



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000952075

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2236962-43.2019.8.26.0000/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante ____, é embargado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram os embargos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIDNEY ROMANO DOS REIS (Presidente) E MARIA OLÍVIA ALVES.

São Paulo, 24 de novembro de 2021.

SILVIA MEIRELLES

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração n.º: 2236962-43.2019.8.26.0000/50000*

Embargantes: ____. e ____

Agravado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Comarca: SÃO PAULO

Voto n.º: 18.119 - E*

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – V. acórdão que negou provimento aos recursos de agravo de instrumento, mantendo a r. decisão que recebeu a inicial em ação de improbidade administrativa, em desfavor dos embargantes - Pretensão de efeitos infringentes – Cabimento – Erro material na análise da prova documental juntada – Prolação de novo voto Recursos acolhidos.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Alegação da existência de omissão dos agentes públicos e da empresa contratada, que ocasionou a queda do viaduto localizado na Avenida Marginal do Rio Pinheiros Ausência de conservação – R. decisão que recebeu a inicial – Impossibilidade de manutenção Preliminares que se confundem com o mérito -



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Corréus que comprovaram a não concorrência, de qualquer forma, para o evento danoso – Secretário Municipal que ocupou o cargo por curto período de tempo – Empresa contratada posteriormente à queda - Inexistência de indícios suficientes de cometimento de ato ímprobo e de conluio entre as partes – Ação que deve ser rejeitada nos termos do § 8º do art. 17 da Lei n.º 8.429/92 – Reforma da r. decisão.

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o v. acórdão que, decidindo conjuntamente os dois recursos de agravo de instrumento, negou-lhes provimento, mantendo a r. decisão que recebeu a inicial em ação de improbidade administrativa em desfavor dos

2

embargantes

Sustenta a embargante

___ (2259466-43.2019.8.26.0000), em síntese, que o v. acórdão padece de omissão, pois deixou de enfrentar a nulidade da decisão agravada, que recebera a inicial da ação de improbidade lastreada exclusivamente na aplicação da teoria da asserção e no princípio *in dubio pro societate*, sem a análise das arguições apresentadas em defesa prévia. Aduz que a decisão não indicou qualquer imputação de conduta dolosa que configure ato ímprobo em seu desfavor, motivo pelo qual não se encontra devidamente motivada, visto que os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desse mesmo Tribunal veiculam a necessidade de que a decisão de recebimento da inicial seja “juridicamente fundamentada”, com análise das defesas prévias, devendo haver identificação da presença de justa causa e do lastro probatório mínimo para a comprovação da prática da improbidade



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

(materialidade) e indícios de autoria. Ainda, alega que houve omissão sobre a impossibilidade de se lhe imputar responsabilidade sobre eventuais irregularidades no processo de dispensa de licitação, sendo que todo o procedimento de dispensa de licitação fora juntado aos autos, o que possibilita verificar a inexistência de sua participação em eventual ilegalidade. Omissão também quanto ao pleito de condenação em danos morais coletivos em seu desfavor, o qual seria manifestamente improcedente. Aponta existir também contradição, pois *“em que pese se dedique a justificar que as alegações do Ministério Público sustentam ter havido 'omissão dolosa dos agentes públicos em diligenciar e efetivar medidas visando à manutenção das obras de arte do Município*

3

de São Paulo, em virtude da ausência da aplicação dos recursos previstos no orçamento público e da significativa redução da previsão orçamentária ao longo dos anos', o fato é que houve rejeição do recebimento da inicial com relação à arguição de omissão na manutenção de obras de arte, o que se verifica pela assertiva de que eventual improbidade está na contratação emergencial”. Assim, requer o acolhimento do recurso, suprimindo-se os vícios suscitados, com seu enfrentamento, inclusive no que toca à demonstração de que os precedentes suscitados no agravo não se aplicariam a este caso ou estariam superados.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça a fls. 13/15, opinando pelo seu desprovimento.

