

# CONTENCIOSO GERAL

EXMA. DRA. JUÍZA DE DIREITO DA 15ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO

AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Nº 1032397-72.2019.8.26.0053

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDOS: ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS

O ESTADO DE SÃO PAULO, pelos Procuradores que subscrevem esta petição, vem respeitosamente, perante V. Exa. apresentar Defesa Prévia na presente ação de improbidade administrativa, cumulada com ação civil pública para aplicação das sanções da Lei Anticorrupção, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

De plano cabe alertar este Juízo de que se trata de demanda proposta sem qualquer elemento mínimo probatório, *baseada em ilações e suposições desprovidas de embasamento técnico, mostrando-se infundada e até temerária, eis que pleiteia anulação de contrato de concessão cujo valor supera 21 bilhões de reais, firmado pelo prazo de 35 anos, referente a trechos rodoviários que estão em regular operação e são utilizados por milhares de usuários.*

*Desde já se deve delimitar o alcance da demanda, tendo em vista prescrição de parte das pretensões do autor, em especial a de anulação da concorrência.*

*Ademais, nesta fase preliminar, de suma importância para evitar o recebimento de demandas infundadas como a presente, a ação deve ser rejeitada de plano, nos termos do art. 17, § 6º e 8º, da Lei 8.429/92, em razão de:*

*Ausência de Justa Causa.*

*– Inexistência de Improbidade Administrativa e Improcedência prima facie.*

## I. SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, cumulada com ação civil pública, visando aplicação de sanções da Lei Anticorrupção, proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na qual este alega ter ocorrido, na Concorrência Pública Internacional n.º 001/2010, que originou o Contrato de Concessão n.º 001/ARTESP/2011, referente aos **Trechos Sul e Leste**

do Rodoanel Mário Covas, supostos atos ímprobos, que seriam também abarcados pela Lei Anticorrupção.

A ação foi proposta em face dos ex-Governadores do Estado Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho e Alberto Goldman, do ex-Secretário de Logística e Transportes Mauro Guilherme Jardim Arce, de membros que à época formaram o Conselho Diretor, a Comissão de Licitação e o Grupo Técnico da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), das empresas que formaram o consórcio vencedor da licitação – Cibe Investimentos e Participações S.A. e Contern Construções e Comércio LTDA, da Concessionária SPMAR S.A., sociedade de propósito específico formada para executar o objeto da licitação, de terceiros supostamente beneficiados, bem como do Estado de São Paulo.

Narra o Ministério Público, em síntese, que o edital teve como objeto licitação na modalidade concorrência internacional do tipo menor valor de tarifa básica de pedágio, para exploração, mediante concessão onerosa, do Trecho Sul do Rodoanel Mario Covas e da construção e posterior exploração do Trecho Leste, tendo previsto os valores máximos de tarifa: R\$ 6,00 para o Trecho Sul e R\$ 4,50 para o Leste, sagrando-se vencedor o Consórcio SPMAR S.A., que apresentou proposta de R\$ 2,19 para o Trecho Sul e de R\$ 1,64 para o Leste.

Aponta o Ministério Público que houve atraso na obra do Trecho Leste e, na investigação deste, teria constatado que houve **aceitação e contratação de proposta supostamente inexequível** pelos agentes políticos e públicos estaduais, o que configuraria ato de improbidade, bem como ato sujeito à Lei Anticorrupção.

Com base nestas **alegações**, que estão **desprovidas de qualquer embasamento técnico**, o Ministério Público requer a nulidade da contratação realizada a partir da concorrência internacional ARTESP nº 001/2010, a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade e na Lei Anticorrupção.

Nesta fase preliminar, mostra-se essencial delimitar o alcance da ação, tendo em vista prescrição de parte das pretensões, bem como rejeitá-la de plano, nos termos do art. 17, § 6º e 8º, da Lei de Improbidade, como será detalhadamente exposto a seguir.

## II. PRESCRIÇÃO DE PARTE DAS PRETENSÕES

Inicialmente, mesmo tratando-se de demanda que sequer deve ser recebida, cabe destacar a este Juízo a prescrição de parte das pretensões declaratórias e condenatórias do Ministério Público.

Na inicial proposta, requer o autor:

- condenação dos réus agentes públicos e sócios e representantes das pessoas jurídicas de direito privado nas sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, dentre estas ressarcimento ao erário;
- condenação das pessoas jurídicas de direito privado das sanções da Lei Anticorrupção;
- declaração de nulidade da concorrência internacional ARTESP nº 001/2010.

Percebe-se, assim, que os pedidos realizados extrapolam as sanções previstas no art. 12 da Lei de Improbidade, bem como não se resumem a ressarcimento decorrente de ato de improbidade.

Em se tratando de pedidos distintos, a prescrição de cada um destes deve ser analisada conforme a legislação que lhe fundamenta.

Quanto ao pedido de aplicação das sanções da Lei de Improbidade, deve-se considerar as regras do art. 23 da Lei 8.429/1992, que prevê o prazo de cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; bem como, tratando-se de exercício de cargo efetivo ou emprego, o prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, que, no caso do Estado de São Paulo, é de 5 anos da data dos fatos, conforme Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (art. 261 Lei 10.261/1968).

Cabe destacar que, apenas em relação a ressarcimento decorrente de eventual ato doloso de improbidade, o que se demonstrará não ter ocorrido no presente caso, aplica-se a tese de imprescritibilidade fixada pelo E. STF no RE 852.475/SP, não sendo cabível ampliar a imprescritibilidade para outros pedidos.

Em relação à pretensão de aplicação da Lei Anticorrupção, aplica-se o art. 25 da Lei 12.846/2013, que prevê que prescrevem em cinco anos as infrações previstas na Lei, contados da data da ciência da infração.

Por fim, especificamente no tocante ao **pedido de declaração de nulidade da concorrência internacional ARTESP nº 001/2010**, não se tratando de sanção expressa na Lei de Improbidade Administrativa, tampouco na Lei Anticorrupção, deve-se aplicar ao pedido as regras gerais de prescrição em face da Fazenda Pública, que constam do **Decreto nº 20.910/1932**, que rege *“todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza”* (art. 1º Decreto 20.910/1932) e prevê o prazo de cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originaram.

Ora, considerando-se que o autor alega ter ocorrido vício na aceitação de proposta supostamente inexequível, o que teria em tese maculado a concorrência, cabe considerar as datas de ocorrência dos fatos, que se deram há mais de cinco anos:

- O Edital da Concorrência Pública n.º 1/2010 foi publicado no dia 4 de agosto de 2010.
- A entrega dos envelopes ocorreu no dia 4 de novembro de 2010.
- Durante o mês de novembro de 2010, a Comissão de Licitação, com apoio do Grupo Técnico da ARTESP, procedeu à análise dos documentos apresentados pelo Consórcio.
- A Comissão de Licitação, em 3 de dezembro de 2010, declarou o Consórcio SPMAR vencedor da Concorrência Pública.
- Por ocasião da 429ª Reunião do Conselho Diretor, fez-se a Adjudicação do objeto ao Consórcio SPMAR, conforme Decisão do Diretor Geral da ARTESP publicada no Diário Oficial do dia 6 de janeiro de 2011.
- Em 10 de março de 2011, foi celebrado o Contrato de Concessão Rodoviária n.º 001/ARTESP/2011 com a Concessionária SPMAR S.A.

Resta claro, assim, **tratando-se de alegado vício que teria ocorrido supostamente no procedimento licitatório, encerrado há mais de cinco anos, que está prescrita a pretensão do Ministério Público de ver declarada nula a concorrência internacional ARTESP n.º 001/2010.**

Em razão disso, essencial que se enfrente, já nesta fase preliminar, a diferenciação dos pedidos indicados na petição inicial e, com isso, as normas aplicáveis a cada um destes pedidos (e em relação a cada um dos réus), o que impacta de forma decisiva na matéria prescricional, requerendo-se seja desde já reconhecida por este Juízo a prescrição de parte das pretensões, em especial a de nulidade da concorrência.

### **III. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA**

Delimitado o âmbito da demanda após a análise prescricional, o primeiro ponto a ser enfrentado por este Juízo é a clara ausência de justa causa para a propositura da presente ação de improbidade.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que a **justa causa** é a coluna mestra de qualquer imputação de ilícito, sendo **inadmissível** em ações de improbidade administrativa **imputações genéricas e deslastreadas de elementos fáticos ou probatórios**, exatamente como ocorre no caso em questão:

ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. [...]

VI – Assim, “a decisão de recebimento da inicial da ação de improbidade também deve ser juridicamente fundamentada, não se dispensando a criteriosa identificação da presença de justa causa. **A justa causa é o ponto de apoio e mesmo a coluna mestra de qualquer imputação de ilícito, a quem quer que seja. Se assim não fosse, seriam admissíveis as imputações genéricas, abstratas, desfundamentadas, deslastreadas de elementos fáticos ou naturalísticos**, ficando as pessoas ao seu alcance, ainda que não se demonstrem atos subjetivos praticados por elas” (AgInt no AREsp n. 961.744/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Rel. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 3/4/2019). (STJ, AgInt no AREsp 985406/RJ, Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJe 07/06/2019) (grifos nossos).

Impõe claramente a Lei de Improbidade que “A ação será instruída com documentos ou justificção que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas [...]” (art. 17, § 6º, Lei 8429/92).

Ausentes tais requisitos, não haverá justa causa para o recebimento da ação de improbidade administrativa, como também já pacificou o E. STJ:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FASE PRELIMINAR. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA. [...]

3. Para que se processe a ação de improbidade administrativa é preciso que a inicial: (a) descreva adequadamente a ação/omissão capaz de configurar a improbidade administrativa; (b) **venha respaldada por indícios suficientes de autoria e materialidade** ou acompanhada de razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação, neste momento processual, de qualquer dessas provas (art. 16, § 6º, da Lei n. 8.429/1992). Só assim estará presente a **justa causa para o recebimento da ação e improbidade administrativa, que só se processa quando há viabilidade condenatória**.

4. No caso dos autos, as **imputações ao recorrido deram-se de forma abstrata, não se evidenciando a justa causa para o recebimento da ação de improbidade**.

5. Recurso especial provido para, desde logo, rejeitar a ação de improbidade. (STJ, REsp 1663430/AP, Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 11/12/2018) (grifos nossos)

No presente caso, como será demonstrado, as **alegações** trazidas na petição inicial são totalmente genéricas e abstratas, e **não possuem embasamento em quaisquer documentos ou justificção** que apontem indício de improbidade, em desrespeito ao art. 17, § 6º, Lei 8429/92.

Vejamos:

### III.1 Ausência de documentação hábil a apontar indício de ato de improbidade

A petição inicial da presente demanda é instruída com o Inquérito Civil que teve curso no Ministério Público, que contém, em síntese, cópias do procedimento administrativo da licitação e concessão, análises desconexas de doações eleitorais diversas, relatórios do Ministério Público Federal acerca do doleiro Adir Assad<sup>1</sup>, bem como termos de declaração colhidos.

Posteriormente, o autor apresentou mídia digital contendo cópia integral dos autos do processo licitatório (Proc. n.º 008.848/09), por isso não será juntada nova cópia deste, fazendo-se referência nesta peça citando-se as folhas e os volumes deste processo administrativo.

De toda forma, a fundamentação da inicial baseia-se, apenas, nos **depoimentos colhidos no inquérito civil**, porém estes não apontam para qualquer prática de ato de improbidade.

Narra o Ministério Público que, visando verificar **inexequibilidade da proposta realizada na licitação (causa de pedir desta demanda)**, por suposta inviabilidade de cobrança de tarifas abaixo do teto previsto no edital, “prossegiu-se às oitivas para perfeita apuração dos atos praticados e quem seriam seus responsáveis”, citando na inicial os seguintes depoimentos:

*“ALEXANDRE TUJISOKI explicou que [...] Para o pagamento da outorga [...] foi necessária a utilização de recurso próprios e de empréstimos [...]*

*SILMAR BERTIN [...] afirmou que o preço da tarifa muito abaixo do teto fixado pela ARTESP baseou-se em estudos do tráfego, não havendo previsão de problemas futuros.*

*REINALDO BERTIN, por sua vez, narrou ter participado ativamente do procedimento da licitação para apurar a viabilidade econômica e afirmou que a proposta de tarifa-base em valor 63% menor que o teto fixado pela ARTESP foi baseada nos cálculos elaborados pelos profissionais de empresa contratada. [...]*

*NATALINO BERTIN afirmou que [...] Quanto ao valor proposto para o pedágio do Trecho Sul, admitiu que posteriormente o Grupo percebeu ter sido “um mal negócio”, pois a crise econômica fez diminuir o fluxo de veículos na via.*

---

1 Na inicial há referência, de modo desconexo com a narrativa da peça e com o objeto da demanda, que a Concessionária SPMAR teria supostamente feito um depósito de R\$ 6.000.000,00 em favor da empresa LEGEND de Adir Assad, o que constaria da delação premiada firmada por este junto ao Ministério Público Federal.x

*MANUEL DOS SANTOS RODRIGUES [...] participou da modelagem técnica para formação dos valores e custos [...] e afirmou que a base tarifária foi um arrojo comercial e que o grupo deveria realizar uma “engenharia financeira” para conseguir implantar o projeto.[...]*

*OCTAVIO DE SOUZA CAMPOS [...] com função de analisar projetos de rodovias [...] informou que entendeu que a documentação apresentada pela SPMar indicava adequação e capacidade técnica para a realização da obra.” (grifos nossos)*

**Destes depoimentos**, que apontam que houve estudo de tráfego, proposta baseada em cálculos elaborados por profissionais, documentação que indicava adequação e capacidade técnica, e posterior crise econômica que fez diminuir o fluxo de veículos, **conclui o Ministério Público, sem qualquer decorrência da narração dos fatos e de forma totalmente desconexa**, que:

*Assim, restou evidente que a proposta do CONSÓRCIO SPMAr muito abaixo do teto indicado pela ARTESP e das demais propostas durante a licitação era manifestamente inexecutável e que os sócios e representantes do grupo tinham plena ciência dessa circunstância [...] os documentos exigidos pelo edital e apresentados pela SPMAr não eram aptos a demonstrar a viabilidade financeira das tarifas de pedágio e a possibilidade de consecução do objeto [...]*

*a COMISSÃO DE LICITAÇÃO e o GRUPO TÉCNICO da ARTESP teriam elementos suficientes para concluir que faltava solidez ao patrimônio das empresas que compunham o consórcio e que as tarifas ofertadas eram demasiadamente baixas e inexecutáveis [...]*

Ora, como teria restado evidente que a proposta abaixo do teto indicado do edital era manifestamente inexecutável? E como se conclui que a Comissão de Licitação e o Grupo Técnico da ARTESP teriam elementos suficientes para verificar que as tarifas ofertadas eram inexecutáveis?

Esta conclusão simplesmente não decorre dos depoimentos colhidos pelo Ministério Público e utilizados como fundamento na petição inicial (pode-se falar, inclusive, em inépcia desta, nos termos do art. 330, § 1º, III, CPC²).

Com isso, os testemunhos/depoimentos colhidos no Inquérito Civil, bem como os documentos que instruem este, claramente não são aptos a demonstrar qualquer indício de ato de improbidade.

2 § 1º Considera-se inepta a petição inicial quando: [...]

– da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; [...]

Ocorre que a propositura de ação de improbidade exige, conforme balizada doutrina, instrução da petição inicial com elementos probatórios mínimos, e consistentes, que apontem indícios de improbidade:

[...] o ônus da prova do fato constitutivo da ação de improbidade preexiste à demanda judicial.

A petição inicial [...] deve ser mais densa e consistente do que as das ações que não são submetidas à fase preambular [...] dela há de constar, com maior precisão, a descrição da improbidade imputada ao agente público, com seus fundamentos fáticos, probatórios e jurídicos [...]. É necessário que ele instrua a inicial com elementos probatórios, p. ex., perícias, documentos, dados, informações, testemunhos idôneos e aptos a demonstrar os fatos constitutivos de seu direito<sup>3</sup> (grifos nossos).

Além disso, o Ministério Público simplesmente **não apresentou qualquer estudo técnico, perícia, dado ou informação** apto a demonstrar a **alegada inexecutabilidade da proposta realizada e acolhida na licitação**.

Qual seria, então, o embasamento para se concluir que a proposta apresentada pelo consórcio vencedor da licitação em questão era inexecutável? Simplesmente não foi apresentado pelo autor!

Fica evidente, assim, que a ação não foi instruída com documentos que sirvam de elementos probatórios mínimos.

Tampouco há, nos termos do art. 17, § 6º, Lei 8.429/92, justificação que contenha indícios suficientes da existência do ato de improbidade, como será explorado a seguir.

### III.2 Ausência de justificação hábil a apontar indícios de ato de improbidade

Além da completa ausência de documentação que sirva de elemento probatório mínimo para a propositura da demanda, também não há, nos termos da Lei de Improbidade, justificação<sup>4</sup> que aponte indício de improbidade, ou seja, fundamentação suficiente para respaldar as alegações.

3 PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 213.

4 “A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas [...]”.



