



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000795913

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1002398-60.2017.8.26.0048, da Comarca de Atibaia, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados SAULO PEDROSO DE SOUZA, EMIL ONO, LUIZ BENEDITO ROBERTO TORRICELLI, JOSE BENEDITO DA SILVEIRA, VIVIANE COCCO e PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTANCIA DE ATIBAIA.

ACORDAM, em 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte ao recurso. V. U. - sustentaram oralmente os Drs. Guilherme C.R. Lima - oab: 305.583/SP, a Dra. Tatiana B. Sussa - oab: 228.489/SP e o Douto Procurador de Justiça Dr. Nilo Spínola Salgado Filho.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ALIENDE RIBEIRO (Presidente) e VICENTE DE ABREU AMADEI.

São Paulo, 29 de setembro de 2020.

RUBENS RIHL
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação nº: 1002398-60.2017.8.26.0048
 Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
 Apelados: SAULO PEDROSO DE SOUZA, VIVIANE COCCO, EMIL ONO, LUIZ BENEDITO ROBERTO TORRICELLI e JOSÉ BENEDITO DA SILVEIRA
 Comarca: ATIBAIA
 Voto nº: 29060

APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INFORMATIVO MUNICIPAL – PROMOÇÃO PESSOAL – PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ATIBAIA – *Improcedência decretada em primeira instância – Insurgência do Parquet – Parcial cabimento – Ausência de causa material a permitir o ingresso do Município de Atibaia no polo passivo da lide – Contestação ofertada pela Municipalidade que deve ser interpretada como abstenção – Precedente do C. STJ – No mais, não constatada suposta prática dolosa do ato ímprobo previsto no art. 11, I, da Lei nº 8.429/92 – Revista promocional da Administração Pública Municipal desvinculada de promoção pessoal do agente público – Imprescindibilidade da demonstração do elemento volitivo, in casu, dolo genérico – Entendimento da referida C. Cidadã – Forma de realizar pesquisa de satisfação dos administrados – Desarrazoabilidade não evidenciada – Mérito administrativo – Inviável ingerência do Poder Judiciário, nos termos do art. 22 da LINDB – Sentença parcialmente reformada – **Recurso provido em parte.***

Trata-se de Recurso de Apelação (fls. 625/632), interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, contra a r. sentença de fls. 607/620, na qual o Juízo *a quo* julgou improcedente a pretensão do *Parquet* Estadual de condenar os Apelados às sanções previstas no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Inconformado, o Apelante relata que a ação civil pública em tela foi ajuizada em razão da prática de ato ímprobo de promoção pessoal em prol do então prefeito do Município de Atibaia, sr. Saulo Pedroso de Souza. Narra que, em 08/10/2015, servidores públicos comissionados, foram flagrados distribuindo revista promocional da Administração Pública Municipal e realizando pesquisa de opinião perante a população local – o que entende caracterizar conduta punível nos termos do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92. Assevera, preliminarmente, a incorreção da r. sentença no que tange à admissão do Município de Atibaia no polo passivo da demanda, em afronta ao interesse público, de sorte que a contestação por ele ofertada deve ser interpretada como abstenção, à luz do art. 17, parágrafo 3º do referido Diploma Legal. No mérito, defende a comprovação documental das condutas ímprobas descritas nos autos. Sustenta que os Apelados Viviane Cocco, Emil Ono, Luiz Benedito Roberto Torricelli e José Benedito da Silveira estavam presentes na reunião ordinária em que autorizada a prática ora rechaçada. Esclarece que os servidores públicos comissionados que realizaram a distribuição dos informativos e a pesquisa de satisfação não figuram no polo passivo da lide, porquanto praticaram os atos em decorrência da subordinação hierárquica, sem provas de que se beneficiaram, direta ou indiretamente, da combatida veiculação de publicidade. Argumenta a má-fé dos gestores públicos do Município de Atibaia, ante a desproporcionalidade e o desvio de finalidade ao direcionarem 52 servidores públicos comissionados para promoção pessoal dos feitos do Chefe do Executivo. Frisa o dolo do sr. Saulo em beneficiar-se de propaganda com roupagem institucional. Alega que *"a distribuição assim produzida não cumpre com a transparência ou*

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

garante a Administração Pública a excludente da prestação de contas quanto à destinação dos recursos públicos, conforme justificativa apresentada, nem serve a economia por não utilizar eventual serviço contratado. A ressalva de que os servidores comissionados têm disponibilidade e flexibilidade no cumprimento de suas jornadas de trabalho, não autoriza o cumprimento de horário em atividade que não socorre ao interesse público” (fl. 632). Pugna pelo provimento de seu apelo, com a consequente inversão do julgado.

