

do processo nº 2015-0.102.990-4

Folha de Informação nº 135

em 14/01/16 *lmm*

SARA FERREIRA DE MELLO

Av. do - fl. 592.691.2.01

INTERESSADO: DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES **PGMG**

ASSUNTO : Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação -
Sindicância Especial de improbidade administrativa -
pagamento por indenização - arquivamento.

Informação nº 009/16 - PGM-AJC

PGM.G

Senhor Procurador Geral,

Cuida-se de processo instaurado para averiguação de responsabilidade funcional no pagamento por indenização a Tavares e Magalhães Teixeira Eventos Ltda, em decorrência da realização do evento "**Torneio Internacional de Tênis - Aberto de São Paulo**", no período de 31 de dezembro de 2011 a 08 de janeiro de 2012.

A apuração de responsabilidade foi determinada em manifestação da Secretaria Municipal dos Negócios Jurídicos (fls. 85/86), de 05 de março de 2015, na qual se autorizou a propositura da ação de ressarcimento ao erário pelo rito ordinário.

Instaurado o procedimento, foram ouvidos Lourdes Palhas Marchesin (fls. 94), Diego Lourenço Pereira (fls. 106), Monica Moor Pinheiro Braz (fls. 107) e Rafael Marcos de Moura Donato (fls. 111). O relatório circunstanciado consta de fls. 112/116, e tratou de pontuar o fim a que se destinava a apuração: a responsabilização preconizada na legislação de regência é daquele que dá ensejo à contratação verbal, mas não daquele que cumprindo o

do processo nº 2015-0.102.990-4

Folha de Informação nº 136
em 14 / 10 / 2015 *am*
SECRETARIA DE MELHORIA
Apoio - fl. 592.691.2.01
PGMG

dever legal autoriza o pagamento. Ocorre que, o pagamento por indenização também foi considerado nulo de pleno direito. A apuração no caso em apreço deve abordar a questão de forma mais ampla, ou seja, considerar se houve dolo ou culpa ou favorecimento na contratação verbal e irregularidade no pagamento por indenização.

O relatório, produzido a partir das oitivas, não permite aferir a ocorrência de má-fé de servidores no ocorrido. O que se depreende, aliás, foi a notória exiguidade de tempo entre a proposta para a formalização do convênio, sua análise, aprovação e regular liberação de recursos. Nesse sentido o que todos apontaram foi o volume de serviço, as várias tramitações da proposta até final formalização do ajuste. Na verdade, nada se apurou acerca de quem teria dado ensejo à contratação verbal ou que quem teria acenado para a execução do evento.

Segundo o depoimento de Rafael Marcos de Moura Donato havia na época um comprometimento político para a sua realização, mas ressalta que não foi ele quem deu o aval para a realização do evento. A partir do depoimento de fls. 111 parece que a parceira privada teria agido por conta e risco.

Todavia, por outro lado o depoente menciona o comprometimento político, que não tem o condão de obrigar a Municipalidade por si só, mas permite que o particular crie certa expectativa de receber o valor, mormente porque segundo os servidores outros eventos chegaram a ocorrer antes da formalização de convênio.

Merece destaque, ainda, que ao que se extrai do presente, se tempo suficiente tivesse havido, o plano de trabalho teria sido aprovado e os recursos liberados, tanto que a reserva escritural foi solicitada e negada posteriormente, sob o fundamento de que a execução orçamentária estava

Folha de Informação nº 137

do processo nº 2015-0.102.990-4

em 14 / 01 / 16 *clm*
CLARA FERREIRA DE OLIVEIRA
Agido - N. 807.601.201
2016

encerrada. Nada acerca do mérito da proposta serviu de fundamento para o indeferimento (fls. 106). Ao contrário: os documentos da parceira privada foram apresentados no dia 15 de dezembro e a solicitação do titular da Pasta à época ocorreu em 16 de dezembro do mesmo ano.

Isso não leva à regularidade do convênio, ou ao pagamento por indenização como já relatado na manifestação de fls. 43/49, que concluiu pela nulidade da decisão que autorizou o pagamento. Todavia, não se permite inferir a má-fé dos servidores envolvidos no pagamento realizado.

Com efeito, ao final, a comissão propôs a remessa dos autos a PROCED, nos termos do art. 102, III, "c", do Decreto Municipal 43.233/03, para complementação das investigações através de Sindicância, concluindo pela insuficiência de elementos para apontar responsabilidade funcional.

Por ocasião da realização da sindicância, o processo foi encaminhado a esta Procuradoria com reconhecimento da prejudicialidade das pretensões disciplinares e arquivamento no que diz respeito ao ato de improbidade.

Ocorre que na manifestação do Departamento de Procedimentos Disciplinares, há a assertiva de que no presente caso há a incidência dos artigos 10 e 11 da Lei 8429/92, mas em razão de falta de razoabilidade a ilegalidade do presente não justifica a busca pelas penalidades da Lei 8429/92.