O Ministério Público aponta que teria sido selecionada proposta manifestamente inexecutável e tenta fundamentar essa alegação, em síntese, nos seguintes pontos: a) a proposta do Consórcio vencedor deveria ter sido desclassificada com *fundamento aritmético* no artigo 48, II e § 1º, da Lei nº 8.666/93; b) a Concessionária enfrentou dificuldades para iniciar a execução do objeto do contrato, gerando atraso, o que demonstraria a insuficiência da proposta originária; c) isto também seria corroborado pelo fato de a CONCESSIONÁRIA SPMAR encontrar-se em recuperação judicial.

Tais pontos, entretanto, simplesmente não embasam a alegação de inexecutabilidade da proposta, que fundamenta a ação proposta, cabendo impugnar cada um destes:

#### **a) Inaplicabilidade do art. 48, II e § 1º, da Lei nº 8.666/93 às concessões**

Alega o Ministério Público que a proposta do consórcio SPMAR deveria ter sido desclassificada com fundamento no artigo 48, II e § 1º, da Lei nº 8.666/93, que dispõe:

Art. 48. Serão desclassificadas:

I – as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexecutáveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexecutáveis, no caso de **licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia**, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração, ou

b) valor orçado pela administração. (grifos nossos)

Segundo o órgão ministerial, o valor ofertado para as tarifas pela concessionária vencedora (TS – R\$ 2,19 e TL – R\$ 1,64) era inferior a 70% do valor orçado pela administração como tarifa-base (TS – R\$ 6,00 e TL – R\$ 4,50), bem como seria inferior

à média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração<sup>5</sup>, o que encontraria óbice no transcrito § 1º.

Ocorre que o citado dispositivo, por disposição expressa, não se aplica aos contratos de concessão, eis que o § 1º claramente indica que a incidência limita-se aos casos “*de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia*”.

E, neste ponto, não há que se falar em aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/1993 às concessões (art. 14 da Lei nº 8.987/1995), eis que a Lei de Licitações apenas se aplica às concessões naquilo que é compatível com o regime, não se aplicando em pontos que destoem das características dos contratos de concessão, como ocorre no caso analisado.

Tal incompatibilidade decorre, em especial, porque a contrapartida devida ao particular pela execução do serviço, nos contratos da Lei nº 8.666/93, é a figura do **preço**, sendo que nas concessões da Lei nº 8.987/95 é a **tarifa**.

O escopo da previsão do artigo 48 da Lei nº 8.666/93, que cita o conceito de **preço** em **obras e serviços de engenharia**, é o de evitar a contratação de licitante por preço que inviabilize a execução do contrato diante de insuficiência de recursos necessários à cobertura dos custos.

Assim, é natural que a lei estipule o critério de **preço irrisório** para averiguar a exequibilidade da proposta, uma vez que a comparação entre custos e remuneração ocorre de forma estanque. Ou seja, a Administração consegue apurar a compatibilidade do preço estipulado com os custos de execução do contrato, eis que os parâmetros de análise são estanques.

Isso já não ocorre com a **tarifa**, ou, em sentido mais amplo, com o sistema de custos e remuneração das concessões. Nestes, não há possibilidade de comparação direta e exaustiva entre custos e valor da tarifa, pois: (i) a tarifa não é única fonte de remuneração do particular, que pode valer-se de receitas alternativas, conforme o artigo 11 da Lei nº 8.987/95; e (ii) a variação de receitas decorrente da oscilação do volume de prestação dos serviços (no caso, volume de tráfego) e dos custos da concessionária seguem a lógica de riscos (art. 2º, III c/c art. 25 da Lei nº 8.987/95), escapando da alçada da Administração.

---

5 Serramarm apresentou propostas de R\$ 5,28 e R\$ 3,96 e a Rodoanel Sul e Leste de R\$ 5,69 e R\$ 4,27 para os Trechos Sul e Leste, respectivamente

Dessa forma, não há que se falar em aplicação do artigo 48, II e § 1º da Lei nº 8.666/93 às concessões, entendimento uniforme também exarado em Pareceres jurídicos do Professor Titular Adilson Abreu Dallari no caso em apreço, bem como dos Professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano Azevedo Marques Neto apresentados em casos análogos (respectivamente, concessão da rodovia MG-050 e de rodovias federais):

– Prof. Dr. Adilson de Abreu Dallari:

De qualquer forma, é certo que esse critério de desclassificação da proposta (preço manifestamente inexequível), não se aplica às licitações e contratos para a concessão de serviço público, pois o art. 124 da Lei nº 8.666/93 (acrescentado a ela pela Lei nº 8.883/94), estipula que não se aplicam às licitações e contratos de concessão os dispositivos dessa Lei (8.666/93) que conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

Vale dizer que se poderia cogitar da aplicação da desclassificação da proposta de preço manifestamente inexequível apenas e tão somente antes da promulgação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a qual, em seus artigos 9º e a 13, cuida da política tarifária, dando ao valor da tarifa pela prestação de serviço público um tratamento totalmente distinto daquele dado ao preço de execução de obra pública. (38º vol., fls. 7515/7533)

– Prof. Dr. Carlos Ari Sunfeld:

É juridicamente impossível enquadrar a proposta da Consulente na problemática fórmula de apuração de inexequibilidade do art. 48, §1º da Lei 8.666/93. É que esse dispositivo se aplica apenas ao “...caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia...” – segundo sua própria literalidade –, e não a casos de concessão de serviço público, como o presente.

Contratos de concessão rodoviária não podem ser, para efeito de aplicação dessa fórmula, equiparados a contratos de obras, pelo mero fato de, entre as prestações do concessionário, preverem-se obras e serviços de engenharia. A concessão é empreendimento empresarial complexo, que não pode ser comparado a uma simples obra. Assim, enquanto o mercado de obras públicas tem relativa homogeneidade, com tendência a gerar certa uniformidade de preços, o mesmo nem de longe se passa em outros mercados, em especial no de concessões. Por isso, a própria lei considerou impertinente o uso, como parâmetro de aferição de exequibilidade, fora das licitações de obras e serviços de engenharia, de médias aritméticas de propostas feitas na licitação. (38º vol., fls. 7646/7688)

– Prof. Dr. Floriano Azevedo Marques Neto:

Já em sede de conclusão é possível afastar a incidência do artigo 48, inciso II da Lei nº 8.666/1993 no caso em comento e, de maneira geral, nas licitações de contratos de concessão de serviços públicos. Isto por três razões:

I) O regime de contratação de concessão de serviços públicos goza de regulamentação e objetivos próprios, definidos já na Constituição Federal de 1998 (art. 175) e complementados pela Lei nº 8.987/1995, o que o diferencia do regime de contratação ordinária sujeito ao artigo 37 da Carta Magna e Lei nº 8.666/1993, por tal razão:

II) A aplicação subsidiária dos dispositivos da Lei nº 8.666/1993 deve ser feita com base num juízo de compatibilidade entre a previsão do dispositivo e as características do contrato de previsão, confrontando-o com as disposições da Lei nº 8.987/1995, permitindo-se afirmar que:

II.1) o valor da tarifa – repisando a necessária distinção entre tarifa e preço – não é instrumento hábil a aferir a exequibilidade das propostas econômicas apresentadas, tendo em vista a estrutura complexa e diferenciada de custos e remuneração nos contratos de concessão, que não permite averiguar a adequação do valor de tarifa aos custos necessários para a execução do contrato; (38º vol., fls. 7685/7700)

Ademais, mesmo que se considere que se aplica a Lei nº 8.666/93 no ponto ora analisado, o que se admite apenas para fins de argumentação, cabe considerar ponderação de Marçal Justen Filho que “a desclassificação por inexecuibilidade apenas pode ser admitida como exceção, em hipóteses muito restritas [...]”<sup>6</sup>, cabendo falar-se em presunção relativa de inexecuibilidade.

E, no caso em apreço, tratando-se de **trecho rodoviário que está pronto e em regular operação**, este fato, como destacado por este Juízo na decisão que indeferiu pedido liminar de indisponibilidade de bens, é simplesmente **incompatível com a alegada inexecuibilidade**, como será tratado no item a seguir.

**b) Obra – Trecho Leste do Rodoanel – está pronta e totalmente operacional, atualmente com percentual de execução de 99,83%**

Outro ponto abordado pelo Ministério Público aponta que dificuldade de a Concessionária, após celebração do contrato, iniciar a execução do objeto, gerando atraso, demonstraria a insuficiência da proposta originária.

Ocorre que, conforme narrado pelo próprio autor, a Concessionária SPMAR S.A. justificou que houve atraso na obra do Trecho Leste em razão de licenças ambientais e desapropriações, alteração e adequação de projetos, problema na interseção com a Rodovia Presidente Dutra, bem como questões financeiras enfrentadas na crise.

---

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 447.

Ou seja, as dificuldades enfrentadas pela Concessionária SPMAR deram-se pela ocorrência de riscos que foram assumidos por esta – tráfego, financiamento, dentre outros. Trata-se de situação que pode ocorrer com qualquer empresa, inclusive concessionárias de serviço público. Em razão disso é que prestam garantias para cumprimento das obrigações contratuais, que constaram da proposta do caso em questão.

Com essas dificuldades, houve, de fato, certo atraso na entrega da obra em relação à data inicialmente planejada (10 de março de 2014 – 36 meses após a assinatura do Contrato de Concessão).

Frente a isso, a ARTESP adotou postura ativa para, em primeiro lugar, (i) assegurar a efetiva entrega da obra e sua disponibilização aos usuários da rodovia e, paralelamente, (ii) apurar eventual responsabilidade da Concessionária.

A ARTESP instaurou processo administrativo sancionatório (NOT. DIN.0080/2014 – Proc. nº 016.729/14 – Doc. 1), sendo aplicada penalidade de multa à Concessionária<sup>7</sup> (R\$ 90.040.532,12 para 10 de setembro de 2018).

Além disso, foi instaurado processo administrativo para acompanhar e aprovar, detalhadamente, a implantação da parte final do Rodoanel Leste (Prot. nº 367.420/14 – Doc. 2). Mês a mês, relatórios de acompanhamento de campo foram submetidos à avaliação e aprovação do Conselho Diretor da ARTESP, com o objetivo de assegurar o bom andamento e a efetiva entrega da obra.

Ao final, a empresa mostrou-se apta a concluir os trabalhos e a **obra de construção do Trecho Leste do Rodoanel** apresenta percentual de execução de **99,83%** e está **totalmente operacional**, conforme faz prova a anexa Ficha de Fiscalização, datada de 28.06.2019 (Doc. 3). Os **0,17%** faltantes se devem majoritariamente à ligação pendente do Trecho Leste com o Trecho Norte do Rodoanel (DERSA), ainda em obras.

Ou seja, depois de realizado o principal investimento contratual, avaliado pelo Consórcio SPMAR em quase 2 bilhões de reais, a infraestrutura está pronta e operacional, faltando meros detalhes para ser considerada **100% executada**, sendo certo que os pouquíssimos serviços a executar dependem de terceiros.

<sup>7</sup> Conforme Decisão DIN.0101/18 (8º vol., fls. 1792/1799), recentemente confirmada pelo Conselho Diretor da ARTESP (9º vol., fls. 1914/1915), sendo negado provimento ao Recurso apresentado pela Concessionária (8º vol., fls. 1814/1854). A multa está sendo cobrada da SPMAR (9º vol., 1923/1923v) e, caso não haja pagamento: (i) o débito será inscrito em dívida ativa; e (ii) proceder-se-á à cobrança junto à Zurich Seguros S/A, pois, quando da constatação da não conclusão da obra, estava vigente Apólice de Seguro Garantia nº 01.75.9786409 para garanti-la.

Assim, corroborando todo o exposto, não há como argumentar que a proposta era inexecutável, pois a principal obra da concessão, de valor bilionário, foi efetivamente executada e está em operação, atendendo ao interesse público subjacente à contratação.

### **c) Recuperação judicial da Concessionária SPMAR por fatos supervenientes à licitação**

Cabe também afastar a alegação do Ministério Público de que a inexecutabilidade da proposta seria evidenciada pela constatação de que *“atualmente a Concessionária SPMAR encontra-se em recuperação judicial”*.

Primeiramente, cabe destacar que se trata de recuperação judicial das empresas que compõe o grupo Heber (doc. 4), formado por sociedades diversas além da Concessionária.

Além disso, no próprio pedido de recuperação, justificou-se que se trata de *“medida única e de extrema urgência não apenas em razão da crise econômico-financeira das Requerentes, mas em razão do pedido de falência que foi promovido em face de [...] CONTERN CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA. (“CONTERN”).”*

Por isso, não se pode perder de vista o contexto de crise econômica no qual se deu o pedido de recuperação judicial, crise essa considerada a pior da história recente do Brasil, com contração do PIB em cerca de 3,8% em 2015 e 3,6% em 2016<sup>8</sup>, posterior à fase de otimismo econômico da época da licitação (2010)<sup>9</sup>.

Como impacto no setor rodoviário, a partir do 2º semestre de 2013, o tráfego retraiu em todas as concessionárias de rodovias e, no período crítico da crise, entre julho de 2013 e julho de 2016, o tráfego de caminhões sofreu uma **retração de 17,4%**, o que representa uma taxa de decréscimo de 5,5% ao ano.

Essa diminuição no fluxo de veículos, posterior à licitação e à contratação, é destacada no pedido de recuperação judicial no que se refere especificamente à

8 A pior crise da história. *Exame*. São Paulo, 22 de julho de 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/a-pior-crise-da-historia>. Acesso em 23 de julho de 2019.

9 Fonte: evolução do tráfego pedagiado no Estado de São Paulo (veículos pesados) elaborado pela Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR

SPMAR, indicando-se “impactos na demanda em razão da diminuição do fluxo dos veículos, aumento dos custos de insumos e dos custos de financiamento”.

Não obstante, a empresa ainda assim é viável sob o ponto de vista econômico-financeiro, conforme estudos juntados no Plano de Recuperação Judicial (Doc. 4).

Consta do citado Plano, inclusive, *Laudo de Viabilidade Econômica do PRJ SPMAR*, firmado pela consultoria independente Galeazzi & Associados, uma das referências no mercado. Tal documento consolida um detalhado estudo de resultados e de projeções tecnicamente justificadas para concluir que a Concessionária SPMAR “é viável do ponto de vista econômico e financeiro, tendo por base de trabalho os modelos e ferramentas gerenciais aplicados, de acordo com a prática usual de nossa atividade”.

Dessa forma, além de as questões que levaram à recuperação judicial serem posteriores à realização da licitação, o que afasta qualquer alegação de irregularidade nesta, foi atestada a capacidade de a Concessionária cumprir o plano de recuperação judicial e o contrato.

### III.3 Conclusão acerca da ausência de justa causa

Por todo o exposto, resta claro que as alegações trazidas na petição inicial, além de totalmente genéricas e abstratas, não possuem embasamento algum, nem em documentos hábeis, tampouco em justificação/fundamentação que aponte qualquer indício de improbidade, em total desrespeito ao art. 17, § 6º, Lei 8429/92.

De rigor, com isso, a rejeição da demanda nesta fase preliminar, evitando-se o curso de ações temerárias, conforme pacífica jurisprudência do E. STJ:

DIREITOS SANCIONADOR E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM ESTEIO EM SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS PARA A ADMISSIBILIDADE DO FEITO EM DESFAVOR DA ORA RECORRIDA, CONFORME PROCLAMADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, QUE ATESTOU A IMPRECISÃO NA DELIMITAÇÃO DE CONDUTA CONCRETA DA IMPUTADA QUANTO A SUA PARTICIPAÇÃO DIRETA NA SUPOSTA FRAUDE. AGRAVO INTERNO DO ÓRGÃO ACUSADOR DESPROVIDO.**

A **imprescindibilidade da comprovação da justa causa** decorre da possível utilização do direito de ação de forma temerária, que, conforme sustenta o jurista MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, **sem provas ou elementos de convicção para o julgador, deve ser rejeitada** (O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 552). [...]

#### IV. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE

Pelos elementos já expostos, está suficientemente configurada ausência de justa causa a ensejar a rejeição da demanda.

Caso assim não entenda este Juízo, o que se admite para fins de argumentação, a presente ação deve ser de toda forma rejeitada de plano, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/92, por evidente inexistência de ato de improbidade administrativa e conseqüente improcedência *prima facie*.

Isso porque não há que se falar em ato de improbidade administrativa, seja por enriquecimento ilícito, dano ao erário ou afronta a princípios da administração pública, ante regular processo licitatório e de contratação e escolha de melhor tarifa em benefício aos usuários e ao sistema, como será detalhadamente exposto a seguir:

##### IV.1 Regularidade do procedimento licitatório e da contratação

O processo licitatório da Concorrência Pública Internacional nº 001/2010, que originou o Contrato de Concessão nº 001/ARTESP/2011, teve regular curso, realizando-se, diferentemente do alegado pelo Ministério Público, análise cuidadosa da exequibilidade da proposta apresentada pela SPMAR.

O critério de julgamento da licitação foi eleito como sendo *menor tarifa* de pedágio para os dois trechos que compunham o lote licitado, nos termos do artigo 15, inciso I, da Lei nº 8.987/95<sup>10</sup>.

Diante do grande vulto e da alta complexidade do objeto contratual, como cautela adicional, exigiu-se dos licitantes a apresentação de **metodologia de execução** (envelope B) em adição a documentos para qualificação (envelope C).

Nesse envelope B, referente à metodologia de execução, o licitante deveria apresentar planejamento detalhado para execução das obras e prestação dos serviços previstos no escopo da concessão, acompanhado de *planos econômico-financeiro* e de *plano de negócios*.

