram a incapacidade de prestação de serviço pelos próprios servidores públicos dos municípios. Apenas no caso 52 houve valoração sobre o preço do contrato, que foi entendido compatível com o praticado pelo mercado. Portanto, os acórdãos, mesmo sem citar a tese do Ministro Barroso, cumprem com parte dos requisitos e apresentam certa homogeneidade não apenas na decisão final, mas também na construção da *ratio decidendi*.

4.4.3. Fraudes nos processos licitatórios

Assim como as irregularidades, o termo “fraudes” contempla uma série de hipóteses e a Lei Geral de Licitações prevê a prática como crime:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.⁷⁹

A partir da redação do artigo, é possível compreender a fraude como ato, por meio do qual, um indivíduo ou um grupo de indivíduos obtêm vantagem através do descumprimento de uma norma ou procedimento legal. No campo das licitações, em que há um emprego considerável de verbas públicas, as fraudes apresentam-se de variadas formas, como

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>

superfaturamento, jogo de planilhas, direcionamento, fracionamento ilícito do objeto, dentre outros.

Com objetivo de contribuir para o tema, em fevereiro de 2021 o STJ editou a Súmula 645 que define: "*o crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem*"⁸⁰

Ao definir o crime de fraude como formal o STJ estabelece que não há necessidade de dano ao erário ou recebimento de vantagem indevida⁸¹, portanto, no entendimento do Tribunal Superior há presunção de dano no caso de fraude.⁸²

Na amostra analisada, em 34,73% dos casos há uma acusação de fraude no processo licitatório, destas destacam os casos de fracionamento ilícito do objeto a ser contratado, direcionamento da licitação e terceirização ilegal.

Os casos de fracionamento incluem hipóteses em que o administrador público opta por realizar várias licitações para um mesmo objeto ou finalidade,⁸³ isto permite que os contratos tenham os valores reduzidos, possibilitando, por exemplo, que a contratação seja direta por meio de dispensa por pequeno valor. É preciso compreender que o fracionamento pode ocorrer por vontade consciente e deliberada em burlar as normas licitatórias ou mesmo por falta de planejamento, conforme destacado pelo próprio Ministério Público do Estado de São Paulo:

"Muitas vezes o fracionamento ocorre pela ausência de planejamento do quanto vai ser efetivamente gasto no exercício para a execução de determinada obra, ou a

⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Livro de Súmulas. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18022021-Fraude-a-licitacao-e-tema-de-sumula-aprovada-pela-Terceira-Secao-.aspx>>

⁸¹ Definição de crime formal como: Aquele em que o tipo penal descreve a conduta humana e o resultado naturalístico, porém a produção desse resultado é indiferente para a consumação do crime. Segundo fulano no artigo do migalhas: <https://www.migalhas.com.br/quentes/337708/autor-da-editora-mizuno-esclarece-conceitos-de-crime-formal--crime-material-e-crime-de-mera-conduta>

⁸² Mesmo se tratando de uma Súmula em âmbito penal há a consagração pelo STJ do entendimento de presunção de dano, o que gera repercussões na esfera da improbidade administrativa.

⁸³ BRASIL, Ministério Público do Estado de São Paulo. Fraudes em Licitações e Contratos. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Cartilha_Eletronica/fraudesLicitacoes/FraudesLicitacoes.html#cap3>

contratação de determinado serviço ou ainda a compra de determinado produto.”⁸⁴

Foram 9 casos de fracionamento analisados⁸⁵ em que destes apenas 3⁸⁶ casos houve julgamento procedente da ação de improbidade. Portanto, o objetivo é compreender quais os aspectos são considerados para a condenação e como o TJSP valora o fracionamento.

No caso 40 houve uma licitação para construção de uma escola e uma licitação para aquisição dos materiais necessários à obra, segundo o juiz de primeiro grau, seguindo integralmente pelo Desembargador Ribeiro de Paula:

“como o material obviamente integra o custo da obra, sua aquisição não poderia ter sido feita através de licitação própria, de maneira que a opção do RINALDO ESCANFERLA implicou em fracionamento indevido flagrante” (p. 4 e 5).

Já no caso 89 a Prefeitura de Tejuπά celebrou diversos contratos para a prestação de serviços de conserto e manutenção de veículos. No entendimento da Desembargadora Teresa Ramos Marques:

“Doutro lado, também não se pode afirmar que os serviços e bens contratados teriam naturezas diversas a ponto de justificar seu fracionamento. Em verdade, os documentos juntados aos autos deixam claro que era sim possível a realização de um só processo licitatório que abrangesse a realização de todos os consertos dos veículos em questão.” (p. 9)

Nestes dois casos, houve julgamento procedente da ação. Contudo, é necessário ressaltar que a configuração do fracionamento não é suficiente para caracterizar improbidade e que, em ambos os acórdãos apresentados, há análise do elemento subjetivo. No caso 40 o Desembargador afirma que o prefeito agiu com flagrante dolo ao atuar com malversação da coisa pública e que apesar da plena ciência do caminho correto, optou pela trilha ilícita. Já no caso 89, o dolo se configura pela conduta esclarecida e intencional do

⁸⁴ Idem referência anterior

⁸⁵ Casos 4; 26; 35; 40; 66; 67; 88; 89; 94

⁸⁶ Casos de procedência: 26; 40 e 89, casos de improcedência: 4; 35; 66; 67; 88; 94

agente para não realização das licitações, apesar de plena ciência da obrigatoriedade.⁸⁷

No caso 35, o Desembargador Alves Braga Junior, reforça que a caracterização de fracionamento para viabilizar contratação por dispensa não gera por si só ato de improbidade administrativa. Segundo o relator:

“Havendo contratação direta sem prévio processo de dispensa de licitação, a falha do administrador público seria suficiente para caracterizar a ilicitude do ato, pelo descumprimento das formalidades dispostas na Lei 8.666/93, **o que não significa o enquadramento automático da conduta como ato de improbidade administrativa.**” (p. 5 e 6).

A insuficiência do fracionamento para improbidade torna-se evidente no caso 94, no qual o Desembargador Paulo Barcellos Gatti defende que embora o fracionamento seja ilegal não há indícios de superfaturamento ou qualquer tipo de lesão ao erário, e, portanto, não há como enquadrar o ato no art. 10 da LIA.

No caso 4, o Desembargador Camargo Pereira, relator do caso, defende que não há presunção de dano ao erário e deve ser devidamente comprovado pelo Ministério Público:

“**não houve nenhuma comprovação acerca da perda patrimonial,** desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Município (LIA, art. 10, caput).

Para que tenha havido perda patrimonial, **haveria de ser comprovada a ausência, em alguma proporção, de contraprestação,** assim como, nessa mesma esteira, em relação ao malbaratamento ou à dilapidação.” (grifo nosso); p. 12

⁸⁷ Neste momento não será analisado a caracterização do elemento subjetivo, que será objeto do tópico 4.8, apenas é necessário demonstrar que os Desembargadores não se ocultam no exame do dolo em casos de fracionamento.

É importante ressaltar que tal fundamentação, presente também nos casos 35, 67, 88 e 94, é contrária ao entendimento do STJ⁸⁸.

Outra prática fraudulenta é o direcionamento que pode ocorrer por meio de exigências técnicas muito específica para beneficiar um dos concorrentes em detrimento dos demais ou por meio da adoção dos tipos de licitação "técnica e preço" ou "melhor técnica", com o estabelecimento de requisitos para avaliação, sem qualquer razoabilidade ou até mesmo através de lacunas no edital que permitem uma certa manipulação. Assim, as possibilidades são múltiplas e muitas vezes são casos mais sofisticados de fraude.

Nas ações analisadas foram encontrados 7 casos de direcionamento⁸⁹, destes em apenas 2 a ação foi julgada improcedente e tiveram como relator o Desembargador Marcelo Semer. No caso 5, Semer considerou que o MP não foi capaz de provar que houve direcionamento ou mesmo dano ao erário e, assim, alterou a sentença de primeiro grau, julgando a ação improcedente. Segundo o relator:

"E os serviços foram efetivamente prestados, conforme se observa às fls. 253, 524/525 e 594, inexistindo dano ao erário.

Em suma, por qualquer perspectiva que se analise a questão, não foi demonstrada a prática de ato ilícito qualificado com os elementos necessários à caracterização de improbidade administrativa. Isto é, deve ficar provada a preexistência de estratégia formado pelos requeridos e especificamente voltado à consecução da ilegalidade, qualificando-a, o que inexistente na hipótese." (p. 31)

Semelhante entendimento é seguido no caso 20, também de relatoria do Desembargador Marcelo Semer, no qual a ausência de provas formou a *ratio decidendi* para absolvição:

⁸⁸ Vide tema 1.096, "Definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (in re ipsa)".

⁸⁹ São eles: 5; 19; 20; 30; 43; 48; 81

“No entanto, não há qualquer prova nos autos de que houve conluio entre o réu e os sócios das respectivas empresas, assim como também não há prova de que, de tal esquema fraudulento, tenha advindo as contratações descritas na inicial.”(p. 14 e 15)

O relator avança e é enfático ao considerar que o dano ao erário, mesmo em caso de fraude por direcionamento, não pode ser presumido e é ônus do autor da ação sua comprovação:

“Observe que, no tocante aos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da LIA, entende a jurisprudência que, **além da comprovação do dano ao erário, deve ser demonstrado, ao menos, culpa,** consubstanciada em negligência, imprudência e imperícia.” (p. 11) grifo nosso

A necessidade de comprovação da lesão ao erário também é apresentada pelo Desembargador Sidney Romano dos Reis no caso 19:

“não se reluziu o prejuízo ao erário. Houve fornecimento dos produtos e inexistência de superfaturamento de preço. No mais, embora exista divergência jurisprudencial quanto à eventual dano presumido por não ter, supostamente, a Administração alcançado o melhor preço, tal posição costuma ser utilizada para casos de dispensa.” (p. 13)

Neste caso, embora o dano ao erário não tenha sido comprovado e, portanto, não há como imputar ato de improbidade pelo artigo 10 da LIA, o Desembargador entende que a conduta impugnada lesa os princípios da administração pública e, por isso, mantém a condenação com base no artigo 11. Estes argumentos também foram utilizados pelo Desembargador Eduardo Gouvêa, no caso 81, e segundo o relator:

“**direcionamento** da segunda licitação à empresa requerida DI GIÁCOMO MARTINI, o que, **por si só, é capaz de atentar contra os princípios da administração pública,** em especial da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.” (p. 8) grifo nosso.

Estes casos demonstram como o artigo 11 funciona como válvula de escape para viabilizar a condenação por improbidade administrativa, porque mesmo que o autor não tenha comprovado qualquer superfaturamento, benefício pessoal em detrimento do interesse público ou dano ao erário, o direcionamento gera uma lesão aos princípios da administração pública, ato passível de condenação.

Em contrapartida, há na amostra acórdãos em que há efetiva comprovação dos prejuízos causados pelo direcionamento. No caso 30, o Desembargador Alves Braga Junior menciona que o MP juntou farta documentação, demonstrando a fraude e o superfaturamento, embora seja uma menção, já mostra que o autor cumpriu com ônus probatório. Por sua vez, no caso 48, a Desembargadora Maria Olívia Alves cita diretamente a sentença de primeiro grau, na qual há uma detalhada exposição dos valores dos contratos impugnados e onde se deu o superfaturamento.

Apenas no caso 43 há um entendimento distinto. Segundo o Desembargador Francisco Bianco há presunção de dano ao erário, no caso específico, pois foi comprovado o cerceamento à competitividade. O relator não faz referência ao valor do contrato e não considera se está em conformidade aos valores do mercado, há uma inferência de que o cerceamento à competitividade gera prejuízo aos cofres públicos. Apesar disso, é preciso ressaltar que a presunção não é genérica, aplica-se ao caso específico, no qual o MP logrou em demonstrar com êxito, conforme voto do relator:

“a) restrição à competitividade do certame, mediante a convocação do número mínimo exigido na modalidade convite; b) favorecimento da parte corré nos procedimentos licitatórios (Convite nº 56/2005 e 66/2011), mediante a convocação, além da própria interessada, de empresas estabelecidas fora do Município; c) prorrogação imotivada da sessão de julgamento do procedimento referente ao Convite nº 66/2011; d) ausência de publicidade com relação à nova data para o julgamento das propostas; e) sucessivas prorrogações dos contratos administrativos, desacompanhadas de motivação idônea (fls. 317/332;

367/372; 452/454; 503/505); f) ausência de motivação para adiantamento do Contrato nº 91/2011.” (p. 10 e 11)

Assim, o Desembargador faz menção a um vasto conjunto de elementos probatórios que o levam a inferir o prejuízo aos cofres públicos, o que demonstra uma certa preocupação do magistrado em demonstrar que a presunção do dano ao erário apresenta razão de existir.

