

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

VOTO

O MM. Juiz Jefferson Zanini recebeu parcialmente a inicial da ação civil pública sob os seguintes argumentos:

Do exame do recebimento da petição inicial.

O procedimento da Ação Civil de Improbidade Administrativa prevê a rejeição liminar da ação acaso se constate a inexistência de ato de improbidade, a manifesta improcedência dos pedidos ou a impropriedade da via eleita (Lei n. 8.429/92, art. 17, § 8º). Isso porque, nesse sumário de prelibação, afere-se a existência de justa causa a embasar o processamento da ação. Essa análise, ao fim e ao cabo, serve à garantia de validade dos atos praticados pela Administração Pública.

Diante disso, a jurisprudência da Corte Superior de Justiça prestigia a aplicação do princípio do *in dubio pro societate* nesta fase processual, de maneira que a ação somente deve ser admitida se existirem indícios de práticas perniciosas contra à administração e de sua autoria:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 17, § 8º, DA LEI Nº 8.429/92. INDÍCIOS DE PRÁTICA E DE AUTORIA DE ATOS DE IMPROBIDADE. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. RECURSO PROVIDO.

1. O reconhecimento da existência de indícios da prática de atos de improbidade, em casos como o presente, não reclama o reexame de fatos ou provas. O juízo que se impõe restringe-se ao enquadramento jurídico, ou seja, à consequência que o Direito atribui aos fatos e provas que, tal como delineados no acórdão, dão suporte (ou não) ao recebimento da inicial.

2. A jurisprudência desta Corte tem asseverado que "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" (REsp 1.197.406/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda

Turma, DJe 22/8/2013).

3. Como deflui da expressa dicção do § 8º do art. 17 da Lei nº 8.429/92, somente será possível a pronta rejeição da ação, pelo magistrado, caso resulte convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

4. Na espécie, entretanto, em momento algum o acórdão local concluiu pela existência de provas hábeis e suficientes para o precoce trancamento da ação.

5. Com efeito, somente após a regular instrução processual é que se poderá, in casu, concluir pela existência de: (I) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (II) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; (III) elemento subjetivo apto a caracterizar o suposto ato ímprobo.

6. Recurso especial provido, para que a ação tenha regular trâmite. (REsp 1.192.758/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. p/ Acórdão Min. Sérgio Kukina, j. em 04/09/2014).

In casu, sobressai do caderno processual que os fatos que sustentam a acusação apresentada pelo Ministério Público de Santa Catarina estão centrados na efetivação de procedimento de inexigibilidade de licitação ao arrepio das disposição da Lei n. 8.666/90 e, por consequência, na contratação irregular da empresa Costão Operadora de Turismo Ltda. – ME pela Fesporte para a realização do evento Team Workshop-FIFA World Cup Brazil 2014 e no pagamento do valor de R\$ 3.921.013,97 (p. 135).

Contudo, a despeito de a articulação ministerial, não se constata a existência de indícios de que houve a prática de ato de improbidade tipificado no art. 9º da Lei n. 8.429/92, ou seja, do qual tenha resultado o enriquecimento ilícito dos requeridos.

Com efeito, o Ministério Público não apontou, na exordial, que os requeridos auferiram alguma vantagem ilícita com a contratação da empresa Costão Operadora de Turismo Ltda. – ME pela Fesporte. Simplesmente narrou que houve a contratação irregular da sociedade, mas não argumentou que houve o pagamento por serviços não prestados, o superfaturamento do valor ajustado ou qualquer outra forma de enriquecimento ilícito.