---

10 Tal critério foi especialmente empregado àquele tempo no setor rodoviário. São exemplos os editais: (i) Edital ANTT nº 02/2007; (ii) Edital ANTT nº 01/2007; (iii) Edital ANTT nº 03/2007; (iv) Edital ANTT nº 05/2007; (v) Edital ARTESP nº 03/2008; (vi) Edital ARTESP nº 01/2008; e (vii) Edital ARTESP nº 06/2008.



Tais planos deveriam contemplar detalhes como projeções financeiras; plano de seguros da concessão; descrição de recursos próprios a serem aportados na concessionária pelo licitante (*equity*); parcela do capital social a ser colocada no mercado; financiamento a serem contratado pela concessionária (*debt*).

Além disso, foram exigidas diversas *cartas-conforto* pelo poder concedente: i) carta de instituição financeira qualificada declarando que analisou e atesta a viabilidade do plano econômico-financeiro da licitante; ii) carta de instituição seguradora, resseguradora ou corretora de seguros qualificada declarando que analisou e atesta a viabilidade do plano econômico-financeiro; iii) carta da empresa de auditoria independente declarando que analisou e atesta a adequabilidade das projeções financeiras; iv) cartas subscritas por entidades financeiras, declarando o propósito de efetuar, se for o caso, as operações de financiamento da concessão; e v) cartas subscritas por terceiros declarando a intenção de subscrição particular de capital, ou de instituição(ões) financeira(s), no caso de subscrição pública, de efetuar a colocação das ações da concessionária.

O Consórcio SPMAR, tendo apresentado a proposta comercial com o “*menor valor para a Tarifa Básica de Pedágio*”, teve tais documentos dos envelopes B e C analisados.

Durante o mês de novembro de 2010, a **Comissão de Licitação**, com apoio de **Grupo Técnico da ARTESP**, procedeu à análise pormenorizada dos documentos apresentados pelo Consórcio SPMAR (fls. 2777/6994 – 14º a 35º vols).

Nesse escopo, e seguindo-se o regramento do Edital indicado, referido Grupo destrinchou os elementos da metodologia de execução e dos documentos para qualificação para assegurar que a proposta era aceitável.

Fez-se análise e juízo técnico de aceitabilidade: (i) da metodologia de execução, compreendidos (i.1) aspectos técnicos-operacionais; (i.2) plano econômico-financeiro e do plano de negócios; e (ii) dos documentos para qualificação (fls. 7001/7055 35º vol).

Promoveu-se também diligência para colher informações complementares ao Consórcio SPMAR (35º vol., fls. 7058/7065), conforme o permissivo do item 14.2 do Edital c/c artigo 43, § 3º, da Lei n.º 8.666/93. O Consórcio, então, apresentou as informações solicitadas acerca de aspectos ambientais, do estudo de tráfego, das obras de ampliação e dos serviços de conservação apresentados na metodologia de execução (35º vol., fls. 7060/7080).

Após análise e juízo técnico de aceitabilidade dos elementos da documentação apresentada e dos citados esclarecimentos, o Grupo Técnico concluiu que a proposta apresentada pelo Consórcio SPMAR atendia às exigências editalícias (35º vol., fl. 7055).

Assim, a Comissão de Licitação, diante do parecer positivo do Grupo Técnico da ARTESP, declarou o Consórcio SPMAR vencedor da Concorrência Pública Internacional nº 0001/2010 (35º vol., fl. 7081) e submeteu a decisão ao Conselho Diretor da ARTESP (38º vol., fl. 7701).

Por ocasião da 429ª Reunião do Conselho Diretor, fez-se então a Adjudicação do objeto ao Consórcio SPMAR (38º vol., fls. 7703/7705 e 7721/7722).

Todos atos foram praticados em estrita consonância com a instrução dos autos do processo licitatório, que contemplava (37ª e 38º vols.):

(i) Pareceres técnicos de autoridades nas respectivas áreas atestando a exequibilidade técnica da *Metodologia de Execução* apresentada pelo Consórcio SPMAR (Professora Maria Celina Noronha Grassi Nogueira: fls. 7430/7435; Engº João Afonso Freire de Carvalho e Engº Ettore José Bottura: fls. 7478/7480; Engº Catão Francisco Ribeiro Enescil Engenharia de Projetos Ltda: fls. 7503/7513; A.M. Branco Consultoria Ltda: fls. 7579/7603; Geotec Consultoria Ambiental: fls. 7605/7614);

(ii) Parecer econômico-financeiro da consultoria Rosenberg & Associados apontando a exequibilidade econômico-financeira da *Metodologia de Execução* da proposta do Consórcio SPMAR (fls. 7545/7577);

(iii) Parecer jurídico da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo indicando a aceitabilidade da *Metodologia de Execução* e dos *Documentos para Qualificação* documentação do Consórcio SPMAR em seus aspectos jurídicos (Parecer CJ/ARTESP nº 232/2010: fls. 7615/7624);

(iv) Pareceres jurídicos já citados do Professor Titular Adilson Abreu Dallari, no caso em apreço (fls. 7515/7533), e dos Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano Azevedo Marques Neto apresentados em casos análogos (respectivamente, concessão da rodovia MG-050 e de rodovias federais), dando conta da inaplicabilidade do artigo 48, II e § 1º, da Lei nº 8.666/93 às concessões (fls. 7646/7688 e 7685/7700).

Resta claro, assim, que a Comissão de Licitação, o Grupo Técnico e o Conselho Diretor da ARTESP agiram em absoluta conformidade com os trâmites legais, regulamentares e editalícios, extraindo-se da instrução técnica dos autos que:

(i) foi efetivamente estudada a exequibilidade da proposta apresentada pelo Consórcio SPMAR, que, considerando-se as premissas macroeconômicas vigentes

àquele tempo e a opinião de diversos *experts*, era absolutamente exequível, daí por que ter sido aceita;

(ii) foram efetivamente analisados os requisitos de qualificação econômico-financeira o Consórcio SPMAR;

(iii) o artigo 48, II e § 1º, da Lei nº 8.666/93 não era aplicável, conforme a literalidade do dispositivo e pareceres de juristas renomados já citados.

Dessa forma, de rigor se concluir que o procedimento administrativo deu-se com absoluto respeito aos princípios constitucionais de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* (CF, art. 37, *caput*), tendo como norte a *seleção da proposta mais vantajosa* à Administração e aos usuários, sendo celebrado com regularidade o Contrato de Concessão Rodoviária nº 001/ARTESP/2011, inexistindo qualquer indício de irregularidade ou ilegalidade, quanto mais de ato de improbidade administrativa.

## IV.2 Análise pormenorizada da exequibilidade da proposta acolhida

Além do regular trâmite do processo licitatório e da contratação, cabe destacar a regular análise da proposta vencedora, que se mostrou, diversamente do alegado pelo Ministério Público, totalmente exequível.

Como visto, o edital nº 001/2010 adotou licitação na modalidade concorrência internacional do tipo menor valor de Tarifa Básica de Pedágio, tendo previsto os valores máximos de tarifa: R\$ 6,00 para o Trecho Sul e R\$ 4,50 para o Trecho Leste, sagrando-se vencedor o Consórcio SPMAR S.A. que apresentou proposta no valor de R\$ 2,19 para o Trecho Sul e de R\$ 1,64 para o Trecho Leste.

A diferença do patamar tarifário oferecido pelo Consórcio SPMAR foi objeto de análise do Grupo Técnico, verificando-se que o consórcio proponente pautou-se em estimativa mais arrojada no que tange aos volumes de tráfego na rodovia do que a estimativa inicial da ARTESP.

O volume de tráfego total (*comercial e passeio*) projetado pelo Consórcio SPMAR para o período da concessão foi 43,41% maior do que aquele que constou do estudo de viabilidade inicialmente elaborado para definir a *tarifa-teto* do Edital.

Isso ocorreu porque, cerca de 10 meses após finalizados os estudos de referência realizados pela ARTESP, e antes da proposta apresentada pela SPMAR, a Prefeitura de São Paulo editou portaria determinando a proibição do tráfego de

**caminhões em vias como as Marginais e Av. dos Bandeirantes no período diurno** (Portaria nº 135/2010-SMT.GAB – Doc. 5, posteriormente substituída pela Portaria nº 137/2011-SMT.GAB – Doc. 6).

Como o Rodoanel Mário Covas tem como grande benefício a captação do tráfego de vias urbanas da Região Metropolitana de São Paulo, como a Marginal Pinheiros, Av. 23 de Maio e a Av. dos Bandeirantes, a nova regra impactou a projeção de tráfego inicialmente realizada.

Com isso, a grande maioria das viagens de caminhões com origem e destino fora da Região Metropolitana de São Paulo passaram a ter como única rota o Rodoanel.

Tal cenário, não cogitado à época dos estudos de viabilidade porque ainda não expedida a referida Portaria, foi contemplado na proposta apresentada pelo Consórcio SPMAR, levando a um aumento na projeção do tráfego de veículo comerciais. É o que observou o Grupo Técnico quando da análise do estudo de demanda do Consórcio SPMAR (35º vol., fl. 7011/7012):

#### Observações:

- Como a tarifa do estudo do CONSÓRCIO SPMAR representa um deságio de 63,35% em relação à usada no estudo de referência, seriam esperados volumes de tráfego maiores do que aqueles projetados no Estudo de Viabilidade ARTESP / Secretaria dos Transportes, usando a tarifa teto. Efetivamente, o que se verifica é: os volumes de veículos de passeio são 9% superiores e os comerciais, efetivamente 122% superiores<sup>1</sup>.
- Para o Trecho Sul, o tráfego projetado de automóveis no estudo do CONSÓRCIO SPMAR é 20% superior àquele estimado no Estudo de Viabilidade ARTESP / Secretaria dos transportes. Para caminhões, é 168% superior. A demanda bastante superior estimada pelo Licitante para caminhões está provavelmente considerando as recentes restrições ao tráfego a esse tipo de veículo em vias urbanas, impostas pela Prefeitura de São Paulo. Considerando que tal demanda de caminhões terá menor elasticidade em relação ao preço do pedágio (dadas as restrições impostas a esses veículos) e considerando as contagens realizadas no Rodoanel Sul após as restrições (apresentadas a seguir) os resultados apresentados pelo Licitante estão dentro de um cenário possível.
- Para o Trecho Leste, apesar de o estudo do CONSÓRCIO SPMAR trabalhar com tarifas menores, a demanda de automóvel é inferior àquela projetada no Estudo de Viabilidade ARTESP/Secretaria dos Transportes. Isso pressupõe premissas mais conservadoras para esse tipo de tráfego por parte do Licitante, o que é aceitável. Por outro lado, a projeção de veículos pesados para este trecho é bastante superior à estimada pelo Estudo citado, premissa também aceitável, dadas as restrições atuais e esperadas para o tráfego de caminhões.

Note-se que, para **veículos comerciais**, a estimativa foi 122% superior aos estudos de viabilidade, tendo o Grupo Técnico consignado expressamente que a previsão de crescimento de veículos comerciais era aceitável “*considerando as recentes restrições ao tráfego a esse tipo de veículo em vias urbanas, imposta pela Prefeitura de São Paulo*”.

Também coube considerar que, quando há queda do preço das tarifas, o tráfego necessariamente aumenta. Trata-se do que os técnicos denominam **elasticidade do preço na demanda**, conceito econômico que, aplicado às rodovias pedagiadas, apresenta a alteração da quantidade de tráfego em relação à alteração no valor das tarifas de pedágio. Tal fator também foi considerado na proposta do Consórcio SPMAR e foi observado pelo Grupo Técnico (35º vol., fl. 7.011).

Em razão de tais fatores, a trajetória de crescimento do tráfego considerada pelo Consórcio foi, conforme observou o Grupo Técnico (35º vol., fl. 7.011), dentro de uma faixa esperável:

O estudo do Licitante considera as taxas médias, para o período entre o ano 4 e o último ano da concessão, de 4,2% a.a. e 4,1% a.a. para os trechos Sul e Leste, respectivamente. Tais valores podem ser considerados dentro de uma faixa esperável. Como comparação, o Estudo de Viabilidade ARTESP/Secretaria dos Transportes considerou para este período taxas de 4,6% a.a. e 3,2% a.a. (grifou-se)

Ademais, o próprio otimismo com o cenário econômico à época do Edital explicava a previsão mais arrojada de tráfego.

Nos sete anos anteriores à concessão do Rodoanel Sul e Leste, o PIB havia apresentado uma taxa de crescimento médio de 4,5% a.a., sendo registrado, no ano de 2010, um crescimento no PIB de 7,53%. Isso se refletiu em grande concorrência nos leilões e apresentação de propostas que, atualmente – em um cenário de crise sem precedentes na história recente do país – são consideradas agressivas.

Nesse contexto, os descontos oferecidos nos principais leilões de rodovias que ocorreram no período entre 2007 e 2010 refletiam o cenário de otimismo econômico, sendo certo que o uso do critério da menor tarifa e a aceitação de grandes deságios tarifários era a regra, não exceção, nas licitações.

A tabela a seguir mostra as principais rodovias federais e do Estado de São Paulo concedidas no período pelo modelo de tarifa mínima e os descontos percentuais ofertados nas propostas vencedoras:

**Tabela 1: Descontos tarifários oferecidos nas propostas dos principais leilões rodovias no período 2007- 2010:**

Lote	Nome	Tarifa teto	Tarifa da proposta vencedora	Desconto tarifário na proposta	Proponente
BR-381	Rod. Fernão Dias (S.Paulo – Belo Horizonte)	R\$2,88	R\$1,00	-65,4%	OHL
BR-116	Rod. Regis Bittencourt (São Paulo-Curitiba)	R\$2,69	R\$1,36	-49,2%	OHL
BR-116, BR- 376, BR-101	Contorno Curitiba, Rod. Translitorânea (Curitiba-Florianópolis)	R\$2,75	R\$1,03	-62,7%	OHL
BR-153	Rod. Transbrasiliana (Divisa SP/MG até divisa SP/PR)	R\$4,08	R\$2,45	-40,0%	BRVIAS
SP-070	Rod. Ayrton Senna e Rod. Carvalho Pinto*	R\$0,11	R\$0,06	-45,5%	Primav/ Ecorodovias
SP-021	Rodoanel Oeste	R\$3,00	R\$1,17	-61,1%	CCR
SP-300	Rod. Marechal Rondon*	R\$0,11	R\$0,06	-40,6%	BRVIAS
SP-021	Rodoanel Sul e Leste	R\$ 6,00 e R\$ 4,50	R\$ 2,19 e R\$ 1,64	-63,5%	SPMAR

\* valores de tarifa em R\$ por km

Nesse contexto econômico, observa-se que o desconto tarifário oferecido na proposta do Consórcio SPMAR estava dentro das médias observadas nos demais leilões de rodovias de grande porte realizados na época.

Além disso, as premissas apresentadas pelo licitante, segundo também constatado pelo Grupo da ARTESP (35º vol., fl. 7014), além de **compatíveis** com o **cenário econômico brasileiro** e a **realidade fática da rodovia**, coadunavam com o cronograma de investimentos apresentado junto à *Metodologia de Execução*:

Os dados enviados pelo Licitante na resposta à Pergunta 4 esclarecem os parâmetros de tráfego utilizados para a análise de capacidade e fornecem os volumes por categoria nos segmentos do Rodoanel. **Assim, conclui-se que o cronograma de ampliações de capacidade por segmento apresentado na proposta está compatível com os volumes e comportamento do tráfego projetados pelo Licitante.** (grifou-se)

Outro ponto a ser destacado é que, em que pese o desconto tarifário ter sido na ordem de **63,35%**, a receita de pedágio projetada pelo Consórcio SPMAR no fluxo de caixa da concessão foi **apenas 23% menor** do que a prevista nos estudos anteriores

de viabilidade (35º vol., fl. 7012). Isso se observou justamente em razão do citado aumento na projeção de tráfego, que tem reflexos nas receitas projetadas para toda a concessão, em razão da seguinte equação simplificada: *Receita Projetada = Tráfego Projetado x Tarifa de Pedágio Ofertada*.

De todo modo, a receita prevista a menor certamente seria suportada pelo **gerenciamento empresarial** dos custos associados à exploração do serviço público concedido, considerados **meios de execução contratual** e, portanto, elencados dentro dos **riscos da concessionária**, assim como o próprio risco de tráfego, nos termos do artigo 2º, III, e artigo 25 da Lei nº 8.987/95.

Ademais, à vista de todas as premissas de receitas, investimentos, custos, outorgas e tributos, a proposta do Consórcio SPMAR apresentava **Taxa Interna de Retorno (TIR) de 7,5% ao ano**, considerada bem adequada para o período. Tal taxa revela a rentabilidade do capital próprio investido pelo particular caso todas as premissas apresentadas sejam efetivadas, ou seja, se os custos e o faturamento da concessão forem exatamente os projetados em proposta. Dentro da **lógica de riscos** indicada acima, o Poder Concedente **não garante** essa rentabilidade à Concessionária, até porque se a empresa conseguir operar com custos menores, seu retorno será maior.