4.5. Dano ao erário: configuração e o debate sobre a presunção

Como explorado no tópico anterior, o dano ao erário ocupa relevante papel na fundamentação das decisões, desse modo, é fundamental compreender os debates em torno do tema e como eles estão inseridos nos acórdãos analisados.

O art. 10 da Lei nº 8.429/1992, em seu caput, define como ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário “qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação” do erário. Tais ações e omissões são definidas por vinte e dois incisos, dentre eles o inciso de número VIII, que apresenta grande fundamentalidade para a presente pesquisa,, uma vez que define como ato de improbidade administrativa “frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente”⁹⁰, é sob essa norma que parte considerável das ações examinadas se constituem.

Segundo Marino Pazzaglini Filho, a configuração depende dos seguintes requisitos: (a) ação ou omissão ilegal do agente público; (b) dolo ou culpa na conduta deste (c) dano econômico ao erário; (d) nexo de causalidade entre a conduta ilícita do agente e o prejuízo causado ao erário.⁹¹ Embora esse seja o posicionamento majoritário da doutrina ainda resta o questionamento: o dano econômico ao erário exige comprovação?

⁹⁰ Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;

⁹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Lei de Improbidade Administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018 Pag. 78

A ideia de presunção decorre do entendimento de que a Lei de Licitações se estrutura de forma a garantir maior vantagem à Administração Pública, o que pressupõe a escolha da melhor contratação e

“tratando-se de um procedimento administrativo, entende-se que a licitação pressupõe o desenvolvimento de uma sucessão de atos que, quando cumpridos, garantem à Administração a escolha da proposta que lhe seja mais vantajosa, tanto em qualidade, quanto em onerosidade. Seguindo essa linha, o dano ao erário é tratado como um dano jurídico decorrente da própria ilegalidade do ato praticado com fraude ou dispensa indevida de licitação, tornando desnecessária, dessa forma, qualquer prova acerca de eventual superfaturamento, ausência ou má prestação do serviço contratado.”⁹²

Contudo, essa visão não é a única possível, logo, a pergunta apresentada desperta um intenso debate na doutrina e jurisprudência.

Visando dirimir as controvérsias, o STJ submeteu a questão a julgamento, através do Tema 1.096, com a seguinte redação: "Definir se a conduta de frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa dano presumido ao erário (*in re ipsa*)".⁹³

Até a entrega da presente pesquisa o tema não foi julgado e, assim, não há tese fixada. Contudo, é possível especular qual será o posicionamento do STJ por meio do Informativo de Jurisprudência n. 0549/2014⁹⁴, no qual a tese do dano *in re ipsa* é adotada:

⁹² ALMEIRDA, Karol Dib. O DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA E A CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TIPIFICADOS NO ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Federal de Santa Catarina. 2019

⁹³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Tema 1.096. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&num_processo_classe=1912668>

⁹⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência n. 0549/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270549%27>>

DIREITO ADMINISTRATIVO. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA NA HIPÓTESE DO ART. 10, VIII, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. É cabível a aplicação da pena de ressarcimento ao erário nos casos de ato de improbidade administrativa consistente na dispensa ilegal de procedimento licitatório (art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992) mediante fracionamento indevido do objeto licitado. De fato, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a existência de prejuízo ao erário é condição para determinar o ressarcimento ao erário, nos moldes do art. 21, I, da Lei 8.429/1992 (REsp 1.214.605-SP, Segunda Turma, DJe 13/6/2013; e REsp 1.038.777-SP, Primeira Turma, DJe 16/3/2011). No caso, não há como concluir pela inexistência do dano, pois o prejuízo ao erário é inerente (in re ipsa) à conduta ímproba, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, por condutas de administradores. Precedentes citados: REsp 1.280.321-MG, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; e REsp 817.921-SP, Segunda Turma, DJe 6/12/2012. REsp 1376524/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 2/9/2014.

Corroborando tal entendimento, em uma pesquisa realizada por Karolina Dib de Almeida⁹⁵ há uma análise do tema no STJ entre 2018 e 2019, na qual a autora conclui que:

*"O STJ oscila entre os casos em que os tribunais de origem expressamente reconhecem a ausência de prova acerca do prejuízo ao erário, e outros nos quais o prejuízo é marcante e devidamente comprovado, seja pela inexistência do serviço prestado, seja pela flagrante diferença entre o preço contratado e o preço praticado no mercado. **Em todos, no entanto, faz uso***

⁹⁵ ALMEIRDA, Karol Dib. O DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA E A CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TIPIFICADOS NO ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Federal de Santa Catarina. 2019

indiscriminado do entendimento que presume o dano ao erário para fins de configuração no inciso VIII do art. 10 da LIA e condenação nas sanções previstas no inciso II do art. 12 do mesmo diploma legal.⁹⁶ *Grifo nosso*

Faz-se relevante a apresentação do posicionamento majoritário do TJSP, com o intuito de analisar a conformidade de tal colocação com os precedentes do STJ, e de futuramente avaliar como e se o julgamento da tese afetará tal entendimento.

Tabela 18 - Posicionamento sobre a presunção do dano ao erário

Configuração do dano ao erário⁹⁷	Número de Casos
Não pode ser presumido	49
Presumido	13
Devidamente comprovado	8
Não mencionado	25

Fonte: elaboração própria

Assim, em 51,57% dos casos há uma menção clara à necessidade de demonstração do dano ao erário, e em apenas 13,68% dos casos há presunção. Contudo é preciso verificar em que casos o TJSP realiza essa presunção.

Tabela 19 - Tipo de contratação impugnada em que houve presunção de dano ao erário

Tipo de contratação impugnada em que houve presunção de dano ao erário⁹⁸	Número de Casos
--	------------------------

⁹⁶ P. 53 do TCC dela

⁹⁷ Casos em que o dano ao erário foi devidamente comprovado: 86; 10; 48; 84; 69; 34; 28; 70. Casos em que o dano ao erário foi presumido: 66; 89; 93; 26; 63; 59; 50; 99; 32; 43; 30; 39; 18

⁹⁸ Casos de dispensa ou inexigibilidade em que há presunção do dano ao erário: 63; 59; 99; 32. Casos de fraude em que há presunção do dano erário: 18; 66; 89; 93; 29; 50; 43; 39; 30;

Irregularidade no processo licitatório	0
Dispensa ou inexigibilidade indevida	4
Fraude	9

Fonte: elaboração própria

Caso o STJ fixe a tese de que dispensa indevida ou fraude gera *dano in re ipsa*, todas as hipóteses de presunção analisadas estarão em conformidade com o definido. Contudo, é preciso ressaltar que a presunção ocorreu em apenas 4 dos 40 casos de dispensa analisados e em 9 das 33 hipóteses de fraude e, portanto, a presunção constitui posição minoritária nos casos analisados (somente em 17,80% dos casos de fraude ou dispensa há presunção).

É possível observar uma certa gradação no momento de hipótese de presunção. Isto é, há casos em que uma percepção mais abrangente é conferida a essa noção de presunção, casos esses nos quais o Desembargador defende que o próprio cerceamento à competitividade já é o suficiente para gerar dano in re ipsa, enquanto há casos em que o magistrado considera que a presunção ocorre apenas nas ocorrências de fracionamento ilícito do objeto a ser contratado, apresentando, por sua vez, uma percepção mais contida dessa noção. O caso 43, já anteriormente apresentado, é um bom representante da concepção mais abrangente da noção em questão, uma vez que o Desembargador Francisco Bianco argumenta que a ausência de competição por si só já é capaz de gerar a presunção. No que diz respeito à percepção mais moderada acerca da presunção, tem-se como exemplo o caso 26, em que a Desembargadora Teresa Ramos Marques utiliza um precedente do STJ para aplicação do termo, segundo a relatora:

“Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça para quem a dispensa indevida de licitação ou, ainda, a fraude no processo licitatório impede que a Administração contrate a melhor proposta, causando dano in re ipsa aos cofres públicos, ou seja, independentemente do serviço ter sido prestado adequadamente.” (p. 12)

Nos casos 89 e 93, também de relatoria da Desembargadora Teresa Ramos Marques, há aplicação do mesmo precedente. Já no caso 63 ocorre algo curioso, o relator sorteado Dr. Leonel Costa defende de maneira incisiva a inconstitucionalidade do dano *in re ipsa*, segundo o desembargador:

“Afigura-se o instituto do dano “in re ipsa” exorbitante no contexto legislativo do artigo 10 da Lei 8.429/92 e incompatível com a máxima do não enriquecimento sem causa, não se podendo ignorar o princípio da tipicidade da pena.

Não de outra sorte, a própria Lei de Improbidade referida exige a “efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público” no caso de aplicação da pena de ressarcimento (art. 21, I), o que é manifestamente incompatível com a presunção de dano.” (p. 17)

Contudo, o voto proferido pelo relator não é acompanhado pelos demais e o Desembargador Bandeira Lins é designado para redação do acórdão, no qual ele adota uma postura distinta do relator sorteado ao prever que a ausência de documentação provando a devida prestação de serviço constitui prova de dano ao erário. Assim, Bandeira Lins não faz uso da teoria do dano *in re ipsa*, mas mantém a procedência da ação.

Também houve divergência acerca do tema no caso 32, no qual o relator do acórdão, Desembargador Percival Nogueira, afirmou que o dano ao erário foi devidamente comprovado, pois segundo ele:

Não há dúvidas que de existe, na espécie, dano ao erário, afinal, a dispensa de licitação ensejou prejuízo econômico para o Município, tendo em vista a diferença injustificada de R\$ 152.042,00 (cento e cinquenta e dois mil e quarenta e dois reais) da desnecessária contratação emergencial pelo prazo de dois meses, o que perfaz o montante de R\$304.084,00 (trezentos e quatro mil e oitenta e quatro reais). (p. 11)

Todavia, tais dados são questionados pelo Desembargador Leonel Costa, que aponta tanto a necessidade de uma melhor metodologia para definição do dano ao erário quanto a inadequação da conta realizada para aferir o efetivo dano aos cofres públicos. Segundo o magistrado:

“No caso em tela, não foi realizada prova técnica para aferir a regularidade do preço praticado no contrato emergencial, bem como a quantificação do alegado dano ao erário. Ora, é necessário ressaltar que há elementos diversos que devem ser considerados para fins de precificação de um contrato emergencial e de um contrato firmado após licitação e que vigerá por extenso período.

[...]

Desta feita, impossível se faz presumir a existência de dano ao erário somente com a comparação entre o preço praticado no contrato emergencial e aquele praticado no contrato por 60 meses, sendo necessária a produção de prova técnica para tal finalidade.” (p. 25)

Já o Desembargador Antônio Celso Faria defende o uso da presunção no caso, dado que a ausência de licitação cerceou a competitividade. Assim, como já abordado anteriormente, o magistrado apresenta uma concepção mais abrangente de dano *in re ipsa*. Nos termos do Desembargador:

“entendo que houve um dano presumido ao erário a partir do momento em que as irregularidades não permitiram uma licitação e contratação transparente e consentânea com os princípios da legalidade e moralidade.” (p. 30)

Esses exemplos demonstram a polêmica do tema e as implicações práticas da adoção da presunção. Notadamente o Desembargador Leonel Costa, que apresenta uma postura mais crítica e em seus votos traça problemáticas da concepção do dano *in re ipsa* e da demonstração do dano ao erário. Costa revela a complexidade para se aferir a lesão ao erário e aponta a forma com que a presunção banaliza o disposto no artigo 10 da LIA e não encontra recepção constitucional.

As sanções em caso de condenação por dano ao erário estão previstas no art. 12, II da Lei de Improbidade Administrativa, incluindo: a) ressarcimento integral do dano; b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; c) perda da função pública; d) suspensão dos direitos políticos por cinco a oito anos; e) pagamento de multa civil de até

duas vezes o valor do dano; e f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos.