Por sua vez, o embargante ____ (2236962-43.2019.8.26.0000) sustenta, em suma, que o v. aresto incorreu em erro



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

material, tendo em vista que afirmou que a convocação emergencial da empresa ___ *“teria se dado sem qualquer estudo prévio ou pesquisa sobre a capacidade técnica da empresa contratada com dispensa de licitação”*, mas não é esta a realidade dos fatos. Informa que a *“___ foi convidada, pelo Superintendente de Obras Viárias da SIURB - Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, Nilton Lagana Junior (fls. 2245 dos autos principais), para atender uma situação de emergência ocorrida, em 15.11.2018, no Viaduto da Marginal Pinheiros, porque (a) ela se encontrava cadastrada, na Secretaria de Infraestrutura Urbana e Obras (SIURB), para realizar obras de grande porte (fls. 4186 dos autos principais); e*

4

(b) tinha disponibilidade de equipamento e pessoal para início imediato do serviço, a ser remunerado com base na Tabela de Custos Unitários, daquela pasta. Analisando o Certificado de Registro Cadastral nº 047-1/SIURB18, emitido em favor da empresa ___, pela SIURB – Secretaria Municipal de Infraestrutura Urbana e Obras, constata-se que a ___ possuía capacidade técnica profissional e operacional, na categoria “Obras de Arte”, para execução de “Obras Novas” e “Recuperação” – Grupo B (fls. 4186 da ação ordinária)”. Assim, aduz que os Registros Cadastrais possuem previsão legal e visam auxiliar a Administração Pública, nas licitações, porque a habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal-trabalhista das empresas cadastradas já se encontram, previamente, conhecidas, analisadas e reconhecidas. Ainda, aponta que “pelos certificados anexos, verifica-se que a ___, empresa fundada em 1987, executou, de lá para cá, diversas obras importantes, tais como: (a) a construção da Ponte Rio Tiete; (b) a construção de uma PTC, no Ribeirão Barra Mansa; (c) a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

execução de obras e Projeto Executivo no trecho entre o viaduto Estaiado (Cidade de Guarulhos) e Avenida Monteiro Lobato; (d) a construção de uma ponte móvel entre as margens do canal do Guarapiranga junto ao site da Bayer; (e) as obras de adequação viária na Marginal junto às Estações Terminal da Vila Olímpica, Hebráica, Cidade Jardim, Berrine, Morumbi, Granja Julieta; (f) a Construção da Passarela de Cidade Jardim; (g) obras de acessibilidade da estações Itapevi e Eng. Cardoso; (h) a readaptação funcional da estação Barueri; (i) a reconstrução da Estação São Miguel Paulista; obras de superestrutura da passarela na Estação Tamanduacá; (j) construção de

5

um edifício garagem para o Clube Paineiras do Morumbi; e (k) realizou as obras de recuperação na galeria de águas pluviais do Córrego Verde (docs. nº 01, 02 e 03).” Tanto é verdade essa experiência que a referida empresa completou com pleno êxito a obra contratada de recuperação do Viaduto da Marginal do Rio Pinheiros. Houve erro de fato, também, no que diz respeito aos macacos hidráulicos de grande porte, com capacidade de 300 toneladas (doc. nº 04 e as fotos em anexo - doc. nº 05), pois estes não são maquinário que as construtoras utilizam em seu dia a dia, conforme informou o parecerista, já que o macaqueamento é uma operação especializada, que nunca é executada pela construtora. Dessa forma, realmente era caso de locação desse maquinário, o que não pode ser considerado para desmerecer a sua qualificação técnica para a realização da referida obra, pois não lhe era exigível ter em seu patrimônio os referidos equipamentos, já que o macaqueamento, ainda mais do porte exigido no caso, não faz parte de sua rotina. Discorre sobre os entendimentos técnicos a este respeito e traz julgados neste sentido. Conclui, portanto, que era plenamente possível a subcontratação neste



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ponto. Além disso, em nenhum momento este embargante declarou que a referida empresa não possuía a capacidade técnica para a execução da obra, sendo que, *“na entrevista coletiva à Imprensa, mencionada a fls. 211 dos presentes autos, ele, apenas, asseverou que a ___ não tinha ESPECIALIDADE NO MACAQUEAMENTO e, por isso, iria fazer, como é natural e comum no ramo de obras de engenharia, a subcontratação para uma empresa especializada.”* Diz, ainda, que se verifica omissão, pois se comprovou que houve análise da capacidade técnica da empresa contratada, bastando constatar a extraordinária recuperação do Viaduto T-05 sinistrado, no prazo recorde de quatro

6

meses. Além disso, alega que não se lhe imputou qualquer conduta omissiva capaz de ensejar a sua responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Requer a atribuição de efeitos infringentes, com a sua exclusão do feito, com fundamento no artigo 17, § 8º, da Lei n.º 8.429/1992.