Cabe também destacar que, além de ter sido constatada a factibilidade dos volumes de tráfego considerados na proposta, que sustentavam o fluxo de caixa e viabilizavam a exploração da concessão a uma TIR projetada de 7,5% ao ano, fato é que o Consórcio SPMAR apresentou ainda todas as cartas- conforto, certificados e atestados exigidos pelo Edital, relativos à **exequibilidade, financiabilidade e segurabilidade** do projeto, tais como:

(i) **certificado de exequibilidade** emitido pelo Banco do Brasil S/A e pelo Banco Votorantim S/A atestando: (i.1) a efetiva capacidade financeira dos consorciados *Contern Construções e Comércio Ltda. e Cibe Investimentos e Participações S/A* para fins de participação na licitação; e (i.2) a coerência das previsões financeiras e a viabilidade das ações previstas para captação de recursos e da programação das ações alternativas quanto às mudanças de parâmetros chaves (28º vol., fl. 5645);

(ii) **compromisso firme de aporte de recursos próprios**, firmado pelos consorciados *Contern Construções e Comércio Ltda. e Cibe Investimentos e Participações S/A*, “no valor de R\$ 800.000.000,00, ou outro valor suficiente para atender as necessidades do projeto” (29º vol., fl. 5760);

(iii) **atestado de viabilidade** emitido pelo Banco do Brasil S/A e pelo Banco Votorantim S/A, apontando que: (i.1) “assessoram o Licitante CONSÓRCIO SPMAR

na montagem financeira do empreendimento e prestarão também os serviços de assessoria financeira à futura Concessionária, caso o Consórcio seja vencedor da presente licitação [...]”; e que (i.2) “procederam à análise do PLANO ECONÔMICO-FINANCEIRO apresentado pelo Licitante CONSÓRCIO SPMAR e atestam sua viabilidade” (29º vol., fl. 5762);

(iv) atestado de adequabilidade do programa de seguros, emitido pela AD Corretora de Seguros Ltda (29º vol., fl. 5764);

(v) compromisso firme de empréstimo ponte, emitido pelo Banco do Brasil S/A, no valor mínimo de R\$500.000.000,00 (29º vol., fl. 5850);

(vi) compromisso firme de empréstimo ponte, emitido pelo Banco Votorantim S/A, no valor mínimo de R\$500.000.000,00 (29º vol., fl. 5851); e

(vi) atestado de adequabilidade sob os aspectos contábil e tributário emitido pela auditoria independente BDO Auditores Independentes (29º vol., fl. 5829/5830).

Isso somado, é claro, à correta apresentação, pelo Consórcio SPMAR, dos documentos do *Envelope C – Documentos para Qualificação*, que incluíam:

(i) garantia da proposta “no valor de R\$ 270.000.000,00 (duzentos e setenta milhões de reais)”, (fls. 6092/6106, 31º vol.);

(ii) balanço patrimonial e demonstrações financeiras, “que comprovem a boa situação financeira do LICITANTE” (fls. 6044/6068, 30º vol.); e

(iii) demonstração de capacidade financeira, “observados os limites dos índices contábeis determinados no Anexo 03” (fls. 6077/6085, 30º vol.).

Por todo o exposto, **simplesmente não se sustentam** as alegações do Ministério Público no sentido de que (i) “os documentos exigidos pelo edital e apresentados pela SPMAR não eram aptos a demonstrar a viabilidade financeira das tarifas de pedágio”; e que (ii) “a COMISSÃO DE LICITAÇÃO e o GRUPO TÉCNICO da ARTESP teriam elementos suficientes para concluir que faltava solidez ao patrimônio das empresas que compunham o consórcio e que as tarifas ofertadas eram demasiadamente baixas e inexequíveis [...]”.

Dessa forma, não há como se concluir pela existência de ato de improbidade administrativa por aceitação de proposta licitatória inexequível, como quer fazer crer o Ministério Público.

### **IV.3 Não verificação de dano: contratação de proposta mais vantajosa**

O último ponto a ser rebatido é a alegação do Ministério Público de que, “ao não desclassificar a proposta da SPMAR, a Administração Pública acabou por não escolher a proposta mais vantajosa”.



Na realidade, haveria efetivo *dano* se tivesse ocorrido a desclassificação da proposta da SPMAR e contratação da 2ª colocada, como o Ministério Público, sem nenhum embasamento, entende que deveria ter ocorrido.

Estima-se que, se houvesse a contratação da proposta da 2ª colocada, (i) **25% dos atuais usuários** deixariam de utilizar o Rodoanel e (ii) os restantes seriam onerados em um **montante adicional de tarifas** estimado **R\$ 10 bilhões** para todos os anos de concessão.

Isso tudo em prejuízo à modicidade tarifária e à universalidade do serviço público, valores elevados à condição de *princípios do serviço público* pelo artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, com devido lastro constitucional (CF, art. 175, parágrafo único).

Verifica-se que a tarifa do 2º colocado era 141% superior, quase **2,5 vezes** e meia o valor da proposta vencedora:

**Tabela 2: comparativo de tarifas da proposta vencedora e da 2º colocada**

Trecho	Tarifa proposta SPMar	Tarifa proposta SERRAMAR	Dif. do 1º para o 2º colocado
Sul	R\$ 2,19	R\$ 5,28	141%
Leste	R\$ 1,64	R\$ 3,96	141%

Ou seja, cada usuário do Rodoanel Sul e Leste pagaria, por um período de 35 anos, uma tarifa 141% superior àquela atualmente cobrada.

Além disso, a regra de *elasticidade do preço na demanda*, já explicitada, vale também para o pedagiamento de rodovias: quanto maior o valor da tarifa, menor o tráfego.

Utilizando-se os modelos de simulação de redes de transporte utilizados pela ARTESP, é possível estimar que a elasticidade da demanda em relação ao custo do pedágio no rodoanel seria de -0,18. Com isso, para cada aumento de 1% na tarifa praticada, há uma queda de 0,18% na quantidade de usuários dessa rodovia.

Aplicando-se essa elasticidade no caso em tela, para uma tarifa 141% superior à atual, a quantidade de usuários seria **25,4% menor** que a demanda atual. Ou seja: o conjunto de pessoas que usufruiriam dos benefícios de ganhos em tempos de viagem e redução de custos operacionais com a utilização do Rodoanel seria reduzido em ¼!

Considerando todos esses fatores, a tabela abaixo mostra a simulação de qual seria o valor adicional pago pela sociedade na hipótese de inabilitação da SPMAR e contratação da 2ª colocada<sup>11</sup>:

**Tabela 3: Comparativo de valores adicionais pagos pela sociedade em caso de habilitação do 2º colocado**

ANO	Valores com a tarifa da proposta vencedora			Valores projetados com a tarifa do 2º colocado			
	Quantidade de usuários	Tarifa média por veículo	Arrecadação	Quantidade de usuários	Tarifa média por veículo	Arrecadação	Valor adicional desembolsado pelos usuários
2011	10.773.534	R\$4,34	46.732.053	8.037.352	R\$10,45	84.020.774	37.288.721
2012	31.100.247	R\$4,69	145.853.980	23.201.636	R\$11,30	262.234.666	116.380.687
2013	32.019.920	R\$5,01	160.464.470	23.887.738	R\$12,08	288.503.248	128.038.777
2014	34.750.963	R\$5,03	174.832.616	25.925.170	R\$12,12	314.336.110	139.503.494
2015	42.434.570	R\$5,02	212.926.506	31.657.352	R\$12,09	382.826.106	169.899.601
2016	46.791.047	R\$5,24	245.086.082	34.907.403	R\$12,62	440.646.645	195.560.564
2017	49.616.965	R\$5,64	280.054.976	37.015.615	R\$13,60	503.518.130	223.463.154
2018	51.375.540	R\$5,55	284.941.888	38.327.560	R\$13,37	512.304.437	227.362.549
2019	52.659.929	R\$5,68	292.065.435	39.285.749	R\$13,70	525.112.048	233.046.612
2020	53.976.427	R\$5,83	299.367.071	40.267.893	R\$14,04	538.239.849	238.872.778
2021	55.325.837	R\$5,97	306.851.248	41.274.590	R\$14,39	551.695.845	244.844.597
2022	56.708.983	R\$6,12	314.522.529	42.306.455	R\$14,75	565.488.241	250.965.712
2023	58.126.708	R\$6,28	322.385.592	43.364.117	R\$15,12	579.625.447	257.239.855
2024	59.579.876	R\$6,43	330.445.232	44.448.220	R\$15,50	594.116.083	263.670.851
2025	61.069.372	R\$6,59	338.706.363	45.559.425	R\$15,89	608.968.985	270.262.623
2026	62.596.107	R\$6,76	347.174.022	46.698.411	R\$16,29	624.193.210	277.019.188
2027	64.161.009	R\$6,93	355.853.372	47.865.871	R\$16,69	639.798.040	283.944.668
2028	65.765.035	R\$7,10	364.749.707	49.062.518	R\$17,11	655.792.991	291.043.285
2029	67.409.161	R\$7,28	373.868.449	50.289.081	R\$17,54	672.187.816	298.319.367
2030	69.094.390	R\$7,46	383.215.161	51.546.308	R\$17,98	688.992.511	305.777.351
2031	70.821.749	R\$7,65	392.795.540	52.834.965	R\$18,43	706.217.324	313.421.785
2032	72.592.293	R\$7,84	402.615.428	54.155.839	R\$18,89	723.872.757	321.257.329
2033	74.407.100	R\$8,03	412.680.814	55.509.735	R\$19,36	741.969.576	329.288.762

11 Utiliza-se dados realizados de quantidade de usuários (tráfego pedagiado) e arrecadação realizada. Para a projeção dos valores para o período atual até o final da concessão, foram utilizadas taxas conservadoras de crescimento da demanda (2,5% ao ano).

ANO	Valores com a tarifa da proposta vencedora			Valores projetados com a tarifa do 2º colocado			
	Quantidade de usuários	Tarifa média por veículo	Arrecadação	Quantidade de usuários	Tarifa média por veículo	Arrecadação	Valor adicional desembolsado pelos usuários
2034	76.267.278	R\$8,23	422.997.834	56.897.479	R\$19,84	760.518.816	337.520.981
2035	78.173.960	R\$8,44	433.572.780	58.319.916	R\$20,34	779.531.786	345.959.006
2036	80.128.309	R\$8,65	444.412.100	59.777.914	R\$20,85	799.020.081	354.607.981
2037	82.131.517	R\$8,87	455.522.402	61.272.362	R\$21,37	818.995.583	363.473.181
2038	84.184.804	R\$9,09	466.910.462	62.804.171	R\$21,90	839.470.472	372.560.010
2039	86.289.425	R\$9,32	478.583.224	64.374.275	R\$22,45	860.457.234	381.874.010
2040	88.446.660	R\$9,55	490.547.804	65.983.632	R\$23,01	881.968.665	391.420.861
2041	90.657.827	R\$9,79	502.811.499	67.633.222	R\$23,59	904.017.882	401.206.382
2042	92.924.272	R\$10,03	515.381.787	69.324.053	R\$24,18	926.618.329	411.236.542
2043	95.247.379	R\$10,28	528.266.332	71.057.154	R\$24,78	949.783.787	421.517.455
2044	97.628.564	R\$10,54	541.472.990	72.833.583	R\$25,40	973.528.382	432.055.392
2045	100.069.278	R\$10,80	555.009.815	74.654.423	R\$26,04	997.866.591	442.856.777
TOTAL	2.295.306.034		12.623.677.560	1.712.361.186		22.696.438.447	10.072.760.887

\* valores de usuários e arrecadação até 2018 correspondem ao efetivamente realizado

Por este levantamento, conclui-se que, se fosse contratada a 2ª colocada, haveria um desembolso adicional para os usuários de no mínimo **R\$ 10,07 bilhões** ao longo da concessão.

Não há, assim, qualquer dano configurado na aceitação da proposta – que se mostrou exequível – da concessionária SPMAR.

Ao contrário, estamos claramente diante de dano reverso, caso a hipótese considerada como correta pelo Ministério Público – de contratação da 2ª colocada, hipótese essa sem qualquer embasamento técnico, tivesse ocorrido.

#### IV.4 Conclusão acerca da inexistência de ato de improbidade

Por todo o exposto, verifica-se de forma inconteste que não há qualquer indício de ato de improbidade administrativa, o que leva à improcedência *prima facie* dos pedidos da inicial.

Ora, diante de procedimento licitatório que seguiu o regramento legal e editalício de forma hígida, com respaldo de pareceres técnicos, econômico- financeiros e jurídicos, com entrega pelo licitante de inúmeros documentos que demonstravam o

planejamento detalhado para execução das obras e prestação dos serviços, e realizando-se análise pormenorizada da exequibilidade da proposta, embasada em diversos certificados, atestados e garantias acerca do projeto, não há como se falar em qualquer irregularidade ou ilegalidade, quanto mais em improbidade administrativa.

Não se pode perder de vista que qualquer ato ímprobo, em sua essência, está imbuído de **desonestidade e má-fé do agente público**, que denotem **dolo ou ao menos culpa grave, não havendo qualquer indicação desse elemento volitivo** em relação aos atos praticados na licitação em questão (até porque nem caracterizadas estão as condutas individualmente na inicial).

Por isso, tratando-se de requisito essencial para configuração de improbidade, conforme jurisprudência pacífica do E. STJ, impensável se concluir no presente caso pela configuração de ato ímprobo:

**DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] FUNDAMENTAL DISTINÇÃO ENTRE IRREGULARIDADES FORMAIS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REGISTRE-SE, TAMBÉM, QUE A IDENTIFICAÇÃO DO DOLO É FUNDAMENTAL PARA A CONDENAÇÃO POR ATO MALEFICENTE, O QUE NÃO OCORREU NA HIPÓTESE. AGRAVO INTERNO DO MPF A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

[...]

A ilegalidade e a improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave. [...]

A rejeição da inicial, assim, é medida de rigor.

## V. AUSÊNCIA DE LITISCONSORTE PASSIVO

Por fim, caso não rejeitada de plano a ação proposta, o que se admite apenas para fins de argumentação, cabe corrigir outro equívoco cometido na propositura da presente demanda.

O Ministério Público indicou no polo passivo, além de diversos réus pessoas físicas e jurídicas de direito privado, o Estado de São Paulo como pessoa jurídica de direito público.

Não houve a indicação, para o polo passivo, da Agência de Transporte do Estado de São Paulo (ARTESP), autarquia estadual com personalidade jurídica própria que,

conforme se extrai de toda a argumentação trazida nesta peça, foi quem promoveu a Concorrência Internacional questionada.

Além disso, o Contrato de Concessão firmado tem como poder concedente o Estado de São Paulo e foi firmado tendo como partes, de um lado, a ARTESP como contratante e, de outro, a Concessionária SPMAR.

Dessa forma, caso esta infundada demanda seja eventualmente recebida, o Estado requer, por lealdade e colaboração processual, seja integralizado o polo passivo também pela ARTESP, evitando-se nulidades processuais futuras.

## **VI. CONCLUSÃO**

Diante de todos os argumentos desenvolvidos, requer-se seja reconhecida a prescrição de parte das pretensões do autor da demanda, em especial a de declaração de nulidade da concorrência internacional ARTESP nº 001/2010.

Além disso, requer-se seja **de plano rejeitada a ação proposta**, seja pela ausência de justa causa, seja pela clara inexistência de ato de improbidade administrativa, o que leva à improcedência *prima facie*, aplicando-se o art. 17, § 6º e 8º, da Lei de Improbidade.

Eventualmente, caso a presente demanda seja recebida, o que se admite apenas para fins de argumentação, requer-se a inclusão da ARTESP no polo passivo.

São Paulo, 08 de agosto de 2019.

**FREDERICO JOSÉ FERNANDES DE ATHAYDE**

Subprocurador Geral do Estado  
Contencioso Geral OAB/SP 270.368

**JULIANA CAMPOLINA REBELO HORTA**

Procuradora do Estado OAB/SP 301.795

## SENTENÇA

**PROCESSO DIGITAL Nº: 1032397-72.2019.8.26.0053**

**CLASSE – ASSUNTO: Ação Civil de Improbidade Administrativa – Dano ao Erário**

**REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**REQUERIDO: Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho e outros**

**JUIZ(A) DE DIREITO: Dr(a). Gilsa Elena Rios**

Vistos.

