



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

DECISÃO

Processo Digital nº: **1059241-93.2018.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Ação Civil de Improbidade Administrativa - Dano ao Erário**
 Requerente e Litisconsorte Ativo: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO e outro**
 Requerido: **João Agripino da Costa Doria Junior e outro**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Randolfo Ferraz de Campos**

Vistos.

I – DO RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo **Ministério Público de Estado de São Paulo** em face de **João Agripino da Costa Dória Júnior** e de **Lua Propaganda Ltda.**

Afirma o autor ter-se apurado no curso do **inquérito civil n. 12.0695.0000624/2018-1** que João Agripino da Costa Dória Júnior, enquanto **Prefeito** do Município de São Paulo, utilizou **indevidamente** verbas públicas na realização de publicidade do **Programa “Asfalto Novo”**, o que fez com o desiderato de **promover-se** às **expensas** do **Erário**.

Segundo o autor, o Programa “Asfalto Novo”, concernente às atividades de zeladoria da Secretaria Municipal das Prefeituras Regionais, iniciou-se em novembro de 2017 e teve como objetivo investir R\$ 350.000.000,00 no recapeamento de vias prioritárias de todas as Prefeituras Regionais do Município de São Paulo, sendo que R\$ 210.000.000,00 seriam provenientes do Fundo de Multas, R\$ 100.000.000,00 do Tesouro Municipal e R\$ 40.000.000,00, de investimentos da SPTrans.

Relata o autor que tanto o início quanto a execução das obras do programa foram amplamente divulgados, como registram diversas notícias veiculadas à época dos fatos, e que os gastos realizados com tal publicidade foram exorbitantes, sobretudo por ser o serviço de manutenção asfáltica “*uma obrigação do gestor da coisa pública, não apenas por uma questão de segurança no tráfego municipal, como também por mera decorrência do desgaste do asfalto, consequência natural do trânsito de veículos automotores*” (fls. 15).

Nessa senda, registra o autor que: os gastos em questão representaram o montante de R\$ 29.411.511,92 e concentraram-se no período compreendido entre novembro de 2017 e março de 2018; em abril de 2018, João Dória desincompatibilizou-se do cargo de Prefeito para concorrer ao cargo de Governador do Estado de São Paulo; e a partir de então, cessaram referidos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

dispêndios publicitários.

Destaca o autor também que, segundo apurou o Centro de Apoio Operacional à Execução – CAEx, no período supracitado, foi gasto em publicidade o equivalente a 21% de todo o valor empregado na execução das obras de recapeamento nesse mesmo período.

Do mesmo modo, aponta o aludido órgão auxiliar do Ministério Público ora autor que os gastos com publicidade efetuados em dezembro de 2017 corresponderam a “118% de toda a quantia gasta em Recapeamento naquele mês”, ou seja, “enquanto o gasto com recapeamento foi de R\$ 12.011.400,98, com o Programa de Publicidade gastou-se R\$ 14.218.412,35” (fls. 11).

Nesse contexto, acentua o autor que as propagandas realizadas não tinham caráter institucional, informativo, educativo ou de orientação social, destoando do disposto no artigo 37, § 1º, da Carta Magna Federal.

E após discriminar os valores pagos aos diferentes veículos de comunicação, assevera o autor que os gastos com publicidade foram desproporcionais e tiveram “*por exclusiva finalidade a promoção pessoal do então Prefeito do Município de São Paulo*” (fls. 13), evidenciando **desvio de finalidade** e **violação** a diversos **princípios da Administração Pública**, tais como o da moralidade, da honestidade, da impessoalidade e da publicidade (fls. 23, 25 e 26).

Isto é, segundo o autor, “*houve o dispêndio ilegal e irregular de recursos públicos, ante o uso de verba pública de publicidade, para a satisfação do interesse pessoal do requerido de ter seus atos como alcaide municipal divulgados e vinculados à sua imagem, e não à Administração Pública do Município*” (fls. 17). e visou João Dória com tal divulgação “*apenas alavancar sua campanha ao Governo de São Paulo*” (fls. 17).

Por sua vez, em relação à empresa Lua Propaganda, afirma o autor ter sido ela a responsável pela elaboração das vinhetas veiculadas nos diferentes meios de comunicação e, por conseguinte, a beneficiária “*do ato de improbidade praticado*” (fls. 13).

De mais a mais, salienta que a campanha publicitária, “*além de ter violado princípios basilares da Administração Pública, causou prejuízo ao erário*”, visto ter ela custado R\$ 29.411.511,92 (fls. 13).

Menciona, ainda, que “*os gastos realizados com a publicidade do referido programa ultrapassam inclusive os realizados para divulgação de campanhas de extrema relevância, como as relacionadas à educação e contra a proliferação de doenças por mosquitos*” (fls. 15).

E acrescenta que, “*durante a sua breve gestão como Prefeito do Município de São Paulo, o demandado João Dória desembolsou míseros R\$ 1,5 milhão de reais na manutenção de viadutos, contribuindo para o lamentável episódio da queda do viaduto na Marginal Pinheiros ocorrida no último dia 15 de novembro*” (fls. 16).

Observa o autor que “*o demandado João Dória é reincidente no uso indevido da máquina e do erário públicos para a sua promoção pessoal*” (fls. 17), o que supostamente se evidencia pela existência das ações por ato de improbidade afetas aos processos de autos de ns. 1004481-97.2018.8.26.0053 – em tramitação na 11ª Vara da Fazenda Pública desta Capital – e 1012844-73.2018.8.26.0053 – em tramitação na 6ª Vara da Fazenda Pública desta Capital –, ajuizadas por questões relacionadas ao slogan “*SP Cidade Linda*” e ao slogan “*Acelera SP*”.

Requer, em consequência, a concessão de **liminar** a fim de que se determine a **indisponibilidade** dos **bens** dos réus, haja vista a plausibilidade do direito alegado, alicerçada no



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

teor das provas colhidas, e o perigo da demora, que decorre da supremacia do interesse público e que em tais casos é presumido, consoante precedentes colacionados na petição inicial.