Além de não se retirar qualquer indício de que os valores repassados pelo Seitec tiveram destinação distinta daquela prevista pela legislação, a petição inicial apontou que houve a subcontratação de diversas empresas que prestaram serviços para a consecução do evento:

1. Artmil Comercial Ltda. Fornecimento de 880 capas de chuva descartáveis. R\$ 1.320,00;
2. Zeus do Brasil Ltda. Fornecimento de materiais (cones, cavaletes, capas de chuva, faixas de isolamento, lanternas). R\$ 17.070,90;
3. Lielos Distribuidora de Cosméticos Ltda. ME Fornecimento de 500 bloqueadores solar R\$ 11.525,00;
4. Costão do Santinho Turismo e Lazer Ltda. Locação dos espaços físicos do Costão do Santinho Resort R\$ 532.326,00;
5. Marina Bittencourt M. Pacheco && Cia Ltda. Locação de Móveis R\$ 173.363,00;

6. Marina Bittencourt M. Pacheco && Cia Ltda. Serviços de decoração e ambientação - R\$ 77.835,00;
7. Cardial Stands Ltda. Locação de tendas, mobílias, banheiros químicos, entre outros R\$ 272.360,00;
8. VEG Locadora de Veículos Ltda. Locação de 16 veículos R\$ 16.800,00;
9. Associação dos Servidores da Secretaria da Administração do Estado de Santa Catarina Locação dos espaços físicos para refeição dos funcionários R\$ 5.390,00;
10. H.F. Netto EPP Transporte de pessoas com fornecimento de veículos e motoristas R\$ 327.270,00;
11. Praxis Feiras e Congressos Ltda. Assessoria em eventos R\$ 12.000,00;
12. L&&C Recepção de Eventos Eireli ME - Serviços de limpeza R\$ 60.279,00;
13. L&&C Recepção de Eventos Eireli ME Brigadistas para primeiros socorros R\$ 19.520,00;
14. CR Vigilância e Segurança Eireli ME Serviços de segurança e vigilância R\$ 121.397,00;
15. Novo Brasil Entretenimento Ltda. Jantar no P12 para 600 pessoas R\$ 228.000,00;
16. T&&T Organização de Eventos Ltda. Decoração do P12 - R\$ 318.210,00;
17. Unimed Grande Florianópolis Serviços de emergência - R\$ 111.360,00;
18. Refeições Naturas Ltda. Fornecimento de alimentação - R\$ 141.971,68;
19. Fábrica de Comunicação Ltda. Assessoria em comunicação R\$ 191.087,08;
20. Fábrica de Comunicação Ltda. Fornecimento de 50 mil exemplares de guia sobre esporte em Santa Catarina R\$ 184.360,00;
21. Benjamin Demenjon Gallo ME Isolamento de áreas físicas R\$ 131.750,00;
22. Roseli Rubin Ribeiro ME Fornecimento de alimentação para os funcionários R\$ 2.800,00;
23. Osdweb Informática Ltda. Consultoria em TI R\$ 74.000,00;
24. Benjamin Demenjon Gallo ME Serviços elétricos R\$ 57.019,00;
25. Mileni Heinzen Ltda. ME Locação de geradores - R\$ 151.400,00;
26. Posto Raio de Sol Combustível R\$ 1.885,27.

A realização do evento Team Workshop-FIFA World Cup Brazil 2014 entre os dias 18 a 21 de fevereiro daquele ano no complexo hoteleiro Costão do Santinho Turismo e Lazer Ltda também é notória (FIFA. Final details ironed out at National Teams Workshop. 19 fev. 2014. Disponível em: www.fifa.com/worldcup/news/workshop-das-selecoes-para-esclarecerultimos-detalhes-2280482>. Acesso em: 31 jul. 2019), razão pela qual a contraprestação financeira que a empresa Costão Operadora de Turismo Ltda. – ME recebeu não caracteriza, por si só, ato de enriquecimento ilícito. Ao revés, a privação da empresa de receber a justa remuneração pelos serviços

prestados é que configura o enriquecimento sem causa do próprio ente estatal.