Trata-se de ação de Responsabilidade por ato de Improbidade Administrativa cumulada com Ação Civil Pública proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO** contra os requeridos **EX-GOVERNADOR DE SÃO PAULO GERALDO JOSÉ RODRIGUES ALCKMIN, EX-GOVERNADOR DE SÃO PAULO ALBERTO GOLDMAN, SECRETARIO DE TRANSPORTES DO ESTADO DE SÃO PAULO – MAURO GUILHERME JARDIM ARCE; CONSELHO DIRETOR DA ARTESP: MARCO ANTONIO ASSALVE e MARCOS MARTINEZ; COORDENADOR DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO: THEODORO DE ALMEIDA PUPO JÚNIOR; MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO: SILVIA REGINA ALESSIO, ISAMU OTAKE, TOMÁS BRUGINSKI DE PAULA, MILTON XAVIER, JOSÉ MAX REIS ALVES; GRUPO TÉCNICO DA ARTESP: JOSÉ LUIZ LAVORENTE, OCTÁVIO DE SOUZA CAMPOS, IRLANDINO MENEZES MARCONTE, LEONARDO AIRES ILTSCHER, PEDRO UMBERTO ROMANINI, MARCOS ABREU FONSECA, MANOEL MARCOS BOTELHO, EMÍLIO JOSÉ FEZZI, JOAQUIM ELEUTÉRIO NASCIMENTO FILHO, ELAINE MOSCA, ANDRÉ NOZAWA BRITO; TERCEIROS BENEFICIÁRIOS: PEDRO RACHE DE ANDRADE, MANUEL DOS SANTOS RODRIGUES, ALEXANDRE TUJISOKI, ANTONIO ELIAS FILHO, MARIO RACHE FREITAS, REINALDO BERTIN, NATALINO BERTIN, SILMAR ROBERTO BERTIN; EMPRESAS BENEFICIÁRIAS: CONCESSIONÁRIA SPMAR S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CIBE INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CONTERN CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA e **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, em que busca o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa por parte dos requeridos em decorrência de proposta inexecutável em licitação.**

O Ministério Público de São Paulo argui que foi apurado no Inquérito Civil nº 14.0695.0000972/2013-3, que tramitou Pela Promotoria de Justiça do

Patrimônio Público e Social, o atraso nas obras do Trecho Leste do Rodoanel Mário Covas, sendo que o vencedor do certame promovido pela Agência de Transportes do Estado de São Paulo ARTESP foi o Consórcio SPMar. O inquérito civil que tramitou na Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital teve início em razão do atraso na obra do Trecho Leste do Rodoanel Mario Covas pela Concessionária SPMAR. As diligências promovidas ao longo do procedimento demonstraram que, além da inobservância do prazo para conclusão da obra relativa ao Trecho Leste do Rodoanel, a condução da concorrência pela Comissão de Licitação, auxiliada pelo Grupo Técnico da ARTESP e homologada pelo Conselho Diretor da ARTESP acabou por selecionar proposta manifestamente inexequível ofertada pelo Consórcio SPMAR, composta pela Cibe Participações E Investimentos e CONTERN, que posteriormente criaram a Concessionária SPMAR. Alega que o ameadado no procedimento investigatório não deixa dúvidas quanto à condução irregular do certame licitatório, que favoreceu o Consórcio cuja proposta discrepava completamente das demais participantes do certame e do próprio valor orçado pela Administração Pública. Essa conduta levou a ARTESP a contratar proposta manifestamente inexequível. Ademais, a dificuldade de captar recursos e iniciar a execução do objeto demonstram a insuficiência da proposta Originária. Desta forma, o que verifica é que contrato não poderia ser – e nem vem sendo – executado a contento, de forma que o alto grau de autonomia do parceiro-privado que explora o serviço por conta e risco não significa que a pessoa jurídica de direito privado pode efetuar propostas em total dissonância com a realidade, colocando em risco a prestação do serviço público. Assevera que os demandados praticaram as condutas descritas no artigo 9º, caput, da Lei nº 8.429/1992, justamente por terem apresentado proposta inexequível (particulares), a qual foi indevidamente homologada e que se, por ventura, não fosse possível provar a prática do ato de improbidade que importou enriquecimento ilícito, estariam as condutas dos demandados, de qualquer forma, submetidas às sanções da improbidade pela violação dos princípios da legalidade, moralidade administrativa, eficiência e do dever de lealdade às instituições, nos termos do artigo 11 da Lei 8.429/1992. Requereu a concessão de liminar para que seja decretada a indisponibilidade dos bens dos demandados. No mérito requereu a condenação ao pagamento solidário referente ao acréscimo patrimonial dos requeridos, a decretação de nulidade da contratação referente a concorrência internacional ARTESP nº 001/2010, e a aplicação das penalidades prevista no artigo 12, inciso I, II da Lei nº 8.429/1992 e ao pagamento de multa prevista na Lei nº 12.843/2013 e dissolução compul-

sória da pessoa jurídica ou suspensão/interdição parcial de suas atividades, além da proibição da empresa privada de receber incentivos públicos.

A decisão de fls. 1353/1359 indeferiu o pedido de indisponibilidade de bens dos requeridos, tendo sido consignado que, apesar de o valor da proposta vencedora ter sido por volta de 63% da oferta inicial prevista no edital, revela-se imprescindível ouvir a ARTESP para que informe qual o percentual de obra do Rodoanel concluída no trecho Sul e Leste, principalmente porque em setembro de 2018 a ARTESP informou ao Ministério Público que o trecho estava em operação, fato incompatível com a alegada inexecuibilidade. Quanto ao pedido de compartilhamento de informações contidas em delação premiada de Adir Assad, prestada nos autos dos processos nº 5011709-22.2015.4.04.7000 e 5011708-307.2015.4.04.7000 (LAVA JATO), foi expedido ofício ao juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para que aprecie o pedido de disponibilizar informações colhidas naquele processo referente a delação premiada de Adir, conforme estabelecido pelo Ministro Edson Fachin ao analisar a matéria na PET 7065/DF – STF. 2ª Turma., julgado em 30/10/2018.

Constam nas fls. 1369/1374 e 1375/1380 ofícios expedidos conforme determinado. Nas fls. 3841/3848, constam informações prestadas pelo MM Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.

Após as notificações, os requeridos apresentaram defesa prévia.

A requerida **CONCESSIONÁRIA SPMAR S.A. (em recuperação judicial)**, arguiu em síntese nas fls. **1470/1505**, que a alegação de ato de improbidade é genérica, sem indicação de ato de dolo, ilegalidade ou dano ao erário, principalmente porque a proposta tida como inexecuível foi executada. Considerando o valor pago a título de outorga (R\$ 389.308.091,01) e os investimentos realizados pela SPMAR para execução das obras e operação do trecho concedido, os montantes desembolsados pela ré perfazem o valor histórico de mais de R\$ 4.321.000.000,01. O que o Parquet diz que teria sido dano ao erário ou benefício ilícito, é praticamente tudo o que a SPMAR investiu para entregar e operar o complexo rodoviário. Alega inépcia da petição inicial por ausência de correlação lógica entre causa de pedir e pedido; pedidos indeterminados e sem adequação ao caso concreto, ausência de demonstração do ato de improbidade. Requereu ao final a rejeição da inicial e no mérito a improcedência.

A **Fazenda do Estado de São Paulo** apresentou defesa prévia nas fls. **1712/1746** arguindo em apertada síntese, ausência de justa causa e inexistência de ato de



improbidade administrativa. Arguiu a prescrição de parte das pretensões. Alega a impossibilidade de declaração de nulidade da concorrência internacional ARTESP nº 001/2010, pois a sanção não está prevista na Lei de Improbidade Administrativa. Alega a ausência de justa causa, pois as imputações são genéricas, sendo que o Parquet não apresentou qualquer estudo técnico, perícia, dado ou informação apto a demonstrar a alegada inexequibilidade da proposta realizada e acolhida na licitação. Ao final requer a rejeição da inicial.

O requerido **MARIO RACHE FREITAS** apresentou defesa prévia fls 2044/2069, alegando em síntese na condição de engenheiro foi contratado pela CONTERN para desenvolver projetos especiais, estando acompanhando com exclusividade o projeto do Cais Mauá, não tenho conhecimento do Projeto Rodoanel, e que sua participação no Projeto do Rodoanel foi unicamente para firmar o contrato de concessão, no dia 10 de março de 2011, na qualidade de co-representante da interveniente anuente CONTERN -, haja vista que os diretores responsáveis pelo projeto não se encontravam disponíveis para acompanhar a solenidade, tanto que recebeu procuração exclusiva para firmar o contrato de concessão da Concorrência Pública Internacional nº 001/2010, tendo se desligado da empresa em dezembro de 2012. Em razão de tal fato, requer sua exclusão do polo passivo. Arguiu ainda, inépcia da inicial e falta de indicação precisa do ato de improbidade que o requerido teria praticado e prescrição. Ao final postula a rejeição da petição inicial.

O requerido **MANUEL DOS SANTOS RODRIGUES** apresentou defesa prévia fls 2097/2121, alegando ausência de justa causa, eis que a inicial alega ausência de inexequibilidade do contrato, contudo a obra foi concluída; ilegitimidade passiva, pois não praticou qualquer ato de improbidade; inépcia da inicial; prescrição. Ao final requer a rejeição da petição inicial.

O requerido **PEDRO RACHE DE ANDRADE** Diretor Estatutário da SPMar à época dos fatos apresentou defesa prévia fls 2123/2184, alegando em preliminar inépcia da inicial, pois não individualizou a conduta ímproba do requerido, tipo de infração, o benefício auferido, além de que a narrativa dos fatos não decorre logicamente a conclusão, o que inviabiliza a defesa; ilegitimidade passiva, pois o requerido era funcionário da CONTERN, empresa que compôs o Consórcio SPMAR, não possuindo poder diretivo em relação a estratégia seguir; prescrição. No mérito alega que o critério do artigo 48 da Lei nº 8.666/93 não se aplica às licitações referente às concessões de serviços públicos e que o Tribunal de Contas já havia se manifestado sobre a proposta apresentada e entendeu que a proposta era exe-

quível, além de que a oferta da proposta baseou-se em estudo técnico detalhado, e estava garantida por diversas seguradoras. Afirma que em razão da magnitude da obra o atraso foi ínfimo, e ocorreu por problemas alheios ao poder de ingerência da concessionário, como por exemplo atraso nas desapropriações e concessão de alvará. Arguiu ausência de dano ao erário e de dolo ou culpa grave. Ao final requereu a rejeição da inicial.

Os requeridos **JOSÉ LUIZ LAVORENTE, OCTÁVIO DE SOUZA CAMPOS, IRLANDINO MENEZES MARCONDES, LEONARDO AIRES TILTSCHER, PEDRO UMBERTO ROMANINI, MARCOS ABREU FONSECA, MANOEL MARCOS BOTELHO, EMÍLIO JOSÉ FEZZI, JOAQUIM ELEUTÉRIO NASCIMENTO FILHO, ELAINE MOSCA, ANDRÉ NOZAWA BRITO** apresentaram defesa prévia nas fls. 2259/2305 e os requeridos **THEODORO DE ALMEIDA PUPO JÚNIOR SILVIA REGINA ALESSIO, MILTON XAVIER, TOMÁS BRUGINSKI DE PAULA**, apresentaram defesa prévia nas fls. 2689/2733, alegando em síntese ausência de prova de dano ao erário ou dolo/culpa dos requeridos, não indicando qual o montante do acréscimo patrimonial imputado a cada parte, sendo temerária e irresponsável. Os primeiros requeridos compuseram o corpo técnico da ARTESP, e o segundo grupo atuaram na comissão de licitação. Alegaram que não há indicação do dolo por eles praticado. Alegam prescrição, ausência de comprovação de que a proposta não seria inexequível, principalmente porque a obra já executou 99,83% do cronograma e o serviço vem sendo prestado. Ao final requereram a rejeição da inicial.

**MARCO ANTONIO ASSALVE e MARCOS MARTINEZ**, membros do Conselho Diretor da ARTESP na época dos fatos, apresentaram defesa prévia nas fls. 3122/3164. Alegaram que não há indicação do dolo por eles praticado. Alegam prescrição, ausência de comprovação de que a proposta não seria inexequível, principalmente porque a obra já executou 99,83% do cronograma e o serviço vem sendo prestado. Ao final requereram a rejeição da inicial.

**ISAMU OTAKE**, representante da **Secretaria de Economia e Planejamento** apresentou defesa prévia nas fls. 3481/3524, alegando que a inicial é singela ao alegar de forma simples que a contratação de proposta manifestamente inexequível; Risco na consecução do objeto da concorrência; incompatibilidade da política tarifária com os serviços de conservação e gestão da coisa pública, mas não indica qualquer ato de improbidade praticado pelo requerido, inexistindo indicação do ato praticado pelo requerido que tenha trazido prejuízo ao erário. Alega inépcia da inicial, prescrição, ausência de prova de qual teria sido o benefício econômico auferido, ausência

de prova da inexecuibilidade do contrato, considerando que 99% do contrato foi executado. Ao final requer a rejeição da inicial.

Os requeridos **REINALDO BERTIN, NATALINO BERTIN e SILMAR ROBERTO BERTIN** apresentaram defesa prévia de fls. **3531/3573**. Afirmam que o processo de elaboração da proposta comercial foi conduzido por inúmeras pessoas das mais diferentes áreas em cada uma das empresas. Várias equipes de trabalho se estruturaram e dividiram esforços para buscar elaborar uma proposta exequível, competitiva e economicamente interessante. E também afirmam que não é o fato de assinar a proposta que torna um pessoa obrigatoriamente responsável por ela. A proposta foi apresentada pelo Consórcio SPMAR, após os necessários estudos e análises. O simples fato de em algum momento terem sido sócios, conselheiros ou diretores das empresas consorciadas jamais significará que tais corréus praticaram qualquer ato em nome próprio ou para atender a um interesse próprio. Tanto é assim que o autor sequer foi capaz de individualizar uma conduta ímproba que tenha sido praticada por essas pessoas físicas. Afirma que a proposta vencedora do certame foi exequível, tanto que o trecho Sul e Leste do Rodoanel estão em operação. Alegam inépcia da inicial. Ao final postulam a rejeição da inicial.

**CIBE INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. em recuperação Judicial**, apresentou defesa prévia de fls. **3580/3618**. Alegou em síntese que a proposta foi exequível, tanto que o Trecho Sul e Leste do Rodoanel estão em operação. Que não há ato de improbidade praticado pela empresa e como teria ocorrido o enriquecimento ilícito. Alega inépcia da inicial. Ao final postula a rejeição da inicial.

**MAURO GUILHERME JARDIM ARCE (MAURO ARCE)**, apresentou defesa prévia de fls. **3645/3659**. Alegou em síntese inépcia da inicial por não descrever e forma objeto os atos de improbidade que teriam sido praticados pelo requerido, ilegitimidade passiva, pois o requerida era o Secretário de Transportes do Estado de São Paulo e não teve participação no processo de concorrência internacional. Argui inexistir prova de prejuízo ao erário e pagamento de vantagens indevida aos envolvidos, além da proposta ter sido exequível, tantão que o Rodoanel está em operação. Ao final postula a rejeição da inicial e improcedência da ação.

**ALEXANDRE TUJISOKI**, apresentou defesa prévia de fls. **3672/3691**. Alegou em síntese que a proposta foi exequível, tanto que o Trecho Sul e Leste do Rodoanel estão em operação. Que não há ato de improbidade praticado pelo requerido. Ausência

de prova de dano ao erário. Argui falta de interesse de agir do autor, ilegitimidade passiva, inépcia da inicial. Ao final postula a rejeição da inicial.

**ANTÔNIO ELIAS FILHO**, apresentou defesa prévia de **fls. 3698/3738**. Afirma que apesar de ter sido Diretor da CONTERN não participou da referida elaboração da proposta e que se desligou da empresa após a assinatura do contrato, não tendo acompanhado da execução das obras. Arguiu inépcia da inicial, projeto exequível tanto que ao Rodoanel Trecho Sul e Leste estão em operação e rejeição da inicial.

**GERALDO JOSÉ RODRIGUES ALCKMIN FILHO**, apresentou defesa prévia de **fls. 3742/3769**, alegando ausência de demonstração de conduta ímproba praticada pelo requerido, bem como ausência de demonstração de enriquecimento ilícito, além do fato de que os atos de improbidade teriam sido praticados em 2010, época que Geraldo Alckmin não exercia cargo público, sendo que o requerido tomou posse apenas em 01.01.2011. Apesar de o contrato Contrato de Concessão n.º 001/ARTESP/2011 ter sido assinado em 10 de março de 2011, a licitação transcorreu em 2010, época em que o requerido não exercia cargo público. Requereu a ilegitimidade passiva, a inépcia da inicial por ausência de indicação do ato de improbidade praticado, ausência de justa causa, pois além da obra ter sido entregue a proposta foi analisada pelo Grupo Técnico da ARTESP, o qual entendia que as exigências do edital foram atendidas (fls. 846/883). Ao final requereu a rejeição da inicial.

**JOSÉ MAX REIS ALVES** apresentou defesa prévia nas **fls. 37853789**. O requerido foi Diretor do DERSA de 2007 a 2010, que compõe a Secretaria de Transportes de São Paulo. Por tal motivo, na condição de representante legal da DERSA teve ciência dos atos praticados na Concorrência Internacional para a concessão do Rodoanel Trecho Sul e Leste. Afirma que o estatuto no artigo 19 I autoriza a outorga de procuração para outros representantes e que o requerido não integrou a equipe técnica de análise dos critérios objetivos da licitação, tendo atuado no processo apenas como representante do DERSA. Por tal motivo, é parte ilegítima nos autos. Ao final requer o indeferimento da inicial.

**CONTERN CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA (em recuperação judicial)**, apresentou defesa prévia de **fls. 3849/3887**. Alegou em síntese que a proposta foi exequível, tanto que o Trecho Sul e Leste do Rodoanel estão em operação. Que não há ato de improbidade praticado pela empresa e como teria ocorrido o enriquecimento ilícito. Alega inépcia da inicial. Ao final postula a rejeição da inicial.

A certidão de fls. 3902 consignou que todos os requeridos apresentaram defesa prévia, com exceção de Alberto Goldman, que faleceu em 01/09/2009.