Contrarrazões às fls. 635/649, 650/664, 665/673, 674/692, 693/701 e 704/712.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 720/727, opinando pelo provimento do recurso.

Houve oposição ao julgamento virtual, nos termos da Resolução 772/2017 do Egrégio Tribunal de Justiça (fl. 717).

É, em síntese, o relatório.

Bem examinada a questão posta em Juízo, vê-se que a irresignação recursal comporta parcial provimento.

A princípio, no tocante à presença do Município de Atibaia na composição da ação civil pública em tela, assim justificou o Juízo de origem:

“...Quanto ao ingresso do ente público no polo ativo da lide, o ato decorre do artigo 6º, § 3º da Lei 4.717/65. Dessa forma, uma vez proposta a ação pelo Ministério



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Público, imprescindível, sob pena de nulidade insanável, a citação da pessoa jurídica supostamente lesada para manifestar-se no feito, podendo adotar três posturas: a) colocar-se ao lado do autor, pela procedência do pedido (litisconsorte); b) contestar o pedido formulado pelo Parquet, posicionando-se ao lado do réu (assistente litisconsorcial); c) omitir-se, não intervindo no feito.

Em que pese a manifestação do Ministério Público, a impossibilidade de o ente colocar-se ao lado do requerido acaba por tornar certa e indiscutível a ocorrência de improbidade, o que é inaceitável no momento preambular da relação processual. Não se discute que a posição tomada pela pessoa jurídica deve se de pautar pelo interesse público. Todavia, caracterizada a violação aos deveres de lealdade e boa-fé processuais, como alterar a verdade dos fatos ou utilizar o processo para conseguir objetivos escusos, deverá o magistrado, como base nos artigos 79 e 80 do Código de Processo Civil, imputar ao ente e ao representante legal as penas da litigância de má-fé. Dessa forma, defiro o ingresso do Município de Atibaia ao polo passivo da ação...”

Nada obstante o consignado na r. sentença combatida, não merece prosperar o entendimento pela manutenção da Municipalidade no polo passivo da demanda.

Isso porque, consoante ao cristalizado na jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, somente se legitima a composição de ente público no polo passivo da demanda, em sede de ação de improbidade administrativa, em hipóteses nas quais o resultado do processo possa, em algum grau, interferir no interesse público sob o qual a atuação processual do ente deve estar pautada.

Nesse sentido:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

"DIREITO SANCIONADOR E PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RESP. ACP POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA TIPIFICADO NO ART. 11 DA LEI 8.429/1992. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NO PAGAMENTO DE PRECATÓRIOS JUDICIAIS NO EXERCÍCIO DE 2006. PRETENSÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP EM CONSTAR NO PÓLO PASSIVO DO FEITO. POSTULAÇÕES DO PARQUET VINCULADAS UNICAMENTE À APLICAÇÃO DE PENALIDADES DA LIA AO EX-ALCAIDE. A PRESENÇA DA MUNICIPALIDADE NO POLO PASSIVO DA AÇÃO EXIGIRÁ A DEFESA DO INTERESSE PESSOAL DO PREFEITO, O QUE NÃO COINCIDE NECESSARIAMENTE COM O INTERESSE PÚBLICO, CAUSA MATERIAL DE SUA EVENTUAL ADMISSÃO COMO RÉ. AUSÊNCIA DE PRETENSÕES, AINDA QUE REFLEXAS, CONTRA BENS JURÍDICOS MUNICIPAIS. AGRAVO REGIMENTAL DA MUNICIPALIDADE DESPROVIDO.

1. Cinge-se a controvérsia recursal em saber se o Ente Municipal pode requerer a sua inclusão no polo passivo de ação sancionadora, quando a demanda se encontra adstrita à aplicação de penalidades da LIA em desfavor de ex-Prefeito do MUNICÍPIO DE SÃO PAULO/SP.