O rol de sanções apresenta diversas penas graves, como perda da função pública e suspensão dos direitos políticos, e considerar que elas podem ser aplicadas por presunção implica em reconhecer uma penalização atípica, o que, por sua vez, representa uma ofensa ao princípio da tipicidade. Neste ponto é necessário retomar a noção, já debatida no capítulo 3, acerca da natureza jurídica da Lei de Improbidade, ressaltando que há uma vertente penal na norma o que exige sujeição aos princípios do direito penal, dentre eles o princípio da tipicidade. Sobre o tema, Marcelo Harger:

“O raciocínio até aqui exposto acerca do princípio da legalidade criminal é plenamente aplicável à lei de improbidade administrativa, pois “a teoria da tipicidade é um fenômeno peculiar ao direito, sem uma necessária vinculação com a idéia dos tipos penais”. Tem especial relevo em face da interpretação a ser dada ao art. 11 da referida lei. Há quem pretenda que a afronta a qualquer dos princípios da Administração Pública acarrete a incidência do já mencionado artigo.”⁹⁹

O princípio da tipicidade exige uma relação de congruência entre a conduta e a norma incriminadora, relação essa que não é meramente de subsunção, isto é, de encaixe lógico-formal. Posto isso, também é necessária a verificação da possibilidade da conduta praticada pelo agente e descrita pela norma ofender o bem jurídico protegido pela norma, sendo materialmente típica. Portanto, é necessário compreender a dualidade do princípio, na qual, por um lado, a tipicidade formal exige que a conduta do agente atinja formalmente a descrição da norma, em uma identificação formal, e conjuntamente, a tipicidade material exige a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma.

⁹⁹HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum. P. 10

No caso tratado, o bem jurídico protegido pelo artigo 10 da LIA é o erário e a tipicidade material exige que para configurar um ato de improbidade por dano ao erário é preciso que a conduta impugnada ofenda o bem jurídico em questão, essa ofensa pode se dar por lesão ou risco, mas deve ser necessariamente um perigo material. A partir dessas observações é possível concluir que a presunção de uma ofensa ao bem jurídico constitui uma ofensa ao princípio da tipicidade, dado que não há perigo material, apenas indícios, o que é insuficiente para cumprir os requisitos da tipicidade material.

Além disso, a concepção de dano *in re ipsa* mostra-se irrazoável, como explicar que um prefeito, democraticamente eleito, perde sua função pública por uma mera presunção, qual o impacto para o município dessa perda? Claramente a troca de gestor gera consequências para a administração pública, como saber se estas consequências não geram danos superiores ao dano presumido?

Tais considerações levam a não aplicação da presunção e em alguns casos a ideia de dano *in re ipsa* é expressamente rechaçada, como no caso 31, no qual o Marcelo Theodósio afirma que:

“Ressalta-se, por oportuno, que fica rechaçada, pois, a tese do "dano presumido ou hipotético" ao erário público a despeito de honrosas posições doutrinárias e jurisprudenciais, ainda que minoritárias, a contrário senso, bem como, do dolo genérico, conforme constou na r. sentença recorrida. (p. 33)”

Como já exposto, na amostra analisada, a tese tem baixa adesão no TJSP, no entanto, há uma série de casos em que a presunção é afastada, mas que há condenação por lesão aos princípios da administração pública. Esses casos possuem a seguinte construção: i) conduta irregular do agente é verificada; ii) não há provas de que a conduta causou lesão ao erário; iii) tese do dano *in re ipsa* é afastada, o que extingue a condenação pelo artigo 10; iv) a conduta irregular é valorada como ato de improbidade previsto no artigo 11. Essa linha de argumentação dos acórdãos revelam um uso subsidiário do artigo 11, isto é, como o autor não cumpriu com o ônus probatório para demonstração a lesão do erário a ação é julgada procedente em relação ao pedido por lesão aos princípios da administração pública, com destaque à

moralidade e à legalidade. É como se este tipo de ato de improbidade fosse uma válvula de escape para viabilizar a condenação. O caso 37 exemplifica bem tal ponto, segundo o relator Antonio Carlo Villen:

“Adotadas tais razões, sem demonstração de efetiva lesão ao erário, não se pode considerar caracterizado ato de improbidade capitulado no art. 10 da Lei de Improbidade. Isso, contudo, não afasta o reconhecimento do ato de improbidade por violação dos princípios da administração pública (art. 11 da Lei de Improbidade), notadamente o da legalidade, como consignado acima.” (p. 13)

No caso 49 há provas que demonstram a inexistência de dano ao erário, mas, segundo a Desembargadora Maria Olívia Alves, as irregularidades da conduta ofendem os princípios da administração pública:

“Por outro lado, é bem verdade que a prova pericial realizada nos autos evidencia que os serviços contratados foram efetivamente prestados e que os valores dispostos na avença se mostram compatíveis com os custos das obras para construção da creche, sem qualquer indício de superfaturamento (fls. 1.433/1.450). No entanto, isso não impede a responsabilização dos acusados pelas condutas manifestamente contrárias à Lei e com o propósito de direcionar a contratação de obra pública, o que inviabilizou o certame licitatório.

De acordo com o entendimento firmado pela jurisprudência, **a ausência de prova de dano em casos com o presente não tem o condão de descaracterizar o ato de improbidade administrativa e, a princípio, impede apenas a aplicação da pena de ressarcimento**, a fim de se evitar enriquecimento ilícito da Administração.” (p. 10)
grifo nosso

Algumas problemáticas do artigo 11 já foram abordadas no capítulo 3, e o uso subsidiário da norma para condenação acentua o cenário. Contudo, a lesão aos princípios da administração pública exige a demonstração do dolo,

o que se mostra um ônus ao magistrado. Sendo assim, o art. 11 não é a válvula de escape perfeita aos punitivistas, mas é ainda uma boa saída à condenação.

4.6. A relação entre o TCE-SP e o TJSP

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 709/1993) define que é de competência do órgão a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado de São Paulo e de seus Municípios, exceto o da Capital.¹⁰⁰ No tema da improbidade o TCE-SP ocupa um papel secundário, posto que não possui competência para propositura do processo como o Ministério Público. O art. 2º da Lei Orgânica prevê como competência do Tribunal: apreciar e emitir parecer sobre as contas do estado de São Paulo e dos municípios paulistas¹⁰¹. Assim, as contratações públicas passam por um juízo de legalidade do TCE-SP e dado a expertise do órgão torna-se relevante examinar como o poder judiciário recepciona os pareceres e decisões do Tribunal de Contas.

Durante a leitura das decisões analisei os casos em que ocorriam menção ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o que ocorreu em 36 dos 95 acórdãos analisados, dentre esses, em 27¹⁰² casos a citação fazia referência à parecer ou decisão do TCE-SP atestando irregularidades nas contratações. Tais atestados de irregularidades são variáveis. E em alguns casos, trata-se de uma decisão do TCE-SP, que julgou irregular as contas do município no ano em que ocorreu a contratação, como no caso do acórdão 19, ou relatórios técnicos que apontam a existência das irregularidades, nesse último caso com um papel mais consultivo do tribunal.

As citações de decisões ou pareceres do TCE-SP que atestam irregularidades nas contratações levam a crer, em um primeiro momento, que o magistrado utiliza a menção como argumento para a condenação. Contudo, com os resultados da pesquisa, foi possível verificar que na maioria significativa dos casos em que o TCE-SP atestou irregularidade, 20 dos 27 analisados (74,07%), o resultado foi de absolvição. Dado isso, é falsa a

¹⁰⁰ Art. 1º da Lei orgânica do Tribunal de Contas do Estado

¹⁰¹ Inciso I e II do art. 2º.

¹⁰² São os casos: 2; 4; 6; 11; 16; 19; 23; 24; 25; 31; 33; 34; 37; 38; 41; 47; 51; 54; 61; 62; 65; 72; 85; 91; 95.

percepção inicial sobre a relação direta entre a decisão do TCE-SP e do TJSP¹⁰³.

Esse dado reflete a consolidada visão de que ilegalidade não se confunde com improbidade, ou seja, um relatório do TCE que conclui a existência de irregularidades na contratação não é suficiente para a condenação por improbidade administrativa, que para sua configuração exige um elemento subjetivo. Além disso, é possível concluir que não há uma vinculação entre as decisões, ponto o qual é destacado pelo Desembargador Dr. Marcos Pimentel Tamassia: “a decisão da Corte de Contas não vincula o Poder Judiciário, e, [...] porque aquela Corte não se dedica a meditar, com o mesmo enfoque, sobre as questões que ora foram postas sob análise.” (p. 28 do caso 45)

Já nos sete casos em que houve apontamento de irregularidades pelo TCE-SP e o TJSP julgou a ação procedente, não existem similaridades que permitam concluir se há ou não vinculação entre as decisões.

No entanto, a reprovação das contas pelo órgão controlador não é um pressuposto para configuração de improbidade. O artigo 21 da LIA é claro ao definir a independência da aplicação de sanções em relação à aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno. Portanto, é plenamente possível que o agente público seja condenado sem que haja julgamento no TCE-SP no mesmo sentido. Na amostra analisada, há 29 casos dessa natureza, o que corrobora a independência prevista no texto legal.

Embora os dados brutos demonstrem essa independência do Judiciário frente às decisões do Tribunal de Contas, é necessário analisar casos específicos em que a relação TCE-SP e TJSP se mostrou interessante. Primeiramente, em alguns casos os magistrados se valem da ausência de decisão do TCE-SP para reforçar a linha argumentativa em prol da absolvição, como no caso 67 de relatoria da Dra. Ana Liarte: “não há notícias nos autos de decisão do Tribunal de Contas considerando irregulares os atos cometidos pelo agente público na licitação ora discutida.”

¹⁰³ Este resultado diverge do encontrado do Ricardo Kanayama em “IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo”. Contudo, não são conclusões excludentes dado que a presente pesquisa voltou-se especificamente aos casos de contratações públicas, enquanto no mestrado de Kanayama não há restrição temática, assim, o autor analisa questões como prestação de contas, o que impacta nesta relação entre TCE-SP E TJSP.

Já no caso 10, de relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Pachi, o dano ao erário é comprovado por meio de parecer do Tribunal de Contas, que auxilia o magistrado na manutenção da condenação por improbidade, *in verbis*:

“Cabe esclarecer, ainda, que o robusto material acostado aos autos, em especial o parecer do Tribunal de Contas, comprova que houve efetivo dano ao erário, embora a quantia específica deva ser apurada em fase de liquidação de sentença.” (p. 7)

Assim, no caso mencionado a manifestação do Tribunal de Contas não ocupa o papel de argumento meramente retórico, uma vez que é utilizada pelo magistrado para comprovação de efetivo dano ao erário e, portanto, desempenha uma importante função ao viabilizar a caracterização do ato de improbidade administrativa.

Ainda nesse sentido, no caso 13, de relatoria do Desembargador Alves Braga Junior, o parecer do TCE, que atesta a regularidade da contratação questionada no processo, constituiu um dos argumentos principais do acórdão, que alterou a sentença de primeiro grau e decidiu pela improcedência da ação. Nesse caso, o Relator transcreveu a decisão do TCE-SP, o que pode ser visto como um fator diferenciador, posto que na maioria significativa das decisões se encontra uma menção indireta ao parecer. Portanto, nesse caso, a decisão do Tribunal de Contas ganha um maior status na decisão, passando a contribuir na formação da ratio decidendi.

Por fim, no caso 38, de relatoria da Desembargadora Dra. Luciana Bresciani, que manteve a decisão de primeiro grau de improcedência da ação, merece destaque o parecer do TCE-SP, no qual o Assessor Procurador-Chefe do Tribunal de Contas do Estado constata que embora verifique-se descumprimentos de alguns preceitos da Lei nº 8.666/1993, a licitação é regular, visto que tais inobservâncias legais podem ser excepcionalmente relevadas, tendo em vista o contexto em que se deu a contratação.

“O caso presente apresenta peculiaridades que devem ser observadas, já que genericamente há descumprimento de algumas regras, que s.m.j., sob análise do “bom senso”, podem, excepcionalmente ser relevadas.

[...]

Demais aspectos justificam-se ante o pequeno porte do município, publicando edital em jornal da região e informando que a cidade mais próxima dista 30 quilômetros, sendo economicamente inviável contratação fora do perímetro urbano.” (p. 7 e 8 do caso 38)

Nesse caso, o relatório do TCE-SP avança e não analisa apenas aspectos técnicos da decisão, de forma que a presença de uma inserção do ato de contratar na realidade do gestor público representa uma maior aproximação do Tribunal de Contas com a vivência da administração pública.¹⁰⁴

Ainda que parte significativa das decisões não façam menção ao TCE-SP, os casos tratados acima demonstram que o uso dos pareceres representa um importante instrumento argumentativo, dada a expertise e as competências do Tribunal de Contas.

