



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000036200**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1038564-08.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ALEXANDRE BALDY DE SANT'ANNA BRAGA, COMPANHIA DO METROPOLITANO DE SÃO PAULO - METRÔ e ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o dr. Alexandre Kruel Jobim.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ANTONIO CARLOS VILLEN (Presidente), ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ E TORRES DE CARVALHO.

São Paulo, 26 de janeiro de 2021.

ANTONIO CARLOS VILLEN  
RELATOR  
Assinatura Eletrônica



## PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 974/20

10ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO N. 1038564-08.2019.8.26.0053

COMARCA: SÃO PAULO – 11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELADOS: ALEXANDRE BALDY DE SANT'ANNA BRAGA E OUTROS

JUIZ: KENICHI KOYAMA

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Secretário de Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo. Concorrência Internacional n. 02/16 para a concessão das Linhas 5 – Lilás e 17 – Ouro do Metrô. Recomendação do Ministério Público dirigida ao réu, no sentido de que declarasse inabilitado o consórcio vencedor do certame, em razão de suposta situação fiscal irregular das empresas que o compunham. Réu que deixou de atender à recomendação, amparado em pareceres exarados por órgãos técnicos e pela própria Procuradoria Geral do Estado, no sentido da inviabilidade jurídica de atendimento. Impossibilidade de se exigir conduta diversa do réu. Ausência de dolo que impede a caracterização do ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da Lei nº 8.942/1992. Sentença que rejeitou a inicial. Recurso do Ministério Público não provido.

Trata-se de ação por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de ALEXANDRE BALDY DE SANT'ANNA BRAGA, Secretário de Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo à época dos fatos, em razão de irregularidades que teriam ocorrido na Concorrência Internacional n. 02/16, realizada para a concessão das Linhas 5 – Lilás e 17 – Ouro do Metrô.

A r. sentença (fls. 1249/1256), proferida na fase do artigo 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, rejeitou a inicial, por entender não ter havido prática de ato de improbidade por parte do réu.

O Ministério Público apelou (fls. 1259/1265). Alega, em síntese, que o réu praticou ato de improbidade, pois deixou de atender à



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recomendação ministerial no sentido de adotar as medidas cabíveis para garantir a lisura do certame e apesar de ciente de que as empresas integrantes do consórcio vencedor não preenchiam todos os requisitos para habilitação, deixou de inabilitá-las. Sustenta que não era o caso de rejeição da inicial, pois há indícios suficientes da prática de ato ímprobo. Pede o provimento do recurso para que a inicial seja recebida e determinado o prosseguimento do feito.

Recurso tempestivo e respondido (fls. 1275/1291, 1292/1306 e 1307/1316), a D. Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento (fls. 1336/1347).

**É O RELATÓRIO.**

O recurso não comporta provimento.

A petição inicial imputa ao réu a prática de improbidade administrativa consistente em deixar de adotar as devidas providências para garantir a lisura da Concorrência Internacional n. 02/16, realizada para a concessão das Linhas 5 – Lilás e 17 – Ouro do Metrô. Alega o Ministério Público que fora apurado, em inquérito civil, que o consórcio VIAMOBILIDADE, formado pelas empresas Ruasinvest Participações S.A. e CCR S.A, vencedor do certame, não preenchia os requisitos para habilitação, uma vez que o Grupo Ruas, ao qual a primeira empresa pertence, tem passivo tributário de mais de R\$ 2 bilhões; já a segunda tem como acionista a Andrade Gutierrez S.A., que está em recuperação judicial. Por essa razão, foi emitida recomendação ao réu no sentido de que declarasse inabilitado o consórcio. Ele, porém, *“quedou-se inerte e, mediante parecer elaborado por seus subordinados, resolveu manter o contrato administrativo”* (fl. 05), incorrendo, assim, em ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11, caput, da Lei nº 8.429/1992).



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

A r. sentença, proferida pelo MM. Juiz de Direito KENICHI KOYAMA, examinou com minúcia os elementos dos autos e consignou as razões pelas quais rejeitou a inicial. Passo a transcrevê-las:

“As causas de pedir em que se fulcra o pedido de obrigação de fazer para inabilitação do Consórcio vencedor do certame são cotejadas na inicial como sendo o estado de recuperação judicial da empresa Andrade Gutierrez e os débitos fiscais do Grupo Ruas. De acordo com o autor da ação, seriam essas causas de resolução do contrato porquanto o vencedor não mais atenderia aos requisitos do edital, notadamente quanto à qualificação econômico-financeira necessária para garantia de execução do objeto contratado.