E ao final, pugna o autor pela **procedência** da **ação** com a condenação dos réus pela prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, IX, da Lei Federal n. 8.429/92, e a aplicação das sanções indicadas no art. 12, II, da mesma lei, ou seja, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; ou, subsidiariamente, a condenação de João Dória pela prática de ato de improbidade previsto no art. 11, *caput*, da Lei de Improbidade Administrativa com a aplicação das sanções dispostas no art. 12, III, da mesma lei, isto é, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Anteriormente à sua notificação, compareceu espontaneamente ao processo a corré **Lua Propaganda Ltda.** e apresentou **defesa preliminar** com documentos (fls. 218/455), aduzindo, primeiramente, quanto ao pleito de tutela provisória de urgência, que: deve ser desacolhido tal requerimento, pois declara, “*sob as penas da lei*”, que não promoverá a dilapidação de seu patrimônio, o que está demonstrado pelo seu ingresso antecipado neste processo, demonstrando sua boa-fé; determinar a indisponibilidade de seus bens implicaria em sua “*extinção por vias transversas*”, já que não poderia arcar com os pagamentos de fornecedores, funcionários e com despesas operacionais; o bloqueio de seus bens violaria o princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei Federal n. 11.101/05; e conta com diversos outros contratos administrativos celebrados e tem lastro financeiro suficiente para arcar com eventual condenação nesse processo. No mérito, aduziu que: não é verídica a informação de que a Municipalidade paulistana despendeu, em dezembro de 2017, quantia maior com publicidade do programa “*Asfalto Novo*” do que com o programa propriamente dito, o que foi afirmado pelo autor com base em suposto faturamento da empresa de aproximadamente R\$ 14.000.000,00 em dezembro de 2017; contudo, o valor relativo ao mês de dezembro somente referiu-se ao montante autorizado pela Prefeitura paulistano para aquele mês e, após a autorização, o pagamento apenas foi iniciado em fevereiro de 2018; além disso, o valor pago pela Prefeitura não corresponde ao faturamento da empresa, já que a maioria da verba destinada ao pagamento de publicidade foi feita a serviços prestados por terceiros (veículos de comunicação, fornecedores, entre outros), de modo que a agência publicitária ganhou a título de honorários somente 10%; o programa governamental em questão foi dividido em duas etapas, totalizando cerca de R\$ 500.000.000,00 enquanto o gasto com publicidade foi de aproximadamente R\$ 29.000.000,00, o que correspondeu a cerca de 6% do total gasto com a execução do programa; a campanha publicitária não foi veiculada em período tal que beneficiou a campanha do então Prefeito para o cargo de Governador do Estado, uma vez que a divulgação dela nos meios de comunicação deu-se entre dezembro de 2017 e março de 2018, época em que não havia impedimento legal para a veiculação, além de não coincidir com o período em que teve de haver a desincompatibilização do então Prefeito para concorrer ao Governo do Estado; nenhuma das peças publicitárias veiculou a imagem do então Prefeito ou mesmo fez à pessoa dele referência, daí a ausência da violação do princípio da impessoalidade; inexistiu, então, promoção pessoal do então Prefeito com a campanha publicitária; a agência publicitária atua


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

conforme orientação do cliente e elabora a campanha publicitária a partir de um “briefing” enviado por ele, e, após a elaboração das peças da campanha e aprovação do cliente, há o envio do material para divulgação dos veículos de comunicação, iniciando-se, então, o pagamento dos veículos e demais fornecedores, enquanto a remuneração da agência corresponde aos honorários devidos pela atividade criativa e também pela intermediação da distribuição de conteúdo; desse modo, “a agência de publicidade age por conta e ordem do seu cliente, atuando tão somente como intermediário entre o seu cliente e o seu anseio de ver solucionado o seu problema de comunicação, de um lado, e, de outro, os veículos de divulgação daquela determinada propaganda”; “não partiu da Lua Propaganda Ltda., nem nunca partirá de agência alguma de publicidade, a identificação do problema de comunicação a ser resolvido, pois este é sempre identificado pelo cliente/anunciante, de forma exclusiva, a partir da constatação das suas necessidades internas”; o contrato administrativo firmado com a Municipalidade de São Paulo, inclusive, previa que a agência era obrigada a acatar as determinações da contratante (itens 3.2.1, 3.2.4 e 11.1); nessa linha de raciocínio, não praticou qualquer ato de improbidade administrativa; a propaganda tinha natureza informativa e contava com características típica de publicidade institucional; o objetivo da campanha publicitária era “(i) demonstrar à população paulistana as ações adotadas pela municipalidade com o intuito de lhes proporcionar melhor qualidade de vida, além de (ii) prevenir acerca de eventuais transtornos em decorrência da execução das obras”; a propaganda foi totalmente desvinculada do gestor público; o autor apontou algumas imagens para alegar ter sido utilizada a campanha publicitária para promover o então Prefeito do Município, mas elas dizem respeito a “materiais de jornais (reportagens) e publicidade na página pessoal do então prefeito”, ou seja, a agência publicitaria não tinha qualquer ingerência sobre tais fatos; por qualquer ótica que se analise, portanto, não praticou ato de improbidade administrativa; e deve a petição inicial, assim, ser rejeitada.

Notificado (fls. 459), o corréu **João Dória** apresentou defesa preliminar com documentos (fls. 460/498), sustentando que, preliminarmente, a petição inicial é inepta porque tece acusações “genéricas” em seu desfavor; no mérito, deve ser rejeitada a petição inicial porque não há justa causa diante da ausência de ato de improbidade administrativa; o programa “Asfalto Novo” foi executado porque as vias da cidade necessitavam de manutenção e investimentos em pavimento asfáltico desde antes de ser o então Prefeito empossado; a novidade do programa foi a qualidade superior do asfalto utilizado e os cuidados para sua aplicação, garantindo maior durabilidade ao recapeamento; a execução do programa trouxe melhora às vias da cidade e à qualidade de vida da população; a Secretaria de Comunicação da Prefeitura de São Paulo tem complexa divisão de competências e responsabilidades entre seus agentes, “... sobretudo no que diz respeito à definição de conteúdo de materiais publicitários, a priorização de programas e finalidades, a gestão dos recursos orçamentários disponíveis para tais veiculações, contando, como se viu, com coordenadorias de invidiosa especialização, caso da coordenação de publicidade, de governo eletrônico e de coordenadoria administrativo-financeira”, além do que há as assessorias técnicas e jurídicas; o então Prefeito, assim, não contava com competência e nem condições materiais para se imiscuir em campanhas publicitárias do Município, “ainda mais pensando-se no gigantismo da máquina administrativa municipal, com 24 Secretarias, tantas autarquias, empresas públicas e fundações”; os detalhes sobre a execução do programa foram definidos por critérios técnicos, o que envolveu a contratação de um laboratório da Faculdade Politécnica da Universidade de São Paulo, em 2017, para definir a melhor forma de recuperação das vias da cidade, já que o Prefeito não tem condições de, pessoalmente, detectar os problemas do asfalto das vias públicas; a ordenação de despesas com publicidade da Prefeitura coube somente à Secretaria Municipal de Comunicação e Informação Social, já que há adoção de medidas de desconcentração administrativa, e não pode o Chefe do Poder Executivo ser



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

responsabilizado por ordenar e incorrer em despesas com programas municipais; todas as peças publicitárias tiveram caráter informativo e de orientação social apenas, observando-se o art. 37, § 1º, da Carta Magna Federal, e jamais foram utilizadas para promover o então Prefeito na campanha eleitoral para o cargo de Governador do Estado; os gastos com a campanha publicitária foram feitos em ordem decrescente, demonstrando que não tinham por fim favorecer sua campanha eleitoral a Governador, já que, se assim, fosse, o gasto teria apresentado curva crescente, gastando-se mais com a aproximação da data do pleito; a sua presença em inaugurações de vias recapadas fazia parte da agenda normal de um prefeito, e não houve prática de desvio de finalidade; em nenhuma das peças publicitárias há o seu nome ou referência à sua pessoa; a divulgação promovida em suas redes sociais privadas somente teve por fim o relato de atos e fatos tais como ocorridos, não havendo promoção pessoal; a petição inicial nem mesmo aponta qual o dispositivo legal violado e assim procede porque inexistente disposição legal a impedir a utilização dos recursos públicos para promover a informação e orientação da população; não participou das tratativas prévias e nem mesmo da divulgação da campanha de publicidade em questão, já que tais tarefas ficaram a cargo da Secretaria de Comunicação, competente para tanto; não desrespeitou qualquer princípio da Administração Pública; não há prova alguma de ter agido com culpa grave, dolo ou má-fé, o que exclui a prática de ato ímprobo; desse modo, deve ser indeferida a tutela provisória de urgência e rejeitada a petição inicial.