Como esclarecem Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, a configuração da improbidade administrativa por ato de que resulta enriquecimento ilícito demanda, em suma, a demonstração de que houve o assenhoramento ilícito de recursos públicos:

A análise desse preceito legal permite concluir que, afóra o elemento volitivo do agente, o qual deve necessariamente se consubstanciar no dolo, são quatro os elementos formadores do enriquecimento ilícito sob a ótica da improbidade administrativa: a) o enriquecimento do agente; b) que se trate de agente que ocupe cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades elencadas no art. 1º, ou mesmo o estranho que concorra para a prática do ato ou dele se beneficie (arts. 3º e 6º); c) a ausência de justa causa, devendo se tratar de vantagem indevida, sem qualquer correspondência com os subsídios ou vencimentos recebidos pelo agente público; d) relação de causalidade entre a vantagem indevida e o exercício do cargo, pois a lei não deixa margem a dúvidas ao falar em “vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo...”. (Improbidade Administrativa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 388).

Dessa forma, forçoso concluir que não existem indícios da prática de ato de improbidade administrativa descrito no art. 9º da Lei n. 8.429/92, motivo pelo qual a ação não comporta recebimento quanto a este aspecto.

Do mesmo modo, não vertem do processado indícios da prática de ato de improbidade tipificado no art. 10 da Lei n. 8.429/92, isto é, do qual tenha acarretado prejuízo ao erário (perda patrimonial, desvio, apropriação, etc.).

Mutatis mutandis, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA MOVIDA EM FACE DE EX-PREFEITO E DE EX-SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO MUNICÍPIO DE NAVEGANTES. ÁREAS PÚBLICAS, ORIGINALMENTE DESTINADAS À IMPLANTAÇÃO DE POSTO DE SAÚDE E DE PRAÇA COM EQUIPAMENTOS ESPORTIVOS, QUE FORAM CEDIDAS PARA PARTICULARES PARA FINS DE CONSTRUÇÃO DE MORADIAS POPULARES. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS REQUERIDOS NOS TERMOS DO ART. 12, II E III, DA LEI N. 8.429/1992. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. (1) INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGADA A OCORRÊNCIA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REJEIÇÃO. DESTINAÇÃO DIVERSA DOS IMÓVEIS QUE, NO CASO, NÃO CONFIGURA ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSTRUÇÃO DE MORADIAS POPULARES QUE ATENDEU AO INTERESSE PÚBLICO. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE ÁREA REMANESCENTE QUE PODERIA SER EMPREGADA NA CONSTRUÇÃO DE POSTO DE SAÚDE E PRAÇA ESPORTIVA. AUSÊNCIA DE PROVA DE MÁ-FÉ, DOLO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ÔNUS QUE COMPETIA AO AUTOR (ART. 333, I, DO CPC/1973). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0006257-98.2011.8.24.0135 Navegantes, rel. Desa. Denise de Souza Luiz Francoski).

Na espécie, como antes afirmado, o evento foi realizado na sua integralidade pela sociedade empresária Costão Operadora de Turismo Ltda. – ME.

Ainda, observa-se que o evento Team Workshop-FIFA World Cup Brazil 2014 tinha por finalidade a realização do congresso técnico da Copa do Mundo do Brasil com a participação de treinadores e de chefes de equipe das 32 seleções que iriam participar do mundial.

Por sua vez, o art. 2º da Lei estadual n. 13.336/2005, que disciplina o Seitec, estabelece que os recursos devem ser empregados em projetos voltados às práticas da cultura, esporte e turismo:

O Sistema Estadual de Incentivo à Cultura, ao Turismo e ao Esporte - SEITEC, tem por objetivo prestar apoio financeiro e financiamento de projetos voltados à infra-estrutura necessária às práticas da Cultura, Turismo e Esporte, mediante a administração autônoma e gestão própria dos respectivos recursos, além de projetos específicos relativos a cada setor apresentados por agentes que se caracterizam como pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, órgãos públicos de turismo, esporte e cultura das administrações municipais e estadual.

Portanto, observa-se a conformação legal do evento custeado pelos cofres públicos com as finalidades traçadas pela norma de regência, uma vez que destinado à efetivação do congresso técnico preparatório da Copa do Mundo de Futebol.

Não bastasse, emerge do documento de p. 109 que o Grupo Gestor do Seitec aprovou o pedido de utilização da verba para a realização do evento, conforme disciplina o art. 9º-A da Lei estadual n. 13.336/2005.