2. Sobre o tema, a literatura jurídica afirma, com arrimo no art.

17, §3o. da Lei 8.429/1992, a possibilidade de o ente público ingressar na ação de improbidade administrativa como litisconsorte passivo. Note-se, no entanto, que tal ingresso deve estar associado à existência de interesse público na defesa do ato dito como ímprobo. Lição dos Professores MARINO PAZZAGLINI FILHO, MÁRCIO FERNANDO ELIAS ROSA e WALDO FAZZIO JÚNIOR (Improbidade Administrativa - Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, São Paulo: Atlas, 3a. edição, 1998, p. 211).

3. Nesse sentido também, a orientação jurisprudencial mais recente dessa Corte Superior. Precedentes: REsp. 1.283.253/SE, Rel. Min.

HERMAN BENJAMIN, DJe 10.10.2016; AgRg no REsp. 1.012.960/PR, Rel.Min. HERMAN



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

BENJAMIN, DJe 04.11.2009.

4. Na origem, as Instâncias Ordinárias, de acordo com a moldura fático-probatória que se decantou na espécie, apontaram a ausência de interesse jurídico no ingresso do Município na lide, considerando a inexistência de pretensão, ainda que reflexa, em desfavor de bens jurídicos de titularidade da Municipalidade (fls. 178/179).

5. Restritos os pedidos formulados pelo Parquet à aplicação de sanção frente aos atos supostamente ímprobos do Agente Político, a defesa manifestada pelo Ente Público não necessariamente coincidirá com o interesse público, que seria a causa material do ingresso da Municipalidade como Ré.

6. Agravo Regimental da Municipalidade Bandeirante desprovido."

(STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.515.924/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJe. 25/06/2020).

Dessa sorte, no caso em tela, resta ausente causa material que permita o ingresso do Município de Atibaia no polo passivo da demanda, mormente porque as pretensões deduzidas pelo Apelante não geram reflexos imediatos na consecução do interesse público da aludida Municipalidade, haja vista a ausência de pretensão, ainda que indireta, sobre interesses que componham o seu patrimônio jurídico.

Mister, portanto, interpretar-se como abstenção a manifestação do Município de Atibaia em defesa do ato apontado como improbo.

De outro giro, no mérito, ao entender pela improcedência da ação, o Juízo monocrático bem se fundamentou nos seguintes termos:

"...Adentrando ao caso em tela, verifica-se que o ato de improbidade imputado aos réus consistiria no uso da máquina administrativa para a promoção pessoal do



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Prefeito, Saulo Pedroso, à época dos fatos com vistas às eleições de 2016 [...]

Não há controvérsia quanto a elaboração da revista e distribuição dos panfletos à população da comarca. Todavia, não restou evidenciado, à princípio, a conduta dos secretários requeridos e o desvio da finalidade ou violação aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública.

A responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade deve se basear em provas concretas quanto aos atos que lhe são imputados, face às graves consequências que afetam a vida do eventual infrator. No mais, para a configuração do ato ímprobo inserto em qualquer dos incisos do artigo 11, da Lei de Improbidade Administrativa, faz-se necessária esteja presente o elemento subjetivo, consubstanciado no dolo, ou seja, não é suficiente apenas a culpa, enquanto para a configuração do ato ímprobo inserto no artigo 10, embora punível por culpa, é necessário que se comprove o dano ao erário.

Afianço, por oportuno, que, no caso de violação de princípios da administração, basta o dolo genérico para caracterização do ato ilícito, dispensada a demonstração da ocorrência de dano efetivo para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente, conforme entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça [...]

Desta forma, cabe ao autor demonstrar, satisfatoriamente, a conduta dolosa que agride a legalidade pública ou demais princípios, a fim de que o administrador seja responsabilizado por ato de improbidade administrativa, no que tange a violação dos princípios da administração pública.

Ademais, a imprecisão na delimitação de conduta concreta dos requeridos quanto a participação direta e individualizada impede a procedência da demanda, decorrente da ausência de descrição de fato que envolva improbidade administrativa em relação a cada agente imputado. Não há como extrair-se a existência



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de ato de improbidade relativo e tipificado a cada uma das personagens que figuram no polo passivo da relação processual, o que forçosamente faria com que fossem excluídos da lide, com fundamento no art. 17, § 8º, da Lei nº 8.429/1992.

Na ação de improbidade administrativa, a ausência de descrição da conduta do ato ilícito praticado por cada um dos réus afronta os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa dispostos no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF [...]