Parecer da D. Procuradoria de Justiça a fls. 179/180 e 185/187, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Com razão os embargantes.

Muito embora haja grande discussão, na doutrina e na jurisprudência, a respeito da natureza jurídica dos embargos de declaração e da possibilidade deste atribuir efeitos infringentes ao julgado, entendendo ser incabível os embargos de declaração com efeitos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

infringentes, este tem sido admitido em situações excepcionais, quando ocorra manifesto erro de julgamento, ou tenha havido erro material no exame dos autos (RSTJ 47/275, maioria).

O novo Código de Processo Civil abarcou tal regra, nos termos do art. 1.022, inciso III:

“Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

(...)

7

III - corrigir erro material.”

É o caso dos autos, uma vez que houve claro erro material no exame das provas constantes nos autos, razão pela qual é possível o acolhimento dos presentes embargos, com efeitos infringentes do julgado, proferindo novo voto, nos seguintes termos:

Primeiramente, verifica-se que as questões preliminares se confundem com o mérito, razão pela qual serão com ele analisadas.

No mais, alega o “Parquet”, em síntese, que constatou omissão dolosa dos agentes públicos em diligenciar e efetivar medidas visando à manutenção das obras de arte do Município de São Paulo, em virtude da ausência de aplicação dos recursos previstos no orçamento público e da significativa redução da previsão orçamentária ao longo dos anos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O autor narra em sua inicial que:

“A cidade de São Paulo, na madrugada do dia 15 de novembro de 2018, foi surpreendida com a notícia de que um viaduto ruiu junto a Marginal Pinheiros.

Tem-se que parte da estrutura do viaduto 'sem denominação', localizado na Marginal Pinheiros, cedeu aproximadamente dois metros e a população pode sentir as consequências da omissão administrativa decorrente da ausência de

8

manutenção das obras de arte do município.

Uma das pessoas que trafegavam no viaduto no momento do colapso descreveu a situação como um 'armagedom': 'Rapaz, foi uma cena de cinema, foi literalmente um 'armagedom'. A gente estava passando e carro foi caindo, caindo, um por um...', disse o analista de sistemas Ronaldo Andrade. (<https://g1.globo.com/sp/saopaulo/noticia/2018/11/15/senti-ocarro-voar-dizmotorista-que-passava-por-viaduto-que-cedeunamarginal-pinheiros.ghtml>)

O trágico episódio desencadeou o procedimento investigatório, Inquérito Civil n.º 14.0695.000997/2018 (em anexo), para apurar ineficiência administrativa em decorrência da não aplicação de verbas para manutenção de pontes e viadutos da cidade de São Paulo.

Ao longo das investigações buscou-se informações sobre os procedimentos adotados pela Gestão Municipal acerca da manutenção e fiscalização do estado dos viadutos e pontes do Município.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ao que se conseguiu apurar no ano de 2018 existia previsão orçamentaria de R\$ 44.702.000,00 para manutenção de viadutos e pontes, contudo foi efetivamente empregado apenas R\$ 7.723.930,00.

A quantia dispendida é evidentemente ínfima perto do que deveria ser empregado evidenciando o total descaso da administração pública.

Além do que nenhum centavo foi destinado ao viaduto que desabou, mesmo sendo do conhecimento dos demandados que

9

existia risco iminente de queda.

Já para o ano em curso a previsão orçamentária é de R\$ 31.400.800,00.

A quantia prevista é menor do que a dos anos anteriores, demonstrando que a cada ano Municipalidade tem se preocupado cada vez menos com a manutenção das obras de arte.

No curso das investigações esses fatos foram confirmados, especialmente pelo depoimento prestado pelo Sr. ____, Secretário de obras, que afirmou categoricamente que não existia qualquer plano ou diretriz para fiscalização e manutenção das obras de arte.

Ainda, o secretário municipal afirmou que não eram realizadas vistorias periódicas, apenas quando solicitado, destacando a negligência administrativa. Evidenciando, não só à afronta a legislação, bem como as normas técnicas previstas pela ABNT NBR 9452 que em seu item 4.2 afirma: 'Inspeção de acompanhamento periódico visual, com ou sem utilização de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recursos especiais para análise ou acesso, realizado em prazo não superior a um ano...'.

A lei e as normas técnicas determinam a realização de inspeções periódicas anuais que foram solenemente ignoradas pela administração e pelos demandados.