Intimada, a **Município de São Paulo** informou que se absteria de ingressar no processo em qualquer dos polos da ação (fls. 216).

Manifestou-se o autor, a fls. 507/514, sobre as defesas preliminares ofertadas.

II – DA PRELIMINAR ARGUIDA

Rejeito a **preliminar** arguida pelo corréu João Dória porque a petição inicial **não** aponta de forma genérica as condutas supostamente por ele praticadas, mas, ao **contrário** e consoante **escorço** dela feito **anteriormente** (tópico I), indica **detidamente** quais seriam elas, fazendo, ainda, a conexão ou vinculação necessária com as normas legais pertinentes e correlatas sanções legais cabíveis.

Não se olvide, neste passo, que "não se configura inépcia da inicial se a petição contiver a narrativa dos fatos configuradores, em tese, da improbidade administrativa e, para o que importa nesta demanda, do prejuízo aos cofres públicos. 3. Sob pena de esvaziar a utilidade da instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos nas ações de improbidade administrativa, a petição inicial não precisa descer a minúcias do comportamento de cada um dos réus. Basta a descrição genérica dos fatos e imputações" (STJ, REsp 964.920/SP, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 28.10.08, DJe 13.3.09).

Ademais, análise mais profunda sobre as imputações apontadas pela petição inicial somente é cabível em sede de abordagem de mérito e não em sede de exame de preliminar como a ora examinada.

III – DA AMPLITUDE DA ANÁLISE DA AÇÃO PARA FINS DE RECEBIMENTO/REJEIÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Segundo o art. 17, § 8º, da Lei Federal n. 8.429/92, feitas as notificações aos réus e escoado o prazo para que se manifestem nos termos do seu § 7º - o que se já verificou neste processo -, "... o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, **rejeitará** a ação, **se** convencido da **inexistência** do ato de improbidade, da **improcedência** da ação ou da **inadequação da via eleita**".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

E, por evidente, se tal convicção **não** estiver formada no sentido "*da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita*", deve-se **receber** a petição inicial com determinação de citação dos réus nos termos do art. 17, § 9º, da Lei Federal n. 8.429/92.

Recebimento da petição inicial este que, **diversamente** da hipótese de sua **rejeição, não** se funda em **convicção** de estar **caracterizado** ato de improbidade administrativa e de ser **procedente** a ação – com adequação, como pressuposto lógico, de tal demanda para tanto -, mas **meramente** na **convicção** de estarem presentes **indícios suficientes** a justificar que se **prossiga** com a ação, dando-se ensejo ao exercício do contraditório e da ampla defesa além da produção das provas pertinentes e relevantes, fazendo-se por primeiro a citação, para enfim poder-se concluir no sentido de ser ou não ela procedente (ou mesmo parcialmente procedente).

Eis porque se mostra sabido que este *decisum não* se funda em análise aprofundada, exaustiva e irrestrita das alegações e das provas, antes sendo de rigor que, "*... existindo meros indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92 (fase em que a presente demanda foi interrompida), vale o princípio do 'in dubio pro societate', a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público*" (STJ, AgRg no AREsp 201.181/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012).

Ou como exposto foi em precedente outro, "*a constatação da existência de indícios da prática de atos de improbidade legítima o recebimento da petição inicial, conforme a hipótese do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92. Precedentes: AgRg no AREsp 142.545/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/12; AgRg no AREsp 201.181/GO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/12; AgRg no AREsp 138.380/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 22/10/12; AgRg no Ag 1.403.624/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/2/12; AgRg no AREsp 19.841/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20/10/11; EDcl no AgRg no REsp 1.117.325/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/9/11*" (STJ, AgRg no Ag 1384491/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013).

E, realmente, o art. 17, § 6º, da Lei Federal n. 8.429/92, apenas exige indícios suficientes da existência do ato de improbidade e seu § 8º determina a rejeição da petição inicial **apenas** em caso de ação temerariamente proposta, isto é, "*na fase prevista no art. 17, § 8º, da LIA, o magistrado deve limitar-se a um juízo preliminar sobre a inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, apenas com o fim de evitar a ocorrência de lides temerárias*" (STJ, AgRg no REsp 1168551/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 28/10/2011).

Em suma e como em V. Acórdão de **recentíssima** lavra sintetizou, a demonstrar a **plena atualidade** dos acima colacionados no que toca à inteligência do art. 17, § 8º, da Lei Federal n. 8.429/92, "*a jurisprudência desta Corte Superior é serena no sentido de que, existindo indícios de cometimento de atos enquadrados na Lei de Improbidade Administrativa, a petição inicial deve ser recebida, fundamentadamente, pois, na fase inicial prevista no art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/92, vigora o princípio do 'in dubio pro societate', a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Nesse sentido: REsp n. 1.725.848/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 6/9/2018, DJe 17/12/2018; AgInt no AREsp n. 1.371.873/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. em 7/5/2019, DJe 13/5/2019*" (STJ, AgInt no AgInt no AREsp 1501406/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

21/09/2020, DJe 24/09/2020).

Com tais considerações, passa-se à análise das questões suscitadas no processo para fins de aplicabilidade do art. 17 da Lei Federal n. 8.429/92 (§§ 8º ou 9º).

IV – DA ANÁLISE DOS ELEMENTOS PARA DECIDIR SOBRE O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

A petição inicial foi instruída com os documentos de fls. 34/187, podendo-se mencionar, dentre os mais relevantes, os seguintes:

(i) Portaria de instauração do Inquérito Civil n. 12.0695.0000624/2018-1 (fls. 35/39);

(ii) representação apresentada pelo vereador Alfredo Alves Cavalcante (fls. 41/46);

(iii) notícia veiculada no sítio eletrônico da Prefeitura de São Paulo atinente ao Programa “Asfalto Novo” (fls. 51/52);

(iv) representação apresentada por Paulo Batista dos Reis (fls. 62/68);

(v) ofício n. 372/2018 – SGM/GAB e documentos enviados em resposta à requisição de esclarecimentos feita pelo Ministério Público (fls. 86/101);

(vi) ofício n. 441/2018/SGM/GAB (fls. 111); Informação SECOM/GAB n. 010735553 discriminando os gastos mensais com publicidade atinente ao Programa Asfalto Novo (fls. 112/113) e notas de empenho que o instruem (fls. 114/119);

(vii) Informação SIURB/Obras n. 010873694 (fls. 122) e respectivas planilhas (fls. 123/124);

(viii) Informações complementares apresentadas por Paulo Batista dos Reis (fls. 131/134);

(ix) Parecer Técnico n. 0275548 do CAEx – Centro de Apoio Operacional à Execução do Ministério Público (fls. 156/161); e

(x) Relatório de Investimentos em Publicidade Institucional – Administração Direta concernente ao 1º semestre de 2018 (fls. 162/170).