*Por essa razão, o processo deve ser julgado improcedente, nos termos do artigo 488 do Código de Processo Civil, em relação aos requeridos **VIVIANE COCCO, EMIL ONO, LUIZ BENEDITO ROBERTO TORRICELLI e JOSÉ BENEDITO DA SILVEIR**, vez que não restou comprovado que participaram do ato de improbidade em discussão.*

*De outro lado, no que tange à conduta do ex-Prefeito, **SAULO PEDROSO**, não restou configurado o dolo genérico, bem como a conduta resultante da promoção pessoal. A revista distribuída não faz menção ao nome do então gestor, nem traz símbolos ou imagens que façam referência a sua pessoa.*

Em atenta análise do conjunto probatório, o que se verifica é as notícias veiculadas se pautam em dar publicidade e satisfação aos cidadãos do Município acerca do gerenciamento e atuação da administração pública, informando-os sobre suas realizações, os eventos que promoveu junto à Prefeitura e dando ênfase à sua gestão, que não citam seu nome ou se atrelam a sua imagem.

Compulsando os autos, não vislumbro a prática de qualquer ação que caracterize ato de improbidade administrativa a ser imputado ao requerido. Não se colhe, na extensa prova documental ofertada, a demonstração de material publicitário produzido e veiculado pela contratada inquinado do vício de conteúdo alegado.

Importante ressaltar a lição de José Afonso da Silva



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

acerca do moralismo exarcebado, tendo em vista que acabam levando a crer que tais situações foram montadas para privilegiar o réu, então Chefe do Poder Executivo do Município. No entanto, em essencial, os informes veiculados foram realizados para enaltecer a imagem da gestão que estava sendo por ele realizada, sendo perfeitamente natural e aceitável que nos atos de publicidade da administração pública a figura do Prefeito esteja associada, respeitando-se as limitações de proporcionalidade impostas.

No mais, acrescento que não restou demonstrado, sequer minimamente, nos autos qualquer prejuízo ao erário público, posto que nada há a evidenciar a existência de despesas extras com a veiculação citada. Não se vislumbra ainda que o ente federativo tenha despendido valores com as publicações constantes da inicial, além daquelas já especificadas no contrato já existente entre a Municipalidade e a empresa responsável [...]

Logo, não comprovando o autor qualquer ato de improbidade administrativa e infringência aos princípios da administração pública (art. 37, § 1º da CF), nos termos do art. 373, I do CPC, de rigor a improcedência da ação...”

De fato, da leitura atenta da pretensão deduzida na exordial, dos elementos probatórios que lhe instruíram e das demais provas colhidas nos autos, não há se vislumbrar, na conduta atacada, ato doloso de improbidade administrativa passível de tipificação nos termos do artigo 11, *caput*, e inciso I, da Lei Federal nº 8.429/92, *ipsis litteris*:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência.

De início, cumpre asseverar que o ato de improbidade administrativa amoldável à dicção do referido dispositivo normativo exige, para a sua tipificação, o dolo genérico de atentar contra princípios da Administração Pública, não sendo bastante, para tanto, condutas construídas sobre o primado da culpa, em sentido estrito, tão menos com desconsideração do referido elemento volitivo, em pretensa inclinação a uma responsabilização de viés objetivo, inadmissível nesta seara.

A respeito do assunto, segundo entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves e Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

"Quanto ao elemento subjetivo, exige-se a comprovação do dolo por parte do agente público ou do terceiro. De acordo com o STJ, a aplicação do art. 11 da Lei 8.429/1992 depende da comprovação do dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não sendo necessário haver intenção específica (dolo específico) para caracterizar o ato como ímprobo, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença de dolo.

Conforme já decidiu o STJ, é imprescindível a configuração da má-fé do sujeito ativo para incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não sendo suficiente a mera prática de irregularidade administrativa [...]

A exigência do dolo ou da má-fé é salutar para evitar a aplicação indiscriminada e desproporcional das sanções de improbidade.



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Isto porque, qualquer deslize administrativo, por menor que ele seja, poderia configurar violação ao princípio da legalidade, atraindo a incidência das sanções de improbidade, o que acarretaria insegurança jurídica para os agentes público e a implementação da denominada 'Administração Pública do medo'. Afinal de contas, agente público inábil não é, necessariamente, ímprobo. Nesses casos, as sanções administrativas já seriam suficientes para punir os faltosos.