**Contudo, para o recebimento da ação de improbidade, a mera suspeita de irregularidade fiscal das empresas que supostamente integrariam o Consórcio vencedor não é suficiente. É imprescindível discriminar a conduta ímproba do réu que, no exercício da função pública, ofendeu a moralidade e demais preceitos do Direito Administrativo.**

Pela inicial, pretende-se afirmar que o réu teria incorrido em conduta ímproba quando, ao restar ciente das irregularidades apontadas pelo Ministério Público, não adotou as medidas cabíveis para proceder à inabilitação do Consórcio Vencedor. Contudo, **ainda que a recomendação do Parquet mereça todo respeito e os fatos relatados como irregulares devam ser apurados, por certo que o desatendimento da recomendação não configura per si improbidade.**

O dever do Administrador público, uma vez ciente de indícios de irregularidades, é o de diligenciar para que apurações sejam feitas. A adoção de medidas drásticas, como penalizar o Consórcio vencedor do Contrato com sua inabilitação, depende de minuciosa análise dos argumentos esposados com possibilidade de produção de provas e defesa na via administrativa, sob pena de se cometer ato que importe em solução gravosa ao interesse público, como responder ação judicial proposta pelo Consórcio na hipótese não haver irregularidade comprovada de sua (des)qualificação e (in)execução do objeto concedido.

Assim, afigura-se mesmo leviana a caracterização automática de



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

conduta ímproba do réu nos termos deduzidos na inicial, tomando pessoa de grupo econômico como realidade impeditiva da habilitação. **Pressupõe-se, inclusive, que a inércia em não proceder à inabilitação das empresas reveste-se de dolo para beneficiá-las com a manutenção do contrato, quando em verdade, revelar-se-ia conduta irresponsável eventual desfecho do contrato sem apurada investigação acerca dos fatos levantados pelo Ministério Público.** E dentro do que se verifica da engenharia jurídica, **apesar de constituírem grupo econômico, mas com personalidades jurídicas diversas, ainda de rigor destacar a proteção patrimonial e autonomia decorrente de instituição da personalidade de sociedade de propósito específico, o que se presta exatamente a limitar os efeitos e repercussões das demais sociedades de um determinado grupo sobre as pessoas jurídicas então agrupadas.** Nessa seara, importa ressaltar, conforme se depreende dos documentos colacionados à exordial, **que o réu não se manteve inerte, além da especificação de sociedade autônoma de propósito específico, senão procedeu à pesquisa das irregularidades junto a órgãos internos e, em especial, requereu parecer da Procuradoria Geral do Estado (fls. 234/348).**

Ainda que a preocupação do Ministério Público seja a fundo a comunicação da responsabilidade tributária de sociedade pertencente ao grupo de maneira quiçá solidária, e com isso impactar a saúde fiscal e financeira da habilitante no objeto e na execução do contrato administrativo, fato é que tal situação não pode ser presumida. A responsabilidade tributária, mesmo no grupo de sociedades, exige a comprovação de subordinação de uma ou mais empresas a uma empresa ou grupo de pessoas, que as dirige, controla e administra, e, cumulativamente) a prática comum do fato (art. 124 do CTN) ou a confusão patrimonial (art. 50 do CC). Essas situações relacionadas a devedora não estão descritas para fins de admissibilidade da petição inicial. Assim, no sentir do Juízo, o fato de sociedade pertencente a grupo econômico não dispor de regularidade fiscal não impõe automática e necessariamente que as pessoas jurídicas associadas se tornem imediatamente inabilitadas para participar de licitação.