A desídia da gestão pública fica ainda mais explícita quando se analisa a situação do viaduto que cedeu.

Do viaduto

O viaduto foi construído em 1978, pelas empresas PROENGE

10

ENGENHARIA LTDA e FIRPAVI CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA S/A.

A obra de arte de propriedade do DER passou a ser objeto de serviços de zeladoria prestados pelo Município de São Paulo.

Ainda, a Administração Pública Municipal instalou radares para fiscalização de velocidade, aplicando multa aos infratores, cujos valores são revertidos aos cofres públicos municipais.

Nesse contexto a municipalidade e o DER iniciaram o processo para transferência da propriedade do viaduto.

No curso do processo administrativo 2012- 0.0112.898-2, tanto o DER quanto o Município identificaram problemas estruturais, sendo isto apontado em diversos ofícios trocados entre os órgãos públicos.

Fundamental apontar que em 19 de abril de 2012, um engenheiro integrante da Secretaria Municipal de Infraestrutura e Obras, Fábio Sampaio Pupo Nogueira, em relatório de vistoria visual identificou diversos problemas na



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

estrutura do viaduto que 'colocaria tal viaduto em risco de ruína'.

Para tanto, transcrevemos parte dele: (imagens)

Foi inclusive apontado que seria necessária a troca dos mecanismos de apoio do viaduto, com um custo aproximado de R\$1.500.000,00 e que poderia ser feito por meio de ata de registro de preços.

Enquanto discutiam a responsabilidade pela manutenção do viaduto, a segurança e a vida de milhares de pessoas que

11

trafegavam naquele viaduto eram colocadas em risco. Tal situação de empurra-empurra perdurou até o fatídico episódio do colapso da obra de arte.

Importante salientar que sempre foi do conhecimento desta administração como do DER que o viaduto estava em iminente perigo de ruir.

Causas do desabamento

Ao longo da investigação foi possível a realização de três perícias visuais sobre o estado e as causas do desabamento.

O INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA DO ESTADO - Polícia Científica destacou em seu trabalho as patologias identificadas pela Prefeitura do Município de São Paulo no ano de 2012: (imagens).

Referido órgão constatou o rompimento do concreto por compressão do terço inferior da viga transversina de apoio do tabuleiro, o que coincide com que foi assinalado pela Prefeitura que poderia acontecer. Vejamos: (imagens). E concluiu pela



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ausência de serviços de manutenção do viaduto cedeu, conforme trecho abaixo transcrito:

'A ausência nítida dos trabalhos de manutenção na referida obra, principalmente nas juntas de dilatação, pilares tabuleiro, vigas caixão e vigas transversinas, quanto a prevenção a infiltração de águas pluviais causando deterioração e corrosão das armaduras'.

O Centro de Apoio à Execução - CAEx, órgão de apoio do Ministério Público, também efetuou vistoria no local do colapso e em seu Parecer Técnico concluiu que:

12

'Diante das anomalias verificadas na vistoria observa-se que o referido colapso foi decorrente da deficiência de serviços de manutenção/conservação na construção'.

Também, o Instituto de Pesquisas Tecnológicas - IPT vistoriou o viaduto e concluiu:

'As anomalias observadas, no geral, são decorrentes de não conformidades construtivas e deficiências na realização de manutenção periódicas. (...) Convém lembrar que a manutenção preventiva, em estados iniciais de deterioração, além de garantir uma maior vida útil da obra, apresenta custos significativamente inferiores se comparados aos custos de manutenção de período muito dilatado'.

Digno Magistrado as investigações do Ministério Público provam que o desabamento do viaduto ocorreu por ausência de manutenção.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Esse fato, ausência de manutenção, era do conhecimento dos demandados, bem como o risco de desabamento da obra de arte.

A ciência dos problemas estruturais pelos demandados é perceptível pela simples leitura dos inúmeros ofícios trocados pela Municipalidade e o DER.

Da contratação de emergência diante do desabamento do viaduto, a Municipalidade inferiu assumir a responsabilidade da recuperação da obra de arte, efetuando a contratação por dispensa de licitação da empresa ____.

O processo teve como fundamento jurídico a dispensa de

13

licitação em razão da urgência, conforme disposto no artigo 24, inciso IV da Lei nº 8.666/93.