Em suma: a improbidade não se confunde com ilegalidade, exigindo-se, ainda, a configuração da desonestidade do agente público.” (in “Improbidade administrativa: direito material e processual” – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 106/107).

No caso em epígrafe, a análise detida da revista de autoria da Prefeitura Municipal de Atibaia objeto da presente imputação (fls. 98/125) não induz a existência de propaganda política em prol do então Chefe do Executivo local, mas, tão somente, de publicidade das ações governamentais executadas pela Municipalidade em prol dos seus munícipes.

Tal ilação se extrai do fato de o encarte em questão não personificar, nas políticas públicas nele narradas, a figura direta, por designação ou representação, ou indireta, por associação a eventuais símbolos, imagens ou máximas, que possam, dessa ou daquela forma, caracterizar eventual promoção pessoal da autoridade pública por ele representado.

Não se olvida, nesse aspecto, a indeclinável tendência associativa, no ideário popular, dos atos e realizações do Estado à figura do agente público que, em mais alta instância, a vontade dele vocaliza. Nada obstante, é em homenagem ao princípio da publicidade, de assento constitucional (artigo 37, *caput*), que a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

consciência constitucional tolera os efeitos dessa divulgação.

Reflexo disso é a convivência harmônica entre a imposição de publicidade aos atos do Poder Público, de um lado, e a possibilidade de reeleição para os Chefes dos Poder Executivo, de outro, a qual, invariavelmente, franqueia ao Administrador Público as vantagens concorrenciais decorrentes da indigitada tendência associativa.

Todavia, tendo-se em mente que a referida associação é tolerada pelo Texto Constitucional, erige-se, então, a importância de se densificar o elemento subjetivo constante na publicização dos atos públicos veiculados, com o fito de se extremar a publicidade legitimamente empregada – ainda que com reflexos tolerados em eventual disputa eleitoral – e a publicidade dolosamente direcionada à promoção pessoal do agente público – essa, a sua vez, proscria por dissimular em publicidade patente desvio de finalidade.

Nessa toada, é assente o entendimento da C. Corte Cidadã:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INFORMATIVO MUNICIPAL. CARÁTER MERAMENTE INFORMATIVO DA PUBLICAÇÃO. PROMOÇÃO PESSOAL. ELEMENTO SUBJETIVO NÃO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.

AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DAS IRREGULARIDADES COMO ATOS DE IMPROBIDADE. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. Na origem, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ajuizou Ação Civil Pública contra Cláudio Augusto Siqueira, ex-prefeito do Município de Cabo Verde, por ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

8.429/1992, em virtude da violação do princípio da impessoalidade, uma vez que editou a revista "Cabo Verde administrativa 2005/2012 sempre com você - Publicação Institucional da Prefeitura Municipal de Cabo Verde - Dezembro de 2010", relativa à publicidade de obras, serviços e outras realizações da administração municipal, com intuito de promoção pessoal.

2. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.

3. É pacífica a jurisprudência do STJ de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

4. Quanto à existência do elemento subjetivo o v. acórdão recorrido consignou: "Entendo, assim, que a publicação em tela pautou-se em acontecimentos verdadeiros, em projetos exeqüíveis e de uma forma impessoal, razão pela qual não há cogitar-se de abuso ou improbidade administrativa, restando, por isso, incensurável a conduta".

Acrescentou: "o exame dos documentos trazidos às fls. 21/42-TJ, contudo, revela que o Embargado não agiu de forma maliciosa visando a auto promoção, a desrespeitar a norma esculpida pelo art. 37, § 1º da CF/88. Ademais, imaginar que a Administração Pública tenha o dever de tornar públicos seus atos - que são de interesse da população - e pretender que essa comunicação com a sociedade se dê sem a sua identificação (como se os destinatários já não soubessem de quem se trata) ofende ao postulado da razoabilidade e da proporcionalidade".

5. Ausente hipótese de evidente afastamento descuidado do elemento subjetivo pelo Tribunal a quo, modificar a conclusão a que chegou o acórdão recorrido demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em Recurso

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.***6. Recurso Especial conhecido em parte e não provido.”***

(STJ, Recurso Especial nº 1.513.658/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe. 14/10/2016).

