

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 12ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO-SP

Referência:

Autos n.º 0044311-05.2009.8.26.0053

MARTA SUPLICY, já qualificada nos autos em epígrafe, por meio de seus advogados subscritos, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, em cumprimento à determinação contida no despacho de fl. 2211, apresentar manifestação sobre entrada em vigor da Lei n.º 14.230/2021.

Tratam os autos de ação de improbidade movida pelo Ministério Público de São Paulo em face da petionante, MARTA SUPLICY (ex-Prefeita do Município de São Paulo), do ROBERTO LUIZ BORTOLOTTI (ex-Secretário de Infraestrutura Urbana do Município de São Paulo) e da empresa ENGEFORM CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO LTDA.

A ação foi ajuizada em razão de supostas irregularidades oriundas do contrato emergencial n.º 084/SIURB/2002 firmado entre a referida empresa e a Municipalidade de São Paulo, tendo por objeto a execução de obras de construção de reservatório de contenção de cheias no Córrego Inhumas. O *parquet* requereu a condenação da Requerida pela prática dos atos de improbidade previstos no artigo 11, *caput* e artigo 10, *caput* e inciso VIII da Lei n.º 8.429/92, com a determinação de pagamento solidário de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), ou em quantia a ser apurada em perícia, a título de ressarcimento de suposto dano.

Conforme demonstrado em defesa prévia, **a requerida tão apenas promulgou o Decreto Municipal n.º 41.707/2002**. Não há dúvida sobre a legalidade e pertinência do contrato ora impugnado. Porém, mesmo que irregular fosse (o que se admite apenas a título de argumentação) salienta-se que a contratação foi efetuada após verificada sua viabilidade jurídica, técnica e econômica, sob a premissa de caráter emergencial de sorte que **NÃO foi a então Prefeita responsável final pela escolha das obras adotadas, sequer foi responsável pelos pareceres que apontaram sobre a legalidade da contratação**, assim como cumpre asseverar que a ex-Prefeita sequer assinou os contratos emergenciais.

Ora como poderia a ex-Prefeita MARTA SUPPLY ser corresponsável pela prática de eventual ato de improbidade administrativa? Em verdade, não pode. Frisa-se: a Requerida **não atuou diretamente em qualquer dos contratos impugnados, tampouco na análise técnica e/ou jurídica de sua viabilidade**.

Assim, mesmo à luz da Lei n.º 8429/1992 antes das alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021 era latente a sua ilegitimidade passiva. Contudo, com a edição desta última ficou ainda mais clara a absoluta impertinência das imputações que são feitas à Requerente.

Como se sabe, a fim de sedimentar a longínqua máxima de que a Lei de Improbidade se presta a punir o administrador público desonesto, as alterações legislativas consignaram expressamente a indispensabilidade do dolo específico para a configuração de ato de improbidade:

Art. 1º.

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as **condutas dolosas** tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.

§ 2º **Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado** nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem **comprovação de ato doloso com fim ilícito**, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a **ação ou omissão dolosa** que viole os

deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas:

(...)

§ 1º Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for **comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade.**

§ 2º Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei.

Para que se configure ato de improbidade administrativa, portanto, é indispensável a comprovação de que o acusado agiu dolosamente, com vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado. Algo que evidentemente não aconteceu nos presentes autos. Muito pelo contrário, **o Ministério Público reconhece que não houve dolo por parte de MARTA SUPLYCY ao imputar a ela uma conduta sabidamente culposa – a suposta “negligência”** (fl. 17).

Afinal de contas, **não é possível cogitar ato doloso por parte da ex-Prefeita que tão apenas promulgou o Decreto Municipal n.º 41.707/2002.** Como gestora pública e considerando as suas atribuições, era o que lhe cabia naquele sensível momento de emergência pública. A declaração de emergência em razão de chuvas e inundações, como se sabe, é indispensável para a tomada de diversas providências públicas necessárias para lidar com a situação. Nesse sentido, conforme o já citado art. 1º, §3º: *“O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa”*.