Posteriormente, o autor apresentou mídias digitais com documentos consistentes no material utilizado na campanha publicitária tratada na ação, as quais foram devidamente arquivadas em pasta própria no Cartório da Vara (fls. 196), mas veio a Secretaria de Comunicação da Prefeitura, após ser oficiado pelo Juízo, a informar que a totalidade das peças publicitárias estavam disponíveis em endereço eletrônico cujo *link* foi devidamente indicado para acesso pelas partes e pelo Juízo (fls. 211).

A corré Lua Propaganda Ltda., por sua vez, apresentou cópia do instrumento do contrato celebrado com a Municipalidade paulistana para a promoção da propaganda (fls. 343/374), além de peças publicitárias relativas à companhia em questão (fls. 408/450).

IV.1 – DOS ELEMENTOS RELATIVOS AO CORRÉU JOÃO DÓRIA

IV.1.1

Extraiu-se do sítio eletrônico do Município de São Paulo que “o programa Asfalto Novo é um dos serviços de zeladoria sob coordenação da Secretaria das Prefeituras Regionais. O



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

programa, que começou em novembro de 2017, está investindo R\$ 461 milhões no recapeamento de vias prioritárias em todas as prefeituras regionais da capital paulista. Deste valor, R\$ 302 milhões são provenientes do Fundo de Multas, R\$ 129 milhões do Tesouro Municipal, outros R\$ 40 milhões serão investidos pela SPTrans e R\$ 30 milhões de financiamento em parceria com o Santander, com foco nos corredores de ônibus. Além disso, a Sabesp fará o recapeamento de 400.000 m² de vias”¹.

Além disso, consta do aludido endereço eletrônico que “o programa Asfalto Novo traz como grande novidade a qualidade superior do asfalto e cuidados durante sua aplicação, o que garante maior durabilidade ao recapeamento. Ao contrário das ações anteriores, em que a recuperação do pavimento era padronizada e uniforme, uma avaliação do pavimento existente através de levantamentos e inspeções permite a aplicação do asfalto adequadamente a cada via”².

Nesse contexto, foram apresentadas representações questionando a legalidade dos gastos efetuados pela Municipalidade de São Paulo com a divulgação de ações concernente ao programa em comento (fls. 41/46 e 62/68) daí ter o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitado informações a respeito dos fatos ao então Secretário Municipal de Governo (fls. 80).

IV.1.2

Por sua vez, a Prefeitura do Município de São Paulo, especialmente através da Secretaria Executiva de Comunicação (fls. 87), defendeu a legalidade das propagandas veiculadas relativamente ao programa “Asfalto Novo”, afirmando, entre outros pontos, o seguinte:

“Ab initio’, impõe esclarecer que o nome do ‘Programa Asfalto Novo’ não induz o munícipe em erro como alega o representante.

Como cediço, a maior parte de malha viária da Cidade de São Paulo já possui asfaltamento e, portanto, as ações da Municipalidade são de conservação e manutenção e que, costumeiramente, passam tecnicamente pelo fresamento (retirada da capa asfáltica antiga) e recapamento, o que já configuraria, sem dúvida, técnica e costumeiramente, um ‘asfalto novo’.

Porém, o Programa Asfalto Novo é muito mais que um simples recapeamento.

Com efeito, nos termos da Nota Técnica emitida pela Coordenação de Asfalto (Anexo I) e das informações prestadas pela Secretaria Municipal de Serviços e Obras (Anexo II), tecnicamente o pavimento é formado por várias camadas, sendo a mais superficial a camada asfáltica. Contudo, o asfalto não é substância pura, mas um composto de misturas de hidrocarbonetos e substâncias minerais, havendo assim, vários tipos de asfalto, em função desta composição de materiais e de outros aditivos que lhe são agregados. O Programa ‘Asfalto Novo’ utiliza novo revestimento de mistura asfáltica, tipo ‘SMA’ com polímero e fibra (Stone Mastic Asphalt) e ‘GAP GRADE’, demonstrando que, sob o aspecto técnico-científico, a expressão ‘Asfalto Novo’ está absolutamente correta, pois houve alteração do tipo de asfalto que configura, textualmente, um asfalto NOVO.

(...)

Oportuno destacar que a campanha publicitária somente destaca a maior durabilidade das misturas asfálticas que estão sendo aplicadas na malha

¹ <<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/subprefeituras/noticias/?p=260556>>

² Ibidem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

viária, o que se comprova tecnicamente diante da utilização de 'SMA'...

(...)

A publicidade do programa Asfalto Novo possui duas etapas. Na primeira etapa, em 2017, foram investidos R\$ 14.726.785,35 (quatorze milhões setecentos e vinte e seis mil, setecentos e oitenta e cinco reais e trinta e cinco centavos), e em 2018 foram investidos R\$ 14.926.146,32 (quatorze milhões, novecentos e vinte e seis mil, cento e quarenta e seis reais e trinta e dois centavos).

(...)

Não há, com a devida vênia ao representante, qualquer dúvida razoável que a propaganda veiculada obedece aos ditames constitucionais e princípios norteadores do direito administrativo.

Em primeiro lugar, o Programa Asfalto Novo, apesar de trazer melhorias palpáveis à população, por meio de um serviço de superior qualidade de asfaltamento do viário paulistano, traz alguns inconvenientes decorrentes de toda e qualquer obra pública.

Assim, é de grande importância que os municípios tenham ciência das ruas e avenidas que sofrerão intervenção, de forma a poder planejar novos roteiros para seus deslocamentos em função de problemas de trânsito. Tais informações, de cunho orientativo, encontram-se disponíveis na publicidade, como reconhece o próprio representante nas peças que ele próprio anexou. Ainda a lista de vias pode ser acessada no sítio (...).

(...)

Por outro lado, basta verificar as publicidades veiculadas para demonstrar que não há qualquer violação aos princípios da administração pública, muito menos da impessoalidade.

Não há qualquer menção à autoridade pública, apenas o símbolo da Prefeitura de São Paulo, respeitando, 'in totum', o comando constitucional e da Lei Orgânica deste município: (...).

Por fim, tendo a publicidade motivação informativa e orientativa, de caráter público, e, respeitado o princípio da impessoalidade, não há que se falar em violação do princípio da moralidade" (fls. 88/90, ofício **datado** de **25.7.18**; destaques nossos).

IV.1.3

No pertinente aos gastos realizados na publicidade dada ao Programa Asfalto Novo, a **Informação SECOM/GAB n. 010735553** - Secretaria Executiva de Comunicação da Prefeitura de São Paulo, datada de **30.8.18**, registra ter sido gasto o montante de **R\$ 29.411.511,92** (fls. 112).

Observe-se também que os dispêndios efetuados restringiram-se ao período entre **novembro de 2017 e março de 2018**, tendo o Município de São Paulo afirmado que, **após** esse período, **não** foram mais realizados gastos na divulgação do programa (fls. 112 e 143/147).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Ainda quanto aos gastos efetuados na divulgação do Programa, cumpre mencionar o **Parecer Técnico n. 0275548** do **CAEx** – Centro de Apoio Operacional à Execução do Ministério Público, que assim concluiu:

“Os valores apresentados no Quadro anterior retratam que foi utilizado em gastos com Publicidade no 'Programa Asfalto Novo' o montante de R\$ 29.411.511,92 – equivalente a 21% de todo o gasto com Recapeamento (Asfalto Novo).