Intimado, o Ministério Público requereu a inclusão do substituto processual, que foram indicados no incidente de habilitação do espólio nº 0038799-89.2019.8.26.0053, tendo sido determinada a suspensão do feito (fls. 3930).

Contra a decisão foi interposto embargos de declaração, pois não houve especificação da extensão da decisão.

**Os herdeiros do requerido Alberto Goldman**, apresentaram defesa prévia nas fls. 3967/3985, alegando ilegitimidade passiva, pois o nome do requerido constou apenas quando da homologação do resultado da licitação em 23/12/2010, época em que o Secretário dos Transportes era MAURO GUILHERME JARDIM ARCE e Governador ALBERTO GOLDMAN, não tendo o autor indicado qual teria sido o ato de improbidade praticado ou dano ao erário. Alegou ilegitimidade passiva e ausência denexo causal, além da perda superveniente do interesse processual do autor.

Réplica em relação a todas as defesas prévias apresentadas. O Ministério Público se manifestou pelo não acolhimento das preliminares arguidas pelas defesas técnicas dos requeridos e pelo recebimento da petição inicial, com a consequente citação dos requeridos para apresentação de contestação (fls.4006/4020).

É o Relatório. Decido.

Consoante dispõe o artigo 17, §8º, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), a ação será rejeitada de plano nos casos em que o juiz estiver convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Discute-se nos presentes autos a prática de ato de improbidade administrativa dos requeridos consistente na alegada aceitação de proposta manifestamente inexecúvel na licitação para concessão dos Trechos Leste e Sul do Rodoanel Mário Covas (Concorrência Pública Internacional n.º 001/2010 – contrato de fls.1311/1341), ato que no entender do autor, trouxe prejuízos ao erário e enriquecimento dos envolvidos.

Neste momento serão analisadas as preliminares.

Em que pesem as considerações dos requeridos, **não há como acolher a preliminar de prescrição quanto aos prejuízos causados ao erário.**

Isso porque o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475, com Repercussão Geral (Tema 897), fixou a tese no sentido de que *“são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”*.

Considerando o efeito vinculante do precedente, ficam afastadas as alegações de prescrição suscitadas no que se refere ao prejuízo ao erário.

Contudo, os pedidos do autor que extrapolam as sanções do artigo 12 da Lei de Improbidade e que não se resumem ao ressarcimento ao erário, serão analisadas com a preliminar de prescrição a cada caso, nos termos do artigo 23 da Lei 8.429/1992 e do artigo 25 da Lei 12.846/2013 *(que prevê o prazo de cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; bem como, tratando-se de exercício de cargo efetivo ou emprego, o prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, que, no caso do Estado de São Paulo, é de 5 anos da data dos fatos, conforme Estatuto dos Funcionários Públicos Civis (art. 261 Lei 10.261/1968); ou impõem a prescrição em cinco anos contados da data da ciência da infração)*. A análise da preliminar de prescrição, conforme disposto em lei, ocorrerá desde que esteja presente indício da prática de ato de improbidade.

**As preliminares de ilegitimidade passiva e de inépcia da inicial** apresentada pelo grupo técnico da ARTESP, membros da comissão de licitação, representante legal da empresas que compõem o consórcio SPMAR, Secretário de Transportes do Estado de São Paulo e ex-governador do Estado de São Paulo/Geraldo Alckmin, confundem-se com o mérito e serão analisadas em conjunto com os argumentos apresentados na defesa prévia dos requeridos.

No que se refere a ilegitimidade passiva postulada pelos herdeiros do requerido ALBERTO GOLDMAN – Ex governador de são paulo, ainda que a pena de perda de função pública, suspensão de direitos políticos e multa civil tenha caráter personalíssimo, eventual multa a ser aplicada em decorrência de dano ao erário ou enriquecimento ilícito será transmitida aos herdeiros. Por tal motivo, a rejeição da preliminar de ilegitimidade passiva em decorrência do óbito é medida que se impõe.

Superadas as preliminares daremos início a análise dos demais questionamentos.

Não se desconhece que o rito específico da Lei 8.429/92, especialmente as sanções aqui previstas, guarda íntima relação com os princípios consagrados no direito penal.

Há divergência doutrinária acerca da natureza da ação de improbidade administrativa, mas é certo de que as penalidades extrapolam a esfera civil e administrativa. Sobre o tema, confira-se: *“Em decorrência, todas as garantias penais e processuais penais se aplicam, no caso de ação de improbidade administrativa, o que importa inúmeros efeitos. [...] Em suma, a “ação principal” a que alude o art. 17 é uma ação penal, e não uma mera ação civil.”* (Curso de Direito Administrativo, JUSTEN Filho, Marçal, 8ª ed., p. 1028/1029)

Como corolário do princípio da tipicidade, faz-se necessário descrever em que medida a conduta do réu violou o dever de probidade.

Ainda que não se exija descrição minuciosa, pormenorizando a atuação em seus mínimos detalhes, a exposição de fatos demasiadamente genéricos traz vícios incontornáveis, que demandam a extinção da ação sem resolução de mérito.

Como primeira consequência, tem-se que a exposição genérica de fatos afronta o exercício de defesa. Por óbvio, não há como refutar qualquer acusação sem saber, ao menos, a quais condutas se imputam a improbidade administrativa.

Nesse sentido, valiosa a colação dos seguintes arestos:

*“IMPROBIDADE. Vinhedo. Remuneração de servidor sem a prestação de serviço. Contratação de professor sem a formalidade legal. Defesa prévia. Inépcia da inicial A inicial deve indicar com suficiente clareza no que consistiu o ato de improbidade e a participação de cada réu; não é o caso dos autos, em que não se percebe com clareza a improbidade cometida nem a participação que os réus tiveram nela. Agravo provido para indeferir a inicial, por inépcia, sem prejuízo de novo pedido.”* (AI nº 0101755-53.2012, rel. Des. Torres de Carvalho, 30.07.2012)

*“Agravo de Instrumento Ação Civil Pública Improbidade Administrativa Insurgência contra decisão interlocutória que excluiu litisconsortes passivos o contraditório preliminar previsto no art. 17, da Lei nº 8.429/92 exige que a petição inicial individualize as condutas ímprobadas atribuídas a todos os réus Ausentes, é de rigor declarar-se a rejeição da ação civil pública, de ofício Recurso improvido.”* (AI nº 0218159-61.2010, rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 23.03.2011)

*“IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação civil pública Indeferimento da petição inicial e extinção do feito com relação aos sócios das pessoas jurídicas que figuram como réus Ausência de individualização das condutas de cada um na petição inicial Descrição genérica dos fatos que dificulta o exercício do contraditório e ampla defesa Decisão mantida.”* (AI nº 2011785-71.2013.8.26.0000, rel. Des. Oscild de Lima Júnior, j. 28.01.2014)

Além disso, a descrição genérica de fatos atenta contra a própria natureza da improbidade administrativa.

Como não se desconhece, o elemento subjetivo é essencial para configuração do ato ímprobo, ponto que é pacífico na doutrina e jurisprudência: *“A improbidade se configura como a violação a um dever específico, que é do respeito à moralidade. Não se confunde improbidade com ilicitude em sentido amplo. Pode haver ilicitude sem haver improbidade. A improbidade pressupõe um elemento subjetivo reprovável. Como regra, a improbidade se aperfeiçoa mediante um elemento doloso, admitindo-se a forma culposa como exceção.”* (Curso de Direito Administrativo, JUSTEN Filho, Marçal, 8ª ed., p. 1011)

*“A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido.”* (REsp 841.421-MA, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.05.2007).

Na hipótese dos autos não há como extrair o elemento subjetivo se não há, ao menos, uma mínima descrição das condutas praticadas pelos requeridos.

Se a descrição destas inexistente na petição inicial, é impraticável qualquer juízo sobre dolo ou culpa, pois são seus elementos intrínsecos.

Reitere-se que a razão da improbidade administrativa não é punir mera ilegalidade; é ferramenta que defende a retidão no tratar com a res pública.

Portanto, sem a devida descrição de condutas, há óbice intransponível para o prosseguimento da ação, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a responsabilidade objetiva para a configuração do ato ímprobo. A descrição dos fatos, conforme traz a inicial, não permite concluir, ao menos em tese, pela improbidade.

No que se refere ao ato ímprobo praticado pelo requeridos temos que o autor não indicou o ato de improbidade praticado por cada parte, ou aumento de patrimônio que tenha origem no contrato de licitação internacional.

Apenas a título de exemplificação iremos analisar a situação do requerido **MARIO RACHE FREITAS**, que na época dos fatos foi contratado pela CONTERN para desenvolver projetos especiais de engenharia, estando acompanhando com exclusividade o projeto do Cais Mauá, não tenho conhecimento do Projeto Rodoanel, e que sua participação no Projeto do Rodoanel foi unicamente para firmar o contrato de concessão, no dia 10 de março de 2011, na qualidade de co-representante da interveniente anuente CONTERN -, haja vista que os diretores responsáveis pelo projeto não se encontravam disponíveis para acompanhar a solenidade, tanto que



recebeu procuração exclusiva para firmar o contrato de concessão da Concorrência Pública Internacional nº 001/2010, tendo se desligado da empresa em dezembro de 2012.

O fato deste requerido ter assinado o contrato na condição de representante da interveniente anuente CONTERN, por si só não o torna réu em ação de improbidade, pois há a necessidade de indicação de ato ímprobo por ele praticado, ou indício de enriquecimento relacionado ao contrato assinado, o que não se verifica no processo.

A mesma dinâmica podemos constatar em relação aos demais requeridos, pois o Ministério Público não indicou qual ato ímprobo teriam praticado, sendo importante ressaltar que a assinatura do contrato advindo de licitação internacional pelos envolvidos, quer sejam entidades privadas ou agentes políticos, não os tornam réus em processo de improbidade, pois assinaram o contrato no exercício do papel social que desempenhavam à época, sendo imprescindível a indicação do ato de improbidade que teriam praticado ou de prova de enriquecimento ilícito vinculado ao contrato em questão.

Consigne-se, que a ação apresenta como ponto a ser discutido no mérito a inexecutabilidade do contrato oriundo da licitação internacional para a concessão dos Trechos Leste e Sul do Rodoanel Mário Covas (Concorrência Pública Internacional nº 001/2010).

Conforme apontado na decisão de fls. 1353/1359, a inexecutabilidade do contrato descrita no artigo 48 inciso I e II do, § 1º da Lei nº 8.666/93 não enseja a presunção absoluta.

Apesar de a proposta vencedora ter ofertado o percentual de 63% da valor inicial previsto no edital, a concessionária SPMAR apresentou outorga onerosa de R\$ 389.308.091,01, sendo que o atraso na conclusão da obra se deu em decorrência de atraso nas desapropriações e obtenção de licenças ambientais, o que evidencia a presunção relativa da inexecutabilidade do contrato.

A Fazenda do Estado em suas considerações nas fls. 1726, 1731/1733 e 1739/1740, indica que 99,83% da obra está concluída e em operação, o que evidencia a executabilidade da proposta.

Consta, ainda, que no processo de licitação foram exigidas diversas cartas-conforto pelo poder concedente para garantia do contrato, como por exemplo i) carta

de instituição financeira qualificada declarando que analisou e atesta a viabilidade do plano econômico-financeiro da licitante; ii) carta de instituição seguradora, resseguradora ou corretora de seguros qualificada declarando que analisou e atesta a viabilidade do plano econômico-financeiro; iii) carta da empresa de auditoria independente declarando que analisou e atesta a adequabilidade das projeções financeiras; iv) cartas subscritas por entidades financeiras, declarando o propósito de efetuar, se for o caso, as operações de financiamento da concessão; e v) cartas subscritas por terceiros declarando a intenção de subscrição particular de capital, ou de instituição(ões) financeira(s), no caso de subscrição pública, de efetuar a colocação das ações da concessionária.

Também foram exigidos durante o processo de licitação *(i) pareceres técnicos de autoridades nas respectivas áreas atestando a exequibilidade técnica da metodologia de execução apresentada pelo Consórcio SPMAR (Professora Maria Celina Noronha Grassi Nogueira: fls. 7430/7435; Eng<sup>o</sup> João Afonso Freire de Carvalho e Eng<sup>o</sup> Ettore José Bottura: fls. 7478/7480; Eng<sup>o</sup> Catão Francisco Ribeiro Enescil Engenharia de Projetos Ltda: fls. 7503/7513; A.M. Branco Consultoria Ltda: fls. 7579/7603; Geotec Consultoria Ambiental: fls. 7605/7614); (ii) Parecer econômico-financeiro da consultoria Rosenberg & Associados apontando a exequibilidade econômica-financeira da metodologia de execução da proposta do Consórcio SPMAR (fls. 7545/7577); (iii) Parecer jurídico da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo indicando a aceitabilidade da metodologia de execução e dos documentos para qualificação documentação do Consórcio SPMAR em seus aspectos jurídicos (Parecer CJ/ARTESP n.º 232/2010: fls. 7615/7624); (iv) Pareceres jurídicos já citados do Professor Titular Adilson Abreu Dallari, no caso em apreço (fls. 7515/7533), e dos Professores Carlos Ari Sunfeld e Floriano Azevedo Marques Neto apresentados em casos análogos (respectivamente, concessão da rodovia MG-050 e de rodovias federais), dando conta da inaplicabilidade do artigo 48, II e § 1º, da Lei n.º 8.666/93 às concessões (fls. 7646/7688 e 7685/7700).*

Verifica-se que durante a tramitação do processo de licitação houve estudo da exequibilidade da proposta apresentada, indicando sua exequibilidade, não aplicando ao caso o disposto no artigo 48, II § 1º da Lei 8.666/93.

Neste sentido colaciono as seguintes julgados:

*RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. ART. 48, I E II, § 1º, DA LEI 8.666/93. PRESUNÇÃO RELATIVA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO PELO LICITANTE DA EXEQUIBILIDADE DA PROPOSTA. RECURSO DESPROVIDO.*

1. A questão controvertida consiste em saber se o não atendimento dos critérios objetivos previstos no art. 48, I e II, § 1º, a e b, da Lei 8.666/93 para fins de análise do caráter exequível/inexequível da proposta apresentada em procedimento licitatório gera presunção absoluta ou relativa de inexequibilidade. 2. A licitação visa a selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de maneira que a inexequibilidade prevista no mencionado art. 48 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos não pode ser avaliada de forma absoluta e rígida. Ao contrário, deve ser examinada em cada caso, averiguando-se se a proposta apresentada, embora enquadrada em alguma das hipóteses de inexequibilidade, pode ser, concretamente, executada pelo proponente. Destarte, a presunção de inexequibilidade deve ser considerada relativa, podendo ser afastada, por meio da demonstração, pelo licitante que apresenta a proposta, de que esta é de valor reduzido, mas exequível. 3. Nesse contexto, a proposta inferior a 70% do valor orçado pela Administração Pública (art. 48, § 1º, b, da Lei 8.666/93) pode ser considerada exequível, se houver comprovação de que o proponente pode realizar o objeto da licitação. [ & ] a vencedora do certame \_ demonstrou que seu preço não é deficitário (o preço ofertado cobre o seu custo), tendo inclusive comprovado uma margem de lucratividade\_ [ & ] (STJ \_ REsp: 965839 SP 2007/0152265-0, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 15/12/2009, T1 PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2010).

No mesmo sentido já se posicionou o Tribunal de Contas da União: O critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexequibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta. (Acórdão 587/2012 – Plenário, Rel. Min. Ana Arraes)

Ainda que não houvesse entrega da obra, ou atraso na execução, consta no contrato garantias (fls. 1328/1330), cabendo ao contratante executar as garantias na hipótese de descumprimento de contrato.

Neste contexto, a questão a inexequibilidade da proposta está superada, pois constam dos autos que 99,83% do contrato foi executado, tanto que o Trecho Sul e Leste do Rodoanel estão em operação, sendo que os 0,17% faltantes se devem majoritariamente à ligação pendente do Trecho Leste com o Trecho Norte do Rodoanel, ainda em obras (fls. 1727).

Consigne-se que não há de se argumentar violação aos princípios da legalidade, moralidade administrativa, eficiência e do dever de lealdade às instituições, pois toda a contratação foi pautada em licitação na modalidade de Concorrência Internacional, com a análise da proposta mais vantajosa, que culminou na celebração do contrato com oferta de garantias pelo consórcio SPMAR, e inclusive execução quase em sua totalidade, não estando evidenciada a violação destes princípios.

Ainda que o Ministério Público alegue que houve atraso na conclusão da obra, este fato por si só não configura ato de improbidade, pois uma obra desta magnitude depende de desfecho de ações de desapropriação e alvará ambiental, que não são de competência do vencedor da licitação, não podendo ser a ele imputado a responsabilidade por atraso a que não deu causa.

Reitera-se, que na hipótese de atraso na obra, cabe ao Estado de São Paulo e a ARTESP exigir o cumprimento das garantias, evitando prejuízo ao erário, o que se evidenciou durante a tramitação do cumprimento do contrato.

No que se refere ao alegado dano, em que pese a argumentação do Ministério Público, este também não se evidencia, conforme se verifica na planilha de cálculo apresentada pela Fazenda do Estado nas fls. 1741/1743, em que há projeção de desembolso adicional de ao menos 10,07 bilhões de reais ao longo da concessão caso houvesse a desclassificação da proposta da empresa SPMar.