Cumprе observar que a dispensa de licitação nas situações de emergência real ou de calamidade pública exigem dos administradores, portanto, a demonstração de potencialidade real de dano e que a contratação é a via adequada e efetiva para eliminar o risco.

Cumprе ainda apontar que dois aspectos devem ser analisados com profundidade que são a) a previsibilidade da necessidade de contratação e b) a imprescindibilidade do serviço.

Conforme se depreende da documentação acostada nos autos do Inquérito Civil, o demandado BRUNO COVAS, Prefeito do Município de São Paulo, tinha conhecimento da situação de risco do viaduto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A necessidade de manutenção e recuperação dos viadutos do município era amplamente debatida entre os órgãos de fiscalização.

A desídia do gestor municipal foi de tamanha proporção que o Tribunal de Contas do Município de São Paulo oficiou a Administração Municipal acerca da urgência a ser dispensada aos projetos de recuperação das obras de arte:

(imagens)

No entanto, mesmo ciente, o demandado nada fez para evitar o acontecimento demonstrando de maneira clara que o evento nada teve imprevisível.

No mesmo sentido, os demandados ___ - Secretário

14

de Infraestrutura Urbana e Obras, ___- Exsecretário de Infraestrutura Urbana e Obras, e ___- Superintendente do DER, posto que conheciam perfeitamente a situação e nada fizeram deixando que o desastre ocorresse.

Assim, restou demonstrado pela investigação perpetrada pelo Ministério Público que já existiam evidentes sinais de que o viaduto estava sob iminente risco de queda e que todos os demandados/agentes públicos tinham conhecimento prévio do problema do viaduto e como gestores nada fizeram.

Conclui-se, sem esforço algum, que a queda do viaduto era situação perfeitamente previsível e como consequência a contratação de empresa para recuperação do viaduto tornouse 'urgente' por omissão administrativa.

Outrossim, o procedimento de dispensa de licitação encaminhado pela municipalidade carece de itens básicos de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contratação. Não foram apresentados pesquisa de preço, projeto básico, projeto executivo, cronogramas físicos e financeiros ou qualquer diagnostico técnico do que deveria ser feito para recuperação do viaduto, também são obscuras as razões para a contratação da empresa ____.

No Processo nº 2018-0115.692-8 foi justificada a contratação da empresa 'em razão de estar capacitada em obras desta natureza, bem como pela disponibilidade de equipamentos e pessoal para início imediato dos serviços'.

Ocorre que referida empresa fez inúmeras subcontratações para execução dos serviços, exatamente por não possuir

15

capacidade técnica e equipamentos para a obra.

Tal fato ocorreu, como inferiu o Sr. Secretário de Infraestrutura e Obras em coletiva de imprensa, porque a empresa não tem especialidade nesse tipo de obra complexa, citando o caso do macaqueamento (mídia de fls. 124 - Vol. 1 do IC):

'A empresa é a mesma, só que acontece o seguinte ela não tem especialidade por exemplo no macaqueamento. Ela não tem os macacos, ela não tem aquela estrutura, ela subcontrata dentro do contrato dela. Como também a projetista...'

Tudo evidenciando que a contratação foi feita as cegas sem qualquer parâmetro de serviço a ser executado. Corrobora com tal constatação as informações prestadas pelo Secretário de Infraestrutura ao ser questionado de como era feito o acompanhamento do serviço prestado (fls. 210 - Vol. 2 do IC).

Vejamos:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

'Com o aparecimento dos problemas as soluções são adotadas, sendo que tudo é atestado, fiscalizado e controlado pela SP Obras'.

Aliás, em oitiva realizada em 31/01/2019, o Sr. __ inferiu que não havia sido assinado qualquer contrato administrativo com a empresa ____.

Tem-se, então, que a empresa está realizando serviços que a Municipalidade não pode afirmar necessários, e ainda mais grave, sem qualquer dimensão de custos.

A contratação foi feita sem projeto, sem estipulação de gastos

16

com a recuperação, dessa forma, os gestores assinaram um cheque em branco possibilitando que a empresa cobre o preço que quiser pela obra.

O outro aspecto duvidoso é o da imprescindibilidade do serviço, no caso, a obra de recuperação do viaduto.

Os demandados, não apresentaram qualquer estudo ou análise de que a melhor solução para o problema causado é o que está sendo feito.