Neste ponto ousamos discordar, ao menos no presente caso. Isso porque os arts. 10 e 11 da Lei nº 8429/92 prescrevem diversas condutas que são consideradas atos de improbidade, sendo certo que no artigo 10, exige-se o elemento volitivo do dolo ou culpa e o elemento objetivo do efetivo dano ao

Folha de Informação nº 138

do processo nº 2015-0.102.990-4

em 14 / 01 / 16

Clara
CLARA FERREIRA DE MELO
Apoio - rf. 592.691.2.01

erário. O artigo 11, por sua vez, exige o dolo e dispensa o efetivo dano ao erário, objetivando tutelar os princípios da Administração Pública.

Dessa forma, a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a necessidade dos dois requisitos para capitulação da conduta nos termos do artigo 10, como se depreende dos julgados colacionados abaixo:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL OMISSÃO. PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTE POLÍTICO. PREFEITO. ARTIGO 10 DA LEI 8.429/92. CONFIGURAÇÃO DA CULPA DO AGENTE PÚBLICO E DO PREJUÍZO AO ERÁRIO. REDISCUSSÃO DE QUESTÕES DECIDIDAS. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. (...)

2. "A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10." (AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 28/8/2014)" (EDcl no REsp 1130584/PB- EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2009/0056875-1, relator Ministro SÉRGIO KUKINA, T1 - PRIMEIRA TURMA, j. 27/10/2015)


"ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 10 E 11 DA LEI N. 8.429/92. NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO). NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO IMPROBO. PRECEDENTES. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E AUSÊNCIA DE DOLO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. À luz da atual jurisprudência do STJ, para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de

do processo nº 2015-0.102.990-4

Folha de Informação nº 139

em 14/01/16


Azoio - fl. 592.631.2/01

Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. Precedentes: REsp 1206741 / SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2015; REsp 1228306/PB, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 18/10/2012.

2. No tocante ao enquadramento da conduta no art. 11, caput, da Lei 8.429/92, esta Corte Superior possui entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para o tipo previsto no art. 11 da aludida legislação. Precedentes: AgRg no AREsp 630605 / MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/06/2015; REsp 1504791 / SP, Rel. Min. Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª Região), Primeira Turma, DJe 16/04/2015.

3. Na hipótese, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, que o Tribunal de Origem afastou a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 e 11 da lei 8.429/92, diante da inexistência de dano ao erário público e ausência do elemento subjetivo (dolo). Assim, a reversão do entendimento exarado no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

4. Agravos regimentais não providos." (AgRg no AREsp 370133 / RJ AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0262557-8, relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, T1 - PRIMEIRA TURMA, j. 01/10/2015)

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS

do processo nº 2015-0.102.990-4

Folha de Informação nº 140

em 14 / 01 / 16

Clara
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PÚBLICOS. ANÁLISE DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ATO DE IMPROBIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa, o mesmo não ocorrendo com os tipos previstos nos arts. 9º e 11 da mesma Lei (enriquecimento ilícito e atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), os quais se prendem ao elemento volitivo do agente (critério subjetivo), exigindo-se o dolo.

2. Rever as conclusões do Tribunal de origem sobre a existência de dolo na conduta do agente, bem como os elementos que ensejaram os atos de improbidade implica o reexame dos elementos fático-probatórios, o que não é possível pela via eleita (Súmula 7/STJ).

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 666459/SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0040304-0, Ministro OG FERNANDES, T2 - SEGUNDA TURMA, 23/06/2015)

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ART. 9º, CAPUT E INCISO XI, E 12, INCISOS I E II, LEI N. 8.429/92. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. DANO EFETIVO NÃO DEMONSTRADO. NECESSIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. Verifica-se que a Corte de origem não analisou, ainda que implicitamente, os arts. 9º, caput e inciso XI, e 12, incisos I e II, da Lei n. 8.429/92. Desse modo, impõe-se o não conhecimento do recurso especial por ausência de prequestionamento, entendido como o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal. Atraindo a incidência da Súmula n. 211/STJ.

do processo nº 2015-0.102.990-4

Folha de Informação nº 141

em 04/10/16

W. LARA FERREIRA DE OLIVEIRA
Ago - rt. 692.691.2.01

2. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa exige a presença de pressuposto objetivo: o efetivo dano ao erário. Precedentes.

3. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, ao analisar a apelação, entendeu pela não ocorrência de dano ao erário, tipificado pelo art. 10 da Lei 8.429/92, e, portanto, não houve prática de ato de improbidade administrativa apto a fazer incidir as penalidades previstas na legislação. A revisão de tais premissas é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 701562 / RN AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2015/0075864-2, Ministro HUMBERTO MARTINS, T2 - SEGUNDA TURMA, j, 04/08/2015)

"III - O art. 11 da Lei n. 8.429/92 é claro ao normatizar que 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 (RMS 11.133/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, DJ 08/04/2002, p. 230).