Doutro lado, ainda que o Superior Tribunal de Justiça já tenha decidido que o dano ao erário pode ser presumido (REsp 1.376.524/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. em 02/09/2014), é preciso considerar que tal entendimento somente vinga se existentes indícios de que o valor pago à empresa foi superior ao de mercado (superfaturado), que os serviços poderiam ser realizados por terceiros com melhores preços, que houve a fragmentação suspeita do objeto contrato, ou que existiu conluio entre agentes para consecução do objeto contrato. Isso tudo, se alegado ou demonstrado, poderia, em tese, configurar o ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei n. 8.429/92, mas não é o que ocorre no caso sub judice.

Assim, como a lei almeja prevenir e, não sendo suficiente, reprimir, atos de gestão nocivos ao patrimônio público, punindo o administrador improbo e não o inculco ou inábil, e como não sobressaem elementos documentais mínimos a evidenciar a situação de dano ao erário, indelével que também não há como recepcionar a ação quanto ao ato de improbidade administrativa delineado no art. 10 da Lei n. 8.429/92.

No ponto, extrai-se dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:
 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFÍCIAS DE JUSTIÇA ACUSADOS DE DELEGAR À TERCEIRO SUAS FUNÇÕES. TOGADO A QUO QUE REJEITOU A AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ESTAR CONVENCIDO DA INEXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE, COM FULCRO NO ART. 17, § 8º DA LEI N. 8.429/92. RECURSO DA PARTE AUTORA. FATOS PRATICADOS PELOS RÉUS QUE NÃO EVIDENCIAM A PRÁTICA DE IMPROBIDADE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. RÉUS QUE NÃO SE

BENEFICIARAM COM O AUXÍLIO DE TERCEIRO NO CUMPRIMENTO DOS MANDADOS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. ELEMENTOS TRAZIDOS AOS AUTOS QUE NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES AO RECEBIMENTO DA AÇÃO. REJEIÇÃO LIMINAR DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE SE IMPÕE. SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0900002-63.2015.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 4.7.2019).

Finalmente, quanto ao ato de improbidade administrativa descrito no art. 11 da Lei n. 8.429/91, que configura uma verdadeira salvaguarda geral por força de reprimir as condutas dolosas atentatórias aos princípios regentes da administração estatal, ainda que não causadores de enriquecimento ilícito ou de dano ao erário, a ação merece recebimento.

De acordo com os elementos trazidos aos autos, é inconteste a contratação da empresa Costão Operadora de Turismo Ltda. – ME para a realização do evento Team Workshop-FIFA World Cup Brazil 2014, bem como o emprego de recursos do Seitec para a sua remuneração.

Ainda, observa-se que os requeridos Guilherme Marcondes de Mattos de Pinho, Lucas Marcondes de Mattos Linsmeyer, na qualidade de sócio administradores da empresa Costão Operadora de Turismo Ltda. – ME, subscreveram o contrato firmado pela Fesporte (p. 113).

O requerido Erivaldo Nunes Caetano Júnior também subscreveu o contrato na qualidade de presidente da Fesporte e na condição de ordenador primário da despesa (p. 113).

A requerida Luciana Brogni atuou no procedimento de contratação da empresa na qualidade de consultora da Fesporte (p. 199).

O requerido Celso Dorian de Oliveira, além de figurar no contrato como testemunha (p. 113), assinou a nota de empenho na condição de ordenador secundário da despesa (p. 122-123).

Por fim, a empresa Costão do Santinho Turismo e Lazer Ltda., embora não tenha figurado no contrato, foi quem determinou a contratação da outra empresa do mesmo grupo econômico, Costão Operadora de Turismo Ltda. – ME, além de ter sido beneficiada com os valores pagos pela Fesporte.

Quanto ao ato que configura a improbidade administrativa, sustenta o Ministério Público que decorre da realização de procedimento de inexigibilidade de licitação e na destinação de recursos do Seitec em desacordo com a legislação de regência.

