



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



03018929

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 990.10.071265-9, da Comarca de Tietê, em que são agravantes [REDACTED] sendo agravado PREFEITURA MUNICIPAL DE TIETE.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, DECLARARÁ O 2º JUIZ, V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), NOGUEIRA DIEFENTHALER E BARRETO FONSECA.

São Paulo, 31 de maio de 2010.

COIMBRA SCHMIDT
PRESIDENTE E RELATOR

79: 11: 11:
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 14.851

AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 990.10.071265-9 – TIETÊ

Agravantes: [REDACTED]

Agravado: MUNICÍPIO DE TIETÊ

Interessado: [REDACTED]

Processo nº 629.01.2006.004578-4

MMª. Juíza de Direito: Dra. Renata Xavier da Silva

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Improbidade administrativa.

Não pratica ato de improbidade administrativa advogado que emite parecer adotado por prefeito municipal para a prática de ato considerado ímprobo, se não se alega conjuração danosa ao erário, frente a sua natureza não vinculativa e à existência de outro, contrário, desconsiderado pelo agente.

Petição inicial recebida frente aos agravantes.
Decisão reformada. Recurso provido.

Tempestivamente tirado, o recurso objetiva reversão da decisão reproduzida a f. 57/68, a qual repeliu



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

defesa prévia ofertada pelos agravantes e recebeu petição inicial de ação que lhes move o Ministério Público, bem como ao então prefeito municipal, pela suposta prática de ato de improbidade administrativa.

Reiterando os argumentos adrede expendidos, pedem reforma.

Recurso não contrariado (o agravado pediu sua substituição no polo ativo pelo Ministério Público; incidente ainda não decidido), com parecer da Procuradoria Geral de Justiça pela denegação.

É o relatório.

1. Segundo a decisão vergastada, o agravado moveu a ação alegando que, *durante o exercício de mandato de prefeito, sem observância das cautelas legais, o co-requerido [REDACTED] concedeu benefício de natureza tributária da qual decorreu renúncia de receita em favor das empresas requeridas, com fundamento em parecer jurídico apresentado pelos requeridos [REDACTED]. De acordo com a inicial, a concessão da isenção fiscal teve como fundamento a Lei Municipal nº 1480 de 05 de maio de 1980, a qual foi revogada pelo artigo 41, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e não*

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

houve estimativa de impacto orçamentário ou atendimento à lei orçamentária municipal. Assim, o Município autor requer a responsabilização dos requeridos nas sanções previstas no artigo 12, inciso II, da Lei nº 8 429/92.

Em defesa prévia, sustentou [REDACTED] que o parecer possui caráter meramente opinativo e não tem a característica de ato administrativo. razão pela qual aquele que o subscreve não deve figurar no pólo passivo de ação civil pública. Ele argumentou, ainda, que não há prejuízo ao Erário, uma vez que o crédito tributário não está prescrito, concluindo que neste sentido falta interesse processual ao autor. O requerido impugnou, ainda, o valor da causa, defendeu a vigência da Lei Municipal nº 1.480/80, a inexistência de ato de improbidade em sua conduta e a possibilidade de anulação do ato pela própria Administração Pública.

Praticamente no mesmo sentido foi a defesa de [REDACTED] que também invocou o princípio da autotutela da Administração.

Não obstante, as alegações foram repelidas:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Não se discute que o parecer jurídico possui cunho meramente opinativo e não vincula o Administrador Público no exercício de suas funções.

Também não se discute que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão e nos limites da lei, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal.

No entanto, a garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não detém caráter absoluto. No sentido da previsão constitucional, a inviolabilidade do exercício da profissão dos advogados encontra limites legais.

Neste sentido, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906/94) disciplinou expressamente em seu artigo 32 o seguinte: "O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa".

Com efeito, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É necessário que se trate de erro grave e inescusável a demonstrar que o profissional agiu com dolo ou culpa em sentido estrito, nas modalidades negligência, imprudência ou imperícia.

A mera divergência de interpretação de texto de lei efetivamente não enseja a responsabilização do profissional emissor de parecer jurídico.