Conforme apontado pela Fazenda do Estado de São Paulo, não há que se argumentar o reconhecimento de nulidade da Concorrência Internacional ARTESP nº 001/2010, pois além de não ser hipótese de sanção prevista da Lei de Improbidade Administrativa, o trecho rodoviário discutido está pronto e em regular operação (fls. 1725), inexistindo indício de prova do alegado dano, o que descaracteriza a inexecutabilidade do contrato.

Neste contexto, **REJEITO A PETIÇÃO INICIAL** nos termos do art.17, § 8º da Lei 8.429/92, em razão da improcedência do pedido, considerando a ausência de demonstração da inexecutabilidade do contrato.

Sem condenação do autor ao pagamento de despesas, custas de sucumbência e honorários, nos termos do artigo 17 e 18 da Lei nº 7.347/1985.

P.I.C.

São Paulo, 15 de abril de 2020.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE  
NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME  
IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

REGISTRO: 2021.0000106382

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1032397-72.2019.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados GERALDO JOSÉ RODRIGUES ALCKMIN FILHO, MAURO GUILHERME JARDIM ARCE, MARCO ANTONIO ASSALVE, MARCOS MARTINEZ, THEODORO DE ALMEIDA PUPO JÚNIOR (E OUTROS(AS)), SILVIA REGINA ALÉSSIO, ISAMU OTAKE, TOMÁS BRUGINSKI DE PAULA, MILTON XAVIER, JOSÉ MAX REIS ALVES, JOSE LUIZ LAVORENTE (E OUTROS(AS)), OCTÁVIO DE SOUZA CAMPOS, IRLANDINO MENEZES MARCONTE, LEONARDO AIRES ILTSCHER, PEDRO UMBERTO ROMANINI, MARCOS ABREU FONSECA, MANOEL MARCOS BOTELHO, EMILIO JOSE FEZZI, JOAQUIM ELEUTERIO DO NASCIMENTO FILHO, ELAINE MOSCA, ANDRÉ NOZAWA BRITO, PEDRO RACHE DE ANDRADE, MANUEL DOS SANTOS RODRIGUES (E OUTROS(AS)), ALEXANDRE TUJISOKI, ANTONIO ELIAS FILHO, MARIO RACHE FREITAS, REINALDO BERTIN, NATALINO BERTIN, SILMAR ROBERTO BERTIN, CONCESSIONARIA SPMAR S.A., CIBE INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A., CONTERN CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA., ANDRÉ GOLDMAN, CLAUDIO GOLDMAN, DEUZENI TRISOGLIO (E OUTROS(AS)), FLAVIO GOLDMAN, MARCELO GOLDMAN, PAULA GOLDMAN, ALBERTO GOLDMAN, ESTADO DE SÃO PAULO e MANUEL DOS SANTOS RODRIGUES.

**ACORDAM**, em 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Após as sustentações orais do Procurador de Justiça Alfredo Coimbra e dos Drs. Lucas Cherem de Camargo Rodrigues, Candido da Silva Dinamarco, Heitor Vitor Mendonça Fralino Sica, Thiago Adorno Albigiante e Luis Fernando Guerrero, negaram provimento ao recurso. V.U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO FEITOSA (Presidente sem voto), ANA LIARTE E FERREIRA RODRIGUES.

São Paulo, 8 de fevereiro de 2021.

**PAULO BARCELLOS GATTI**

Relator

Assinatura Eletrônica

## 4ª CÂMARA

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1032397-72.2019.8.26.0053**

**APELANTE:** MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**APELADOS:** GERALDO JOSÉ RODRIGUES ALCKMIN FILHO e outros

**ORIGEM:** 15ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO

**VOTO Nº 18.861**

### APELAÇÃO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DANO AO ERÁRIO, ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público, tendo por causa de pedir a suposta prática de atos de improbidade dos réus em decorrência de proposta inexequível da licitação na modalidade concorrência (Edital nº 001/2010), voltada à exploração do Trecho Sul e posterior construção e exploração do Trecho Leste do Rodoanel Mario Covas sentença proferida pelo Juízo “a quo” que julgou improcedente de plano a demanda, na forma do art. 17, §8º, da LF nº 8.429/92, por considerar que inexistente na exordial indicação clara acerca do suposto ato de improbidade praticado, ressaltando-se que não obstante inexigível descrição minuciosa e pormenorizada em seus mínimos detalhes, a exposição de fatos demasiadamente genéricos traz vícios incontornáveis, ressaltando-se que o fato da operação do Rodoanel estar em funcionamento evidencia a exequibilidade da proposta e que eventuais atrasos não configuram, por si só, atos de improbidade Pretensão de reforma – Inadmissibilidade – Inépcia da inicial, ante a inexistência de causa de pedir e, em decorrência, de justa causa para prosseguimento da lide – A responsabilidade por improbidade é subjetiva e exige a descrição da conduta irregular, do resultado e do elemento subjetivo do réu – Hipótese dos autos em que o Ministério Público não se desincumbiu do seu ônus de descrever minimamente as condutas dos réus que supostamente poderiam dar ensejo à consumação de ato de improbidade, e tampouco indicou o elemento volitivo inerente a cada um deles por ocasião da prática do aludido ato – Base fática e justa causa para a ação em face da agravante não configuradas – Inexistência dos requisitos necessários para o processamento da ação – Rejeição da exordial corretamente levada a efeito em primeiro grau – Precedentes – Sentença extintiva mantida – Recurso do Ministério Público não provido.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos da “ação civil pública” que promove em face dos apelados **GERALDO JOSÉ RODRIGUES ALCKMIN FILHO** (ex-governador do Estado de São Paulo), **ALBERTO GOLDMAN** (ex-governador do Estado de São Paulo), **MAURO GUILHERME JARDIM ARCE** (Secretário de transportes do Estado de São Paulo); **MARCO ANTONIO ASSALVE** e **MARCOS MARTINEZ** (Conselho Diretor da ARTESP); **THEODORO DE ALMEIDA PUPO JÚNIOR** (Coordenador da Comissão de Licitação); **SILVIA REGINA ALESSIO**, **ISAMU OTAKE**, **TOMÁS BRUGINSKI DE PAULA**, **MILTON XAVIER**, **JOSÉ MAX REIS ALVES** (membros da Comissão de Licitação); **JOSÉ LUIZ LAVORENTE**, **OCTÁVIO DE SOUZA CAMPOS**, **IRLANDINO MENEZES MARCONTE**, **LEONARDO AIRES ILTSCHER**, **PEDRO UMBERTO ROMANINI**, **MARCOS ABREU FONSECA**, **MANOEL MARCOS BOTELHO**, **EMÍLIO JOSÉ FEZZI**, **JOAQUIM ELEUTÉRIO NASCIMENTO FILHO**, **ELAINE MOSCA**, **ANDRÉ NOZAWA BRITO** (membros do Grupo Técnico da ARTESP); **PEDRO RACHE DEA NDRADE**, **MANUEL DOS SANTOS RODRIGUES**, **ALEXANDRE TUJISOKI**, **ANTONIO ELIAS FILHO**, **MARIO RACHE FREITAS**, **REINALDO BERTIN**, **NATALINO BERTIN**, **SILMAR ROBERTO BERTIN** (terceiros beneficiários); **CONCESSIONÁRIA SPMAR S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, **CIBE INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, **CONTERN CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA** (Empresas beneficiárias); e **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, tendo sido a petição inicial rejeitada de plano pelo Juízo “a quo”, na forma do art. 17, §8º, da LF nº 8.429/92, sob o fundamento de que inexistia na exordial indicação clara acerca do suposto ato de improbidade praticado, ressaltando-se que não obstante inexigível descrição minuciosa e pormenorizada em seus mínimos detalhes, a exposição de fatos demasiadamente genéricos traz vícios incontornáveis; ressaltou-se, ainda, que o fato da operação do Rodoanel estar em funcionamento evidencia a exequibilidade da proposta e que eventuais atrasos não configuram, por si só, atos de improbidade, notadamente porque uma obra de grande magnitude depende de desfecho de ações de desapropriação e alvará ambiental, que não são de competência do vencedor da licitação, não podendo ser a ele imputada a responsabilidade por atraso a que não deu causa, consoante a r. Sentença de fls. 4023/4040, cujo relatório se adota.

Em suas razões (fls. 4044/4052), sustenta o Ministério Público que, em obediência ao princípio do *in dubio pro societate*, para o recebimento da inicial é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria. Aduz que o atraso na entrega da obra, “*em consequência dos atos espúrios pratica-*

dos no decorrer da licitação”, é suficiente para configurar indício de improbidade, ressaltando que se o contrato tivesse sido adimplido no prazo de 03 anos, como inicialmente previsto, não existiriam ações pleiteando seu reequilíbrio econômico. Alega que o licitante vencedor deve formular proposta que suporte os custos operacionais da obra, projetando obstáculos que serão encontrados e que, por outro lado, os agentes públicos devem obedecer aos requisitos impostos no edital da licitação, configurando-se inaceitável à sociedade conviver com a ideia de que é normal obras serem entregues com atraso devido a irregularidades praticadas pelos agentes públicos e terceiros, o que caracteriza ofensa ao princípio constitucional da eficiência. Acrescenta que a comprovação de dolo ou culpa é matéria a ser apreciada durante a instrução probatória, sendo despicienda sua análise por ocasião do recebimento da inicial de improbidade. Ao final, requer o provimento do recurso no sentido de se determinar o regular processamento do feito na origem.

Recurso regularmente processado, livre de preparo, diante da isenção legal de que goza o Ministério Público por força do art. 1.007, §1º, do CPC/2015, desafiando contrarrazões dos réus/apelados às fls. 4059/4071, 4072/4084, 4085/4094, 4095/4102, 4103/4129, 4132/4147, 4148/4173, 4210/4219, 4220/4259, 4277/4301, 4302/4319 e 4343/4368.

Parecer do ilustre Procurador de Justiça pelo provimento do apelo para fins de recebimento da inicial, com exceção dos réus Geraldo Alckmin, Alberto Goldman (ausência de elementos no sentido de que tenham, de algum modo, concorrido ou se beneficiado da improbidade), Mário Rache Freitas (documentos comprobatórios de que não participou do Projeto Rodoanel), os quais devem ser excluídos do polo passivo da demanda (fls. 4417/4450).

Este é, em síntese, o relatório.

## VOTO

Colhe-se dos autos que o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, valendo-se de suas atribuições (art. 5º, I, da Lei 7.347/85 e art. 17, *caput*, da Lei 8.429/92), ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra **GERALDO JOSÉ RODRIGUES ALCKMIN FILHO** (ex-governador do Estado de São Paulo), **ALBERTO GOLDMAN** (ex-governador do Estado de São Paulo), **MAURO GUILHERME JARDIM ARCE** (Secretário de transportes do Estado de São Paulo); **MARCO ANTONIO ASSALVE** e **MARCOS MARTINEZ** (Conselho Diretor da ARTESP); **THEODORO DE ALMEIDA PUPO JÚNIOR** (Coordenador da Comissão de Licitação);



SILVIA REGINA ALESSIO, ISAMU OTAKE, TOMÁS BRUGINSKI DE PAULA, MILTON XAVIER, JOSÉ MAX REIS ALVES (membros da Comissão de Licitação); JOSÉ LUIZ LAVORENTE, OCTÁVIO DE SOUZA CAMPOS, IRLANDINO MENEZES MARCONTE, LEONARDO AIRES ILTSCHER, PEDRO UMBERTO ROMANINI, MARCOS ABREU FONSECA, MANOEL MARCOS BOTELHO, EMÍLIO JOSÉ FEZZI, JOAQUIM ELEUTÉRIO NASCIMENTO FILHO, ELAINE MOSCA, ANDRÉ NOZAWA BRITO (membros do Grupo Técnico da ARTESP); PEDRO RACHE DEA NDRADE, MANUEL DOS SANTOS RODRIGUES, ALEXANDRE TUJISOKI, ANTONIO ELIAS FILHO, MARIO RACHE FREITAS, REINALDO BERTIN, NATALINO BERTIN, SILMAR ROBERTO BERTIN (terceiros beneficiários); CONCESSIONÁRIA SPMAR S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CIBE INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CONTERN CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA (Empresas beneficiárias); e FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO, aduzindo que estes teria concorrido para a prática de atos de improbidade ou dele se beneficiado em decorrência de proposta inexequível da licitação na modalidade concorrência (Edital nº 001/2010) para a exploração do Trecho Sul e posterior construção e exploração do Trecho Leste do Rodoanel Mario Covas.

Segundo alega o Ministério Público, “o CONSÓRCIO SPMAR SA apresentou proposta bem inferior ao teto previsto no edital” e, após encaminhamento de toda a documentação apresentada para análise do Grupo Técnico da ARTESP, a Comissão de Licitação concluiu “pelo pleno atendimento das exigências editalícias”, decisão esta que fora homologada em seguida pelo Conselho Diretor da ARTESP.

A adjudicação do objeto de licitação ao consórcio vencedor ocorreu em 05.01.2011, sendo que em 02.03.2011 foi paga a outorga no valor de R\$ 389.308.091,10 e em 10.03.2011 assinado o contrato de concessão nº 001/ARTESP/2011.

Ante o atraso na conclusão das obras, foi instaurado Inquérito Civil, no qual restou apurado, “além da inobservância do prazo para conclusão da obra relativa ao Trecho Leste do Rodoanel, a condução da concorrência pela Comissão de Licitação, auxiliada pelo Grupo Técnico da ARTESP e homologada pelo Conselho Diretor da ARTESP acabou por selecionar proposta manifestamente inexequível ofertada pelo CONSÓRCIO SPMAR, composta pela CIBE PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS e CONTERN, que posteriormente criaram a CONCESSIONÁRIA SPMAR” (fls. 14).

Aduz o Parquet que a ARTESP “confirmou o descumprimento contratual pela não conclusão da obra na data prevista e informou ter instaurado procedimento sancio-

natório”, sendo que a concessionária “prestou esclarecimentos, justificando o atraso na entrega da obra em razão da obrigação de obter as licenças ambientais e de arcar com o custo das desapropriações no local. Além disso, afirmou que durante a execução foi necessária a alteração e adequação dos projetos, impactando no cronograma de execução do Trecho Leste; Posteriormente, informou ter solicitado à ARTESP posteriorização da entrega, tendo em vista a não aprovação dos projetos pela concessionária NovaDutra e pela ANTT Agência Nacional de Transportes Terrestres, haja vista haver interseção do Rodoanel Leste com a Rodovia Presidente Dutra” (fls. 14).

Ainda de acordo com o Parquet, “em recente informação prestada pela ARTESP (setembro de 2018), verificou-se que a obra ainda não está totalmente concluída, apesar de a Rodovia já se encontrar em operação” (fls. 15).

Acrescentou o Ministério Público que o desenrolar das investigações apontou que “os documentos exigidos pelo edital e apresentados pela SPMAR não eram aptos a demonstrar a viabilidade financeira das tarifas de pedágio e a possibilidade de consecução do objeto”, restando evidente que “a proposta do CONSÓRCIO SPMAR muito abaixo do teto indicado pela ARTESP e das demais propostas durante a licitação era manifestamente inexequível”, motivo pelo qual concluiu que “contrato não poderia ser – e nem vem sendo – executado a contento, de forma que o alto grau de autonomia do parceiro-privado que explora o serviço por conta e risco não significa que a pessoa jurídica de direito privado pode efetuar propostas em total dissonância com a realidade, colocando em risco a prestação do serviço público” (fls. 19/20).

Acrescentou-se que “desde a apresentação dos documentos e propostas, a COMISSÃO DE LICITAÇÃO e o GRUPO TÉCNICO da ARTESP teriam elementos suficientes para concluir que faltava solidez ao patrimônio das empresas que compunham o consórcio e que as tarifas ofertadas eram demasiadamente baixas e inexequíveis, ainda mais por se tratar de licitação com outorga, circunstâncias que, em regra, impacta financeiramente no projeto, acabando por resultar em tarifas mais altas” (fls. 20). Assim, conclui o autor, “ao declarar como vencedora a SPMAR, a COMISSÃO DE LICITAÇÕES aceitou um plano tarifário e de captação de recursos absolutamente ousados e inexequíveis, levando à exploração arriscada do Sistema Rodoanel e em descompasso com a realidade, impossível de que haja obediência às cláusulas para implementação de boa gestão para fiscalização, apoio e conservação do Sistema Rodoviário” (fls. 21).

Prossegue o Ministério Público e afirma que por ocasião da análise da proposta vencedora, ante sua inexequibilidade, a “ARTESP deveria ter desclassificado o

*Consórcio SPMar*. Ao não fazê-lo, não restou dúvida “quanto à condução irregular do certame licitatório, que favoreceu o *Consórcio cuja proposta discrepava completamente das demais participantes do certame e do próprio valor orçado pela Administração Pública. Essa conduta levou a ARTESP a contratar proposta manifestamente inexecutável*” (fls. 26).

Assim agindo, aduz o Parquet que “os demandados praticaram as condutas descritas no artigo 9º, caput, da Lei nº 8.429/1992, justamente por terem apresentado proposta inexecutável (particulares), a qual foi indevidamente homologada (agentes públicos), culminando por não dar à licitação a competitividade devida ao processo licitatório, [...] sendo evidente o dolo ao ignorarem a gritante disparidade, tanto das propostas de outras empresas, quanto da tarifa-base fixada pela própria administração pública, além de deixarem de observar o artigo 48 da Lei 8.666/93” (fls. 26/27).