4.7. A construção da ratio decidendi

Os argumentos necessários à fundamentação da decisão compõem a *ratio decidendi*¹⁰⁵, e analisá-la é de suma importância para compreender a formação da jurisprudência sobre determinado tema. No tema em questão, diversos pontos já foram analisados: tipo de contratação, características do polo passivo, construção do dano ao erário, relação TCE e TJSP, entre outros. Contudo, quais desses pontos formam a argumentação principal e quais são argumentos secundários?

Com base na leitura dos acórdãos, foi possível constar certos padrões nas decisões: i) relatório; ii) análise das preliminares; iii) análise do ato de improbidade; iv) análise do elemento subjetivo; v) dosimetria da pena.

Os relatórios, em sua maioria, são simples, e apenas em casos mais complexos há uma descrição mais meticulosa dos fatos e argumentos levantados pelas partes. Já nas preliminares, notam-se debates relativos à prescrição dos atos de improbidade e ao cerceamento de defesa. No tocante

¹⁰⁴ Essa contextualização do parecer do TCE-SP no caso 38 será analisada oportunamente no capítulo 5, dedicado à LINDB

¹⁰⁵ Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses / coordenadores: Marina Feferbaum, Rafael Mafei Rabelo Queiroz. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. P. 121

à prescrição, há um posicionamento majoritário de que “o termo inicial do prazo de cinco anos estabelecido no art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992 deve ser contado a partir do fim do mandato eletivo.”¹⁰⁶ Segundo tal entendimento, no caso de agentes públicos eletivos, como vereador e prefeito, o prazo prescricional passa a ser contado a partir do fim do último mandato. Essa tese, embora majoritária, é rechaçada pelo Desembargador Leonel Costa no caso 32, que defende a inconstitucionalidade da medida:

“Importante salientar, nesse ponto, que a tese secundada por alguns julgados do C. STJ, de que o prazo quinquenal de prescrição na ação de improbidade é contado a partir do segundo mandato eletivo do agente político, **é inconstitucional e viola flagrantemente a lei e o princípio da legalidade, porque estende o prazo prescricional de cinco para dez anos**, sendo interpretação que afronta a lei e em sentido prejudicial ao interessado.

Ainda e mais grave, ao criar causa de extensão da prescrição, **há clara transgressão ao ordenamento jurídico no tocante à vedação da analogia in malam partem, principalmente, quando diante de direito administrativo sancionador.**” (p. 19)

Além disso, há outro debate relativo à imprescindibilidade da pena de ressarcimento por dano ao erário. Tal ponto é abordado pelo Tema 897 de Repercussão Geral no STF, no qual, em julgamento no Recurso Extraordinário 852.475/SP, foi fixada a tese: *“São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa.”*¹⁰⁷

O julgamento que fixou a tese foi marcado por polêmicas, inicialmente seis ministros haviam votado pela prescrição, acompanhando o entendimento do relator Ministro Alexandre de Moraes, que apresentou seu voto ressaltando a importância da prescrição para a segurança jurídica e o devido processo legal. Já havia maioria formada a favor da tese do relator e o julgamento foi

¹⁰⁶ Página 7 do caso 37

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Recurso Extraordinário 852.475/SP. Relator para acórdão Min. Edson Fachin. Julgamento em 08 ago. 2018. Publicação em 25 mar. 2019.

interrompido, faltam os votos de apenas cinco ministros: Edson Fachin, Rosa Weber, Celso de Mello, Carmen Lúcia e Luiz Fux. Contudo, o Ministro Roberto Barroso e Luiz Fux ratificaram seus votos após receberem memoriais da Procuradora Geral. Assim, ao final, a tese foi fixada por um placar de 5x6. Esses bastidores da decisão demonstram a complexidade que circunda o tema.

O Tema 897 parece não encontrar resistência no TJSP. Na realidade, nota-se uma adesão ao precedente fixado pelo STF, como demonstra o caso 25, no qual o Desembargador Oswaldo Luiz Palu define que: “Urge consignar que tal entendimento está consagrado no STF no recente julgamento do RE nº 852.475 (Tema 897), submetido ao regime de repercussão geral.” (p. 9)

No que diz respeito ao cerceamento de defesa, esse foi objeto de discussão em 19 casos. Majoritariamente a alegação é afastada pelos Desembargadores, de forma que, mesmo em hipótese de julgamento antecipado da lide, o princípio do livre convencimento motivado do juiz permite o indeferimento de provas que julgar meramente protelatórias. Além disso, utilizam o argumento de que o juiz é o destinatário da prova e, portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa caso o magistrado julgue a prova desnecessária. Apenas no caso 32, o Desembargador Leonel Costa defere a alegação de cerceamento de defesa, segundo o magistrado:

“Na situação concreta, caracterizou-se o cerceamento de defesa, uma vez que não havendo realização de perícia contábil, não houve como apurar a eventual ocorrência de dano, bem como impossibilitou sua quantificação. Infere-se, portanto, dos autos, que a causa não estava suficientemente madura para julgamento, tendo o Magistrado a quo incorrido em violação do contraditório e da ampla defesa, sendo negado o devido processo legal.” (p. 25)

Considerando que provas ocupam papel primordial no caso de improbidade, dado a necessidade de comprovação do dano e dolo ou culpa, causa estranheza a postura do TJSP. Indeferir uma prova pericial que visava averiguar a existência de dano ao erário configura cerceamento de defesa? Foi o que ocorreu no caso 45, conforme relatório do Desembargador Marcos Pimentel Tamassia:

“A seu turno, a FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS interpôs recurso de apelação às fls. 2562/2626, sustentando, preliminarmente, ter havido cerceamento de defesa na espécie, uma vez que o processo não estaria devidamente instruído ao tempo do julgamento, tendo sido, inclusive, **requerida a produção de outras provas, notadamente a testemunhal, a pericial e a documental**. Adiante, assevera que a pretensão deduzida pelo Parquet está fulminada pela prescrição” (p. 5)

Ao final, a Fundação Getúlio Vargas foi condenada à penalidade de multa civil e à proibição de contratar com o município de São Paulo, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos. Tendo em vista que tais penas foram aplicadas pela prática de atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, a seguinte questão emerge: qual o impacto de uma prova testemunhal, documental e pericial para o julgamento? Não há como responder tal pergunta, mas esse cenário causa incômodo.

Semelhante sensação surge na análise do caso 84, em que houve indeferimento do pedido de realização de prova testemunhal e julgamento antecipado da lide. A relatora Flora Maria Nesi ainda ressalta que as partes enfatizavam a realização de tal prova, segundo a Desembargadora:

“Outrossim, **todos os apelantes sustentam que a realização de prova testemunhal**, consistente na oitiva da testemunha Roserli Meire Pirani Ramos (fls. 1.374 e 1.476), **seria imprescindível** para se comprovar os fatos de que ocorreu capacitação dos servidores pelas empresas contratadas e que houve compensação das contribuições previdenciárias pagas sobre verbas de caráter indenizatório.” (p. 15) grifo nosso.

Apesar disso, a magistrada entende que o juiz é o destinatário da prova e tem o dever de indeferir medidas meramente protelatórias. As questões que dão forma a essa estranheza causada são: como um juiz tem a completa

convicção de que o depoimento de uma testemunha, o qual tem sua importância ressaltada por todos os apelantes, é incapaz de afetar o processo? E, somado a isso, ainda realiza o julgamento antecipado da lide? Ao final, houve condenação dos réus por dano ao erário.

Embora as preliminares constituam interessantes pontos, é forçoso reconhecer que pouco influenciam na decisão, uma vez que apenas em poucos casos, já apresentados, formam a *ratio decidendi*. Entendo que essa noção é formada por duas análises: i) análise da regularidade da licitação e ii) configuração do elemento subjetivo. Assim, os Desembargadores concentram o debate, primeiramente, no exame das circunstâncias em que ocorreu a contratação, discutindo questões como: a dispensa foi regular? Realmente havia emergência? O fracionamento se justifica neste caso? Pontos já abordados no tópico 4 deste capítulo. Posteriormente, há análise do dolo ou culpa.

Entretanto, em alguns casos há uma inversão desse processo, isto é, há uma investigação da conduta do agente e depois uma análise da contratação, como se observa no caso 12, no qual a Desembargadora Paola Lorena primeiro caracteriza o elemento doloso e só então passa a análise das circunstâncias da contratação. Já em outros acórdãos, há apenas análise do elemento subjetivo, como no caso 60 de relatoria do Desembargador Danilo Panizza, neste os termos da contratação pública não são analisados, já que o acórdão se debruça sobre a conduta do agente público, portanto, há exame apenas do elemento subjetivo.

Como é possível que um processo por improbidade administrativa relativo à aquisição de alimentos se restrinja à análise da conduta do agente público? Essa pergunta encontra resolução no artigo 11 da Lei de Improbidade, no qual a noção de conduta típica se confunde com o próprio elemento subjetivo, assim, o ato é típico porque é culpável¹⁰⁸. Essa particularidade do artigo 11 reforça ainda mais a ideia de válvula de escape, ou seja, a irrelevância dos dados materiais (verificação da emergência, legalidade do fracionamento, entre outros) frente à análise da consciência e vontade do réu facilita o julgamento procedente da ação. Nesse cenário,

¹⁰⁸ O ato que atenta contra os princípios da administração pública só é tipificado após a verificação do dolo, assim é necessário analisar o elemento subjetivo da conduta para configurar o ato.

porque o Ministério Público iria se valer de um tipo jurídico como o dano ao erário que exige demonstração, caso o juiz não seja defensor do entendimento do dano *in re ipsa*, quando há possibilidade de pleitear as mesmas sanções por um caminho mais simples, que perpassa apenas verificação da culpabilidade? O uso do artigo 11 pode até ser subsidiário, mas contribui para a taxa de sucesso da ação.¹⁰⁹

Além disso, essa inversão entre culpabilidade e tipicidade¹¹⁰ revela certa submissão do elemento tipo em relação ao elemento subjetivo. Tal submissão não é total, visto que a análise da contratação ocupa um papel essencial em muitos casos, mas é apenas após configuração do dolo ou culpa que há expressa condenação, o que está em conformidade com a legislação. Contudo, conforme já exposto, há possibilidade de condenação apenas pela configuração do elemento doloso, sem necessidade de tratar da ilegalidade da contratação.

Tendo em vista os pontos apresentados, conclui-se que a formação da *ratio decidendi* é mais voltada à configuração do elemento subjetivo, posto que sua verificação é imprescindível para configuração de qualquer ato de improbidade administrativa, paralelamente à verificação do dolo ou culpa, a análise da legalidade da contratação pública também forma a fundamentação principal de maioria significativa das decisões, contudo, em casos de condenação com base no artigo 11, esse ponto passa a ocupar um papel mais secundário.

Por fim, é preciso ressaltar que avaliações relativas a pareceres do TCE-SP cumprem uma função secundária, uma vez que são argumentos que visam apenas reforçar determinado posicionamento já apresentado e fundamentado, portanto, não compõem a *ratio decidendi*. Desse modo, algumas hipóteses apresentadas no capítulo de metodologia acerca da formação da *ratio decidendi* mostram-se verdadeiras.

Verificada a relevância do elemento subjetivo, resta analisar o que o TJSP entende por dolo ou culpa capaz de condenação por improbidade.

¹⁰⁹ Sobre o uso subsidiário do artigo 11 nos processos de improbidade administrativa: Andrade, João Matheus de Sousa. Improbidade administrativa por lesão a princípios: possibilidades punitivas do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992 e propostas ao uso racional do sistema. UFSC

¹¹⁰ Para verificar um tipo penal é necessário análise da tipicidade, antijuridicidade e por fim da culpabilidade, embora um ato de improbidade não seja essencialmente um tipo penal há certa similaridade que permite uma análise do fenômeno a partir das lentes do direito penal.