Não existe qualquer indicativo, estudos, levantamentos técnicos, por exemplo, que indiquem que o melhor e mais barato, para os cofres públicos, é a recuperação do viaduto.

Objetivamente não se sabe se o melhor era recuperar ou construir um novo, posto que, repita-se não existe qualquer estudo ou análise por técnicos de custo, sendo que a forma com que os gestores estão conduzindo é praticamente um tiro no escuro.

2. DO OBJETO DA AÇÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Depreende-se de todo o investigado que os gestores públicos, se omitiram dolosamente em diligenciar medidas efetivas para manutenção das obras de artes do município, deixaram de empregar verbas previstas no orçamento público.

Ainda, tinham conhecimento dos problemas estruturais do viaduto que cedeu e não adotaram nenhuma medida para recuperação. Agindo assim, colocaram em risco a vida de milhares de pessoas que trafegavam na via diariamente.

Com efeito, as condutas dos agentes públicos acarretaram no colapso do viaduto, fabricando a emergência que levou na

17

contratação da empresa ____.

Verificou-se, também, irregularidades do processo de dispensa de licitação e no consequente contrato administrativo.

Os demandados praticaram atos de improbidade que importaram prejuízo ao erário e ofensa aos princípios administrativos, configurando a infração descrita no artigo 10º, inciso VII, e artigo 11, caput, da Lei nº 8.429/92.”

No entanto, no caso, não se comprovaram indícios de cometimento de ato ímprobo por parte dos embargantes.

Estabelecem os §§ 7º e 8º do artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa, que esta ação atualmente está sujeita a um juízo de admissibilidade subordinado ao contraditório, incumbindo ao julgador, nesta fase, após apresentadas as defesas prévias, examinar se há a **existência de indício de cometimento de ato ímprobo, se a ação é improcedente de plano ou se a via utilizada é inadequada.**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apenas a estas três circunstâncias se limita a análise judicial, sendo que todas as demais questões são matérias a serem analisadas no momento oportuno.

Com efeito, a improbidade administrativa, nos dizeres de Motauro Ciochetti pode ser definida como *“incorrecção no trato da coisa pública, no descumprimento dos princípios que regem e norteiam a administração pública, implicando a ideia de violação de*

18

preceitos legais e/ou morais que vinculam a atividade dos agentes públicos, violação intencional ou involuntária, dolosa ou culposa' (apud Fábio Medina Osório). Em outras palavras, improbidade administrativa 'é conduta denotativa de subversão das finalidades administrativas, seja pelo uso nocivo (ilegal e imoral) do Poder Público, seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela inobservância dolosa ou culposa das normas legais' (apud Marino Pazzaglini Filho)” (in “Interesses Difusos em Espécie – Direito Ambiental, Direito do Consumidor e Probidade Administrativa”, 3ª edição, Editora Saraiva, 2013, p. 136/137).

Note-se que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça consolidou a tese de que é indispensável a existência de dolo nas condutas descritas nos artigos 9 e 11, da Lei n.º 8.429/92 (LIA – Lei de Improbidade Administrativa), e ao menos culpa nas hipóteses do artigo 10, nas quais o dano ao erário precisa ser comprovado (Resp 1.127.143), o que foi modificado atualmente pela Lei n.º 14.230/21, passando a prever somente a forma dolosa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Outrossim, também se firmou a jurisprudência no sentido de que é necessária a comprovação do elemento subjetivo, ligado à ideia de desonestidade, de má-fé do agente público, para daí se conseguir diferenciar atos meramente irregulares de atos ímprobos, o que agora foi normatizado pela nova Lei 14.230/21.

O ato ilegal não se confunde com o ato ímprobo. O ato ilegal é aquele contrário à lei e pode ser praticado, ainda que de boa-

19

fé, por quem a desconheça, muito embora o seu conhecimento seja inescusável. Já o ato ímprobo é aquele que, além de afrontar a lei, também traz em si outros atributos de desonestidade, imoralidade, deslealdade, má fé, dissociado da boa administração e com o fim específico de auferimento de vantagem ilícita.

Quando a lei qualifica o ato ímprobo como sendo aquele que viola a lei, esta violação deve vir conjugada com esse *plus* a fim de que se configure o ato ímprobo.