Caso não seja possível provar a prática do ato de improbidade que importou enriquecimento ilícito, argumenta o Ministério Público que estariam as condutas dos demandados, de qualquer forma, submetidas às sanções da improbidade pela violação dos princípios da legalidade, moralidade administrativa, eficiência e do dever de lealdade às instituições, nos termos do artigo 11 da Lei 8.429/1992.

E, em vista destas circunstâncias, por considerar que a conduta dos réus teria configurado ato de improbidade administrativa, o *Parquet* requereu a procedência da presente ação civil por ato de improbidade administrativa, com fulcro nos artigos 9º, 10º e 11, da LF nº 8.429/92, com a consequente aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso I II e III, da mesma legislação especial (fls. 01/49).

Após a apresentação de **defesa preliminar** pelos réus, o Juízo “a quo” rejeitou de plano a petição inicial, na forma do art. 17, §8º, da LF nº 8.429/92, sob o fundamento de que inexistia na exordial indicação clara acerca do suposto ato de improbidade praticado, ressaltando-se que não obstante inexigível descrição minuciosa e pormenorizada em seus mínimos detalhes, a exposição de fatos demasiadamente genéricos traz vícios incontornáveis; ressaltou-se, ainda, que o fato da operação do Rodoanel estar em funcionamento evidencia a exequibilidade da proposta e que eventuais atrasos não configuram, por si só, atos de improbidade, notadamente porque uma obra de grande magnitude depende de desfecho de ações de desapropriação e alvará ambiental, que não são de competência do vencedor da licitação, não podendo ser a ele imputada a responsabilidade por atraso a que não deu causa, dando azo à interposição do presente recurso.

Pelo que se depreende dos autos, o recurso não comporta acolhimento.

Pois bem, a Constituição Federal, ao abrir o capítulo destinado à Administração Pública, predispõe em seu art. 37, *caput*:

**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Ao discorrer sobre o tema Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que:

“[...] a inserção do princípio da moralidade na Constituição é coerente com a evolução do princípio da legalidade [...], evolução essa que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, consagrado no preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º. Isso significou repulsa ao positivismo jurídico e a ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger valores outros, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros consagrados na doutrina, na jurisprudência e mesmo em regras expressas na Constituição e em normas infra-constitucionais. O objetivo foi o de reconquistar o conteúdo axiológico do direito, perdido em grande parte com o positivismo jurídico”.

Para o ilustre José Afonso Da Silva, o princípio da moralidade administrativa, norteador dos demais princípios administrativos, já que impõe uma determinada linha de conduta a ser seguida pela Administração como um todo, com fins a alcançar o *interesse público*, ainda faz exsurgir outro dever aos gestores da *res publica*: o dever de *probidade*.

“A moralidade é definida como um dos princípios da Administração Pública (art. 37). [...] A ideia subjacente ao princípio é a de que a moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. [...] A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, por exemplo, com o intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa. A *probidade administrativa* é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial da Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). **A *probidade administrativa* consiste no dever de o ‘funcionário servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer’. O desrespeito a esse dever é que caracteriza a improbidade administrativa. Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada”.**

Ressalve-se, assim, que nem todo ato de imoralidade enseja a improbidade (disposta no art. 37, § 4º, da CF/88). Para que esta se verifique, necessária se faz

a figura do dolo (arts. 9º, 10-A e 11) ou, ao menos, de culpa inescusável (art. 10) enquanto elemento subjetivo inerente à conduta do agente.

Sem imoralidade qualificada pelo *enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, prática de ato atentatório aos princípios da Administração Pública*, não há que se falar em improbidade administrativa de repercussão na esfera civil e criminal, mas tão somente em ilícito administrativo, sujeito exclusivamente às regras deste microsistema.

**Art. 37. [...]**

§ 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Em sequência, insta observar que a Carta Magna atribuiu à legislação ordinária a regulamentação dos atos ímprobos sendo que, em cumprimento a este comando constitucional, em 02.06.1992, editou-se a Lei nº 8.429, a qual elencou os atos considerados de *improbidade administrativa* da seguinte maneira:

**Seção I**

**Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito**

**Art. 9º** Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

**Seção II**

**Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário**

**Art. 10.** Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

**Seção II-A**

**Dos Atos de Improbidade Administrativa Decorrentes de Concessão ou Aplicação indevida de Benefício Financeiro ou Tributário**

**Art. 10-A.** Constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o **caput** e o § 1º do art. 8º-A da Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003. (*Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016*)

Seção III  
Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam  
Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. 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, e notadamente: [...]

Na hipótese dos autos, reforça-se, o Juízo “a quo”, em cognição sumária da causa, não vislumbrou na exordial a indicação clara acerca dos atos de improbidade administrativa por parte dos corréus, razão pela qual a rejeitou de plano.

Respeitado o entendimento diverso, nada há a ser modificado na sentença.

A **Lei de Improbidade**, em seu art. 17, §§ 6º ao 8º, dispõe que o magistrado poderá receber ou rejeitar a petição inicial da ação de improbidade, após a apresentação das manifestações preliminares, *in verbis*:

**Art. 17** [...]

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

§ 8º – Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da impropriedade da ação ou da inadequação da via eleita.

Assim, depreende-se que, no exame de admissibilidade da inicial, a admissão é regra (desde que, frise-se, acompanhada dos indícios suficientes de autoria e materialidade), restando ao Juiz a possibilidade excepcional de rejeitá-la se convencido da: (i) inexistência do ato de improbidade; (ii) manifesta impropriedade da ação; ou (iii) inadequação da via eleita.

Complementando esse entendimento, é salutar a lição de CÁSSIO SCARPINELA BUENO<sup>12</sup>:

---

12 BUENO, Cássio Scarpinella. O procedimento especial da ação de improbidade administrativa (Medida Provisória 2.088). In: BUENO, Cássio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001, págs. 140-160.

“Os documentos, as justificações, as escusas e a conduta de quem pretende tipificar ato(s) de improbidade administrativa serão analisados não só no decorrer do procedimento (mais aprofundadamente na fase instrutória), mas receberão um juízo de admissibilidade bastante expresso e bastante profundo (até mesmo exauriente, quando a hipótese é de declaração da inexistência do ato de improbidade ou de improcedência da ação) logo após o estabelecimento do prévio contraditório, na forma como disciplinam os precitados §§7º e 8º. Daí que a petição inicial da ação de improbidade administrativa deve ser proporcionalmente mais substancial do que as outras ações que não têm esta fase preliminar de admissibilidade da inicial em contraditório tão aguda. Nestas condições, a delimitação dos fatos, da causa de pedir, e a produção da correspondente prova (quando disponível de imediato) devem ser impecáveis, sob pena de comprometer, já de início, o seguimento da ação e, até mesmo, sua rejeição com apreciação do mérito”.

Desde logo, em prestígio ao disposto no art. 489, §1º, inciso VI, do CPC/2015, não se nega que, na fase postulatória da ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, o Juízo de delibação do magistrado deve se restringir à existência, ou não, de *indícios quanto à prática dos atos ímprobos imputados ao agente público*, sem se imiscuir na efetiva comprovação, ou não, dos elementos de tipificação da conduta (resguardados para a fase própria de instrução do processo).

Nesta etapa processual, a cognição é sumária, devendo o magistrado apenas verificar se há um suporte probatório mínimo para autorizar o processamento da demanda.

Em caso de dúvida quanto à efetiva existência de indícios quanto à prática de ato ímprobo, prevalece a regra do *in dubio pro societate*<sup>13</sup>, tendo em vista os interesses discutidos no processo. Ou seja, diferentemente do que ocorre no processo penal (art. 395, inciso III, do CPP ausência de *justa causa*), não havendo certeza quanto à inexistência do ato ímprobo, deve-se preservar o direito de ação em prol da coletividade.

Ocorre que, na hipótese *sub examine*, não há elementos mínimos de informação que possam demonstrar os *indícios* da prática de ato de improbidade por parte dos réus.

Antes, da leitura atenta da peça vestibular, verifica-se que o Ministério Público não se desincumbiu do seu ônus de descrever minimamente as condutas dos réus que

13 Confira-se, *exempli gratia*, o quanto decidido pelo C. Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 1.333.744/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 24.10.2017; ou, ainda, o REsp nº 1.192.758/MG, 1ª Turma, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, j. 04.09.2014.

supostamente poderiam dar ensejo à consumação de ato de improbidade, e tampouco indicou o elemento volitivo inerente a cada um deles por ocasião da prática do aludido ato, limitando a alegar que a improbidade teria se consubstanciado em razão do “descumprimento do cronograma da obra” e da “inexequibilidade da proposta”.

Neste ponto, imperioso destacar que não se está a exigir do autor da demanda uma descrição exaustiva e pormenorizada da conduta individual de cada um daqueles alocados no polo passivo da demanda, mas tão somente uma narrativa mínima da conduta ímproba e a indicação dos elementos indiciários que a corroborem, sob pena de inviabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Tal como muito bem observado pelo Juízo *a quo*, “*como corolário do princípio da tipicidade, faz-se necessário descrever em que medida a conduta do réu violou o dever de probidade. Ainda que não se exija descrição minuciosa, pormenorizando a atuação em seus mínimos detalhes, a exposição de fatos demasiadamente genéricos traz vícios incontornáveis, que demandam a extinção da ação sem resolução de mérito. Como primeira consequência, tem-se que a exposição genérica de fatos afronta o exercício de defesa. Por óbvio, não há como refutar qualquer acusação sem saber, ao menos, a quais condutas se imputam a improbidade administrativa*” (fls. 4034).

A probidade administrativa consiste no dever de o agente público servir a Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer.

Neste diapasão, considerando que a improbidade se configura como a violação de um dever específico de respeito à moralidade, ou seja, uma ilegalidade qualificada pelo elemento subjetivo, a descrição genérica dos fatos atenta contra a natureza do ato de improbidade e inviabiliza o próprio exercício de defesa dos corréus, o que não pode ser admitido, motivo pelo qual correto se mostrou a rejeição da inicial e a consequente extinção do processo.

Confirmam-se, nessa linha, precedentes das Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA INICIAL – ALEGADA NEGLIGÊNCIA DE CONSELHEIROS TUTELARES E DE SERVIDORES DO CREAS – IMPUTAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/1992  
Decisão que recebeu a inicial Hipóteses do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa que exigem o elemento subjetivo doloso, não bastado a mera alegação de



culpa, ainda que grave Entendimento consolidado do C. STJ Ausência de indicação de potencial conduta dolosa Alegação genérica de culpa grave Inadmissibilidade Indeferimento da petição inicial e extinção do feito, sem resolução do mérito, de rigor, com extensão a todos os corre queridos (art. 1005, CPC) Decisão reformada. Recurso provido. **(Agravado de Instrumento 2250961-63.2019.8.26.0000; Relator (a): Spoladore Dominguez; 13ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 23/09/2020)**

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ação Civil Pública. Decisão que determinou o recebimento da petição inicial e o prosseguimento da ação, com relação à agravante. Não cabimento. Imputação feita à agravante por ela ter dado singelo parecer no procedimento de licitação. Agravante que era Procuradora recém-ingressa na Prefeitura (uma semana antes), tendo dado parecer que até o momento envolvia contratação de pequeno valor comparando com o valor objeto da referida licitação. Ausência de descrição de efetiva participação da agravante na montagem da licitação, bem como de sua participação ou de seu parecer jurídico para o aditamento realizado. Base fática e justa causa para a ação em face da agravante não configuradas. Decisão reformada, em parte, para exclusão da agravante no polo passivo. Recurso provido. **(Agravado de Instrumento 2193301-82.2017.8.26.0000; Relator (a): Claudio Augusto Pedrassi; 2ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 14/12/2017)**

IMPROBIDADE. Mauá. Prefeito. Prescrição. Inépcia da inicial. Agente político. LF nº 8.429/92. DL nº 201/67. 3. Prescrição. O agravante exerceu os mandatos de 1997 a 2000 e de 2001 a 2004 e a ação de improbidade foi proposta em 2011, quando decorrido o quinquênio prescricional. A eleição para novo mandato quatro anos depois (de 2009 a 2012) não interrompe a prescrição em curso nem reabre o prazo previsto em lei. O pedido de ressarcimento do dano não prescreve, nos termos do art. 37 § 5º da Constituição Federal; a ela não se aplica, portanto, o prazo de cinco anos previsto no artigo 23 da LF nº 8.429/92. Prescrição, no entanto, das demais sanções previstas no art. 12, II da LF nº 8.429/93. – 2. Prefeito. Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta ou indireta serão punidos na forma da LF nº 8.429/92 (art. 1º). Os denominados ‘agentes políticos’ estão compreendidos na cláusula aberta ‘qualquer agente público, servidor ou não’, constante do art. 1º. Inexistência de conflito da LF nº 8.429/92, que cuida da ação civil e da responsabilidade administrativa, com o DL nº 201/67, que cuida da responsabilidade e da ação criminal. A LF nº 8.429/92 se aplica ao prefeito, agente político não submetido à jurisdição originária do STF e não beneficiado pela interpretação dada na Recl nº 2.138-DF, como esclarecido na Recl nº 2.735-PE, STF, Rel. Carmen Lúcia. 3. Inépcia da inicial. A responsabilidade por improbidade é subjetiva e exige a descrição da conduta irregular, do resultado e do elemento subjetivo do réu. A inicial não descreve nenhuma conduta praticada pelo agravante e extrai a sua responsabilidade tão somente do fato de ser o prefeito na ocasião, em responsabilidade objetiva que a lei e a jurisprudência não aceitam. A petição inicial é inepta, ante a inexistência de causa de pedir e, em decorrência, de justa causa para prosseguimento da lide. Agravado provido para indeferir a inicial por inépcia,

sem prejuízo de pedido de ressarcimento em ação própria. (Agravado de Instrumento 2068175- 90.2015.8.26.0000; Relator (a): Torres de Carvalho; 10ª Câmara de Direito Público; Julgamento: 03/08/2015)

Em seu apelo, o Ministério Público mais uma vez generalizou a atuação e a suposta prática de atos de improbidade em relação a todos os corréus, sem dedicar uma linha sequer para enfrentamento do principal fundamento da r. sentença de primeiro grau, qual seja, a ausência de descrição das supostas condutas delituosas de cada um, o que é absolutamente inadmissível, inviabilizando por completo o prosseguimento do feito do modo em que se encontra a exordial.

Conquanto a D. Procuradoria de Justiça tenha admitido a correção da sentença com relação aos réus Geraldo Alckmin, Alberto Goldman e Mário Rache Freitas, inexistente diferença entre a situação desses e a dos demais correqueridos, vez que, repita-se, com relação a nenhum deles houve descrição da conduta [supostamente] ímproba e do elemento subjetivo, não tendo sido apresentados quaisquer indicativos no sentido de que tenham, de algum modo, praticado, concorrido ou se beneficiado da improbidade.

Em suma, a partir da análise da exordial, em cotejo com toda a documentação colacionada aos autos, impossível extrair qualquer elemento volitivo pessoal e necessário do agente público se não há, ao menos, uma mínima descrição das condutas praticadas pelos requeridos.

Ato contínuo, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não prevê a responsabilidade objetiva para a configuração do ato ímprobo, sem a devida descrição das condutas de cada um dos réus há óbice intransponível para o prosseguimento da demanda.

Mas não é só.

Embora o Ministério Público tenha embasado sua pretensão na suposta inexequibilidade da proposta, os elementos dos autos indicam o contrário, haja vista que as informações prestadas pela Fazenda do Estado em suas considerações demonstram que o Rodoanel está em operação e a obra está 99,83% concluída (fls. 1726, 1731/1733 e 1739/1740) – com exceção da ligação pendente do Trecho Leste com o Trecho Norte do Rodoanel, ainda em obras (fls. 1727) –, o que evidencia a exequibilidade da proposta, e, conseqüentemente, a inexistência de equívocos durante a tramitação do procedimento de licitação quanto a esse aspecto.

No mais, eventuais atrasos na conclusão da obra não configuram, por si só, atos de improbidade, destacando-se que “uma obra desta magnitude depende de des-

fecho de ações de desapropriação e alvará ambiental, que não são de competência do vencedor da licitação, não podendo ser a ele imputado a responsabilidade por atraso a que não deu causa” (fls. 4039).

Caso comprovada a culpa do consórcio pelos atrasos, cabe ao contratante a utilização dos instrumentos legais e contratuais, tais como a execução das garantias a fim de minimizar o prejuízo ao erário.

Com força nestas premissas, uma vez que os elementos descritivos constantes da inicial, associados aos documentos colacionados aos autos, **não demonstram, sequer em tese, indícios da prática de ato de improbidade por parte dos réus apelados**, de rigor o desprovimento do recurso interposto, merecendo a r. sentença de primeiro grau ser integralmente mantida, tal como lançada.

Atente-se, com o fito de se evitar a oposição de aclaratórios, ser descabida a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais (**inclusive aqueles destinados à fase recursal art. 85, §11, do CPC/2015**), em razão do disposto no art. 18, da Lei nº 7.347/85.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo do *Parquet*, de modo a **MANTER** integralmente a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e bem lançados fundamentos jurídicos.

**PAULO BARCELLOS**

GATTI RELATOR