4.8. A configuração do elemento subjetivo

Conforme já explorado, a análise do elemento subjetivo constitui um dos principais temas da improbidade administrativa. A partir da leitura dos acórdãos foi possível identificar um posicionamento majoritário, no qual se exige uma conduta dolosa para os atos tipificados nos artigos 9 e 11 e apenas a culpa é necessária para configuração da improbidade no caso do artigo 10. A formação desse entendimento não decorre da leitura bruta da norma, visto que ao longo dos 29 anos de vigência da Lei nº 8.429/1992 debates foram traçados sobre o tema. Entre os diversos pronunciamentos do STJ sobre o tema, há consolidação dessa tese:

"as condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa." REsp 751.634/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26.06.2007

Na amostra analisada verifica-se adesão a tal entendimento, como demonstra no caso 55, no qual o relator Paulo Barcellos Gatti defende:

"Ressalve-se, assim, que nem todo ato de imoralidade enseja a improbidade (disposta no art. 37, §4º, da CF/88). Para que esta se verifique, necessária se faz a figura do dolo (arts. 9º, 10-A e 11) ou, ao menos, de culpa inescusável (art. 10) enquanto elemento subjetivo inerente à conduta do agente." (p. 13)

O entendimento consolidado não sana as polêmicas. Afinal, o que é dolo e o que é culpa? A literatura administrativa não discute o tema com tanta profundidade como ocorre no direito penal, apesar da importância do elemento subjetivo para configuração da improbidade. Assim, não é clara a definição de dolo. Em 2019, o julgamento REsp n. 765.212¹¹¹ deixou isso bem claro. Nesse o STJ fixou a tese de que a "configuração dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (art.

¹¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 765.212. Ministro Relator Herman Benjamin. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200501086508&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>

11) prescinde da comprovação de dolo.”¹¹² Contudo, durante o julgamento e a leitura dos votos, notou-se uma clara diferença de entendimento entre o Ministro Relator Herman Benjamin e o Ministro Mauro Campbell Marques¹¹³. Para o relator, o dolo exige apenas que a conduta do agente seja de livre e espontânea vontade e lese algum bem jurídico protegido pela LIA, seja o erário ou os princípios da administração pública. Contrariamente, o Ministro Marques defende que o nexo causal entre a conduta e o resultado ilícito não é o bastante, e que é preciso que o ato seja orientado e construído com o objetivo de gerar a lesão ao bem jurídico.

A noção de dolo defendida pelo Ministro Herman Benjamin cria uma categoria denominada “dolo genérico”. Novamente, não há muita investigação dos administrativos sobre o que efetivamente seria o dolo genérico. Todavia, a partir da leitura dos acórdãos é possível compreendê-lo como “consciência da ilicitude da conduta”¹¹⁴. Faz-se importante mencionar que vários acórdãos fazem menção ao termo, mas poucos trazem algum tipo de definição ou maior desenvolvimento sobre a noção de dolo genérico. Na doutrina penal, o dolo genérico consiste “na vontade de praticar a conduta típica, sem nenhuma finalidade específica”.¹¹⁵

Na amostra analisada, a noção de dolo genérico foi defendida em 33 acórdãos¹¹⁶, o que representa uma considerável adesão do TJSP à tese defendida pelo Ministro Herman Benjamin. No caso 2, o Desembargador Décio Notarangeli defende que a “intenção da Lei de Improbidade Administrativa é coibir atos praticados com intenção lesiva à Administração Pública e não apenas atos que, embora ilegais ou irregulares, tenham sido praticados por administradores inábeis sem comprovação de má-fé.”¹¹⁷

¹¹² Trecho da ementa do REsp n. 765.212

¹¹³ Essa diferença entre os votos é mais explorada no artigo “O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública” de Vivian Maria Pereira Ferreira. FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO | V. 15 N. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS 3 | e1937 | 2019

¹¹⁴ Essa definição foi utilizada no caso 30, de relatoria do Desembargador Alves Braga Junior

¹¹⁵ PUC-SP. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Dolo. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/423/edicao-1/dolo>>

¹¹⁶ São os casos: 2; 3; 10; 12; 14; 15; 26; 28; 30; 32; 35; 36; 37; 39; 40; 43; 46; 49; 50; 60; 63; 65; 69; 70; 72; 74; 75; 77; 79; 85; 89; 93 e 95.

¹¹⁷ P. 13 do caso 2

Contudo, o autor entende que a ausência dos devidos procedimentos, como processo prévio de dispensa, é suficiente para caracterizar a má-fé. Dessa forma, não há análise se essa ausência se deu com o intuito de transgredir a legislação licitatória, uma vez que apenas o fato de não haver procedimento prévio, segundo o Desembargador, não gera dúvidas de que se trata de uma hipótese de improbidade.

No caso 3, o agente público é condenado pois:

“a conduta do requerido está em dissonância aos postulados reguladores da Administração Pública e ao previsto na Lei nº 8.666/93, por ter agido conscientemente em desobediência aos princípios norteadores da Administração, estando caracterizado o dolo.” (p. 10)

Portanto, no entendimento do Desembargador Rebouças de Carvalho, relator do caso, apenas a ilegalidade da conduta é suficiente para caracterizar o elemento doloso – sem que haja qualquer tipo de exame se essa ilegalidade da conduta teve como finalidade desobedecer aos princípios da Administração Pública.

No caso 75, a ausência de regularidade na contratação é suficiente para configuração do dolo, segundo o Desembargador Relator Vicente de Abreu Amadei:

“é de se notar que a ausência de regularidade formal desde a efetiva contratação e os respectivos pagamentos denota, no mínimo, o dolo indireto de todos aqueles que contribuíram para que todas estas evidentes falhas fossem se somando até resultarem na irregular contratação efetivada.” (p. 18) (grifo nosso).

Já no caso 89, o dolo se perfaz pela presença de elementos que apontem para uma conduta esclarecida e intencional do agente. Segundo a Desembargadora Teresa Ramos Marques: “No caso, o ex-prefeito tinha plena ciência de que era devida a realização das licitações e, ainda assim, escolheu não fazê-las, de modo que sua conduta dolosa restou plenamente provada.” (p. 12)

No caso em questão, não há qualquer análise se a intenção do ex-prefeito era de lesar os princípios da administração pública, não obstante, ele foi condenado em: a) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três anos; b) pagamento de multa civil no valor da remuneração percebida na época dos fatos, como Prefeito Municipal, corrigidos monetariamente desde aquela data; e c) perda de eventual função pública que exerça.

A análise dos casos causa estranheza, dado que o nexo causal entre a conduta voluntária do agente e o resultado delitivo é suficiente para construção do elemento subjetivo exigido nos atos de improbidade. Essa estrutura permite a punição de um agente por mera inabilidade¹¹⁸, o que contraria o tão utilizado entendimento de que “a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir meras irregularidades ou o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé”¹¹⁹. Além disso, a tese do dolo genérico permite uma punição da mera ilegalidade, posto que, se apenas o nexo entre a conduta irregular do agente e o resultado ilícito é suficiente, não há diferença entre ilegalidade e improbidade, o que contraria o entendimento de que “a ilegalidade e a improbidade não são situações ou conceitos intercambiáveis, cada uma delas tendo a sua peculiar conformação estrita.”¹²⁰

Essas observações permitem concluir que há uma diferença entre a prática e os enunciados construídos durante os 29 anos de vigência da LIA, uma vez que, enquanto o discurso é mais brando e preza por algum nível de discricionariedade da administração pública, a prática, por sua vez, é mais punitivista e valoriza a noção de administrador “boca da lei”, o qual deve ter sua discricionariedade completamente suprimida pelas normas. Entretanto, não é possível explicar por que existe essa diferença entre o discurso e a efetiva aplicação da lei, sendo possível apenas ressaltar que tal conduta

¹¹⁸ Exemplifico, um prefeito realiza contratação de emergência de equipamentos necessários ao funcionamento da UTI, o serviço foi devidamente prestado e não há comprovação de dano ao erário ou de superfaturamento. Contudo, o Desembargador defende que tal contratação era previsível e, portanto, a dispensa é indevida, o elemento subjetivo é configurado pela consciência do prefeito de que o ato é ilícito e não pela sua vontade deliberada em transgredir a norma. Este administrador é verdadeiramente corrupto ou inábil? Importante ressaltar que essa narrativa foi construída com base no caso 69, no qual houve condenação do gestor público.

¹¹⁹BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp n. 838.141/MT, Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, j. 27/11/2018

¹²⁰BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.193.248-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 24/4/2014.

marca a ideia de Direito Administrativo Sancionador no âmbito da improbidade administrativa.

Esse entendimento é confirmado pela pesquisa realizada pelo Grupo Público da FGV Direito SP, na qual foram analisados acórdãos do STJ em que houve menção ao termo “dolo genérico”, concluindo-se que:

“Em apenas 7% dos casos o julgamento foi pela absolvição do réu na ação de improbidade administrativa. O dolo genérico foi empregado como fundamento de condenação em 93% dos acórdãos consultados. Mais especificamente, em 77% dos casos o dolo genérico serviu para manutenção da condenação de instância inferior e em 16% foi empregado para reformar sentença absolutória para condenação.

O dolo genérico é uma presunção que trabalha sempre para a condenação, independentemente de prova da malícia ou erro grosseiro do agente.”¹²¹

Tal concepção de dolo como instrumento do Direito Administrativo Sancionador é bem exemplificada no caso 76 com a declaração de voto divergente do Desembargador Souza Meirelles, no qual há defesa do “dolo administrativo”, que se diferencia do “dolo penal” na medida em que ao gestor público, dado que a mera consciência inerente ao dever do cargo público, deve atuar conforme: “uma cartilha de procedimentos éticos e metodológicos que lhe tolhe permanentemente a margem de ação e a liberdade de escolha em sentido contrário.” (p. 10).

Além disso, o magistrado defende que tal “dolo administrativo” constitui um dever ético-normativo e não exige uma concepção psicológica, ou seja, não importa a intencionalidade do ato, se o agente público não age seguindo a “cartilha de procedimentos éticos” já se trata de uma atuação dolosa. Essa construção realizada pelo Desembargador recai em um completo rompimento da discricionariedade, além disso trata-se de uma total equivalência entre ilegalidade e improbidade. A tese apresentada pelo Desembargador Souza Meirelles não foi acompanhada pelos demais colegas, contudo o voto exemplifica a concepção de dolo genérico.

¹²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6412 e 6428. Manifestação Amicus Curiae: Sociedade Brasileira de Direito Público. P. 26.

Contudo, em 16 casos¹²² analisados, houve um maior desenvolvimento do elemento subjetivo. Nesses, há maior inclinação ao posicionamento do Ministro Mauro Campbell Marques no qual a subjetividade, isto é, a intenção do agente em lesar o bem jurídico, é considerada essencial para penalização do agente. No caso 48, há uma análise profunda da conduta do secretário municipal, que apesar de recente resultado de um Pregão Presencial realizou um contrato de emergência para a mesma finalidade. Segundo a Desembargadora Maria Olívia Alves:

“Nesse contexto, resta evidente que houve manobra, ou, no mínimo, culpa grave por parte do então Secretário Álvaro para viabilizar a contratação da empresa vencedora do convite, a despeito do resultado do Pregão Presencial com o mesmo objeto, já findo, e no qual se havia obtido preço melhor, em evidente prejuízo à Municipalidade.” (p. 10)

Já no caso 58, o dolo é configurado pelo ato do gestor em atestar a regularidade da documentação, apesar da ausência de requisitos previstos no edital, isso foi realizado pelo responsável pelo Departamento de Recursos Humanos em benefício a sua filha que era uma das candidatas ao concurso. Segundo o Desembargador Rebouças de Carvalho:

“Assim, não há dúvidas de que a conduta de Edson, na época ocupante do cargo de Diretor do Departamento de Recursos Humanos favoreceu sua filha, ao declarar que Eloá, sua filha, apresentara toda a documentação necessária para assumir o cargo de coordenador do Cras, sem que satisfizesse o requisito exigido no edital nº 04/2017 que exigia para assumir o cargo a efetiva inscrição no órgão de classe.” (p. 9)

Por sua vez, no caso 66, após a análise de depoimentos, restou comprovado o conluio entre os réus com intenção delitiva, caracterizando o elemento doloso, segundo a Desembargadora Relatora Ana Liarte:

“ficou evidenciado que os réus agiram em conluio, previamente ajustados para que os fornecedores dos

¹²² São eles: 19; 45; 48; 53; 59; 66; 81; 84; 86; 90; 92; 94; 97; 98 e 99

eventos “3ª Mostra Gastronômica” e “2ª Rio Preto Franchising” fossem aqueles já escolhidos, violando, também, os princípios administrativos da legalidade, moralidade, impessoalidade e isonomia, que é o fundamento da imposição de licitação para as compras e contratações do Poder Público.” (p. 21)

Nesses casos, os Desembargadores não restringiram a aferição do elemento doloso apenas ao nexo causal entre conduta e o resultado. Disso isso, outros elementos foram considerados para examinar a intencionalidade do ato, tratando-se de uma análise que se aproxima da noção de dolo específico, que, na doutrina penal, pode ser definido como a “vontade genérica acrescida de uma finalidade especial”¹²³, ou seja, o agente conhece a norma e seu ato voluntário e consciente é orientado com a finalidade de transgredi-la. Essa análise do dolo específico confirma o entendimento de que a LIA deve punir o desonesto, aquele que age com intenção de lesar o bem público e não o administrador inábil. Portanto, é o dolo específico o elemento subjetivo que encontra correspondência prática à noção de improbidade como ilegalidade qualificada pela má-fé.