Portanto, diante da existência de indícios de autoria que recaem sobre os requeridos, e considerando que o fato, em tese, pode configurar uma ofensa aos princípios da administração pública e, pela via reflexa, ato de improbidade administrativa tipificada no art. 11 da Lei n. 8.429/92, conveniente a instauração da ação para uma melhor apuração do ocorrido, especificamente para a delimitação da responsabilidade de cada um e aferição do dolo, notadamente quando as teses defensivas que dizem respeito ao mérito "deverão ser objeto de análise por ocasião do julgamento da demanda" (REsp. 1.008.568- PR, rel. Mina. Eliana Calmon, julgado em 23/6/2009).

Alfim, conveniente a revisão da decisão inicial que decretou a

indisponibilidade dos bens dos requeridos (p. 727-735), porquanto se esvaíram os indícios da prática de atos de improbidade administrativa que importaram em dano ao erário e enriquecimento ilícito dos envolvidos.

Com o esgotamento da fase preliminar é possível inferir que o ato administrativo não gerou prejuízo ao erário ou possibilitou o enriquecimento ilícito dos requeridos, conforme analisado alhures.

Assim, ainda que, ao final, seja constatada a prática de ato de improbidade administrativa por violação dos princípios da administração estatal, não ocorrerá a condenação dos requeridos ao ressarcimento integral do dano, já que inexistente.

Por conseguinte, diante do caráter acautelatório da medida de indisponibilidade para o fim de garantir o ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, e considerando a ausência de dano, indelével a desnecessidade de sua manutenção.

Quanto à eventual pena de multa civil prevista no art. 12, III, da Lei n. 8.429/92, não se opera a presunção de inadimplência que justifica o periculum in mora, motivo pelo qual, diante da ausência de elementos indicando a vontade deliberada dos requeridos de frustrar o pagamento, não pode ser invocada para a manutenção da indisponibilidade.

Além disso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entende que a aplicação das sanções pela prática de improbidade administrativa deve ser empreendida com fundamento na razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, não ocorre a automática imposição das penas de forma cumulativa (Apelação Cível n. 2012.001409-9, de Lebon Régis, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. 21-10-2014).

Nesse contexto, à vista da modificação da moldura jurídica da ação, possível a revogação da medida de indisponibilidade de bens.

Não obstante o voto proferido pelo e. Des. Pedro Manoel Abreu, penso que a decisão deve ser mantida.

Dispõe o § 8º do art. 17 da Lei n. 8.429/1992 que: "[...] 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".

O Ministério Público interpôs agravo de instrumento com o fim de que a inicial seja recebida em relação ao art. 10 da LIA e para que seja restabelecida a medida liminar de indisponibilização dos bens dos réus.

Para a caracterização do ato ímprobo que cause lesão ao erário, é necessária a comprovação de conduta, dolosa ou culposa, que enseje perda

patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades descritas no art. 1º da Lei n. 8.429/1992.

Em que pese a presente ação estar fundamentada na inexigibilidade irregular de licitação para a realização do Team Workshop – Fifa World Cup Brazil, não foi demonstrado o elemento subjetivo do tipo para o enquadramento na conduta prevista no art. 10.

Não se desconhece que a jurisprudência majoritária dos Tribunais Pátrios define que nos casos em que há ilegalidade na dispensa e inexigibilidade de licitação, o dano ao erário é *in re ipsa*. No entanto, há de ser levado em consideração que: 1) o local para a realização do evento foi selecionado pela próprio Comitê Organizador da Copa do Mundo (f. 80 do processo de origem); 2) a solenidade foi realizada com maestria (f. 1360 do processo de origem); 3) houve a prestação de contas e 4) não há indícios e nem alegação de superfaturamento, enriquecimento ilícito ou irregularidade na subcontratação das empresas prestadoras de serviços.

Aliás, deve-se atentar ao fato de que a indicação do local do Congresso ocorreu menos de 1 mês antes da sua realização (f. 80 e 1360 do processo de origem), situação que inviabilizaria a abertura de um processo de licitação para a realização e prestação de todos os serviços.