Deveras, a partir das referidas bases teóricas, depreende-se que não se pode tipificar a veiculação da revista em exame como ato doloso de improbidade administrativa, consistente em atentar contra princípios da Administração Pública ou em praticar ato visando fim proibido em lei ou em patente desvio de finalidade.

Com efeito, consoante ao consignado, a indigitada publicação, por si só, não demonstra, cabal e objetivamente, a intenção dos Apelados em dissimularem o objetivo de publicidade institucional; tampouco o Apelante logra êxito em revelar, por elementos diversos, o direcionamento subjetivo do ato a uma proscria propaganda pessoal.

Tal demonstração, frise-se, não pode sequer ser argumentada como impossível, por estritamente subjetiva, uma vez que poderia se calcar em aspectos objetivos da inclinação volitiva dos Apelados – como a veiculação incomum e extraordinária da referida publicação, ou mesmo a captação da vontade transviada expressada pelo próprio prefeito à época dos fatos, enquanto prova contundente do argumentado desvio de finalidade.

Ainda, não se vislumbra qualquer mácula à moralidade, ao contrário do sustentado pelo Ministério Público, no fato de o Apelante Saulo Pedroso de Souza ter se valido de servidores comissionados para a distribuição do material publicitário e para a



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

coleta de indicada pesquisa de satisfação dos administrados em relação aos atos do Poder Público.

Afinal, não autorizam o reexame, em sede judicial, do mérito administrativo as hipóteses em que o ato é perfeitamente equalizável – dentro dos vetores principiológicos da razoabilidade e da proporcionalidade, à luz do julgamento de conveniência e oportunidade realizado pelo Poder Público local.

É dizer: não é dado ao Poder Judiciário avaliar, no caso concreto, se a disseminação da publicidade como foi feita era ou não mais oportuna ou conveniente do que a expedição por via postal, como exemplificado pelo Apelante, na justa medida em que a veiculação, qual como foi feita (a partir de servidores públicos comissionados previamente admitidos e que se encontravam a serviço da própria Administração) não se converte, sob a lente da proporcionalidade e da razoabilidade, em uma opção de ilicitude patente.

Na lição do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei *"só transfere ao administrador o cometimento de eleger in concreto a solução ideal porque seria materialmente impossível, perante a realidade polifacética da vida, prever todas as situações suscetíveis de ocorrerem e todas as correspondentes soluções perfeitas para elas. Daí que, para flexibilizar a ação administrativa, instrumentando-a para obtenção dos resultados legalmente desejados de excelente realização do interesse público"* (in "Curso de Direito Administrativo" – 32ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2015, p. 984).

A propósito, *"com o intuito de evitar a banalização na interpretação*



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*do art. 11 da Lei 8.429/1992 e na aplicação das respectivas sanções de improbidade, os órgãos de controle, inclusive o Poder Judiciário, devem considerar 'os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados', na forma do art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), inserido pela Lei 13.655/2018. Da mesma forma, a decisão sobre a regularidade da conduta do agente público deve levar em consideração as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (art. 22, § 1º, da LINDB)" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Improbidade administrativa: direito material e processual* – 8ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 108).*

Não há, portanto, no mérito, mácula que desabone a r. sentença combatida, de modo que o provimento do presente apelo deve cingir-se tão somente ao pleito do *Parquet* de ser interpretada como abstenção a manifestação do Município de Atibaia em defesa do ato apontado como improbo.

Ressalto, em remate, que o presente acórdão enfocou as matérias necessárias à motivação do julgamento, tornando claras as razões pelas quais chegou ao resultado do julgado. A leitura do acórdão permite ver cristalinamente o porquê do *decisum*, sendo, pois, o que basta para o respeito às normas de garantia do Estado de Direito, entre elas a do dever de motivação (CF, art. 93, IX).

De qualquer modo, para viabilizar eventual acesso às vias extraordinária e especial, considero prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando o pacífico

**PODER JUDICIÁRIO**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida (AgRg nos EDcl no REsp 966229/RS, Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, j. 05/02/2013, DJe 18/02/2013).

Deixo consignado, por derradeiro, que eventuais recursos que sejam apresentados em decorrência deste julgado estarão sujeitos a julgamento virtual. No caso de discordância, deverá ela ser manifestada no momento de apresentação do novo recurso.

Daí porque, pelo meu voto, dá-se provimento em parte ao recurso nos moldes acima expostos.

RUBENS RIHL

Relator