No entanto, se o parecer jurídico foi emitido com dolo ou culpa grave, de modo a causar prejuízo ao Erário, enriquecimento ilícito ou ofensa aos princípios que regem a Administração Pública, o advogado sofrerá a responsabilização prevista na Lei de Improbidade, que se estende àquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por nomeação, designação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades públicas ou prestadoras de serviço público.

Desta feita, no caso dos autos, para que se torne lícita a responsabilização dos requeridos que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

emitiram parecer favorável à concessão de isenção fiscal às empresas requeridas é necessário demonstrar que eles agiram com culpa em sentido amplo.

O aspecto subjetivo da conduta dos requeridos advogados não está comprovado de plano nos autos, na medida em que a apuração de eventual culpa na emissão do parecer jurídico depende de dilação probatória.

O raciocínio leva à conclusão da legitimidade dos requeridos [REDACTED] para figurarem no pólo passivo da presente demanda, uma vez que apesar de o parecer jurídico não possuir caráter vinculativo, é necessária a apuração de eventual culpa dos requeridos como forma de concorrer para a realização do ato administrativo impugnado, o que será devidamente constatado em regular instrução probatória.

No mais, como o ato impugnado aos requeridos [REDACTED] não se enquadra nas hipóteses previstas no § 8º do artigo 17, da Lei de Improbidade, eis que neste momento processual não há elementos a indicar a inexistência de ato de improbidade na conduta deles ou a improcedência do pedido, não há possibilidade de rejeição da inicial em relação a eles.



2. Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilícita ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse cometimento, desejado ou fruto de incúria, desprezo,

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.¹

O parecer da emissão dos agravantes não constitui o único elemento informativo com o qual contou o prefeito municipal para conceder os incentivos fiscais tidos como contrários à lei. Foi precedido de outro, contrário, de modo que a autoridade municipal, [ao] deferir o benefício, poderia escolher entre uma das divergentes opiniões jurídicas proferidas por sua assessoria, já que estava devidamente informado da controvérsia jurídica criada, como anotou o douto Promotor de Justiça oficiante (f. 81).



Ao contrário do que alega o agravado na petição inicial, os agravantes nada concederam. Apenas opinaram. Quem autorizou foi o corréu (f. 86).

Mais. A Lei Municipal nº 1.480/80 (f. 105), com base na qual os agravantes emitiram o parecer

¹ Wallace Paiva Martins Júnior. *apud* Marino Pazzaglini Filho. *Lei de Impobidade Administrativa Comentada*. 2002. pg. 16

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

questionado, não foi abrigada pelo art. 41, § 1º, do Ato Constitucional das Disposições Transitórias:

Art. 41. Os Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§ 1º - Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

O preceito transitório determina uma nova apreciação nos estímulos fiscais de natureza regional pelos Poderes Executivos (...), devendo, então, submeter à apreciação das respectivas casas legislativas as medidas cabíveis. Dessa forma, os incentivos fiscais de natureza setorial, anteriores à Constituição Federal de 1988, foram revogados, uma vez que não foram confirmados no lapso temporal de dois anos determinado pelo § 1º deste artigo ...²



Como se vê, o que foi revogado foram os incentivos fiscais. Isto é, as vantagens concretamente vigentes ao então. Não as normas abstratas e genéricas com base nas quais foram praticados os atos administrativos que os concederam. Face a isso, o diploma objeto da consideração positiva dos agravantes não é inconstitucional.

² *Constituição Federal Interpretada*, org. p/ Costa Machado e coord. p/ Anna Cândida da Cunha Ferraz, 2010, pgs. 1325/6

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

No que toca ao citado diploma legal, o que há é uma proposta de revogação, encaminhada ao Legislativo Municipal pelo Executivo, sob a forma de projeto de lei encaminhado pelo prefeito sob cujo mandato foi movida a ação (f. 98).

O parecer, é certo, não cogitou do art. 14 da Lei Complementar nº 101/00:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

Seria melhor que dele cogitasse. Todavia, a lei presume-se conhecida por todos (inclusive pelo prefeito não bacharel) e, seguramente, foi objeto de consideração



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

no “parecer contrário a tal benéfico, elaborado pelos procuradores municipais” (f. 39).