Superada a análise do dolo, é necessário explorar o entendimento do TJSP sobre culpa, visto que o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa prevê como ato de improbidade ação dolosa ou culposa. Essa opção do legislador demonstra uma maior proteção ao erário, posto que serão considerados atos lesivos passíveis de condenação aqueles revestidos de mera culpa. Essa especificidade do artigo 10 causa polêmica na doutrina, dado que trata-se de uma hipótese de responsabilização objetiva, sobre o tema Maria Sylvia Di Pietro defende:

“A responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, **destoa do sistema jurídico brasileiro**, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no artigo 37, §6º o, da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, **mas**

¹²³PUC-SP. Enciclopédia Jurídica PUC-SP. Dolo. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/423/edicao-1/dolo>>

preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano.¹²⁴ Grifo nosso

Dado a gravidade das sanções, parte da doutrina defende que a culpa prevista no artigo 10 trata-se de uma culpa grave, que se perfaz em uma situação de negligência, imperícia ou imprudência extrema.¹²⁵

Se no caso do elemento doloso nota-se pouca profundidade de análise pelos administrativistas, no caso da culpa esse exame se mostra ainda mais superficial. A amostra analisada exemplifica bem esse ponto: há muitas referências à culpa, contudo, não é possível extrair uma definição clara e utilizada majoritariamente pelos Desembargadores. No caso 18, por exemplo, a concepção de culpa está relacionada à ausência de cuidado necessário, nos termos do Desembargador Relator Décio Notarangeli: “para a caracterização da improbidade do art. 10 dispensável o dolo genérico bastando para tanto a existência de culpa caracterizada pela ausência do cuidado objetivo necessário quando da realização da licitação.” (p. 8)

Semelhante é o entendimento do Desembargador Ricardo Dip, relator do caso 72, no qual defende que:

“A ausência de prudente planejamento, a desídia, enfim, na adoção de providências para instaurar-se a tempo e modo a licitação afasta a legitimidade da escusa de emergência contratual, demais de indiciar, quando não o dolo, ao menos a culpa do agente público que se abstenha do dever de agir.” (p. 8)

Paralelamente, há uma outra concepção do termo mais ligada à ideia de culpa grave defendida por parte da doutrina, vertente a qual aparece no caso 20, e segundo o Desembargador Relator Marcelo Semer:

“no tocante aos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da LIA, entende a jurisprudência que, além da comprovação do dano ao erário, deve ser demonstrado, ao menos, culpa, consubstanciada em negligência, imprudência e imperícia.” (p. 11)

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella Direito administrativo. – 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017 P. 1093

¹²⁵ FERREIRA, Sergio de Andréa. A probidade na Administração Pública. Boletim de Direito Administrativo, agosto/2002.

O termo “culpa grave” também é mencionado no caso 21, de relatoria do Desembargador Francisco Bianco, contudo, trata-se apenas de uma citação, sem a apresentação de uma análise sobre quais elementos e circunstâncias configuram a culpa grave. O mesmo tipo de menção genérica é encontrada no caso 63, durante o voto divergente do Desembargador Leonel Costa e no caso 69, de relatoria do Desembargador Torres de Carvalho.

O debate relativo ao elemento subjetivo da LIA torna-se ainda mais interessante ao comparar as normas de improbidade com as demais normas infraconstitucionais que preveem a responsabilização de setores da administração pública. O Código de Processo Civil, em seu artigo 143, prevê a responsabilização de juízes no caso de dolo ou fraude, e o mesmo vale para o Ministério Público, conforme dispõe o artigo 181.¹²⁶Embora esses agentes públicos possam ocupar a cadeira de réu em um processo de improbidade administrativa, são os membros do poder executivo democraticamente eleitos que constituem maioria no banco dos réus, e é justamente quando há possibilidade de penalizá-los, que o legislador viabiliza condenação por dolo genérico e culpa.

Essa previsão específica da LIA é de certo modo compreensível, dado que é o poder executivo o principal responsável pela realocação de recursos. Contudo, o resultado prático é que o ordenamento jurídico estabelece um sistema mais punitivo aos agentes que são eleitos diretamente pela população. O que não fica claro é o porquê de juízes e membros do Ministério Público, entre outros agentes públicos de alto escalão, receberem um tratamento diferenciado nas normas que tratam especificamente da responsabilização destes setores.

A partir da análise dos casos, é possível concluir que existe uma gradação entre os tipos de elemento subjetivo. A tabela abaixo expõe como cada tipo de conduta foi classificada pelo TJSP.

Tabela 20 - Enquadramento da conduta pelo tipo de elemento subjetivo

Tipo de conduta	Enquadramento
------------------------	----------------------

¹²⁶ Essas considerações foram realizadas a partir da leitura do parecer da Sociedade Brasileira de Direito Público, enquanto amicus curiae na ADI 6421 e 6428.

Ausência do cuidado objetivo necessário	Culpa
Ausência de prudente planejamento	Culpa
Ausência do dever de agir	Culpa
Negligência, imprudência e imperícia	Culpa Grave
Ausência dos devidos procedimentos	Dolo Genérico
Conduta em dissonância aos postulados reguladores da Administração Pública	Dolo Genérico
Ausência de regularidade formal	Dolo Genérico
Consciência da ilicitude da conduta	Dolo Genérico
Conluio entre os réus com intenção delitiva	Dolo Específico
Atestar regularidade em benefício da própria filha	Dolo Específico

Percebe-se uma certa semelhança entre a culpa grave e o dolo genérico. Essa proximidade entre tais tipos torna ainda mais difícil traçar uma linha entre dolo e culpa em matéria de improbidade.¹²⁷

5. O USO DA LINDB

Uma das subperguntas da pesquisa volta-se à análise da aplicação da LINDB nos acórdãos, sobretudo a partir das mudanças introduzidas pela Lei 13.655/18, a qual foi responsável pela introdução dos artigos 20 a 30.

¹²⁷ O ponto de separação entre dolo e culpa será analisado na conclusão por meio da análise da Nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei Nº 14.230/2021)

Na amostra analisada, houve apenas duas citações diretas à LINDB. Primeiramente, no caso 15, o artigo 3¹²⁸ é usado como elemento para configuração do dolo, segundo o Desembargador Moreira de Carvalho:

“Saliente-se que o dolo também está fartamente caracterizado, eis que, se a lei deve ser por todos cumprida, não se podendo alegar o seu desconhecimento, nos termos do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.567/42), com muito maior necessidade é o cumprimento da lei por parte dos agentes públicos representantes do povo.” (p. 16)

Já no caso 88, há um uso interessante da LINDB, o Desembargador Marrey Uint transcreveu os artigos 20 a 22 da norma e concluiu que:

“A realidade se impõe ao formalismo da lei, essa é a exigência do legislar pátrio na nova redação da LINDB [...]

A lei, em abstrato, até autorizaria a condenação do Réus, entretanto, quando se debruça nos detalhes do caso concreto, verifica-se muito mais um “amadorismo” de gestão do que um ato de improbidade administrativa.” (p. 5 e 6)

5.1. A contextualização do ato administrativo

No caso anterior, o magistrado contextualiza o ato do gestor e o valora considerando a realidade da administração pública, tratando-se de uma análise em conformidade com o artigo 22, §1º da LINDB¹²⁹ que impõe ao controlador o ônus de contextualizar a conduta do administrador. Desse modo, há uma aproximação das normas de direito público com a realidade, evitando que a aplicação da lei ocorra de forma indiferente a fatos ou

¹²⁸ “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

¹²⁹ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

condições relevantes¹³⁰. Em matéria de improbidade, a contextualização torna-se ainda mais relevante, posto que a existência de termos abertos exige do controlador maior exercício interpretativo.

Na amostra analisada, destaca-se um tipo comum de contextualização, a qual se refere aos casos de contratação de escritórios de advocacia¹³¹, em que há uma análise do corpo jurídico do município a fim de verificar se o quadro de servidores era suficiente para suprimir a demanda em questão. No caso 16, o Desembargador Fermino Magnani Filho atesta que a existência de um assessor jurídico não é suficiente para atestar a irregularidade do ato e que, além disso, a contratação trouxe benefícios ao município.

“a despeito de haver um funcionário público concursado para assessoramento jurídico, não é possível concluir que este tenha conhecimento aprofundado em direito tributário a ponto de engendrar tese tributária específica de recuperação de crédito.

Salutar observar que o objeto contratual fora realizado e as compensações, com efeito, beneficiaram a Municipalidade” (p. 12 e 13)

Já no caso 17, o Desembargador Décio Notarangeli chega a especificar a demanda que o corpo jurídico do município apresenta:

“É o que ocorre em relação ao Município de Casa Branca que, segundo informado, em janeiro de 2015, dispunha de um corpo jurídico integrado por quatro advogados (fls. 2.860/2.861) e centenas de reclamações trabalhistas e execuções fiscais em andamento (fls. 3.529/3.570)” (p. 17)

Semelhante consideração é realizada no caso 21, no qual o Desembargador Relator Francisco Bianco afirma que

“A carga de trabalho do Procurador (4 horas diárias e 20 semanais, a fls. 1.091), à evidência, é insuficiente para o atendimento da demanda específica da Câmara

¹³⁰ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

¹³¹ Estes casos já foram explorados no tópico 4.4.2.

Municipal (pareceres; questões administrativas; processo legislativo; contencioso judicial).” (p. 10)

Já no caso 57, a ausência de haver procuradoria no município de Promissão foi considerada pelo Desembargador Oscild de Lima Junior como circunstância fática relevante à valoração do ato, segundo o relator:

“Os serviços tiveram o cunho de assessoria jurídica de natureza pontual e singular, dada a especificidade dos objetos, pautando-se no fato de que, à época, a Municipalidade não contava com uma procuradoria, devendo o Prefeito socorrer-se de escritório especializado para bem elaborar suas defesas junto à Corte de Contas.” (p. 8)

Importante ressaltar que nos quatro casos apresentados, a ação foi julgada improcedente, e a contextualização do fato funcionou como um argumento secundário para afastar a incidência da LIA, logo, a *ratio decidendi* foi formada majoritariamente pela análise do elemento subjetivo. Assim, nesse grupo de casos, a contextualização foi uma estratégia utilizada pelos magistrados para reforçar a absolvição a partir de um juízo de racionalidade, ou seja, verificar se, dada a situação fática, a ação do gestor pode ser valorada como razoável. Esse uso do artigo 22, §1º é analisado pelo professor Eduardo Jordão que afirma:

“Isso significa que o art. 22 pode ser entendido como fundamento normativo específico, no nosso direito, para adoção da deferência judicial (ou, mais amplamente, deferência do controlador) às interpretações razoáveis da administração pública.”¹³²

A razoabilidade também é utilizada como fator no caso 29, no qual o MP sustenta que a contratação do serviço de assessoria camufla uma terceirização ilegal do serviço público. No entanto, o Desembargador Oswaldo Luiz Palu realiza uma análise da situação da secretaria de obras do município

¹³² JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018. P. 16

e averigua que se trata de uma contratação razoável frente às circunstâncias fáticas. Segundo o Relator:

“Assim, para verificar se de fato há de ser considerada ilegal e nociva à Administração determinada terceirização e, mais, se essa terceirização implica em improbidade administrativa, mister seja aferida a situação específica e as circunstâncias que levaram à terceirização de atividade que, a rigor, deveria ser executada por servidores da Administração. (p. 15)

[...]

