

EXECELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA, D. PRESIDENTE DO E. CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Os Promotores de Justiça que abaixo subscrevem, vem, respeitosamente, apresentar **memorial** pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

Chegou ao conhecimento da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, por intermédio de notícias veiculadas da imprensa e no próprio portal institucional¹, que no dia 13 de fevereiro de 2015, o Município de São Paulo e o Ministério Público do Estado de São Paulo, representado pelos Promotores de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, Doutores Silvio Antonio Marques, José Carlos Blat, Valter Foletto Santin e Karyna Mori e pelo Subprocurador-Geral de Justiça Jurídica, Nilo Spínola Salgado Filho, assinaram acordo com os bancos UBS, da Suíça, e Citibank, dos Estados Unidos, que garantem indenização de US\$ 25 milhões (ou R\$ 70 milhões) aos cofres públicos municipais.

Importante ressaltar, de início, que as ponderações que se seguirão são resultado de análise teórica da questão, na medida em que, não se sabe por qual razão, todo o trâmite dos procedimentos que desaguaram na celebração dos ajustes se deu sob o manto do sigilo.

Consta da notícia publicada no portal institucional o seguinte trecho:

¹ Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=13073742&id_grupo=%20118&id_style=1

“Com a assinatura desses dois termos evita-se o litígio e visa-se a recomposição de danos causados à municipalidade de São Paulo”, destacou o Procurador-Geral de Justiça. Já o Prefeito Haddad elogiou a parceria entre a Prefeitura e o Ministério Público que resultou na indenização milionária aos cofres públicos em proveito da cidade de São Paulo.

Os bancos não desviaram dinheiro público, mas, de acordo com a Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital, receberam valores subtraídos dos cofres públicos por Paulo Maluf, ex-Prefeito de São Paulo. Segundo o Promotor Silvio Marques, “trata-se de uma compensação pelo dano moral coletivo sofrido pela população paulistana. Os dois bancos não reconheceram culpa, mas foram extremamente corretos quando apresentamos as provas dos desvios realizados por Paulo Maluf e outras pessoas, entre 1993 e 1998”.

Reza o artigo 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92 que é vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações previstas naquela Lei.

O artigo 840 do Código Civil estabelece que somente quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Sobre o tema, vejamos as lições dos mais renomados estudiosos do tema:

“É importante ressaltar que o art. 17, § 1º da Lei n. 8429/92 veda qualquer espécie de transação ou acordo extrajudicial pelo Ministério Público ou órgão da Administração Pública com o infrator, bem como proíbe a conciliação judicial entre as partes, nos autos do processo da ação.” [Marques, **Silvio Antonio**. Improbidade Administrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154.]

“No âmbito das ações civis de improbidade administrativa, porém, a LIA veda a transação, acordo ou conciliação (art. 17, § 1º). Essa proibição legal de acordo quanto à reparação do dano patrimonial causado por agente público no exercício funcional ou ao ressarcimento do acréscimo patrimonial ilícito auferido por ele no curso da função pública tem por fundamento a indisponibilidade do direito tutelado e a aplicação das demais sanções civis, administrativas e políticas cominadas para os atos de improbidade praticados (art. 12). Tal transação, caso fosse permitida, abortaria a persecução civil e, em consequência, frustraria a aplicação das demais sanções previstas na LIA”. [Pazzaglini Filho, Marino. Lei de Improbidade Administrativa comentada:

aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 209.]

“Visto o instituto em suas linhas gerais, retornando ao art. 17, § 1º, da Lei nº 8429/92, tem-se a inafastável vedação a qualquer tipo de transação, acordo ou conciliação, vedação já contida nos próprios CC e CPC. Como já referido, a nosso juízo, o que realmente o legislador desejou foi proibir a celebração de termos de ajustamento de conduta, em matéria de improbidade, de modo a que se afastasse o ajuizamento da ação em busca da aplicação das sanções previstas no art. 12.” [Garcia, Emerson. Alves, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 735.]