Igualmente se destaca o robusto gasto com publicidade ocorrido no mês de dez/2017, correspondendo a 118% de toda a quantia gasta em Recapeamento naquele mês. Ou seja, enquanto o gasto com Recapeamento foi de R\$ 12.011.400,98, com o Programa de Publicidade gastou-se R\$ 14.218.412,35” (fls. 160).

IV.1.4

IV.1.4.1

Certo é haver previsão constitucional (art. 37, *caput*) do **princípio da publicidade**, porém esta publicidade é **distinta** daquela cuidada no § 1º deste mesmo art. 37, porquanto cuida-se aí (*caput*) da “*publicação de ato administrativo do poder público, em órgão de imprensa de grande circulação, oficial, ou não*” (**CRETELLA JUNIOR, José**. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense universitária, 1991. p. 2251), a qual se faz **mister** para dar-se ao ato administrativo **eficácia**, isto é, “*o ato administrativo, como de resto todo ato jurídico, tem na sua publicação o início de sua existência no mundo jurídico, irradiando, a partir de então, seus legais efeitos, produzindo, assim, direitos e deveres*” (STJ, AgRg no RMS 15.350/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 367), daí que “*os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência para impetração de mandado de segurança (120 dias da publicação), quer os de prescrição da ação cabível*” (STJ, REsp nº 1.293.378-RN, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1ª Turma do STJ, DJe de 05.02.2013).

IV.1.4.2

A ação, por sua vez, trata da publicidade em **acepção outra** e a cujo respeito prescreve a Magna Carta Federal, por seu art. 37, **§ 1º**, que “*a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos*”.

Vê-se, então, ser destacado pela regulação constitucional que (**i**) se admite a publicidade oficial, (**ii**) mas deve restringir-se às finalidades educativa, informativa e/ou de orientação social, (**iii**) não podendo, inclusive, constar nela quaisquer elementos identificadores de promoção pessoal de autoridade ou servidor público tais como nomes, símbolos ou imagens.

E soa **incorreta, por superficial, mutiladora do texto constitucional e fraudadora de sua ratio**, a interpretação que não vislumbra violação ao preceito constitucional em comento na publicidade que, sem ter finalidade educativa, informativa e/ou de orientação social, apenas deixa de empregar “*nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

peçoal de autoridades ou servidores públicos", como se o espírito da regra constitucional pudesse deixar ao **olvido** a publicidade **sutil, implícita, dissimulada, da autopromoção**.

Este ponto, inclusive, não passou despercebido a **Sérgio Andréa Ferreira**, o qual, em comentário àquele art. 37, § 1º, da Constituição Federal, salienta que "*o dispositivo em exame tem por objetivo coibir a prática das mais comuns nas administrações brasileiras, a dos governantes e administradores especialmente o chefe do poder executivo, valerem-se dos dinheiros públicos para, a pretexto de divulgar ou simplesmente identificar obras e realizações governamentais, que nada mais são do que o cumprimento das obrigações administrativas, fazerem publicidade de seus nomes, e de seus partidos, com vistas a futuras eleições. Antigamente, o expediente consistia, tão-somente, em apor, na placa de aviso de realização de serviços, a menção a 'Obra do Governo ...'. Hoje em dia, com os meios mais sofisticados de publicidade, de marketing, de merchandising, de uso dos mídia eletrônicos, de comunicação de 'massa', os gastos são colossais com a propaganda oficial. Diante do texto constitucional vigente, as formas são mais sutis, sem a menção a nomes, mas constituindo, caracterizadamente, a promoção pessoal vedada pela CF. Tudo isso, é obvio, constitucionalmente está vedado, ainda que assuma a feição de fraude à lei" (Comentários à Constituição. In: **MORAES, Alexandre de**. *Direito Constitucional*. 13ª ed.. São Paulo: Atlas, 2003. p. 341-342).*

Aliás, já em contexto mais amplo, mas a destacar as nuances do tema, prelecionava o saudoso administrativista **José Cretella Júnior** que, "*no direito administrativo brasileiro, 'abusar' é extravasar o uso da competência, desvirtuando-a para o campo da arbitrariedade. 'Exceder' também é ultrapassar o uso da competência, empregando-a com arbítrio. 'Desviar', ao contrário, é distorcer o ato administrativo, orientando-o para algo diverso daquele que deveria atingir. No 'abuso' e no 'excesso', a violência e o arbítrio são patentes; no 'desvio', não se percebe o 'quantum' de violência que inspira o ato, tal a astúcia da autoridade em camuflar suas intenções" (O "desvio de poder" na administração pública. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 16).*

IV.1.4.3

Como quer que seja, tem a população direito de ser informada sobre as diretrizes adotadas pelos agentes públicos na gestão dos organismos públicos e de uso da verba do Erário, garantindo a transparência da Administração, medida imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito, ou como preleciona **Gilmar Mendes**, "*o princípio da publicidade está ligado ao direito de informação dos cidadãos e ao dever de transparência do Estado, em conexão direta com o princípio democrático, e pode ser considerado, inicialmente, como apreensível em duas vertentes: (1) na perspectiva do direito à informação (e de acesso à informação), como garantia de participação e controle social dos cidadãos (a partir das disposições relacionadas no art. 5º, da CF/ 88), bem como (2) na perspectiva da atuação da Administração Pública em sentido amplo (a partir dos princípios determinados no art. 37, caput, e artigos seguintes da CF/88)" (Curso de Direito Constitucional. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 863).*

Com isto, quer-se ressaltar a importância da divulgação dos programas dos órgãos públicos para a população, inclusive por meio de peças de publicidade, buscando sempre, por meio de linguagem acessível e adequada, alcançar toda a coletividade. Ou seja, não se veda ou reprime a mera publicidade dada a um programa de determinada gestão de governo, assim como não se classifica tal ato, *a priori*, como de improbidade administrativa.

IV.1.4.4

Todavia, **tal qual visto foi**, há **limites**, os quais são encontrados na própria



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Constituição Federal, ao prever, ainda no art. 37, mas já agora em seu §1º, que “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. A divulgação tem por fim atender, então, ao interesse público, jamais ao interesse privado de qualquer dos agentes públicos, seja ele quem for.

E, de fato, a disposição constitucional em comento não pode ser lida sem o influxo dos princípios da impeccabilidade, da moralidade e da eficiência, pois incumbe ao agente público agir com vistas à consecução do interesse público, para o que deve ter conduta de retidão e honestidade, garantindo resultados satisfatórios em favor da coletividade.

Lado outro, embora, à primeira vista, possa parecer que há conflito, no presente caso, entre o princípio da publicidade dos atos administrativos e os princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência, não vinga essa primeira impressão porque são princípios complementares na medida em que somente se pode garantir impessoalidade, moralidade e eficiência quando os atos administrativos observam o direito da coletividade de conhecer os atos praticados pelos governantes.

Destarte, a publicidade para ser executada não deve ter finalidade além da educação, orientação e informação dos administrados, a fim de não se ferir exatamente os princípios da moralidade, eficiência e impessoalidade.