De qualquer forma, a materialização do benefício estava condicionada à efetivação das medidas de compensação exigidas pelo § 1º, consoante expressamente dispõe o § 2º: *Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o caput deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.*

Não se cogitou de desonestidade. Não há a menor insinuação de que o parecer tivesse sido encomendado para coonestar ilegalidade. Acolheu-o o prefeito porque o quis. Dessarte, quem opinou não pode responder por ato administrativo cuja emissão não tinha como requisito de validade tal manifestação ou, muito menos, pela eventual implantação *contra legem* do benefício.

Ora, se não se discute que o parecer jurídico possui cunho meramente opinativo e não vincula o Administrador Público no exercício de suas funções, se o aspecto subjetivo da conduta dos requeridos advogados não está comprovado de plano nos autos e se nada mais se alegou



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

negativamente nesse sentido, não há que se sujeitar os agravantes aos ônus de uma instrução cuja finalidade não é investigatória, mas comprobatória das alegações formuladas na fase postulatória do processo.

3. Tal e qual exposto não há como obrigar sequer em tese prática ato de improbidade administrativa pelos agravantes. Se tanto, sujeitam-se a eventual responsabilização civil, na forma da Lei da Advocacia.

No que pese a interpretação dada pelo *decisum* do art. 17, § 8º. da Lei nº 8.429/92, não a considero a mais acertada.

Provejo o recurso, “rejeitando-se a Ação Civil Pública face aos agravantes” (f. 30, d).


COIMBRA SCHMIDT

Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Voto nº 10701
Processo 990.10.071265-9
Agravante: [REDACTED]
Agravado: Prefeitura Municipal de Tietê
Comarca de Tietê
7ª Câmara de Direito Público

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Vistos;

Trata-se de ação civil pública movida a guisa da prática de improbidade administrativa, cuja defesa prévia apresentada pelos agravantes foi rejeitada pela Magistrada que está a presidir o processo, de sorte a motivar portanto, o presente agravo de instrumento que os acionados interpuseram;

Acha-se em ordem o processamento do inconformismo recursal que poderá ser conhecido por esta Câmara. Neguei, substituindo o digno Relator, providencia liminar requerida pelos ora agravantes (vide fls. 113).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Anoto que o agravo não foi objeto de resposta da parte adversa, no caso, a Municipalidade de Tiête.

É o relatório. Passo o ao voto.

Adiro ao conteúdo do voto proferido pelo Relator sorteado e declaro meu posicionamento em face das circunstâncias peculiaríssimas do caso;

E quais serão?

As mesmas objetadas pelo culto prolator do voto vencedor.

Não poderá, com efeito, negar o Juízo aos agravantes os argumentos que suportam as razões de recurso, pois em substancia isso violaria a higidez do processo descoroçoando deste modo, a perspectiva correta dos elementos do Direito em foco.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É sim meramente opinativo o parecer formulado para a autoridade administrativa – a ele não se vincula nada, exceto a decisão a ser tomada, pela autoridade competente e para um sentido qualquer – mas, sempre, como elegantemente frisou o DD. Relator, sem a figura concreta da vinculação relativamente àquele que lavra o texto jurídico. Reitero e acresço a propósito, o cerne do voto em destaque, qual seja: o de que não as normas abstratas e ordenadoras do sistema as que revogadas por meio do inciso primeiro do artigo 41 das ADCT, mas singularmente os incentivos fiscais carentes de confirmação legislativa competente. De mais a mais, não há como fincar no solo do Direito uma figura de tentativa cogitada de prática de ato administrativo imoral.

Deste modo, o mero parecer a par de não vincular a Administração ao seu conteúdo, não desnatura o preceito acima referido, e mais: não há sequer espaço normativo para considerar a conduta censurável – ou seja, não há meios para concebê-la como que modo ou tipo de improbidade.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Logo, declaro meu voto, acompanhando o de lavra do Culto Relator para também **prover o recurso** de agravo de instrumento com o de rejeitar a ação civil pública ajuizada em desfavor dos agravantes.

É como voto.

NOGUEIRA DIEFENTHÄLER
2º juiz