

APRESENTAÇÃO

ATUAÇÃO DO CONTENCIOSO GERAL EM MATÉRIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No primeiro caso, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou Ação de Improbidade contra o secretário de Transportes Metropolitanos, sob o fundamento de que o agente público, ao deixar de cumprir recomendação exarada pelo órgão de controle, teria praticado ato ímprobo. O d. membro do órgão ministerial recomendara a anulação de contrato de concessão, firmado em valor superior a 10 bilhões de reais, por suposto vício superveniente na regularidade fiscal da concessionária e sob a alegação de que acionista minoritária de empresa integrante do consórcio vencedor estaria em recuperação judicial.

O administrador informou e justificou a inviabilidade de se adotar a recomendação do órgão ministerial, apresentando subsídios técnicos de órgãos especializados da Ad-

ministração e parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Estado elaborado em análise dos apontamentos do *parquet*. Com base nessa conduta, o autor da ação concluiu pela existência de “dolo em beneficiar o consórcio vencedor”, pois não teriam sido praticados “os atos que a lei determinava”.

Afora o ato de deixar de seguir recomendação do Ministério Público, a ação não contempla a indicação de qualquer fato ou conduta de agente público no sentido de beneficiar indevidamente o consórcio vencedor.

Diante desse cenário, coube à Procuradoria-Geral do Estado defender a validade do contrato de concessão, porquanto eram improcedentes as alegações do Ministério Público no tocante aos supostos vícios supervenientes, como demonstrado no parecer da Consultoria Jurídica.

No segundo caso, o Ministério Público estadual ajuizou Ação de Improbidade em face da Federação Paulista de Futebol e seu dirigente, do Estado de São Paulo e de policiais militares, aduzindo que os demandados não garantiam segurança aos torcedores de partidas de futebol. Imputou-se à Polícia Militar omissão na sua função de prevenir a violência e de elaborar plano de ação abrangente e detalhado, capaz de coibir os comportamentos violentos entre torcedores de times rivais.

De acordo com o *parquet*, os responsáveis teriam praticado ato doloso de improbidade administrativa por deixarem de adotar as medidas de segurança indicadas em recomendações exaradas pelo órgão de controle. Com base nessa narrativa, o autor da ação pleiteou a imposição de obrigação de fazer em face do Estado de São Paulo consistente na elaboração do referido plano, nos termos detalhados na Inicial.

Contudo, o Contencioso logrou comprovar a inexistência de omissão por parte da Polícia Militar, que já possui planos de ação individualizados para cada evento desportivo. Demonstrou-se, ainda, que não houve indicação na inicial de qualquer conduta dolosa contrária aos princípios da Administração Pública.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FREDERICO JOSÉ FERNANDES DE ATHAYDE

Subprocurador-geral do Estado

Área do Contencioso Geral