Friso, inclusive, o princípio da boa administração, ao qual a doutrina moderna confere contornos de direito fundamental, segundo o qual, de acordo com a lição de **Juarez Freitas**, “... o direito à boa administração vincula racionalmente o gestor público e o força a medir consequências sistêmicas de suas opções, pois terá de justificá-las coerentemente, sobretudo em seu custo-efetividade. Examinado mais de perto, o direito fundamental é autêntico complexo de direitos, regras e princípios, encartados numa verdadeira síntese, que serve de antídoto contra o arbítrio (por ação ou por omissão)”.

E não basta meramente justificar os atos e decisões na ausência de vedação legal ou mesmo em permissivo legal, uma vez que “a justificativa há de indicar os fundamentos plausíveis para a escolha, não bastando uma mera alusão a dispositivos legais ou metáforas”³.

Nessa esteira, há o vício da discricionariedade administrativa excessiva ou abusiva na “... hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária, quando o agente público opta por solução sem lastro ou amparo em base válida. Ou quando a atuação administrativa se encontra, por algum motivo, destinada (desvio de prioridades constitucionais e/ou legais, por preferências corrompidas ou simplesmente mal concebidas): (...)”⁴.

Isto porque a discricionariedade do administrador não é ilimitada e nem encontra limites apenas na letra fria da lei, mas “exige-se, com efeito, a escolha administrativa sistematicamente orientada, com o selo da discricionariedade legítima, derivada da justa apreciação intertemporal que inclui argumentação com base em evidências – econômicas e não econômicas – (BREYER; STEWART; SUNSTEIN, 2011), para a diferença do cogitado pela abordagem utilitarista clássica. Talvez o maior desafio seja justamente o de perceber como aprovada a decisão administrativa que, a par de resguardar regras formais (atribuidoras da liberdade de escolha), souber guardar conformidade substancial com a teleologia do sistema”.

³ Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração. **Revista Sequência**, Florianópolis, 2015, n. 70, p. 115-133, jun. 2015

⁴ Idem, Ibidem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

*inteiro (nos limites dos poderes atribuídos)*⁵.

IV.1.5

In casu, não obstante a **alegada** superioridade do atual programa em relação às ações de recapeamento anteriormente realizadas pelo Poder Executivo Municipal, aparentemente se afigura **duvidosa** a existência de caráter educativo, informativo ou de orientação social em publicidades pertinentes a programa de recapeamento, visto que este nada mais seria do que o cumprimento, pelo Município paulistano, do dever **permanente** que lhe é imposto de conservação **periódica** das vias públicas e à segurança do tráfego.

Isto é, ao que parece, procurou-se dar ares de singularidade e de ineditismo a um programa de recapeamento que pode ser visto como serviço **trivial** e de **simples** zeladoria da cidade, empregando na campanha publicitária **avultada** verba que chegou a **mais de 20% de toda a verba utilizada no próprio serviço**, tendo havido até mesmo mês (dezembro de 2017), em que a verba de publicidade superou **sensivelmente** aquela aplicada na execução do programa em si mesmo (é o que se depreende do cotejo dos documentos da própria Municipalidade de São Paulo fornecidos ao autor de fls. 112 e 123 além do quadro de fls. 160).

Ao menos por ora, pois, afigura-se ter sido valorada como de importância **excessiva** a divulgação do recapeamento quando em comparação com o serviço em si.

Justificar, pois, a escolha administrativa por empregar montante tão elevado de dinheiro público com verba publicitária apenas na ausência de vedação expressa da legislação é, portanto, insuficiente para dar por proba a conduta do Administrador. O percentual expressivo da despesa com a propaganda quando em comparação com o valor total destinado para o programa "Asfalto Novo", a par de particularidades adiante alinhavadas, deixa, em realidade, **entever** exercício de discricionariedade, aparentemente, a **transbordar** da pretensão do constituinte e do legislador ao permitir margem larga de escolha do agente público na condução das políticas públicas e na publicidade delas para a coletividade.

Certamente, parece muito mais condizente com as necessidades da população da Cidade de São Paulo a execução das obras de recapeamento em si mesma do que divulgação tão sofisticada, massiva e duradoura como a adotada pela Administração, até porque, por se tratar, como suso mencionado, de serviço básico, corriqueiro e simples, a publicidade do programa poderia ter-se dado de forma menos onerosa aos cofres públicos, destinando-se os recursos, caso não empregados por completo no programa do recapeamento, a ações de gestão outras tão ou até mais importantes para a coletividade, coisa que, aliás, já alhures se destacou em V. Acórdão no qual se lê, *in verbis*:

"... não pode o administrador, usando do dinheiro público, fazer propaganda de suas obras e serviços. Aliás, num país como o nosso, com tão poucos recursos, não se pode sequer entender por que grandes importâncias em dinheiro, que poderiam ser usadas em programas sociais, são destinadas muitas vezes para propaganda e publicidade, sem conotação de informação, orientação ou educação, de obras e serviços que se constituem obrigação do administrador eleito. Mas tal é tolerado pela lei, não é precisamente o que se discute no presente caso. Mas nem por isso, pode se fechar os olhos a artifícios que vêm sendo utilizados pelos Srs. Administradores Públicos, para conseguirem, com uso do erário, vincular seus nomes a determinadas obras e serviços, fazendo verdadeiras campanhas de auto-promoção" (TJSP - Apelação

⁵ Idem, Ibidem.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

nº 160.666-1/O - 5ª Câmara Cível de Férias “C”, v.u., Rel. Des. Melo Júnior, j. 7.2.1992. In: **MORAES, Alexandre de**. *Direito Constitucional Administrativo*. Atlas, 2002, p. 332).

Despesa com publicidade com a expressividade vista no presente caso deixa aparentar a finalidade de **autopromoção** do gestor, **ainda que** não se faça **expressa** menção a seu nome ou à sua imagem **diretamente**.

A população, por **óbvio, estabelece** conexão entre as ações do governante e a pessoa dele, o que é natural e inevitável e, em princípio, importante sob a ótica democrática, mas a realização de publicidade de forma tão veemente torna aquela conexão induzida e viabilizada vigorosamente pelo intermédio do dinheiro público, ofendendo, por conseguinte e a princípio, princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

E se mesmo sem a menção expressa ao nome do gestor ou à sua imagem pode se configurar o ato ímprobo, também pode restar praticado ato dessa natureza **quando o próprio Administrador divulga em suas redes sociais pessoais o programa de governo, inclusive com sua imagem incluída em uma das peças publicitárias utilizada na campanha de publicidade, como se vê a fls. 7.**

O então Prefeito, ora corréu, parece ter violado, por conseguinte, o princípio da impessoalidade e não vinga, ao menos por ora, a alegação de que a complexidade da divisão de competências e hierarquia no interior da Administração da Municipalidade afasta a sua participação dos atos em questão. Isto porque era agente público com mandato eletivo de elevada responsabilidade na maior cidade do país, daí não parecer verossímil que desconhecesse as limitações relativas a campanhas publicitárias de programas governamentais.