Do que se tem de concreto verdadeiramente, ou seja, sobre a recomendação ministerial e a decisão administrativa, o que existe é temor. Talvez fundado, mas aqui não suficientemente



## PODER JUDICIÁRIO

### TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

representado, e por isso, protegido pela cláusula de discricionariedade regrada do bom gestor. O fato administrativo, inclusive, é de conhecimento do autor da ação, haja vista que em resposta à recomendação houve encaminhamento de ofício ao Ministério Público, ocasião em que **o réu esclareceu sua motivação para não proceder à inabilitação das empresas em referência, e informou ter procedido às consultas com diversos órgãos técnicos, conforme se depreende de fls. 514/515 dos autos:**

*"(...) Em atendimento ao referido ofício, a recomendação foi encaminhada para análise e manifestação da Comissão de Licitação (Nota da Comissão Maio 2019), da Comissão de Monitoramento de Concessões e Permissões (Despacho CMCP no L46, 2019), da Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ (OF.P 326/2019) e, por fim, da Consultoria Jurídica da Secretaria dos Transportes Metropolitanos (Parecer CJISTM no 59/2019). As informações produzidas pela Comissão de Licitação, pela CMCP e pelo METRO trazem importantes esclarecimentos, que indicam possível equívoco das premissas que orientaram a recomendação. Isso porque os apontamentos levantados não se referem à Sociedade de Propósito Específico e nem mesmo às suas acionistas, o que, conforme entendimento da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, inviabiliza a adoção das medidas recomendadas por essa D. Promotoria (...)" (grifei)*

As razões transcritas, que adoto integralmente, demonstram que foi correta a rejeição da inicial. De fato, ainda que pudesse ser demonstrada nos autos a alegada utilização, pelo Grupo Ruas, de “ardilosa tática” consistente em criar empresas subsidiárias com a finalidade de burlar a exigência da regularidade fiscal para participar de licitações, não se poderia considerar ter havido prática de ato de improbidade administrativa por parte do réu, uma vez que não há nem mesmo indícios de dolo, sequer genérico, ou culpa grave dele, sem o que não se caracteriza a improbidade por atentado aos princípios da administração pública (art. 11 da Lei nº 8.429/1992). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem enfatizado





## PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

que “*Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente*” (AIA 30, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 22.09.2010). O ato ímprobo é, necessariamente, conduta qualificada pelo intuito doloso e maleficente do agente público. E não se pode cogitar de tal intuito no caso dos autos, pois o réu encaminhou resposta ao Ministério Público (fls. 514/515) na qual esclareceu que deixava de atender à recomendação ministerial baseado em pareceres exarados por diversos órgãos técnicos por ele consultados (Comissão de Monitoramento das Concessões e Permissões – fls. 883/891; Comissão Especial de Licitação – fls. 893/904; Consultoria Jurídica da Secretaria de Transportes Metropolitanos, ligada à Procuradoria Geral do Estado – fls. 531/544), no sentido de ser juridicamente inviável o seu acatamento. Insta consignar que todos os pareceres foram minuciosos e devidamente fundamentados, inexistente razão para se duvidar de sua lisura. Aliás, cumpre ressaltar que, ao contrário do afirmado na inicial, eles não foram elaborados por meros “subordinados” do réu, mas por comissões técnicas e por Consultoria Jurídica da própria Procuradoria do Estado, que não tem relação hierárquica com o Secretário Estadual de Transportes.

A isso cabe acrescentar que, como bem apontado no parecer exarado pela Consultoria Jurídica, “*não pode um servidor público estadual, na condução de uma licitação, por exemplo, sequer ingressar em considerações de ordem tributária para avaliar se deveria ter sido desconsiderada a personalidade jurídica para viabilizar a cobrança do tributo. Cabe a esse servidor apenas cumprir o Edital, avaliando a regularidade fiscal da pessoa jurídica que se apresenta na licitação. Por tais razões, não seria possível que o Estado não considerasse válida, no bojo da licitação, a certidão de regularidade referente aos débitos relativos a Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa apresentada pela Ruasinvest, a ponto de inabilitá-la*” (fl. 542 – grifei).



**PODER JUDICIÁRIO**  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Tudo isso corrobora a já exposta conclusão no sentido de que o réu não agiu com dolo, sequer genérico. As circunstâncias mencionadas demonstram que, na verdade, não se podia exigir do réu conduta diversa da que foi por ele adotada. A imputação de improbidade é improcedente. A hipótese é mesmo de rejeição do pedido, por improcedência (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92).

Pelo meu voto, nego provimento ao recurso do Ministério Público.

**ANTONIO CARLOS VILLEN**

RELATOR