Conforme ofício encaminhado pelo Presidente da Comitê Organizador da Copa do Mundo, Sr. José Maria Marin, o Team Workshop "foi um marco extremamente importante nessa fase de planejamento e já início das operações para a participação dos times na Copa do Mundo de 2014" e "reuniu representantes de 32 países, 23 treinadores de Seleções e mais de 250 jornalistas de diversos lugares do mundo" (f. 1360 do processo de origem).

Sem qualquer dúvida, a atenção do mundo futebolístico estava em Florianópolis no período de 18 a 20 de fevereiro de 2014, de modo que a cidade tornou-se referência para a realização de grandes eventos, fato que certamente contribuiu para incrementar o turismo da região, cumprindo política pública de

apoiar e incentivar tal atividade econômica, que, todos sabem, é das mais democráticas, porque atinge uma cadeia produtiva de grande escala.

Destaca-se que é de conhecimento público que o Costão do Santinho Resort é um empreendimento consagrado pela opinião pública e com a infraestrutura ideal para suportar a realização de acontecimentos de nível internacional, tanto que indicado pelo próprio Comitê.

A força indutora de tal opção, por órgão da FIFA, praticamente canalizava todos os vetores para o Costão. Era o Costão ou o Costão.

E o Ministério Público não indica, por exemplo, qual seria o outro local que teria condições de competir com o Complexo Costão do Santinho. É de domínio público que realmente não há concorrente na região em termos de estrutura, e isso pode ser devidamente checado e reiterado na fase instrutória.

Aparentemente, houve irregularidade no procedimento para a contratação da empresa Costão Operadora de Turismo, sobretudo em relação à destinação dos fundos da SEITEC e em relação ao aditamento injustificado do objeto da inexigibilidade. Os protocolos normativos não foram cumpridos na sua integralidade. Entretanto, não é toda a irregularidade que é caracterizada como ato de improbidade administrativa.

Sobre o assunto, leciona Mauro Roberto Gomes de Mattos:

[...] não se pode deixar de consignar que para a tipificação na prática do ato de improbidade administrativa, mesmo que não chegue à conclusão da legalidade da literalidade do caput do art. 10 da Lei n.º 8.429/1992, que admite a conduta culposa, é necessário que seja previamente demonstrado o elemento subjetivo da conduta.

[...]

Isso porque não se pode confundir ilegalidade com improbidade administrativa, visto que o ato ímprobo é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, em todos os três tipos do ato de improbidade administrativa.

Rigorosamente nesse sentido, pode-se citar a expressiva lição do Superior Tribunal de Justiça, que exige que haja a imprudência ou negligência do agente público, para os fins da tipificação a que alude o art. 10 da Lei n.º 8.429/1992.

[...]

Portanto, a conduta culposa estará presente quando o agente público, apesar de não pretender o resultado, atuar com negligência, imprudência ou imperícia no trato da coisa pública. Somente com um defeito inescusável, causado pelo agente, capaz de contrariar determinadas regras legais de conduta, é que em tese poderiam ser aferidas pela Lei n.º 8.429/1992, pois do contrário qualquer tipo de ato ilegal seria compulsoriamente transformado em ato ímprobo.

Dessa forma, além do pseudo dano ao erário, a descrição dos elementos fáticos realizada na origem deverá evidenciar a negligência do agente público, a ser descrita a conduta na petição inicial da ação de improbidade administrativa.

[...]

Para fins de improbidade administrativa, é necessária não só a culpa, mas também a presença do efetivo dano ao erário, capaz de trazer-lhes prejuízo.

Portanto, o agente público que segue orientações de órgãos técnicos (pareceres etc.) não age com conduta movida por imprudência, imperícia ou negligência, afastando-se, por via de consequência, a culpa e a improbidade administrativa.

Não se pode perder de vista que a prática da improbidade administrativa será sempre precedida de má-fé, mesmo que seja a título de culpa e não de dolo, na situação descrita no art. 10 da Lei n.º 8.429/1992.

Sendo assim, a atuação com negligência, imprudência ou imperícia deve configurar-se por um defeito inescusável de diligência, “na qual comete um erro sobre a condição do agir ou sobre a consequência da conduta. A punição dessa prática justifica-se pela criação de um risco proibido ao bem jurídico tutelado”.

Por outro lado, a negligência, a imprudência ou a imperícia não configuram isoladamente a improbidade administrativa, pois como condutas irregulares só adquirem o status de ato ímprobo se precedidas de dolo e de má-fé. [...] (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Inquérito civil e ação civil pública de improbidade administrativa: limites de instauração**. Rio de Janeiro: Forense, 2014)

Confira-se precedente do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DIRETA DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO DECLARADA INDEVIDAMENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA GRAVE OU DE DOLO NO CASO DOS AUTOS. MERA IRREGULARIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO QUE NÃO IMPUGNA TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM. CONCORDÂNCIA EXPRESSA DA PARTE RECORRENTE COM O CAPÍTULO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. POSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO DA IRRESIGNAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 182/STJ. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, §

4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

[...]

II - Esta Corte tem entendimento consolidado segundo o qual, para a configuração de ato de improbidade administrativa, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 ou, ao menos, culpa, quanto às condutas do art. 10, da Lei n. 8.429/92. Outrossim, é cediço que o ato administrativo eivado de improbidade é aquele no qual se verifica uma imoralidade administrativa, qualificada pela potencialidade lesiva a bens e valores públicos tutelados pelo ordenamento jurídico.

III - Conforme os precedentes deste Tribunal, a Lei n. 8.429/92, por força, sobretudo, de seu caráter punitivo, não pode ser aplicada a simples condutas de má administração ou meramente irregulares.

IV - No caso, os réus são acusados de contratar, diretamente, empresa para realizar concurso público para admissão de 4 (quatro) servidores para o Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 22ª Região após indevida declaração de inexigibilidade de licitação, eis que a competição era viável. Entretanto, de acordo com as circunstâncias fáticas delimitadas no acórdão recorrido, não foi constatada a presença de culpa grave ou de dolo na conduta atribuída aos réus, razão pela qual a absolvição por ato de improbidade administrativa promovida nas instâncias anteriores deve ser mantida.

V - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

[...]

VIII - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp n. 1.737.075/AL, rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, j. 4-9-2018)

No caso dos autos, não foi possível identificar que os réus agiram de maneira desonesta ou com má-fé.

Não se trata de minimizar os problemas encontrados. É questão de razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que não ficou demonstrado o elemento subjetivo.

Ao revés, verifica-se que os acusados, munidos da autorização do Grupo Gestor do Governo (f. 73 do processo de origem), cujos membros sequer fazem parte do polo passivo da demanda, não objetivavam causar lesão ao erário, mas buscavam trazer para Florianópolis um evento de renome mundial e assim o fizeram. Todavia, considerando as adversidades, mormente o curto prazo entre a escolha do local e o evento, aparentemente cometeram algumas irregularidades, que poderão ser apuradas no âmbito do art. 11 da LIA.

Inexistindo lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, incabível a

manutenção da indisponibilidade dos bens dos requeridos.

Por fim, inobstante o julgamento pretérito desta Câmara no sentido de que haviam indícios da prática de ato de improbidade, legitimando a constrição do patrimônio dos agravados (AI n. 4013258-10.2016.8.24.0000), nada impede que o togado, após a apresentação de defesa preliminar pelos réus e ao verificar a inexistência da prática do ato descrito no art. 10 da LIA, revogue a decisão anteriormente concedida.

Portanto, a decisão que recebeu a inicial apenas em relação à conduta tipificada no art. 11 da LIA deve ser mantida.

Ante o exposto, voto no sentido de desprover o recurso do Ministério Público e, como consequência, não conhecer os agravos internos interpostos pelos demandados Costão do Santinho Turismo e Lazer, Lucas, Guilherme e Costão Operadora de Turismo pela perda do objeto.

Florianópolis, 16 de novembro de 2020.

Paulo Henrique Moritz Martins da Silva
Desembargador