Esta distinção se faz necessária a fim de que a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, cujas penalidades são severas, não se torne arbitrária, sendo aplicada somente àqueles maus administradores e seus apaniguados, que, de má-fé e visando fins ilícitos, atentem contra os princípios da Administração Pública, sem atingir, no entanto, aqueles que tenham agido de boa-fé, mas, que por falta de apoio técnico e conhecimento jurídico suficiente, venham a infringir a lei.

Nesse sentido, aliás, anota Marcelo Figueiredo,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

observando que a lei de improbidade não faz esta distinção, incumbindo à doutrina e à jurisprudência assim o fazer, anotando, inclusive, posição jurisprudencial em voto do Eminentíssimo Desembargador José Santana, na Apelação Cível n. 185.113-5/5-00, da 8ª. Câmara de Direito Público, e, ainda, do Des. Antônio Rulli, na Apelação Cível n. 185.161-5/3, da 9ª. Câmara de Direito Público (*in* “Probidade Administrativa”, Malheiros Editores, 6ª. edição, 2009, p. 117).

20

No caso, há de se lembrar que esta Eg. Câmara já afastou a responsabilidade dos corréus pelo evento danoso em si (queda do viaduto), conforme consta do v. acórdão proferido, em análise exauriente, no Agravo de Instrumento n.º 2229368-75.2019.8.26.0000, na qual se afastou a responsabilidade do Ilustríssimo ex-Prefeito Bruno Covas.

De qualquer forma, sobre a responsabilidade pelo evento em si, também não se verifica qualquer conduta/participação do corréu __para a sua ocorrência, posto que ele se encontrava na mesma situação do ex-alcaide, considerando que foi este último justamente quem o nomeou como Secretário de Infraestrutura Urbana e Obras, estando no exercício do cargo a apenas 07 (sete) meses antes do acidente ocorrido no Viaduto.

Sob este prisma, não há como responsabilizá-lo, na seara da ação de improbidade administrativa, pelo problema estrutural que já ocorria, em virtude da negligência de administrações anteriores, e que foi o fator determinante que gerou a queda do referido viaduto.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Além disso, como visto supra, é necessário um *plus* ao ato irregular para que este seja configurado como ímprobo, uma vez que esta ação não serve para punir os agentes inaptos, mas, sim, ímprobos e corruptos.

Desse modo, seria desproporcional e desarrazoado

21

imputar-se a conduta omissiva geradora do evento danoso ao embargante, que exerceu o cargo por breve período de tempo.

Porém, como dito alhures, a análise da ação subsiste tão somente em relação à contratação emergencial e à idoneidade da empresa escolhida para execução das obras.

E, igualmente, não se constata qualquer ato ímprobo imputável à embargante, uma vez que era mesmo o caso de dispensa de licitação, em decorrência da situação emergencial existente, a qual não foi produzida por eles.

Em relação especificamente ao corréu __, reanalisando as provas em detrimento das questões levantadas em sua defesa prévia, no recurso de agravo de instrumento e em sede dos presentes embargos, forçoso reconhecer-se que este agiu de forma diligente quando do procedimento de escolha da empresa corré para a execução da obra.

Constata-se que a referida empresa se encontrava



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

devidamente inscrita junto aos Registros Cadastrais da Prefeitura, tendo realizado com êxito inúmeras obras de grande porte, conforme apontou o embargante, o que demonstrava que aquela realmente possuía a expertise necessária para o serviço emergencial.

Tanto isso se confirmou com o término da obra no prazo de apenas quatro meses, com resultado satisfatório, o que não foi

22

impugnado pelo autor da ação.

Além disso, sobre a subcontratação dos guindastes para o macaqueamento, as razões e as provas juntadas pela embargante não deixam quaisquer dúvidas de que era um serviço que normalmente é efetivado por meio de locação de tais maquinários, pois as construtoras não o efetivam com frequência.

Ora, não se pode exigir da construtora que tenha e mantenha um maquinário milionário em seu acervo técnico, do qual não tem a necessidade de utilizar-se na prestação de seus serviços em seu dia a dia, sendo totalmente inviável economicamente possuí-lo para mantê-lo parado, o que somente lhe geraria custos de manutenção, sujeitando-se ao prejuízo em razão de sua obsolescência.

Ademais, é justamente para situações como tais que a Lei de Licitações prevê a possibilidade de subcontratações, tornando viável a prestação de serviços por preços acessíveis.

Portanto, a locação dos guindastes, no presente caso,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

não demonstrou a ausência de capacidade técnica da empresa corré para a efetivação da obra, o que, como já se constatou, foi realizada a contento, em apenas quatro meses.