Ademais, ainda que não tenha efetivamente participado do planejamento da campanha em questão, uma vez tendo dela conhecimento e também da elevada soma de verba pública nela empregada, deveria ter agido e, ao não fazê-lo incorreu, no mínimo, em culpa grave, permitindo publicidade de forma indevida.

Há indícios também, conseqüentemente, de comprometimento da moralidade administrativa pela conduta do então Chefe do Poder Executivo, censurável teoricamente pelo ordenamento jurídico pátrio.

A conduta do corréu, nessa esteira, parece se adequar à hipótese do **inciso IX** do **art. 10**, da Lei de Improbidade Administrativa, haja vista a realização de despesa vedada por conta do caráter assumido pela campanha publicitária.

Além disso, também é verossímil a prática da conduta do art. 11 da Lei Federal n. 8.429/92, sendo que, “*no tocante ao elemento subjetivo, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/92 dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente*” (STJ. AgRg no REsp n. 1.368.125/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 21.5.13, DJe 28.5.13), daí que, ao menos em uma análise perfunctória, parece estar presente o elemento em questão.

Em princípio, pois, parece ter havido a prática de ato de improbidade previsto no **art. 10, IX**, da Lei de Improbidade Administrativa, cujas sanções aplicáveis são aquelas dispostas no art. 12, II, da mesma lei, e, ainda que superada essa alegação, poderá a conduta se enquadrar no **art. 11, caput**, da Lei de Improbidade Administrativa, com sanções previstas no art. 12, III, da mesma lei, o que deve ser considerado ante o **pedido subsidiário** da petição inicial.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Todo o exposto faz concluir pelo **recebimento da petição inicial** quanto ao corrêu, senhor João Dória, lembrando que, conforme já exposto, “*é suficiente a demonstração de indícios razoáveis de prática de atos de improbidade e autoria, para que se determine o processamento da ação, em obediência ao princípio do in dubio pro societate, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público*” (STJ. REsp 1.197.406/MS, Rel. Mina. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/8/2013).

E em **reforço** da conclusão exposta, não se há deixar de ponderar que:

- as peças publicitárias foram veiculadas de novembro de 2017 a março de 2018, com gastos da ordem de R\$ 508.373,00 (novembro de 2017), R\$ 14.218.412,15 (dezembro de 2017), R\$ 9.949.552,28 (fevereiro de 2018) e R\$ 4.735.174,29 (março de 2018), conforme informe da própria Secretaria Executiva de Comunicação da Municipalidade de São Paulo (fls. 112), isto é, no **limite** do prazo legalmente fixado (**7.4.18**) para **desincompatibilização** do corrêu João Dória para poder concorrer ao cargo de Governador do Estado de São Paulo ainda no ano de 2018, em outubro (e, de fato, foi ele então eleito Governador);

- houve **maciço** gasto publicitário por ao menos **três** meses, inclusive já nos **primórdios** do programa (iniciou-se ele em **novembro de 2017**), ou seja, voltou-se mais a divulgar o que seria - e à medida do que fosse feito - do que aquilo **já** feito com **então comprovada vantagem** ao interesse público (durabilidade do asfalto), além do que o **prolongado** período de veiculação da publicidade (por três meses) – a ponto de ser tachada de massiva publicidade por órgão de imprensa (fls. 139) -, em **contrapartida** ao conteúdo **extremamente pobre** em termos alegadamente **informativos** das peças publicitárias (melhor qualidade do material empregado e uso de verba oriunda de arrecadação de multas, notando que, das peças publicitárias retratadas a fls. 228 - audiovisual -, 229 – áudio – 230 – impresso – e 231 – vinheta -, **nem** mesmo a primeira informação constou), constitui **indicativo** por si da **ausência**, ao que parece, do objetivo de veicular conteúdo informativo à população (de orientação social ou educativo, **nem** se cogita – em nada se orientou a população, nem se lhe prestaram informes educativos);

- **pouco** antes de haver aquela desincompatibilização do cargo pelo corrêu João Dória, a divulgação publicitária objurgada na demanda **cessou**, porém não o programa em si (fls. 124);

- à **medida** que se fazia a publicidade oficial do programa governamental, também se fazia a **promoção** pessoal do corrêu João Dória por vias particulares, notadamente em mídia de internet (redes sociais), de modo a fazer-se por via **oblíqua**, **não** explícita, associação na forma até de complementação de uma com a outra;

- houve divulgação **maciça** do programa governamental por forma a **dissociá-lo** de qualquer outro anteriormente realizado em gestões municipais, dando-se àquele ares de **superioridade**, isto é, o intuito **não** parece ter sido de meramente divulgar para fim educativo, informativo e/ou de orientação social; e

- fez-se a publicidade do programa governamental com **associação** ao **slogam** **TRABALHO. TRABALHO. TRABALHO** (fls. 228), **particularmente vinculado** ao aqui corrêu.

Trata-se, neste rol, de elementos indiciários que, **isoladamente**, podem **pouco** dizer, porém, **conjugados** entre si e também com aspectos outros antes expostos, ganham relevo a **impor** o **recebimento** e não a rejeição da petição inicial, notadamente em se tendo presente as



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ponderações feitas a respeito pelo eminente e saudoso Min. Menezes Direito em voto por ele proferido no Excelso Pretório quando do julgamento do RE 191.668-1/RS, *in verbis*:

"A regra constitucional do artigo 37, 'caput' e parágrafo 1º, objetiva assegurar a impessoalidade da divulgação dos atos governamentais que devem voltar-se exclusivamente para o interesse social. Não quis o constituinte que os atos de divulgação servissem de instrumento para a propaganda de quem está exercendo o cargo público, espriando com recursos orçamentários a sua presença política no eleitorado. O que o constituinte quis foi marcar que os atos governamentais objeto de divulgação devem revestir-se de impessoalidade, portanto, caracterizados como atos de governo e não deste ou daquele governo em particular. Não foi por outra razão que a redação do parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição de 1988, prestes a completar 20 anos, restringiu a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social, 'dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos'. No momento em que existe a possibilidade de reconhecimento ou identificação da origem pessoal ou partidária da publicidade há, sem dúvida, o rompimento do princípio da impessoalidade determinada no 'caput', bem como configuração de promoção pessoal daquele que exerce o cargo público no padrão de sua vinculação com determinado partido político que ensejou a sua eleição. Assim, direta ou indiretamente, a vedação é alcançada toda vez que exista a menor possibilidade que seja de desvirtuar-se a lisura desejada pelo constituinte, sequer sendo necessário construir interpretação tortuosa que autorize essa vedação, nascida que é da simples leitura do texto da espécie normativa de índole constitucional" (RE 191668, Relator(a): MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-02321-02 PP-00268 RTJ VOL-00206-01 PP-00400 RT v. 97, n. 876, 2008, p. 128-131 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 226-231 RJTJRS v. 47, n. 286, 2012, p. 33-37).

IV.2 – DOS ELEMENTOS RELATIVOS à CORRÉ LUA PROPAGANDA

LTDA.

A responsabilidade do terceiro para fins de improbidade ocorre quando ele induz (instiga, estimula) o agente público a praticar o ato de improbidade, concorre para a prática desse ato ou se beneficia do ato direta ou indiretamente (obtenção de vantagem).