IV - O STJ tem compreensão no sentido de que o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).

V - Agravo regimental improvido." (AgRg no RMS 21700 / BA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2006/0070879-7, Ministro NEFI CORDEIRO, T6 - SEXTA TURMA, j, 04/08/2015)

W. LARA FERREIRA DE OLIVEIRA

do processo nº 2015-0.102.990-4

Folha de Informação nº 142
em 14/01/16 *clara*

CLARA FERREIRA DE MELO
Apoio - rf. 592.691.2.01

Diante do entendimento jurisprudencial, ~~não~~ se pode concluir no presente caso que há incidência dos artigos 10 e 11 da Lei 8429/92, uma vez que as condutas reputadas ímprobas não foram delineadas e sequer imputadas a alguém. Não se permite concluir através da instrução realizada até o momento pela ocorrência de dolo ou culpa de um dos agentes que intervieram no processo de pagamento por indenização ou de contratação do convênio ou contrato de patrocínio.

Aliás, o dolo não foi demonstrado. As declarações de todos os depoentes demonstram a intenção da Administração em apoiar o evento e a insuficiência de tempo para a formalização do ajuste. Assim, o requisito para o artigo 11 estaria descartado. Quanto aos elementos para a caracterização do artigo 10, não estão evidenciados no processo. Não se sabe a conduta que se pretende imputar, a quem e com base em que espécie de culpa.

É importante destacar, outrossim, que o simples ato de autorizar o pagamento por indenização não leva a um ato de improbidade, por si só. É necessário que se demonstre que o pagamento não era devido, ou que para a nulidade houve a concorrência do particular de má-fé.

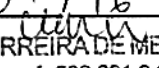
Nada a respeito das peculiaridades necessárias para se concluir por ato de improbidade administrativa restou demonstrado através da apuração preliminar.

Assim, entendemos que antes de qualquer debate acerca de ação de improbidade administrativa, de rigor a análise conclusiva acerca do procedimento disciplinar. Se não restar configurada qualquer conduta indevida, de rigor o arquivamento do presente, com a competente decisão fundamentada a respeito.

do processo nº 2015-0.102.990-4

Folha de Informação nº 143

em 14/01/16

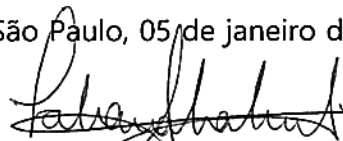

CLARA FERREIRA DE MELO
Apoio - rf. 592.691.2.04

Se eventualmente identificada alguma responsabilidade, caberá perquirir a presença dos demais elementos configuradores da improbidade, lembrando sempre de que esta não é decorrência imediata de eventual ilegalidade.

Vale registrar, como já manifestado por esta Assessoria Jurídico-Consultiva na Informação nº 2.055/2013 – PGM.AJC, da lavra do Dr. Luiz Paulo Zerbini Pereira, que *"segundo a orientação que emana, atualmente, do Superior Tribunal de Justiça, "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade", uma vez que "a improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente", e justamente por isso o mero despreparo gerencial não pode ser confundido com ato de improbidade administrativa"*.

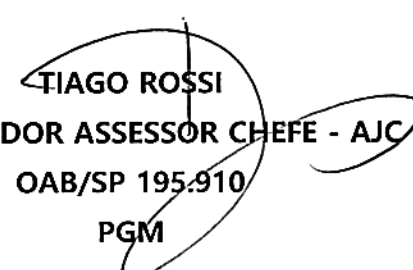
À consideração e deliberação de V. Exa.

São Paulo, 05 de janeiro de 2016.



TATIANA BATISTA MALATESTA
PROCURADORA ASSESSORA – AJC
OAB/SP 249.209
PGM

De acordo.


TIAGO ROSSI
PROCURADOR ASSESSOR CHEFE - AJC
OAB/SP 195.910
PGM

do processo nº 2015-0.102.990-4

Folha de Informação nº 144
em 14/01/16

INTERESSADO:

DEPARTAMENTO DE PROCEDIMENTOS DISCIPLINARES

Clara
CLARA FERREIRA DE MELO
CPF: 592.691.2.01
PGMG

ASSUNTO

: Secretaria Municipal de Esportes, Lazer e Recreação -
Sindicância Especial de improbidade administrativa -
pagamento por indenização - arquivamento.


Cont. da Informação nº 009/16 - PGM-AJC

Proced.G

Sr. Diretor

Nos termos da manifestação da Assessoria Jurídico-
Consultiva desta Procuradoria Geral, que acolho, encaminho, pela competência,
para análise e deliberação quanto ao prosseguimento do processo disciplinar.

São Paulo, 14/01/16


ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL FILHO
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP nº 162.363
PGM