Ademais, conforme se depreende da narrativa do Autor e do pedido por ele formulado, para uma única conduta da Requerida (edição do Decreto Municipal n.º 41.707/2002) foram indicados dois tipos – art. 11, caput e art. 10, caput e inc. VIII.¹ Com a edição da Lei nº 14.230/2021 isso não é mais possível, conforme dispõe o art. 17, §10-D:

¹ “Condenar Marta Suplicy e Roberto Luiz Bortolotto pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no art. 10, caput, e inciso VIII e art. 11, caput, da Lei nº 8.429/92, impondo-se-lhes as sanções de perda da função pública que eventualmente estiverem ocupando; a suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos; ao pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios

Art. 17, § 10-D. Para cada ato de improbidade administrativa, deverá necessariamente ser indicado apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei.

De qualquer forma, seja qual for a tipificação a ser escolhida pelo Ministério Público, que ainda não se manifestou sobre as alterações promovidas pela Lei nº 14.230/2021, nenhuma delas se sustenta.

Em relação ao art. 11, *caput*, não é viável a imputação de ato administrativo por suposta violação genérica a princípios do regime jurídico administrativo, tal como fez o *parquet* em sua petição inicial.² É necessário que a conduta se enquadre num dos incisos arrolados pelo artigo 11 e, além disso, é indispensável a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, **caracterizada por uma das seguintes condutas:**

(...)

§ 3º O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas.

Como se vê, ao contrário do que fez o Ministério Público em sua petição inicial, não é possível cogitar a prática de suposto ato de improbidade previsto no art. 11 se sequer há a indicação de uma das condutas que são especificamente arroladas nos incisos do artigo.

Também não está configurada no presente caso a conduta prevista no art. 10, *caput* e inc. VIII, que atualmente possui a seguinte redação:

ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 5 anos, nos termos do artigo 12, incisos II e III da citada lei e (...).” (trecho da petição inicial, fl. 27)

² “Os agentes públicos em muito se afastaram do cumprimento dos princípios da legalidade, da isonomia e da moralidade, pois à empresa Engeform Construções e Comércio Ltda. foi chamada à realização da obra, sem nenhuma comprovação de pesquisa de mercado.” (trecho da petição inicial, fl. 24)

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

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, **acarretando perda patrimonial efetiva**;

Segundo disposição literal do art. 10, *caput* e inc. VIII, a configuração do ato de improbidade ali tipificado depende de perda patrimonial efetiva e comprovada. Não se admite, em qualquer hipótese, dano presumido. E o dano, no presente caso, não foi comprovado.

Conforme se depreende da petição inicial, o suposto sobrepreço é alegado com fundamento em presunção feita a partir de uma comparação dos preços contratados em situação emergencial com os preços previstos na tabela da Secretaria de Infra-Estrutura Urbana e Obras – SIURB. Ou seja, é feita uma indevida comparação entre uma planilha concebida para situação de normalidade (tabela da SIURB) com os valores que naturalmente são distintos em situações extraordinárias, como era notoriamente o caso dos alagamentos no Município de São Paulo em fevereiro de 2002.

Ora, conforme consignado pelo próprio Tribunal de Contas Municipal (TCM-SP), a causa do preço maior em situação de emergência foi *“a execução da obra de grande porte em ritmo acelerado, com turno ininterrupto de trabalho de 24 horas diárias, conforme previsto na cláusula III do contrato, repercutindo no aumento dos custos com horas extras e adicionais noturnos e, por conseguinte, nos tributos correlatos”* (fl. 43 dos autos). Ou seja, é plenamente reconhecida e legitimamente justificada a causa do aumento do preço do contrato emergencial em relação aos valores praticados em situação de normalidade.

Por fim, destaca-se que o pedido de condenação solidária formulado pelo Autor é inviável à luz da Lei nº 14.230/2021, conforme dispõe o art. 17-C da Lei de Improbidade Administrativa:

Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

§ 2º Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade.

Diante de todo o exposto, reiteram-se os pedidos formulados na petição de contestação (1448 - 1496), cujos fundamentos são ainda mais latentes à luz das alterações legislativas promovidas pela Lei nº 14.230/2021, plenamente aplicáveis ao presente caso, nos termos da tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema n.º 1199.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 10 de julho de 2024.

PEDRO ESTEVAM A. P. SERRANO
OAB/SP n.º 90.846

ANDERSON MEDEIROS BONFIM
OAB/SP n.º 315.185