A corré **Lua Propaganda Ltda.** foi a empresa contratada para a **campanha publicitária** do programa “*Asfalto Novo*” e pelos serviços prestados foi devidamente remunerada.

Dita empresa **contratada** foi **após sagrar-se vencedora em processo licitatório** (concorrência n. 01/SGM/SCOM/2017; fls. 347) **e, em seguida, em concurso de seleção interna entre a aqui corré e empresa de publicidade outra** (fls. 375).

Por ter sido a agência publicitária executora da campanha publicitária em questão, alega o autor que se enquadra ela como particular que se beneficiou de ato de improbidade administrativa.

Como se vê, a **única** imputação feita à corré pessoa jurídica é ter ela **executado** a campanha publicitária, **nada** mais. **Não** se alega ter ela agido em conluio com o outro réu, ter agido com má-fé, dolo ou mesmo culpa grave na realização e divulgação da campanha de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

publicidade.

O fato é que a ré apenas executou o serviço para o qual foi contratada e selecionada, **agindo conforme as determinações da Municipalidade contratante (e neste passo não se há olvidar o teor dos itens 3.2.1, 3.2.4 e 11.1 do instrumento contratual, transcritos a fls. 234 - e que também se veem a fls. 349 e 361 - e com a indeclinável conclusão de que cabia à corré pessoa jurídica, particular, "acatar as determinações de seu contratante"), inexistindo, no mais, indícios e até alegações de ter agido com o fim de se locupletar indevidamente às custas do Erário ou de associar-se indevidamente à imputada autopromoção que teria sido praticada pelo corréu João Dória**

E **não** há, realmente, **elementos** a indicarem ter-se unido a ré pessoa jurídica ao réu pessoa física para fim indevido, daí que inexistente conexão entre as condutas do ponto de vista do elemento subjetivo, de modo que permitir o prosseguimento da ação em face do particular, neste caso, seria **admitir responsabilidade objetiva, não admitida** em sede de improbidade administrativa.

De fato, conforme a jurisprudência consolidada do Colendo Superior Tribunal de Justiça, "1) *É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei n. 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário*" (Jurisprudência em Teses do STJ, Edição n. 38).

E quanto ao terceiro especificamente, também a jurisprudência da mencionada Corte Superior sedimentou-se no mesmo sentido, afirmando que "*a responsabilidade do terceiro que induz ou concorre com o agente público na prática da improbidade, ou que dela se beneficia, supõe, quanto aos aspectos subjetivos, a existência de dolo, nas hipóteses dos arts. 9º e 11 da Lei, ou de culpa nas hipóteses do art. 10. Não há, no sistema punitivo, responsabilidade objetiva*" (STJ. REsp 827.445/SP, Primeira Turma, m.v., Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, j. 2.2.10, DJe 8.3.10).

Ausente dolo ou culpa do particular, evidencia-se a inexistência de ato de improbidade administrativa e impõe-se, por consequência, o **não recebimento** da petição inicial em relação a tal corré.

V – DA LIMINAR

De todo o exposto, forçoso é concluir pela presença da fumaça do bom direito no sentido de terem sido praticados atos descritos pela Lei de Improbidade Administrativa, seja dolosa, seja culposamente, nos termos da ação.

De resto, cumpre considerar ser "... *pacífico nesta Corte Superior entendimento segundo o qual o 'periculum in mora' em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. Precedentes. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada pela desnecessidade de individualização dos bens sobre os quais se pretende fazer recair a indisponibilidade prevista no art. 7º, p. ún., da Lei n. 8.429/92, considerando a diferença existente entre os institutos da 'indisponibilidade' e do 'sequestro de bens' (este com sede legal própria, qual seja, o art. 16 da Lei n. 8.429/92). Precedentes ..."* (STJ, REsp 967.841/PA, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, v.u., j. 16.9.10, DJe 8.10.10).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

E ainda no mesmo sentido, *in verbis*:

"O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível **antes** do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do 'fumus boni iuris'; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o 'periculum in mora' está implícito no comando legal; d) **pode** recair sobre bens adquiridos **anteriormente** à conduta reputada ímproba; e e) **deve** recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as **conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil**. Precedentes: REsp 1115452/MA; REsp 1194045/SE e REsp 1135548/PR" (STJ, AgRg no AREsp 20.853/SP, 1ª T., Rel. Min. Benedito Gonçalves, m.v., j. 21.6.12, DJe 29.6.12);

"É desnecessária a prova do 'periculum in mora' concreto, ou seja, de que os réus estariam dilapidando seus patrimônios, ou na iminência de fazê-lo, exigindo-se apenas a demonstração de 'fumus boni iuris', consistente em fundados indícios da prática de atos de improbidade" (STJ, AgRg no REsp 1.204.635/MT, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, v.u., j. 5.6.12, DJe 14.6.12; no mesmo sentido, STJ, AgRg no AREsp 197.901/DF, 1ª T., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, v.u., j. 28.8.12, DJe 6.9.12); e

"A tese recursal não encontra guarida na jurisprudência do STJ, firmada no sentido de que a decretação da indisponibilidade dos bens 'inaudita altera pars': a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, sendo suficiente a constatação de fortes indícios de improbidade causadora de dano ao Erário; e c) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba ... A indisponibilidade dos bens deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil. Precedentes do STJ" (STJ, REsp 1.194.045/SE, 2ª T., Rel. Min. Herman Benjamin, v.u., j. 19.10.10, DJe 3.2.11).

Enfim, "é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de o juízo poder decretar, fundamentadamente, a indisponibilidade e o bloqueio de bens do indiciado ou demandado, quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause lesão ao patrimônio público ou importe enriquecimento ilícito, prescindindo de comprovação de dilapidação de patrimônio, ou sua iminência" (STJ, AgInt no REsp 1.308.679/RO, 1ª T., Rel. p/ Acórdão Min. Regina Helena Costa, m.v., j. 8.11.18, DJe 4.2.19).

Caso é, assim, de **deferimento da liminar nos moldes abaixo expostos**.

VI – DA CONCLUSÃO

Posto isto, **recebo** a petição inicial quanto ao corrêu, senhor **João Dória**.

DEFIRO a liminar para determinar indisponibilidade de bens do referido réu nos termos do art. 7º, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.492/92, conforme o montante indicado na ação (**R\$ 29.411.511,92**).

Rejeito a petição inicial em relação à corrê **Lua Propaganda Ltda.** nos termos do art. 17, §8º, da Lei Federal n. 8.429/92.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, 80, 11º andar - Sala 1109, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333r2043, São Paulo-SP - E-mail: sp14faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

VII – DA CITAÇÃO E DEMAIS PROVIDÊNCIAS

Expeça-se ofício à Central de Indisponibilidade de Bens para a indisponibilidade de **imóveis** em nome do réu Senhor **João Dória**.

Proceda-se ao bloqueio de **veículos** em nome do réu pelo sistema **RENAJUD**.

Proceda-se ao **bloqueio**, via sistema **BACENJUD**, de **valores** disponíveis em nome do réu em **instituições financeiras**.

Cite-se o réu com as cautelas de praxe.

Intimem-se, observando-se a intimação da Municipalidade de São Paulo, conforme requerido na petição de fls. 216.

Int..

São Paulo, 19 de outubro de 2020.

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