

fatos não é vinculante da decisão judiciária, autorizando-se a atuação do princípio *iura novit curia*. Não-provimento do agravo. EXPOSIÇÃO: 1.O presente agravo foi interposto por Alexandre Alves Schneider nos autos de uma ação responsabilidade civil por ato de apontada improbidade administrativa, demanda ajuizada pela Promotoria Pública da Comarca da Capital de São Paulo contra o ora agravante e outros cinco litisconsortes passivos (Hubert Alquéres, Teresa Roserley Neubauer da Silva, Cláudia Maria Costin, Fundação Victor Civita e Instituto de Protagonismo Jovem e Educação Protagonistês). Este recurso intercorrente postula a rejeição da inicial do processo de referência. 2.Consigno, à partida, que esta decisão monocrática reproduz, em parte, o voto proferido nos autos do Agravo 0112647-55.2011.8.26.0000 tirado pelo Instituto de Protagonismo Jovem e Educação Protagonistês, dirigido contra a mesma decisão objeto do vertente recurso. 3.Assim pode resumir-se o que enuncia a Promotoria Pública ao inaugurar a versada demanda referencial: noticiou o vereador Adalberto Ângelo Custódio irregularidades em contrato celebrado entre a Secretaria paulistana de Educação e a Fundação Victor Civita, dando-se ensejo, por isso, à instauração de inquérito civil no Ministério Público do Estado, tendo por alvo o “Projeto de Formação Continuada para Diretores e Supervisores” (Inquérito Pjpp-CAP 260/2006); escorando-se em provas documentárias e em testemunhos de servidores da aludida Secretaria, da Imprensa Oficial paulista e de alguns dos requeridos, opinou o Ministério Público “que a Municipalidade de São Paulo despendeu indevidamente expressivo valor em favor da referida Fundação, mediante procedimento de dispensa de licitação”; entendeu, ainda, a Promotoria Pública da Comarca de São Paulo, que a disputada contratação, resultando em prejuízo ao erário, teve causa em “amizade entre o Secretário Municipal da Educação (Alexandre Alves Schneider) com a vice-presidente da Fundação Victor Civita (Cláudia Maria Costin) e com a Diretora do Instituto Protagonistês (Teresa Roserley Neubauer da Silva), que, por sua vez, foi quem efetivamente realizou os serviços contratados”; prosseguiu a petição inicial da demanda em exame: “o Presidente da Imprensa Oficial do Estado, Hubert Alquéres, autorizou a impressão de cartilhas utilizadas naquele projeto nas máquinas da Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, mas foram pagos apenas os materiais utilizados, e não os serviços dos funcionários e outras despesas diretas ou indiretas, causando um prejuízo ao erário estadual”; pontualizou a Promotoria Pública os custos que entendeu corresponder à contratação em foco, e apontou vínculos de proximidade entre os requeridos, liames tanto partidários, quanto de exercício de cargos de provimento em comissão em iguais mandatos do Governo federal e do Governo paulista; recrutando testemunhos nos autos do mencionado inquérito civil, o Ministério Público opinou em que “várias instituições renomadas também poderiam realizar o projeto”, inferindo em que faltante a singularidade do serviço prestado e, com isso, ilegal a dispensa de licitação para o contrato em tela; indicou-se, ainda, prejuízo financeiro suportado pela Imprensa Oficial paulista, passando, então, a Promotoria Pública demandante a sustentar, jurídica e legalmente, a necessidade de processo licitatório para a versada contratação, processo a cuja falta relacionou ofensa a princípios constitucionais alistados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, a que se agregaram a imputação de prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito da Fundação Victor Civita e improbidade administrativa, concluindo o Ministério Público que os demandados malferiram o Código Político de 1988 e dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, postulando-se, a final, a inflicção das penas estatuídas no art. 12 da Lei nº 8.429. 4.Depois da apresentação de defesas preliminares, o Juízo de origem recebeu a inicial, firmando-se em que inviável, de logo, formar convencimento acerca da inexistência dos disputados atos de improbidade, da improcedência da demanda ou da impropriedade da via processual eleita, observando que “discutível o cabimento da licitação ou não no caso sub iudice, os fatos efetivamente ocorreram e há indícios de atos de improbidade, sendo que a via utilizada pelo autor se mostra adequada para o fim de responsabilizar os réus”. 