De fato, o cenário que se apresentava no ano de 2016 no âmbito da Secretaria de Obras do Município de Serra Negra justifica a terceirização realizada, na medida em que benéfica à Administração. (p. 18)”

O Desembargador ainda realiza uma valoração do ato, que é entendido como um benefício ao município apesar das irregularidades da contratação. A mesma linha foi seguida pelo Desembargador Marcelo Semer no julgamento do caso 46, no qual a dispensa de licitação foi interpretada como ilegal pelo MP, porém o relator, pela análise da situação fática, conclui pela licitude do contrato temporário, segundo o magistrado:

“Analisando as provas juntadas nos autos, em especial os depoimentos das testemunhas, é possível concluir que havia sim uma demanda extraordinária a justificar a contratação da ré, seja em razão das baixas no quadro de servidores efetivos da Secretaria de Assistência Social (p. 10)

[...]

No mesmo sentido, a prorrogação não se deu com o intuito exclusivo de beneficiar os réus, em detrimento da coisa pública, mas sim de atender a uma demanda social que havia no Município, conforme relatado de forma unânime pelas testemunhas.” (p. 15)

Nos dois casos apresentados, houve uma interpretação do ato como um benefício à administração pública, o que contribuiu para a formação do entendimento de improcedência da ação.

Além do exame das condições do quadro de servidores, a análise contextualizada exige atenção a fatores econômicos e geográficos. No caso 47, por exemplo, a exigência de frota mínima de 38 veículos apresentada no edital foi interpretada como razoável, dada a demanda do município de Barueri, segundo o Desembargador Coimbra Schmidt:

“A razão desta exigência, no entanto, é evidente. Como obtemperou a sentenciante, a exigência de frota mínima de veículo se mostrou adequada a demanda do Município, atendendo ao interesse público. Isso porque, (...), o Município de Barueri à época já tinha grande demanda no transporte público, haja vista a expansão do Alphaville, com a instalação de grandes empresas em sua parte comercial, exigindo deslocamento massivo de trabalhadores para aquela região.” (p. 9)

Já no caso 76, a densidade democrática e fatores como pobreza, violência e déficit habitacional são utilizados como fatores que atestam a razoabilidade e legalidade do contrato de locação. Segundo o Desembargador Ribeiro de Paula:

“A ordeira e operosa Carapicuíba, já emendada às cidades de Osasco e Barueri, **tem alta densidade demográfica**, com seus problemas e graves carências sociais, como os tem outras da Grande São Paulo: violência, miséria, pobreza, desemprego, moradores de rua etc. etc. etc. (p. 4)

[...]

A existência de problemas sociais dessa ordem, como pobreza, miséria, invasão, posse clandestina de imóvel público ou alheio, reclama decisões nem sempre fáceis de tomar.

Em que pesem os esforços do representante do Ministério Público, e respeitados os fundamentos da r. sentença, **não reconheço como atos de improbidade administrativa os procedimentos adotados para preservação de moradia de famílias carentes em**

município de conhecida carência habitacional, como ocorre não somente lá, mas em todo território nacional. (p. 5)” Grifo nosso

O artigo 22, §1º impõe um juízo de razoabilidade tanto sobre os obstáculos fáticos do gestor público, seja situação do RH da administração pública ou questões geográficas e econômicas quanto, como é possível perceber a partir de uma leitura mais atenta da norma, sobre a dificuldade do gestor em interpretar a legislação vigente, segundo Eduardo Jordão:

“Há uma dificuldade de outra natureza que também pode ser relevante e que casa bem com todo o projeto. Trata-se da dificuldade jurídica.

[...]

Essa dificuldade não é negligenciável. Ela decorre da complexidade em si da legislação, às vezes intrincada, cheia de detalhes, às vezes continente de termos com alto grau de indeterminação.”

Embora o próprio artigo 3º da LINDB vede a justificativa de descumprimento da lei por desconhecimento, é preciso reconhecer que a Lei Geral de Licitações é complexa e, como já abordado, o processo legal de dispensa ainda é confuso. Poderia o magistrado considerar tais pontos no julgamento do processo de improbidade administrativa? O caso 41 aponta para uma resposta positiva. Neste o Desembargador Ricardo Feitosa defende que as irregularidades apontadas pelo Ministério Público são compreensíveis dada a ausência de assessoria técnica comum a municípios pequenos, segundo o relator:

“a inicial aponta miríade de pequenas falhas tanto no procedimento licitatório quanto na execução contratual que longe de indicarem fraude ou má-fé, mais sugerem carência de assessoria técnica especializada, comum nos pequenos municípios, como é o caso de Pracinha.” (p. 4)

Tal juízo representa um avanço ao considerar que diferentes níveis federativos, em diferentes localidades, possuem capacidades técnicas distintas, o que impacta diretamente na atuação da administração pública. Um município mais próspero e com um corpo técnico bem formado terá, provavelmente, menos dificuldade em interpretar e implementar

determinadas normas, porém municípios pobres, pequenos e com baixa capacidade técnica terão, por sua vez, uma outra relação com o ordenamento jurídico. A análise contextualizada é uma forma de combater isso, visto que o controlador não deve julgar do mesmo modo situações tão díspares.

5.2. O consequencialismo do artigo 20

Para além da necessidade de contextualizar, a nova LINDB prevê que o controlador deverá considerar as consequências práticas de sua decisão.¹³³ Assim, o artigo 20 é responsável pela consagração normativa do consequencialismo, noção a qual pode ser compreendida como a fundamentação que leva em consideração “as consequências positivas ou negativas que uma determinada decisão judicial poderia gerar”¹³⁴

No já apresentado caso 76, há uma clara análise consequencialista, visto que o magistrado compreende que o ato de invalidação do contrato de locação necessariamente levaria diversas famílias à rua, expondo ainda mais essas pessoas a uma situação de vulnerabilidade. Segundo o relator Ribeiro de Paula:

“Pois bem, **deixar que os ocupantes da área fossem despejados para depois procurar alojá-los em outro local**, adotando procedimentos e fórmulas sem se afastar um milímetro das exigências legais, **poderia tornar pior a emenda que o soneto**. Em situações como essa, o Prefeito, gestor mor do Município, fica entre a cruz e a caldeirinha. (p. 4)

[...]

Desde o ano de 2005 havia reconhecimento de invasão da área e contrato de locação firmado pela gestão anterior (fls. 364/371); o efeito retroativo do contrato, de abril a outubro de 2009, decerto se deu por força da

¹³³ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

¹³⁴ “Entenderé por argumento consequencialista aquel que toma en cuenta las consecuencias positivas o negativas que podría generar una determinada decisión jurídica como razón para apoyar o rechazar dicha decisión” (CARBONELL, Flavia. La argumentación consequencialista en la aplicación judicial del derecho. In: La Constitución como objeto de interpretación. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016. p. 1-49, esp. p. 8. Trad. livre).

antiga ocupação da área por pessoas e famílias carentes; o valor de R\$ 25 mil por mês, [aparentemente] elevado, **assim não será considerado se se levar em conta a situação de fato preexistente e os percalços de transferência e alocação dos moradores para outro lugar.** (p. 5)” grifo nosso

Assim, como apresentado no caso, o consequentialismo não trata apenas de consequências jurídicas da decisão, uma vez que se leva em consideração os elementos econômicos, sociais e geográficos, o que contribui para o entendimento de que sentenças não reverberam apenas no mundo jurídico. O artigo 20 inicia um movimento de superação da postura de um direito alheio e fechado em si próprio a uma concepção mais racional e realista.

5.3. O erro grosseiro como irmão da culpa grave

O artigo 28 estabelece que a responsabilização pessoal do agente público exige caracterização do dolo ou erro grosseiro. Nos casos de improbidade, a novidade da LINDB pouco alterou o cenário, posto que já era consolidado o entendimento de que a caracterização do dano ao erário exige culpa. Contudo, qual a relação entre o erro grosseiro e a culpa?

Segundo manifestação da Sociedade Brasileira de Direito Público como *amicus curiae* nas ADIs 6421 e 6428¹³⁵, o erro grosseiro se equivale a noção de culpa grave:

“Agentes públicos não são admitidos para atuar como seguradores gerais da Administração, ressarcindo-a em qualquer caso por indenizações que ela verse a terceiros. **A responsabilidade civil regressiva dos agentes públicos supõe atuação funcional desviada por dolo ou por erro grosseiro (culpa grave). Simples erros escusáveis, compreensíveis ou inevitáveis nas circunstâncias reais da gestão pública, não constituem culpa para fins de responsabilidade**

¹³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6412 e 6428. Manifestação Amicus Curiae: Sociedade Brasileira de Direito Público.

regressiva. A LINDB, quando esclareceu isso, nada mais fez do que estampar o óbvio.”¹³⁶ Grifo nosso

Assim, a partir do artigo 28, é possível concluir que em casos de mera culpa não constituem elemento subjetivo suficiente à responsabilização do agente público. Contudo, como já abordado, em diversos casos analisados, há caracterização de improbidade por culpa, o que demonstra uma inobservância do TJSP frente ao que foi definido pela LINDB.

6. CONCLUSÃO

Os apontamentos realizados ao longo da pesquisa demonstram que o objetivo inicial da Lei de Improbidade Administrativa como um instrumento de combate à corrupção foi acompanhado por um uso temerário da norma, sobretudo nas mãos do Ministério Público, que em muitos casos se vale de conceitos indeterminados para caracterizar como improbidade meras irregularidades nas contratações.

O STJ parece ser um grande aliado do MP na atuação punitivista, dado que institutos como dano *in re ipsa* e a construção do dolo genérico constituem mecanismos jurisprudenciais que contribuem para a condenação dos réus. Entretanto, foi possível observar que o TJSP não mantém uma postura permissiva com o punitivismo dos demais órgãos. O Tribunal paulista afasta a ideia de presunção do dano ao erário e utiliza técnicas interpretativas, como as dispostas na LINDB, para afastar determinados casos de condenação. Contudo, há uma clara adoção da aplicação do dolo genérico, que é fartamente citado nas decisões, mas escassamente definido, o que demonstra uma parcial oposição do TJSP aos mecanismos do Direito Administrativo Sancionador.

Esse cenário foi fortemente alterado pela promulgação da Lei nº 14.230/2021¹³⁷, a chamada Nova Lei de Improbidade Administrativa, que é responsável por importantes alterações.

A primeira alteração que impacta diretamente a análise feita na pesquisa é relativa ao elemento subjetivo do artigo 10, que anteriormente

¹³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6412 e 6428. Manifestação Amicus Curiae: Sociedade Brasileira de Direito Público. P. 18.

¹³⁷ A Nova Lei de Improbidade Administrativa foi publicada no Diário Oficial da União no dia 26/10/2021, pouco menos de um mês antes da finalização da pesquisa. Assim, optei por analisá-la superficialmente, utilizando os dados encontrado e examinando o impacto das mudanças.

poderia ser caracterizado por dolo ou culpa, porém, a atual norma vigente prevê responsabilização apenas por ação ou omissão dolosa. Portanto, não há mais na lei previsão de caracterização de improbidade por culpa, o que exige do magistrado um maior ônus para configuração da improbidade. Além disso, há uma definição clara do dolo:

Art. 1º § 2º Considera-se dolo a **vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado** nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

A definição de dolo escolhida pelo legislador se aproxima da noção de dolo específico, visto que é necessária a vontade de alcançar o resultado ilícito. Assim, não basta o mero nexo causal entre conduta e resultado, já que a LIA passa a exigir o exame da intencionalidade do agente. Posto isso, acredito que não será mais admitida a tese do dolo genérico.

Outra importante alteração do artigo 10 ocorreu no inciso VIII, que trata dos atos de improbidade por frustração da licitude do processo licitatório. A mudança se deu pelo acréscimo da estrutura “acarretando perda patrimonial efetiva”, que de maneira expressa veda a possibilidade de presunção do dano ao erário. Portanto, há de ser efetivamente demonstrada a lesão ao erário público para caracterização de improbidade pelo artigo 10, contudo, a mudança ainda não define como essa comprovação deve ocorrer. Desse modo, basta a diferença entre o preço do contrato e o preço de mercado para comprovação de efetiva perda patrimonial? É necessário recorrer a pareceres técnicos para aferir o dano? Quais serão as circunstâncias consideradas para caracterização do dano ao erário?