Sendo assim, inexistiu qualquer conduta ímproba por parte do corréu __, pelo contrário, as provas demonstram que bem desempenhou a função pública que lhe foi confiada.

23

No que tange à empresa embargante, igualmente se verifica a impossibilidade de recebimento da inicial da ação.

No caso da referida corré, constata-se, com maior razão, a inexistência de qualquer conduta ímproba ou de má-fé, capaz de gerar o seu dever de indenizar pelo evento danoso ocorrido.

Pela análise das provas constantes na inicial, a empresa foi contratada, em caráter emergencial, no dia 15 de novembro de 2018, quando a estrutura do referido viaduto cedeu.

Assim, fica claro que não teve qualquer participação anterior aos fatos alegados.

Outrossim, observa-se, pelos termos constantes da inicial, que, em nenhum momento o autor aponta como causa de pedir, e de configuração do ato ímprobo, a referida contratação emergencial.

Dessa forma, a empresa embargante não teve qualquer participação dolosa ou culposa na ocorrência da queda do viaduto, muito menos se levantou a hipótese de locupletamento ilícito por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

eventual ilegalidade na contratação direta, em razão da situação de emergência.

Além disso, diante o sinistro ocorrido, ficou clara a situação emergencial que justificou a contratação da empresa mediante dispensa de licitação, para fins de reparação do viaduto, uma vez que

24

esta tornou-se urgente.

O fato desta empresa não possuir alguns equipamentos técnicos específicos não importa na conclusão de que ela não possuía a capacidade técnica necessária para fins de realização dos serviços. Ao revés, é totalmente compreensível que, embora uma empresa tenha capacidade técnica para a realização de uma determinada obra de engenharia, não tenha a disponibilidade de determinados equipamentos específicos, os quais são utilizados excepcionalmente e, por isso mesmo, devem ser sub-contratados.

Isso é natural em qualquer obra, seja ela pública, ou privada, sendo tal situação *id quod plerunque accidit*.

E, como acima já se discorreu, a empresa embargante demonstrou, exitosamente, a sua capacidade técnica e *expertise* para execução de obras de grande porte, finalizando a reforma do viaduto em quatro meses apenas.

Por fim, como já se assentou, para o fim de se



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

configurar o ato de improbidade administrativa, além da descrição do ato ilegal, seria imprescindível a descrição da má-fé, já que a Lei n.º 8.429/92 serve apenas para punir os atos ilícitos qualificados e o administrador ímprobo, mas não eventuais ilegalidades.

Observe-se que a ação de improbidade administrativa é via excepcional, cabendo somente em casos de nítida

25

má-fé do agente público ou político, ou pelo menos de prova indiciária neste sentido, no caso de malversação da máquina pública para atendimento a interesses escusos, não podendo a presente via ser utilizada para atacar irregularidades do ato administrativo, sem que sejam demonstrados, pelo menos, indícios de má-fé do administrador, consubstanciada na intenção de violar os princípios administrativos.

Como visto supra, necessário um *plus* ao ato irregular para que seja este configurado como ímprobo, uma vez que esta ação não serve para punir administradores inaptos, mas, sim, os ímprobos e corruptos.

Assim, do que se constata da inicial e do inquérito civil, não há qualquer conduta dolosa ou culposa praticada por parte dos embargantes que configure ímprobo praticado.

Daí porque, impõe-se a reforma da r. decisão, com o fim de que seja rejeitada a ação em face dos embargantes, nos termos do art. 17, § 8º da Lei 8.429/92.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ressalto que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões do *decisum*, e rebatendo todas as teses levantadas pelas partes capazes de infirmar a conclusão adotada pelo julgador, em observação ao que dispõe o artigo 489, § 1º, do NCPC (STJ. EDcl no MS 21.315-DF, julgado em 8/6/2016 - Info 585).

26

Todavia, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria suscitada, observando-se que não houve afronta a nenhum dispositivo infraconstitucional e constitucional.

Ante o exposto, pelo meu voto, **acolhem-se os embargos de declaração**, com efeitos infringentes, rejeitando-se a inicial da ação de improbidade administrativa em face dos embargantes, nos termos do artigo 17, § 8º da LIA, ainda em vigor à época da prolação da r. decisão agravada.

SILVIA MEIRELLES

Relatora



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

27