5. Instrumentou-se este agravo com apoio, em suma, nas seguintes razões: o Ministério Público desfiou imputação alternativa contra o ora recorrente, com a expressa correlação da discutida conduta supostamente ímproba ora à figura legal do art. 10 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 com a nota de detrimimento do erário, ora à do art. 11, para a hipótese de não emergir prejuízo ao patrimônio público; essa alternativa, que estampa dúvida relativa à qualificação jurídica do fato, malferiu o direito de defesa, inviável pretensão supletiva, tal a enunciada no desfecho da petição inicial da demanda (cf. fl. 30). É o relatório do necessário, conclusos os autos recursais em 9 de junho de 2011 (fl. 101). DECISÃO: 6.Lê-se na petição inicial do processo sob exame, in verbis: “o ALEXANDRE SCHNEIDER foi Secretário dos Transportes e da Segurança Pública de São Paulo no governo Mário Covas. De janeiro de 2005 a março de 2006, exerceu a função de Secretário Adjunto da Secretaria Municipal de Governo e, desde abril de 2006, é Secretário Municipal de Educação de São Paulo. Por meio dos depoimentos, constatou-se que a sugestão de se contratar a FUNDAÇÃO VICTOR CIVITA adveio do gabinete do citado demandado. Foi ele o responsável, em nome da Secretaria Municipal de Educação, pela subscrição do contrato com FUNDAÇÃO VICTOR CIVITA, que mencionava o INSTITUTO PROTAGONISTÊS expressamente como executor dos serviços . O demandado foi responsável pela violação dos princípios referidos e pela facilitação da incorporação ao patrimônio da FUNDAÇÃO VICTOR CIVITA e do INSTITUTO PROTAGONISTÊS de valores oriundos dos cofres municipais, mediante inexigibilidade da licitação. Tal contratação, aliás, apenas foi possível em razão da função que ela desempenhava e por conta do relacionamento partidário anterior, bem como a amizade com os demais demandados. O demandado trabalhou com HUBERT ALQUERÉS na Imprensa Oficial do Estado e no Governo do Estado de São Paulo. Assim, ele deverá ser condenado por infração ao disposto no art. 10, incisos I, VIII e XII, à devolução ao erário paulistano do total despendido pela Municipalidade de São Paulo em razão da contratação da FUNDAÇÃO VICTOR CIVITA (R\$611.232,00) e às cominações do art. 12, II da Lei 8.429/1992. No mínimo, deverá ser responsabilizado por infração do disposto no art. 11, I, c.c. art. 12, III, da mesma Lei” (fls. 40-1). Adiante, a Promotoria Pública empregou o advérbio “supletivamente” para referir-se a esse pleito de sanção menos gravosa (fl. 46). 7.A atribuição alternativa de condutas ou, com a expressão de JESCHECK, a “fundamentação alternativa dos fatos” é admissível quando se ancore em uma equivalência essencial no conteúdo da ilicitude (nesse sentido, *brevitatis causa*, MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*. Tradução argentina do texto atualizado por Heinz ZIPF. Buenos Aires: Astrea, 1994, tomo I, § 10, III, nº 27). Vale dizer, que a vedação da alternatividade de fatos afeta as imputações plurívocas. Com essas, em verdade, não se propicia esfera razoável e delimitada para o exercício da defesa. Diversamente, quando haja, em substância, equivalente antijudicialidade de conteúdo nos fatos em alternativa, deve admitir-se a imputação, porque, do contrário, a improcedência da demanda, por um fato isolado, resultaria manifestamente injusta. Assim, reconhece-se a via de uma solução que, de maneira alternativa, acarrete a inflicção de menor penalidade, nos casos em que, quando menos, deva compreender-se provada a prática de reprovabilidade de gradação inferior. São impressivas, a propósito, as observações de JESCHECK (Tratado de *Derecho Penal*. Tradução castelhana. Barcelona: Bosch, 1981, I, § 16). Em certas situações, além disso, não se impede considerar a qualificação de ilícito residual, assim, por exemplo, na redução de uma conduta dolosa a seu correlato culposo. Na esfera da vigente Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, cabe reconhecer o caráter residual da norma de seu art. 11, que desempenha função subsidiária (cf., por muitos, PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa Comentada*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 100-1; o autor invoca, nesse passo, a expressão conhecida de Nelson Hungria: “soldado de reserva”, de sorte a admitir a incidência do referido art. 11 quando a conduta ímproba não se enquadrar nos dispositivos legais que lhe são antecedentes). Isso, decerto, soluciona a questão no plano substantivo, não, contudo, o problema, que é persistente, do processo equânime, é dizer, da exigência de bastante exercício de defesa, que se rompe quando a imputação inibe o contraditório individualizado. Tanto, porém, quanto emerge no processo penal, também na