“A Lei nº 8429/92, no § 1º do art. 17, veda expressamente a transação, o acordo ou a composição. E o faz porque, ao lado da proteção ao patrimônio público econômico, se sobrepõe a tutela da probidade administrativa. Não se protegem valores por meio de negócios processuais.” [Fazzio Júnior, Waldo. Improbidade Administrativa – Doutrina, legislação e jurisprudência. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014. p. 456].

“Como o objeto do compromisso de ajustamento são interesses transindividuais, dos quais o órgão público que o toma não é titular, não podendo, pois transigir sobre os direitos que não lhe pertencem, sua natureza é de garantia mínima em favor do grupo lesado (não poderia constituir limitação máxima a direitos de terceiros) (...). [Mazzilli, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 457].

Com efeito, se foi possível a celebração de acordos com as instituições financeiras acima referidas, forçoso concluir que estas não figuram ou figuraram, como investigadas, em nenhum procedimento em trâmite na Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital. Caso contrário,

considerando as disposições legais expressas, estaria vedado o ajuste e, por consequência, sua homologação pelo E. Conselho Superior do Ministério Público.

No entanto, verte da notícia acima copiada que os valores ajustados visam a recomposição dos danos causados pelos bancos UBS e CITIBANK à Municipalidade de São Paulo. Consta, também, que as instituições não desviaram dinheiro público, mas receberam valores subtraídos dos cofres municipais.

Nessa vereda, impende lembrar o disposto no artigo 3º da Lei nº 8.429/92, no sentido de que as disposições da Lei de Improbidade são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Se há comprovação de que os bancos UBS e CITIBANK receberam valores subtraídos dos cofres municipais e, obviamente, foram remunerados pelo serviço, concorreram de forma direta para a prática do ato de improbidade. Por qual razão, então, não constaram como investigados em regular inquérito civil? Se responsabilidade alguma lhes é atribuída, por qual razão firmaram acordo, a nosso ver ilegal, concordando em recompor o erário?

Não bastasse, esses subscritores tomaram conhecimento, embora não tivessem tido acesso à documentação, de que no ajuste celebrado com o Deutsche Bank, já homologado pelo E. Conselho Superior do Ministério Público, teria constado cláusula específica e por intermédio da qual o Ministério Público teria se comprometido a abrir mão de seu direito de ação para não propor quaisquer ações em face da referida instituição financeira, decorrentes de fatos relacionados ao “Caso Maluf”.

Com efeito, trata-se de direito indisponível do qual o Ministério Público jamais poderia dispor, sobretudo porque atua com legitimação extraordinária. Embora em nome próprio, defende interesses alheios, quais sejam,

os metaindividuais da sociedade, no caso, em defesa do Patrimônio Público e Social.

Referida(s) cláusula(s), se é que constaram naquele ajuste ou nos subsequentes, é (ou são) nulas de pleno direito e contaminam todos os termos do(s) documento(s), a ensejar eventual declaração judicial nesse sentido.

Mister, à esta altura, invocar os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli: “*Como o objeto do termo de compromisso de ajustamento são interesses transindividuais, dos quais o órgão público que o toma não é titular, não podendo, pois, transigir sobre direitos que não lhe pertencem, sua natureza é de **garantia mínima** em favor do grupo lesado (não poderia constituir **limitação máxima** a direitos de terceiro). (...). Em se tratando de direitos que não pertencem ao órgão público lesado, ele não poderia deles abrir mão, e com isso vincular o grupo lesado, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, **por subtrair lesões de direito coletivo do acesso ao Judiciário.**”² (destacamos)*

Diante do exposto, os Promotores de Justiça que abaixo subscrevem solicitam sejam os presentes argumentos levados em consideração por ocasião da análise dos pedidos de homologação dos acordos supracitados, em prol do interesse público e da transparência que devem sempre reger os atos administrativos, sobretudo aqueles decorrentes da atuação institucional.

São Paulo, 01 de junho de 2015.

Marcelo Camargo Milani
8º Promotor de Justiça

Nelson Luís Sampaio de Andrade
5º Promotor de Justiça

Otávio Ferreira Garcia
Promotor de Justiça

² A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2011. pg.432/433.