Por fim, as mudanças no artigo 17, com a inclusão dos dispositivos C, incisos II e III¹³⁸, representam uma inclusão dos dispositivos da LINDB, contribuindo para a formação de decisões contextualizadas. Além disso, o caput do artigo 17 torna a propositura da ação de improbidade competência exclusiva do Ministério Público. Todas essas mudanças foram duramente

¹³⁸ Art. 17-C II - considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos;

III - considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente;

recebidas pela mídia não especializada¹³⁹, que apresenta as alterações como demonstração de maior passividade da LIA e aumento da impunidade.

Tabela 21- Análise da amostra frente aos dispositivos das versões da LIA¹⁴⁰

Posicionamento do TJSP	Orientação da Lei nº 8.429/1992	Orientação da Lei nº 14.230/2021
Condenação por culpa e dolo	Condenação por culpa e dolo	Condenação por dolo
Maioria dos casos rechaça a tese de <i>dano in re ipsa</i>	Possibilidade de presunção do dano ao erário	Dano deve ser devidamente comprovado
Minoria das decisões realiza uma contextualização do ato	Não há previsão legal para contextualização do ato	Previsão expressa para necessidade de contextualizar o ato do agente público
Maioria significativa das ações são propostas pelo MP	Possibilidade de propositura da ação pelo MP ou PJ interessada	Propositura apenas pelo MP

Fonte: elaboração própria.

Assim, a principal mudança está nos casos de condenação por culpa, visto que os demais casos permanecem relativamente inalterados. Como a nova lei impactará totalmente os tribunais ainda não é possível saber, uma vez que a tabela acima apenas representa uma especulação com as informações obtidas na amostra. Esses impactos, ainda que desconhecidos, podem contribuir para uma LIA que realmente puna o desonesto e o corrupto,

¹³⁹ Reportagem de CNN sobre aprovação do texto base na Câmara dos Deputado, disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=MltAo-dnSkc>

BACHTOLD, Felipe. Nova Lei de Improbidade freia distorção, mas afrouxa punição por falhas de gestão. Agora será preciso comprovar dolo, o que deve dificultar ações que apontam erros e omissões. Folha de São Paulo, 4 nov. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/11/nova-lei-de-improbidade-freia-distorcao-mas-afrouxa-punicao-por-falhas-de-gestao.shtml?origin=folha>

¹⁴⁰ O campo preenchido de verde corresponde ao entendimento majoritário da amostra analisada

e que entenda as dificuldades do gestor público, aproximando a norma da realidade.

7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ACCIOLY, João Pedro. Improbidade Administrativa e proibição de contratar com o Poder Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

ALMEIRDA, Karol Dib. O DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA E A CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TIPIFICADOS NO ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Universidade Federal de Santa Catarina. 2019

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cadastro Nacional de Condenações Cíveis Por Ato de Improbidade Administrativa e Inelegibilidade. Disponível em: <
http://www.cnj.jus.br/improbidade_adm/relatorioQuantitativoCondenacoes.php>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Senado Federal: Secretaria-Geral da Mesa: Secretaria de Informação legislativa.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro 1942 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro). (Texto atualizado até a data de acesso). Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para assuntos jurídicos.

BRASIL. Lei 8.249 de 02 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. (Texto sancionado).

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de Geral de Licitações). Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. (Texto atualizado até a data do acesso). Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para assuntos jurídicos.

DI PIETRO, M. S. (2017). Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JURKSAITIS, G., & SUNDFELD, C. A. (2015). Contratos Públicos e Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros.

MEDAUAR, O. (2016). Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. Acesso em: 27/05/2021. Disponível em <<http://sbdp.org.br/books/direito-administrativo-para-ceticos/>>.

KANAYAMA, Ricardo. IMPROBIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: um diagnóstico da fundamentação das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. São Paulo, 2020.

ROSILHO, André Janjácomo. Licitações no Brasil. 1ª edição. 2013. São Paulo: Editora Malheiros

ROSILHO, André Janjácomo. As licitações segundo a Lei n. 8.666: um jogo de dados viciados. Revista de Contratos Públicos [recurso eletrônico]. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <<http://dspace.xmlui/bitstream/item/11504/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>>

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS E O ART. 20 DA LINDB. Revista dos Tribunais | vol. 1009/2019 | p. 99 - 120 | Nov / 2019

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Monografia Jurídica Passo a Passo: projeto, pesquisa, redação e formatação. 1. ed. São Paulo : GEN - Método, 2015.

KING, Gary; LEE, Epstein. Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência. São Paulo : Direito GV, 2013. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>>

FEFERBAUM, Marina. QUEIROZ Rafael Mafei Rabelo. Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses- 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2019

FERREIRA, Sergio de Andréa. A probidade na Administração Pública. Boletim de Direito Administrativo, agosto/2002.

FERREIRA, Vivian Maria Pereira. O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. REVISTA DIREITO GV | SÃO PAULO | V. 15 N. ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS 3 | e1937 | 2019

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum.

ANEXO A: Dados Acórdãos

Acórdão	Data do processo	Nº do processo	Relator
1	31/03/2021	10002282020198260445	DÉCIO NOTARANGELI
2	31/03/2021	10049259520178260270	DÉCIO NOTARANGELI
3	31/03/2021	10003101820168260296	REBOUÇAS DE CARVALHO
4	30/03/2021	10004774920198260516	CAMARGO PEREIRA
5	29/03/2021	10157389620198260114	MARCELO SEMER
6	29/03/2021	10028046620168260323	LUCIANA BRESCIANI
7	26/03/2021	10053308820148260189	OSVALDO MAGALHÃES
8	25/03/2021	10048715720188260606	J. M. RIBEIRO DE PAULA

9	25/03/2021	10639814220178260114	FERNÃO BORBA FRANCO
10	24/03/2021	10010440820198260346	CARLOS EDUARDO PACHI
11	23/03/2021	10001003620188260412	PAOLA LORENA
12	23/03/2021	10052108620178260400	PAOLA LORENA
13	18/03/2021	10013738020178260575	Alves Braga Junior
14	17/03/2021	10167933120168260068	LUCIANA ALMEIDA PRADO BRESCIANI
15	17/03/2021	10012194620168260042	Jeferson MOREIRA DE CARVALHO
16	17/03/2021	10023156720148260624	FERMINO MAGNANI FILHO
17	17/03/2021	10022690620178260129	DÉCIO NOTARANGELI
18	17/03/2021	10004492720168260471	DÉCIO NOTARANGELI
19	16/03/2021	10423398120158260114	SIDNEY ROMANO DOS REIS
20	15/03/2021	10018307620178260296	MARCELO SEMER
21	15/03/2021	10038687420168260400	FRANCISCO BIANCO
22	12/03/2021	10010064220168260397	FERRAZ DE ARRUDA
23	12/03/2021	10002359220178260441	TORRES DE CARVALHO
24	12/03/2021	10125992920178260625	FERRAZ DE ARRUDA
25	11/03/2021	10015201920188260625	OSWALDO LUIZ PALU

26	10/03/2021	10098855720168260132	TERESA RAMOS MARQUES
27	10/03/2021	00032967220148260185	FERMINO MAGNANI FILHO
28	09/03/2021	00106459020088260168	ISABEL COGAN
29	05/03/2021	10013495520188260595	OSWALDO LUIZ PALU
30	05/03/2021	10057517220148260482	Alves Braga Junior
31	05/03/2021	08017125920128260361	MARCELO L THEODÓSIO
32	05/03/2021	10002349720178260606	PERCIVAL NOGUEIRA
33	04/03/2021	10454217620188260224	ANTONIO CELSO FARIA
34	03/03/2021	10008374820168260270	EDSON FERREIRA
35	03/03/2021	10021599620178260358	ALVES BRAGA JUNIOR
36	02/03/2021	00031431620138260495	ANA LIARTE
37	02/03/2021	10010503620178260588	ANTONIO CARLOS VILLEN
38	26/02/2021	00001185520108260412	LUCIANA BRESCIANI
39	26/02/2021	00100046820088260438	REINALDO MILUZZI
40	26/02/2021	10009208720188260369	J. M. RIBEIRO DE PAULA
41	26/02/2021	10020391820188260326	RICARDO FEITOSA
42	26/02/2021	10019857020178260493	BORELLI THOMAZ
43	25/02/2021	10007757020158260584	FRANCISCO BIANCO

44	24/02/2021	10004407720188260412	ALVES BRAGA JUNIOR
45	24/02/2021	00476662320098260053	MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
46	23/02/2021	10020917820168260586	MARCELO SEMER
47	23/02/2021	10012756420178260068	COIMBRA SCHMIDT
48	23/02/2021	00136672020128260362	MARIA OLÍVIA ALVES
49	23/02/2021	00014456720118260584	MARIA OLÍVIA ALVES
50	22/02/2021	00006154620108260355	OSCILD DE LIMA JÚNIOR
51	22/02/2021	10034570520198260407	EDSON FERREIRA
52	19/02/2021	00039892920148260097	ALIENDE RIBEIRO
53	19/02/2021	10028773620168260356	SOUZA NERY
54	18/02/2021	10019252020178260066	BANDEIRA LINS
55	18/02/2021	10323977220198260053	PAULO BARCELLOS GATTI
56	17/02/2021	00026721220138260588	MARCELO L THEODÓSIO
57	17/02/2021	10013947220168260484	OSCILD DE LIMA JUNIOR
58	17/02/2021	10001452320208260201	REBOUÇAS DE CARVALHO
59	17/02/2021	00022268720138260368	NOGUEIRA DIEFENTHALER
60	17/02/2021	10165020620148260196	DANILO PANIZZA

61	16/02/2021	10048033220178260319	OSWALDO LUIZ PALU
62	16/02/2021	00038584520098260383	AROLDO VIOTTI
63	15/02/2021	10013650920188260498	BANDEIRA LINS
64	12/02/2021	10034877720168260073	REINALDO MILUZZI
65	12/02/2021	10032590720168260428	DANILO PANIZZA
66	11/02/2021	30031137520138260576	ANA LIARTE
67	11/02/2021	0000127- 43.2013.8.26.0240	ANA LIARTE
68	10/02/2021	10008032020188260071	OSCILD DE LIMA JÚNIOR
69	10/02/2021	10042662920168260462	TORRES DE CARVALHO
70	10/02/2021	10049072620178260189	SPOLADORE DOMINGUEZ
71	10/02/2021	0000930- 36.2007.8.26.0240	REBOUÇAS DE CARVALHO
72	10/02/2021	00056439720128260266	RICARDO DIP
73	10/02/2021	10018140220178260142	FERMINO MAGNANI FILHO
74	09/02/2021	10031960620208260019	MOREIRA DE CARVALHO
75	09/02/2021	30000417920138260059	VICENTE DE ABREU AMADEI
76	08/02/2021	10076650420168260127	J. M. RIBEIRO DE PAULA

77	05/02/2021	00003199620158260145	OSVALDO DE OLIVEIRA
78	05/02/2021	10006368220188260077	FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
79	04/02/2021	10024023420178260651	AFONSO FARO JR.
80	04/02/2021	10018653520198260306	LEONEL COSTA
81	03/02/2021	00073504820128260445	EDUARDO GOUVÊA
82	03/02/2021	10063932720178260066	EDUARDO GOUVÊA
83	01/02/2021	10001208920188260650	LEME DE CAMPOS
84	29/01/2021	10096588520178260438	FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA
85	29/01/2021	10013539220168260456	PAOLA LORENA
86	29/01/2021	07015546120128260695	PAOLA LORENA
87	27/01/2021	10008814520178260169	BANDEIRA LINS
88	26/01/2021	10018885420178260369	MARREY UINT
89	22/01/2021	10023473520168260452	TERESA RAMOS MARQUES
90	22/01/2021	10009043720168260650	TERESA RAMOS MARQUES
91	19/01/2021	10238137720168260196	ALVES BRAGA JUNIOR
92	19/01/2021	10032226820178260452	ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ
93	18/01/2021	00071642620098260220	TERESA RAMOS MARQUES

94	14/01/2021	0000510- 57.2015.8.26.0270	PAULO BARCELLOS GATTI
95	13/01/2021	10000656620168260341	BANDEIRA LINS
96	13/01/2021	10017770920158260024	AROLDO VIOTTI
97	12/01/2021	10020889420168260337	COIMBRA SCHMIDT
98	12/01/2021	10011888220188260615	MARCELO L THEODÓRIO
99	08/01/2021	10035478520178260438	CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI