



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000324841

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1000772-73.2020.8.26.0218, da Comarca de Guararapes, em que são apelantes MARCELO LUIZ POLYCARPO COSMAI e NATANAEL AZEVEDO, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao apelo de Natanael Azevedo e deram parcial provimento ao recurso de apelação de Marcelo Luis Polycarpo Cosmai, nos termos que constarão do acórdão, V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente) E LUCIANA BRESCIANI.

São Paulo, 1º de abril de 2025.

CYNTHIA THOMÉ

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1000772-73.2020.8.26.0218

Apelantes: Natanael Azevedo e Marcelo Luís Polycarpo Cosmai

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Comarca: Guararapes - 2ª Vara

Juíza prolatora: Dra. Danielle Caldas Nery Soares

Voto nº 756

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

I. Caso em Exame: 1. Apelações interpostas por Natanael Azevedo e Marcelo Luís Polycarpo Cosmai contra sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando-os por atos de improbidade administrativa. Os apelantes foram acusados de desviar recursos destinados à reforma do pronto socorro e construção das alas particulares do hospital, emitindo notas fiscais fraudulentas e recebendo valores indevidos.

II. Questão em Discussão: 1. A questão em discussão consiste em verificar a ocorrência de atos de improbidade administrativa por desvio de recursos públicos, enriquecimento ilícito, lesão ao erário e violação de princípios, imputados aos apelantes.

III. Razões de Decidir: 1. Prescrição não verificada, conforme análise anterior da C. Câmara, que afastou a tese de prescrição. 2. Cerceamento de defesa não verificado, pois o apelante Natanael participou da audiência de instrução e foi representado por seu advogado. 3. Comprovação do dolo específico dos requeridos, que agiram em conluio para desviar recursos públicos, emitindo notas fiscais que não correspondiam aos serviços prestados. 4. Aplicação do Tema 1199 do C. STF. 5. Provas suficientes para caracterizar o ato de improbidade administrativa, incluindo auditoria independente e depoimentos de testemunhas.

IV. Dispositivo e Tese: 1. Dá-se parcial provimento ao recurso de Marcelo Luís Polycarpo Cosmai para afastar a condenação solidária e determinar a liquidação para apuração específica do quanto devido por cada requerido. Nega-se provimento ao recurso de Natanael Azevedo. Tese de julgamento: 1. A comprovação do dolo específico é necessária para a configuração de atos de improbidade

administrativa, conforme a Lei nº 14.230/2021.

Legislação Citada: Lei nº 8.429/1992, arts. 9º, 10 e 11; Lei nº 14.230/2021. Jurisprudência Citada: TJSP, Apelação Cível 0001517-25.2018.8.26.0191, Rel. Carlos von Adamek, 2ª Câmara de Direito Público, j. 05/11/2024. TJSP, Apelação Cível 0003239-50.2015.8.26.0466, Rel. Maria Fernanda de Toledo Rodovalho, 2ª Câmara de Direito Público, j. 13/09/2023. TJSP; Apelação Cível 1000265-66.2021.8.26.0028; Relator (a): Jayme de Oliveira; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Aparecida - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/02/2025; Data de Registro: 10/02/2025.

Vistos.

Tratam-se de apelações interpostas por Natanael Azevedo e Marcelo Luís Polycarpo Cosmai contra a r. sentença de fls. 2442/2475, cujo relatório adoto, que julgou procedentes os pedidos iniciais para condenar os requeridos, ora apelantes, pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no artigo 9º, caput, incisos VII e XI; artigo 10, caput, incisos I, VIII, IX, X, XII e XVII; e artigo 11, inciso V, todos da Lei nº 8.429/92, bem como para aplica-lhes as penalidades de: I - restituição, de forma solidária, do valor de R\$ 622.056,00 (seiscentos e vinte e dois mil e cinquenta e seis reais), a título de valores acrescidos indevidamente ao patrimônio, II - suspensão dos seus direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos, a contar do trânsito em julgado, III - multa civil de R\$ 622.056,00 (seiscentos e vinte e dois mil e cinquenta e seis reais), IV- proibição de os requeridos contratarem com o Poder Público ou receberem benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual sejam sócios majoritários, pelo prazo de 10 (dez) anos, a partir do trânsito em julgado. Decretou-se ainda, o perdimento dos bens móveis e imóveis que foram objeto de constrição judicial nestes autos.

Em breve relato, cumpre anotar que o feito havia sido

sentenciado (r. sentença de fls. 1083/1089), ocasião em que reconhecida a ocorrência da prescrição, com determinação de levantamento da indisponibilidade dos bens, e extinção do feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, inciso II, do CPC. Recorreram o Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 1094/1103) e Marcelo Luis Polycarpo Cosmai (fls. 1156/1165).

O v. acórdão de fls.1283/1292 julgou deserto o recurso interposto por Marcelo e conferiu provimento ao recurso do Ministério Público autor para afastar a prescrição e determinar o retorno dos autos à origem para exame do mérito.

O Recurso Especial interposto pelo requerido Marcelo (fls. 1313/1322) não foi admitido pelo Exmo. Desembargador Presidente da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça (fls. 1358/1359).

Contra a r. decisão o requerido interpôs agravo em recurso especial (fls. 1362/1369); não conhecido, todavia (fls. 1406/1407).

A Santa Casa de Misericórdia de Guararapes pleiteou o ingresso no feito na condição de terceira interessada (fls. 1416), o que foi deferido pelo i. magistrado *a quo* a fls. 1432/1439.

Sobreveio, então a r sentença de fls. 2442/2475, em relação a qual foram interpostos os recursos ora em análise.

Inconformado, apelou Natanael Azevedo (fls. 2483/2492), aduzindo que teve imputado contra si a prática de ato de improbidade por supostamente, em conluio com Marcelo Cosmai, provedor da Santa Casa de Misericórdia de Guararapes, ter desviado recursos destinados à reforma do pronto socorro e construção das alas particulares do hospital. O apelante, na condição de prestador de serviços, teria emitido notas fiscais fraudulentas e recebido valores indevidos. Em preliminar argumentou com a violação dos princípios do contraditório

e ampla defesa, pois o apelante estava preso e não foi comunicado acerca da audiência de instrução. As auditorias e relatórios foram apresentados sem viabilizar o contraditório – ausência de perícia contraditória. Disse ainda, que a r. sentença, apesar das contradições dos depoimentos das testemunhas escolheu somente trechos prejudiciais ao apelante, ignorando aqueles que demonstravam sua boa-fé e idoneidade; tanto que a testemunha Roberto Carlos Domingues (responsável financeiro) atestou que as “notas frias” eram geridas pelo provedor da Santa Casa, que mantinha consigo o talonário. Os recibos eram todos preenchidos na Santa Casa. Sustentou que o indeferimento da prova técnica necessária para atestar a autenticidade das notas fiscais configura cerceamento de defesa. Não restou comprovado o dolo, conluio e participação no desvio de recursos, eis que mantinha atuação subordinada. Negou ter auferido qualquer benefício já que as notas eram emitidas com base no serviço executado. Destacou, inclusive não ter sido pago pela integralidade dos serviços prestados e afirmou ter sido utilizado como instrumento para encobrir os atos praticados pelos gestores. Pediu o provimento do recurso com consequente anulação da r. sentença ou de forma alternativa a reforma da r. sentença a fim de que a ação seja julgada improcedente.

Apelou também Marcelo Luís Polycarpo Cosmai (fls. 2497/2526) pleiteando a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita e o diferimento do recolhimento do preparo. Citou o Tema 1199 do C. STF e afirmou que o mero exercício da função ou desempenho de competências públicas sem a comprovação do dolo afasta a responsabilização pelo ato de improbidade. As imputações foram genéricas e não demonstraram o elemento subjetivo. Sustentou a ocorrência da prescrição, eis que o novo regime prescricional trazido pela Lei nº 14.230/2021 é irretroativo. Entre a data da última apresentação de contas 2014 referente a 2013 até a propositura da ação (13/04/2020) já teria decorrido o prazo de 5 anos previsto na redação original do artigo 23 da LIA. Sustentou que a r. sentença baseou-se na condenação promovida na esfera criminal - sem que se demonstrasse sequer o dano patrimonial, ou seja, na dispensa irregular de licitação para contratação de obra pública, o que não se mostra possível diante da necessidade de aferição do dolo específico. A r. sentença deixou de analisar de modo concreto a conduta do

apelante. Não há prova do conluio ou mesmo de vantagem acrescida ao seu patrimônio ou de terceiros; no caso do artigo 10 da LIA era necessário comprovar a existência de dano ao erário, o que não ocorreu. Em relação à violação de princípios, aduziu que a condenação se deu com base no *caput* do artigo 11, da LIA, o que configura *error in judicando*, eis que taxativo o rol, após o advento da Lei nº 14.230/2021. Afirmou que existiram várias inconsistências no processo. Citou que a aquisição do material não era realizado pela entidade e sim pela construtora do requerido Natanael e que apesar do suposto desvio da quantia de R\$ 200.00,00 (duzentos mil reais), somente 35% da obra foi concluída. Não assinou ou ordenou recibo de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). As inconsistências na prestação de contas não estavam incluídas na sua atribuição. Os valores arrecadados com o leilão de gados não lhe foram repassados. A condenação de forma solidária encontra-se vedada pela LIA, havendo necessidade de individualização da conduta e da penalidade; tampouco foram observados os parâmetros impostos pelo artigo 17, incisos IV e V. Pediu o provimento do recurso, com acolhimento da prescrição e reforma da r. sentença para que os pedidos sejam julgados improcedentes. Subsidiariamente, pediu ajuste na dosimetria da pena, obedecendo-se a individualização das condutas.

Recursos processados e com oferta de contrarrazões pelo Ministério Público Estadual (fls. 2533/2549).

A D. Procuradoria de Justiça ofertou parecer (fls. 2563/2605), pelo desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Ao que consta dos autos o requerido Marcelo Luis Polycarpo Cosmai já havia formulado pedido de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, o que foi indeferido pela Exma. Des. Relatora (fls. 1253/1256).

Sobreveio novo pedido em sede de contestação (fls.

1518/1537), indeferido a fls. 2127/2132. O apelante, no entanto, não demonstrou que houve alteração em sua situação econômica, o que poderia ensejar a modificação daquelas decisões judiciais. Ao reverso, o que se tem nos autos, em especial os documentos indicados a fls. 1582 e seguintes (sistema de histórico de extratos de movimentação de conta corrente em nome do apelante) demonstram intensa movimentação, ao menos naquele período listado.

Não se desconhece o teor do inciso LXXIV, do artigo 5º da Constituição Federal, prevê que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Todavia, a justiça do Brasil não é gratuita, incumbindo ao interessado fazer prova de insuficiência econômica (medida de proteção ao patrimônio público), o que não se tem no caso concreto. Assim, é o caso de se manter o indeferimento ao pleito de gratuidade formulado pelo apelante.

O recurso interposto, no entanto, será conhecido, com base no que dispõe o artigo 23-B, da Lei nº 14.230/21, eis que expressamente consignado que nas ações e nos acordos regidos pela novel legislação, não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e de quaisquer outras despesas.

“Art. 23-B - Nas ações e nos acordos regidos por esta Lei, não haverá adiantamento de custas, de preparo, de emolumentos, de honorários periciais e de quaisquer outras despesas.”

Também não prospera a preliminar de nulidade da r. sentença, formulado pelo apelante Natanael Azevedo, em razão de suposto cerceamento de defesa (violação do contraditório e ampla defesa), eis que o requerido Natanael participou da audiência de instrução (fls. 2225), tendo inclusive prestado depoimento ao Juízo. Apesar de não ter participado da audiência em continuação (fls. 2250/2251), já havia prestado seu depoimento e foi devidamente representado pelo patrono Dr. Rodolfo Alexandre Santana Passarini. Não há

indicativo de qualquer prejuízo, pois possibilitado ao patrono formular perguntas às testemunhas e participar ativamente do ato processual. Assim, considerando que não há como se reconhecer a nulidade sem a efetiva demonstração do prejuízo ao interessado, aplica-se o princípio do *pas de nullité sans grief*.

Também não há qualquer nulidade em decorrência de cerceamento de defesa quanto a produção de outras provas (prova pericial, como aduziu Natanael, em seu apelo) uma vez que a r. decisão de fls. 2127/2132 ofertou às partes o prazo de 15 dias para que indicassem as provas que pretendiam produzir. Natanael, no entanto, apesar de devidamente integrado à lide (vide certidão positiva do oficial de justiça de fls. 2105) não se manifestou, de modo que impossível beneficiar-se de sua própria inércia para pleitear a nulidade do feito por cerceamento de defesa, pois que não formulou pedido de produção de prova pericial.

A questão envolvendo a avaliação das provas produzidas e o teor dos depoimentos prestados em juízo são matérias que dizem respeito ao mérito e com ele serão analisadas.

Em relação à prescrição, aduzida pelo apelante Marcelo, verifica-se que a questão já foi alvo de análise por esta C. Câmara quando do julgamento dos recursos interpostos em face da r. sentença de fls. 1083/1089, que havia reconhecido a ocorrência da prescrição; tese afastada pelo v. acórdão de fls. 1283/1287, ocasião em que se analisou o instituto tanto sob a ótica da Lei nº 8.429/1992, em sua redação original (artigo 23) - para afastá-la, quanto em relação às alterações implementadas pela Lei nº 14.230/2021, restando assim ementado o v. acórdão:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS Não se conhece recurso, por falta de pressuposto extrínseco de admissibilidade, nos termos do art. 932, inc. III, do CPC Apelante que, regularmente intimado a recolher o preparo

recursal, manteve-se inerte Deserção configurada. PRESCRIÇÃO Inocorrência Aplicabilidade do art. 23, inciso III, da Lei de Improbidade Indícios que só se tornaram públicos em 2015 Demanda ajuizada antes de ultrapassado o prazo de cinco anos Impossibilidade de contagem do prazo prescricional antes de conhecido o desvio das verbas Mesmo que admitida a aplicação da Lei de Improbidade modificada pela Lei 14.230/21, não há prescrição a ser declarada Sentença reformada Determinação de retorno dos autos à origem para apreciação do pedido inicial. RECURSO DO CORRÉU NÃO CONHECIDO, RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO, com determinação.”

Trata-se, portanto de matéria preclusa, o que inviabiliza nova análise em sede de apelação. Nesse sentido, o C. Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DUPLICIDADE DE RECURSOS. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INAPLICABILIDADE. 1. A interposição de mais de um recurso pela mesma parte contra idêntica decisão inviabiliza o exame daquele que tenha sido protocolizado por último, diante da ocorrência de preclusão consumativa e da aplicação do princípio da unirrecorribilidade recursal. [...] 3. Agravo interno não conhecido. (AgInt no AgInt no AREsp n. 1.861.270/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 24/4/2023.).

Ao mérito.

Discute-se a prática de atos de improbidade administrativa tipificados nos artigos o 9º, *caput*, incisos VII e XI; artigo 10, *caput*, incisos I, VIII, IX, X, XII e XVII; e artigo 11, inciso V, todos da Lei nº 8.429/92, pelos requeridos Marcelo Luis Polycarpo Cosmai e Natanael Azevedo.

Cumprir observar que em 26 de outubro de 2021, entrou em vigor, no dia de sua publicação, a Lei nº 14.230/2021, que alterou de forma substancial a Lei nº 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa.

Posteriormente, o C. STF definiu, em sede de repercussão geral a questão da irretroatividade das disposições na nova legislação, em especial quanto a necessidade do elemento subjetivo (*dolo específico*) para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no que tange ao artigo 10 da LIA, que também foi imputado aos requeridos, ora apelantes.

Firmou-se as seguintes teses no *leading case* (ARE nº 843989 – Tema de Repercussão Geral nº 1199):

“1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;

2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação

da lei.” (Relator Ministro Alexandre de Moraes; Data do julgamento: 18/08//2022; Ata publicada no DJE em 05/09/2022).

Assim, aplica-se a nova Lei ao caso ora em análise.

De acordo com Ministério Público autor, em resumo, os requeridos (em conluio) desviavam em proveito próprio recursos advindos de repasses de Prefeituras, fundos de saúde e convênios destinados à Santa Casa de Misericórdia. O requerido Marcelo, na condição de provedor da Santa Casa no período de 2010 a fevereiro de 2015, e utilizando-se dessa facilidade, sob o pretexto de realização de obras de reforma e ampliação do hospital, sem prévia licitação, contratava os serviços do empreiteiro Natanael, cujos valores eram estipulados de forma casuística pelos requeridos. As verbas públicas eram desviadas em proveito dos requeridos, inclusive com repasses em espécie pelo empreiteiro ao gestor.

Segundo narrou o *parquet*, Natanael era responsável pela escrituração das notas fiscais falsas (emitindo ou autorizando a emissão) relativas a serviços inacabados ou que sequer haviam sido realizados, ou ainda, que não correspondiam às contraprestações pagas, tudo no intuito de acobertar a ação ilícita dos requeridos. Os desvios alcançaram a quantia de R\$ 622.056,00 (seiscentos e vinte e dois mil, cinquenta e seis reais).

Os recursos não comportam provimento.

A Lei nº 8.492/1992, com as alterações trazidas pela Lei nº 14.230/21 passou a prever:

Art. 1º - O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

(...)

§ 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.

(...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

(...)

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

(...)

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens,

rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

(...)

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:

I - facilitar ou concorrer, por qualquer forma, para a indevida incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, de rendas, de verbas ou de valores integrantes do acervo patrimonial das entidades referidas no art. 1º desta Lei; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

(...)

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; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

(...)

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir ilicitamente na arrecadação de tributo ou de renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

(...)

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

(...)

XVII - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores públicos transferidos pela administração pública a entidade privada mediante celebração de parcerias, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; [\(Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014\)](#)

(...)

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: [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

(...)

V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros; [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

No caso, o Ministério Público conseguiu comprovar a ocorrência do ato ímprobo praticado pelos requeridos.

Ao que consta dos autos, após a intervenção Municipal, por

força de Decreto Municipal nº 3.186/2015 (fls. 736/741), a Diretoria da Santa Casa de Misericórdia de Guararapes, já em gestão posterior a de Marcelo Cosmai, contratou empresa de auditoria independente para auditar “*processos contábeis, contratos e reformas da instituição nos anos anteriores*” (fls. 46 e ss). E a auditoria constatou diversas irregularidades listadas a fls. 48/49, abaixo transcritas:

- 1) Adiantamentos da ordem de R\$ 622.056,00 (seiscentos e vinte e dois mil, cinquenta e seis reais) a Natanael sem prestação de contas;
- 2) R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) destinado a reforma do pronto socorro que foi desviado para reforma dos apartamentos particulares;
- 3) Ações judiciais trabalhistas;
- 4) Execução de construções e compra de materiais sem licitação;
- 5) Recursos de churrasco e leilão não contabilizados;
- 6) Irregularidades contábeis regularizadas somente no ano de 2014;
- 7) Ausência de controle de estoques e bens do imobilizado;
- 8) Tributos retidos e não recolhidos;
- 9) Irregularidades na prestação de contas já com condenação para devolução de valores à Prefeitura de Rubiácea;
- 10) Problemas nas obras;
- 11) Irregularidade – ausência de execução de obras e serviços nos processos nº 001/712/79/13, de 21/11/2013 referente ao pronto socorro;
- 12) O valor do orçamento da obra do pronto socorro foi apontado como R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) pelos requeridos; todavia o auditor técnico engenheiro apurou como valor dos serviços executados R\$ 68.154,32 (sessenta e oito mil, centos e cinquenta e quatro reais e trinta e dois centavos); o que correspondem a 34,08% do valor do orçamento; havendo saldo remanescente de R\$ 131.845,72 (cento e trinta e um mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e setenta e dois centavos).

Os documentos produzidos pela auditoria independente

comprovaram a aplicação de recursos públicos em outros gastos que não aqueles indicados originariamente (fls. 50/51), repasses para obras que não foram concluídas (fls. 51, 62), e adiantamentos para obras que já haviam sido finalizadas (fl. 55), indevidos adiantamentos sem correspondente prestação de contas (fl. 55, 64/67), afora lançamentos em desacordo com a prática contábil (fl. 58, 74), tudo conforme demonstração indicada a fls. 78/80, bem como vistoria realizadas *in loco* (fls. 88 e 172). Tais fatos são reforçados pelo teor da decisão do TCE/SP, que julgou irregular a prestação de contas de repasses do exercício de 2011 (fls. 676/679).

Além disso, a auditoria apontou imperfeições nas obras realizadas (fl. 52), inclusive possibilidade de risco para a segurança das construções; o que por certo acarretam prejuízos à Santa Casa (fl. 61). Indicou-se, ainda, a não contabilização de registro referente aos valores arrecadados (R\$ 72.255,00 – setenta e dois mil, duzentos e cinquenta e cinco reais) com churrasco e leilão de gado em prol da instituição, e entrega de cheque no valor de R\$ 11.290,00 (onze mil duzentos e noventa reais - fl. 81).

A questão envolvendo a ausência de procedimentos licitatórios na contratação das obras e serviços prestados por Natanael também foi devidamente comprovada pelas provas produzidas. Há depoimento do próprio Natanael quando de sua oitiva na Delegacia de Polícia do Município (fls. 179), ocasião em que ele reconheceu que **somente a primeira obra teria sido antecedida de licitação, sendo as demais contratadas diretamente com Marcelo** e que não tinha acesso a nenhum dos contratos, que ficavam em posse do gestor.

“Esclarece que somente a primeira obra foi feita por licitação, sendo que todas as obras posteriores realizadas eram feitas mediante contrato, firmado diretamente com Marcelo Cosmai (...)”.

Destacou, na oportunidade que *“(...) não realizou reforma alguma no pronto socorro, no setor de emergência da santa Casa de Misericórdia de Guararapes, porém, Marcelo Cosmai, provedor da Santa Casa na época, pagou ao*

declarante o valor de R\$ 261.750,00 reais informando que era para empenhar esses valores em parte dos pagamentos das obras realizadas em outras áreas dentro da Santa Casa, sendo emitidos os recibos nº (...)" (fl. 180).

E acrescentou: *"(...) que o recibo nº 19767, no valor de R\$ 120 mil reais, datado de 25/07/2014, Marcelo Cosmai exigiu ao declarante que entregasse a ele o valor de R\$ 30 mil reais. Informa ainda que o recibo nº 19811 no valor de R\$ 20 mil reais, datado em 02/09.2014, novamente Marcelo Cosmai pediu ao declarante o valor total do recibo, ou seja, R\$ 20 mil reais, alegando que era para encaminhar para a casa civil em São Paulo-SP, sendo que o declarante foi novamente ao banco, sacou o cheque nesse valor e entregou nas mãos de Marcelo Cosmai, em dinheiro, a quantia de R\$ 20 mil reais.(...) O recibo nº 19923, no valor de R\$ 2.699,96 reais, embora esteja escrito à caneta pagamento referente ao pronto socorro, na verdade foi dado em pagamento das obras na cozinha." (fl. 180).*

Os relatos foram confirmados em seu depoimento ao Juízo, ocasião em que reiterou que em certas ocasiões recebia o pagamento, sacava e entregava parte do valor a Marcelo. O recibo era assinado apenas no valor que ficava com ele (Natanael) (fl. 2225). Prossegue indicando outros recibos que culminaram em saques e repasses em dinheiro ao gestor (R\$ 2.600,00, R\$ 6.000,00, R\$ 50.000,00 – fl. 181).

Em suas declarações ao Ministério Público (fls. 336/338) os fatos foram novamente confirmados: *"a primeira vez pelo procedimento Convite e depois diretamente pelo Marcelo Cosmai, com quem mantinha contato"*.

E prosseguiu:

"Eu fazia o orçamento e dizia a ele se seria possível realizar a obra com aquele valor do convênio. Quando não era possível, ele falava eu iria usar outros recursos. Posso dizer que a verba era usada dentro da Santa Casa, mas não necessariamente dentro do que vinha determinado no convênio. (...) Os

contratos que eu fiz com a Santa Casa desapareceram.”.

Em juízo, declarou nunca ter participado de licitação para prestação de serviços junto à Santa Casa (fl. 2225).

E todos esses fatos foram confirmados pela auditoria independente, que atestou não ter localizado “*nenhum procedimento licitatório*” para construção e ampliação das obras da Santa Casa (fl. 81).

Não bastasse, os depoimentos das testemunhas ouvidas em Juízo confirmaram os fatos apontados pelo Ministério Público. A testemunha Paulo Arcanjo da Cruz (fl. 2225), interventor e provedor após a saída de Marcelo, confirmou a inexistência de procedimento licitatório na contratação dos serviços prestados por Natanael, único empreiteiro contratado. A testemunha Luiz Carlos Braga (fl. 2225) também confirmou a existência de irregularidades, como a aplicação irregular de verbas públicas, ausência de licitação e contrato nos serviços prestados por Natanael, sem conhecimento da existência de acompanhamento por engenheiro, inadequações estruturais, afirmando inclusive que se recordava que Natanael teria assinado recibos no valor em torno de quatrocentos mil reais, mas teria recebido em torno de duzentos mil reais. E mesmo a testemunha Roberto Carlos Domingues, que atuou no setor financeiro durante a gestão de Marcelo, atestou a inexistência de licitação.

Assim, ao que se verifica das provas coligidas, não há qualquer amparo para as teses defensivas apresentadas, ausente qualquer indício de que as notas frias emitidas por Natanael seriam geridas por Marcelo. Tampouco há indicativo de subordinação ou ausência de dolo na conduta de Natanael, eis que empreiteiro e portanto, conhecedor da necessidade de licitação para contratação de obras e serviços junto à Santa Casa.

Também não prosperam as teses apresentadas por Marcelo, eis que não se discute sua responsabilidade pela prestação de contas, mas os próprios

atos por ele praticados na condição de gestor, que causaram enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário.

E ao reverso do que sustentaram, restou devidamente comprovado o nítido intuito dos requeridos de apropriarem-se de recurso públicos destinados à Santa Casa de Misericórdia, por meio de contratação de obras e serviços desprovidos de prévia licitação, na medida em que, de forma deliberada e conscientemente agiram em conluio e utilizando-se da facilidade do cargo (caso de Marcelo, então gestor) e da condição de contratado (Natanael), para que Natanael emitisse notas que não correspondiam aos serviços prestados (obras não concluídas ou parcialmente concluídas), mas eram utilizadas para justificar a licitude dos pagamentos, tudo no intuito de conferir aspecto de legalidade à despesa irregular implementada.

Os valores, como demonstraram as provas produzidas, muitas vezes eram sacados em espécie por Natanael e repassadas ao gestor Marcelo.

Assim, o requerido Marcelo contratou serviços e obras sem a realização de licitação, ausente qualquer hipótese de dispensa ou inexigibilidade. Além disso, não providenciou a devida escrituração das despesas, mal gerindo os dos recursos da Santa Casa advindos de repasses de outros entes, convênios e fundos, ou mesmo arrecadação por meio de leilão de gado, seja realizando aplicação irregular em outros setores, seja apropriando-se em proveito próprio dos recursos públicos. Ainda, permitiu que terceiro (Natanael) auferisse benefício ilícito, uma vez que recebia (inclusive em adiantamentos) valores por obras que não haviam sido entregues em sua totalidade.

O requerido Natanael, em conluio com o gestor, realizou obras e serviços sem prévia participação em licitação, bem como recebeu valores por obras, inclusive por adiantamento, que não foram concluídas ou foram concluídas somente parcialmente. Além disso, participou do repasse ilegal de verbas em proveito do gestor, permitindo que ele (gestor) se apropriasse de verbas públicas, eis

que admitiu realizar saques em espécie dos valores supostamente destinados a ele (Natanael) pelos serviços, mas que eram repassados a Marcelo.

E embora não se desconheça a independência entre as instâncias administrativa e criminal, é certo que o teor da r. sentença (fls. 2253/2287) e do v. acórdão (fls. 2288/2237) podem ser utilizados como mais um dos elementos probatórios, tendo em vista que ali se apurou a prática de peculato apropriação e crimes contra a lei de licitações em relação ao mesmos fatos, ocasião em que também foi reconhecida a contratação de Natanael sem prévia realização de licitação, bem como o repasse irregular das verbas públicas recebidas em pagamento dos serviços, em favor do requerido Marcelo, que recebia em espécie. Confira-se:

“Dos depoimentos colhidos nos autos é possível constatar que, de fato, Natanael foi contratado pessoalmente pelo correquerido Marcelo, para que realizasse obras na Santa Casa de Guararapes, sem qualquer procedimento licitatório prévio. Nota-se que, conquanto Marcelo afirme ter realizado procedimentos de carta-convite para contratação dos serviços e obras empregados no hospital e que Natanael sagrou-se vencedor em todos os certames, não cuidou de trazer aos autos qualquer documento neste sentido.

(...)

Não bastasse isso, a funcionária Karina Mendes Del Paschoa Granieri, que exercia a função de secretária da Diretoria, afirmou que jamais viu as carta-convite tampouco os contratos celebrados entre Natanael e a Santa Casa.” (fls. 2273/2274).

“De qualquer forma, ficou claro através da quebra de seu sigilo bancário que deixou de declarar R\$ 93.662,14 em 2012, R\$ 46.923,11 em 2013 e R\$ 111.724,92 em 2014, sendo que ao menos parte dessas verbas advinham da Santa Casa. NATANAEL confirmou ter repassado parte do dinheiro recebido pelas obras (que foram superfaturadas, conforme constatado em auditoria) para MARCELO e que recebia às vezes menos quantia do que indicavam os recibos, sendo que as quantias a serem pagas, segundo os funcionários do financeiro, eram

determinadas diretamente por MARCELO, (...).

Além disso, NATANAEL confessou ter recebido dinheiro por obras não realizadas e que os recibos não diziam respeito verdadeiramente às obras neles apontadas, mas eram elaborados de acordo com as verbas que eram repassadas à instituição pelo Estado, pela Prefeitura e por particulares.” (fls. 2327)

A tese de regularidade das condutas, portanto, não convence, pois não encontra embasamento nas provas produzidas. Como visto, o próprio Natanael reconheceu que a despeito da contratação, não participou de procedimento licitatório promovido pela Santa Casa. Tampouco o requerido Marcelo trouxe qualquer documento, cópia de edital ou contrato firmado com Natanael para comprovar a legalidade das condutas. Sequer veio aos autos algum cronograma das obras.

Ademais, na esfera criminal apurou-se a ausência de declaração de valores por Marcelo nos anos de 2012, 2013 e 2014. E os documentos de fls. 805 e seguintes dão conta que a movimentação financeira de Marcelo foi intensa nos anos em que ocupou o cargo de gestor da Santa Casa, com diversos depósitos seguidos quase que diariamente. E tais movimentações não se coadunam com os rendimentos declarados ao Fisco (fls. 777/803), tudo de modo a corroborar a existência dos desvios de recursos públicos destinados à Santa Casa.

Como se sabe, com o advento da novel legislação passou-se a exigir não mais o dolo genérico, mas específico para a configuração dos atos de improbidade. Nesse sentido o C. STJ, quando do julgamento do REsp n. 1.913.638/MA, de relatoria do Ministro GURGEL DE FARIA, Primeira Seção, julgado em 11.5.2022, assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. IMPROBIDADE. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR TEMPORÁRIO. AUTORIZAÇÃO. LEI LOCAL. DOLO.

AFASTAMENTO. 1. Em face dos princípios a que está submetida a administração pública (art. 37 da CF/1988) e tendo em vista a supremacia deles, sendo representantes daquela os agentes públicos passíveis de serem alcançados pela lei de improbidade, o legislador ordinário quis impedir o ajuizamento de ações temerárias, evitando, com isso, além de eventuais perseguições políticas e o descrédito social de atos ou decisões político-administrativos legítimos, a punição de administradores ou de agentes públicos inexperientes, inábeis ou que fizeram uma má opção política na gerência da coisa pública ou na prática de atos administrativos, sem má-fé ou intenção de lesar o erário ou de enriquecimento. 2. A questão central objeto deste recurso, submetido ao regime dos recursos repetitivos, é saber se a contratação de servidores temporários sem concurso público, baseada em legislação municipal, configura ato de improbidade administrativa, em razão de eventual dificuldade de identificar o elemento subjetivo necessário à caracterização do ilícito administrativo. 3. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, desde há muito, a contratação de servidores públicos temporários sem concurso público baseada em legislação local afasta a caracterização do dolo genérico para a configuração de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. 4. O afastamento do elemento subjetivo de tal conduta dá-se em razão da dificuldade de identificar o dolo genérico, situação que foi alterada com a edição da Lei n. 14.230/2021, que conferiu tratamento mais rigoroso, ao estabelecer não mais o dolo genérico, mas o dolo específico como requisito para a caracterização do ato de improbidade administrativa, ex vi do seu art. 1º, §§ 2º e 3º, em que é necessário aferir a especial intenção desonesta

do agente de violar o bem jurídico tutelado. 5. Para os fins do art. 1.039 do CPC/2015, firma-se a seguinte tese: "A contratação de servidores públicos temporários sem concurso público, mas baseada em legislação local, por si só, não configura a improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei 8.429/1992, por estar ausente o elemento subjetivo (dolo) necessário para a configuração do ato de improbidade violador dos princípios da administração pública."6. In casu, o Tribunal de origem reformou a sentença que condenou o demandado, levando em conta a existência de lei municipal que possibilitava a contratação temporária da servidora apontada nos autos, sem a prévia aprovação em concurso público, motivo pelo qual o acórdão deve ser confirmado. 7. Recurso especial desprovido." (negritei e sublinhei).

O entendimento foi reiterado pelo C. STJ. 1ª Turma, REsp 2.107.601-MG, também de Relatoria do Min. Gurgel de Faria, em 23/4/2024.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 14.230/2021. RESPONSABILIZAÇÃO POR DOLO GENÉRICO. REVOGAÇÃO. APLICAÇÃO IMEDIATA. 1. A questão jurídica referente à aplicação da Lei n. 14.230/2021 – em especial, no tocante à necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa e da aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente – teve a repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal (Tema 1.199 do STF). 2. A despeito de ser reconhecida a irretroatividade da norma mais benéfica advinda da Lei n. 14.230/2021, que revogou a modalidade culposa do ato de

*improbidade administrativa, o STF autorizou a aplicação da lei nova, quanto a tal aspecto, aos processos ainda não cobertos pelo manto da coisa julgada. 3. A Primeira Turma desta Corte Superior, no julgamento do AREsp 2.031.414/MG, em 9/5/2023, firmou a orientação de conferir interpretação restritiva às hipóteses de aplicação retroativa da LIA (com a redação da Lei n. 14.230/2021), adstrita aos atos ímprobos culposos não transitados em julgado, de acordo com a tese 3 do Tema 1.199 do STF. 4. Acontece que o STF, posteriormente, ampliou a abrangência do Tema 1.199/STF, a exemplo do que ocorreu no ARE 803568 AgR-segundo-EDv-ED, admitindo que a norma mais benéfica prevista na Lei n. 14.230/2021, decorrente da revogação (naquele caso, tratava-se de discussão sobre o art. 11 da LIA), poderia ser aplicada aos processos em curso. 5. Tal como aconteceu com a modalidade culposa e com os incisos I e II do art. 11 da LIA (questões diretamente examinadas pelo STF), a conduta ímproba escorada em dolo genérico (tema ainda não examinado pelo Supremo) também foi revogada pela Lei n. 14.230/2021, pelo que deve receber rigorosamente o mesmo tratamento. 6. Hipótese em que há outros pontos relevantes do processo em exame: i) não se está a rever matéria fática para concluir pela existência ou não do dolo específico; ii) na espécie, **o Tribunal de origem categoricamente entendeu não existir tal modalidade (dolo específico) de elemento subjetivo e, por isso, concluiu estar ausente o ato ímprobo; iii): não se está diante de hipótese em que houve condenação por dolo sem se especificar qual tipo (se genérico ou específico), mas sim diante da afirmação expressa da instância ordinária de que não houve dolo específico, não podendo haver condenação.** 7. Recurso especial não provido.*

O dolo específico dos requeridos encontra-se devidamente demonstrado, eis que em conluio deixaram de realizar procedimentos licitatórios para contratação de obras e serviços para recuperação e ampliação da Santa Casa.

E após as indevidas e diversas contratações, já utilizando-se das vantagens da condição pessoal (gestor da instituição e contratado para realização de obras e serviço) passaram novamente, em acordo e com vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito, a emitir notas fiscais que não correspondiam aos serviços prestados, desviando valores em proveito próprio (do gestor e do contratado).

“Então o dolo específico, especialmente para fins de caracterização de improbidade, é o ato eivado de má-fé. O erro grosseiro, a falta de zelo com a coisa pública, a negligência, podem até ser punidos em outra esfera, de modo que não ficarão necessariamente impunes, mas não mais caracterizarão atos de improbidade. Será considerado, portanto, dolo específico não aquela ausência de diligência em se praticar o ato, mas de não atuar com a diligência necessária e assim possibilitar o ato. O dolo não é de atingir, mas equivalente a atingir de modo a ser considerado desdém ao exercício da função. Conforme dito, portanto, da mesma forma que a má-fé passa a ser elemento essencial para caracterização do ato de improbidade, a boa-fé também deverá ser levada em consideração para a excludente de caracterização” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Comentários à Nova Lei de Improbidade Administrativa, 1ª Ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 2022. p. 46).

No caso, não se trata de mero exercício da função, desempenho de competências públicas, ou simples irregularidade, mas de atuação dolosa com o fim específico de fraudar procedimento licitatório e causar o enriquecimento ilícitos dos requeridos em detrimento do patrimônio público – verbas públicas destinadas à Santa Casa. Violou-se, por conseguinte, princípio caro à

Administração Pública (regularidade de procedimento licitatório).

E nesse aspecto, impossível se cogitar de ausência de prejuízo ao erário, na medida em que recursos públicos que deveriam ser direcionados para melhoria da estrutura da Santa Casa foram desviados em proveito dos requeridos, que simulando suposta licitude por meio de emissão de notas fiscais, recebiam valores, inclusive adiantamento por obras não finalizadas (caso de Natanael), bem como aferiam parte dos recursos em benefício próprio – saques em favor de Marcelo. E a auditoria concluiu irregularidades inclusive em parcela das obras entregues e mal acabadas, o que também reforça a existência de prejuízo aos cofres da Santa Casa.

O conjunto probatório, portanto, é suficiente para a comprovação do dolo específico dos requeridos, não se podendo falar em presunção ou licitude da conduta, mormente porque ambos tinham plena ciência do funcionamento da máquina pública, em especial quanto a necessidade de previa licitação para contratação de obras e serviços para a Santa Casa de Misericórdia.

Nesse sentido já se posicionou esta C. Câmara e Corte de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ILEGITIMIDADE ATIVA – PRESCRIÇÃO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE DA SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – Atuação do Ministério Público Federal, competente para atuar nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais (art. 37, inciso II da LCP Nº 75/93), que se limitou à propositura da ação de improbidade perante a Justiça Federal, cessando após ser declinada a competência, uma vez que encampada a ação pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e assumida a competência pela 3ª Vara da Comarca de Ferraz de Vasconcelos – Marco prescricional interruptivo utilizado

pelo apelante, ademais, claramente equivocado, na medida em que postula a consideração não da data do ajuizamento da ação, mas da "propositura na Justiça Estadual", o que jamais ocorreu – Prevalece a data da propositura da ação perante a Justiça Federal como marco interruptivo, quedando inócua a prescrição – Cerceamento de defesa e ilicitude da prova arguidos de forma genérica, sem qualquer fundamento concreto apto a respaldar a alegação – Preliminares rejeitadas. ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DOLO – Ação por meio da qual o Ministério Público imputa atos ímprobos a ex-Prefeito em contratação de entidade social inidônea, repleta de conflito de interesses e com claro favorecimento, tudo para realização contratações ilícitas de serviços sem devida comprovação – Prejuízo claro ao erário – Prática dolosa devidamente comprovada – Condenação esmerada – Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal – Sentença mantida – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 0001517-25.2018.8.26.0191; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Ferraz de Vasconcelos - 3ª Vara; Data do Julgamento: 05/11/2024; Data de Registro: 08/11/2024);

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – Município de Pontal – LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO PRELIMINARES INÉPCIA – Petição inicial que atende aos requisitos legais – Inépcia que não se verifica – Preliminar rejeitada – CERCEAMENTO DE DEFESA – Prova documental e prova testemunhal emprestada que eram suficientes para o deslinde do feito – Cerceamento de defesa que não se verificou – Preliminar afastada. PRESCRIÇÃO

Arguição de prescrição intercorrente – Alteração da Lei de Improbidade Administrativa que não retroage para beneficiar o réu em relação à prescrição – Tema 1.199 do STF – Prescrição não verificada. MÉRITO Contratação de empresa para locação de tendas e palcos para utilização dos departamentos da Prefeitura Municipal de Pontal – Irregularidades no processo licitatório e na execução do contrato – Elementos dos autos que demonstram uma série de irregularidades no certame licitatório e na execução do contrato – Depoimentos dos integrantes da Comissão de Licitação e processos administrativos do Tribunal de Contas do Estado que mostram que os procedimentos licitatórios no Município de Pontal, durante o mandato do corréu Antônio Frederico Venturelli Júnior, eram recorrentemente fraudados – Réu Antônio, auxiliado pelo réu Marcelo, que deixou de observar os ditames legais da Lei de Licitações, optando por contratar o serviço de forma irregular – Empresa e sócia que se beneficiaram do esquema articulado por Antônio e Marcelo – Réus que agiram em conluio e dolosamente para lesar o patrimônio público e auferir vantagens ou permitir a aferição de vantagens por terceiros – Réus Antônio e Marcelo que foram condenados criminalmente por fraude à licitação discutida neste feito – Prática de atos de improbidade administrativa pelos réus que está demonstrada – Sanções devidamente aplicadas – Indisponibilidade dos bens que deve ser mantida – Sentença mantida. APELOS IMPROVIDOS. (TJSP; Apelação Cível 0003239-50.2015.8.26.0466; Relator (a): Maria Fernanda de Toledo Rodvalho; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Pontal - 1ª Vara; Data do Julgamento: 13/09/2023; Data de Registro: 13/09/2023);

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. I. Caso em exame 1. Ação de improbidade administrativa referente à aquisição de medicamentos pelo Município de Potim. Imputação inicial de lesão ao erário decorrente de dispensa de licitação indevida e ausência de efetiva entrega da maior parte dos produtos pelos quais a Administração Pública efetuou pagamentos, a caracterizar desvio doloso de verbas públicas. 2. A sentença julgou procedentes os pedidos, para declarar a nulidade do contrato, reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa por lesão ao erário e impor aos réus sanções na forma do art. 12, II, da Lei nº 8.429/1992. Inconformados, os réus apelam. II. Questão em discussão 3. A questão em discussão consiste em verificar a ocorrência de ato de improbidade administrativa por lesão ao erário, imputado ao Prefeito e aos particulares responsáveis pelo fornecimento dos fármacos. III. Razões de decidir 4. Prescrição não verificada, diante da data da propositura da demanda, à luz da regra do art. 23, I da Lei nº 8.429/1992, então vigente. 5. Cerceamento de defesa não verificado. Suficiência dos elementos de prova trazidos aos autos. 6. Reconhecimento, por sentença penal condenatória transitada em julgado, da dispensa indevida de licitação e ausência de efetiva entrega da maioria dos medicamentos, quanto ao corréu João. 7. Concorrência dolosa do agente público e do corréu Guilherme suficientemente comprovada pelos elementos de prova constantes destes autos. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por lesão ao erário. 8. Sanções bem fixadas pelo juízo a quo, diante da gravidade dos fatos. 9. Ajuste devido apenas no tocante ao quantum da obrigação

de ressarcimento ao erário, para refletir a importância dos medicamentos jamais entregues e dos pagamentos injustificados aos fornecedores, conforme apurado pelo TCE.

IV. Dispositivo 10. Recursos providos, em parte. (TJSP; Apelação Cível 1000265-66.2021.8.26.0028; Relator (a): Jayme de Oliveira; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Aparecida - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/02/2025; Data de Registro: 10/02/2025).

Em relação às penalidades aplicadas também não tem razão o apelante Marcelo, pois não houve condenação com base no caput do artigo 11, da LIA, mas pelo inciso V (*“V - frustrar, em ofensa à imparcialidade, o caráter concorrencial de concurso público, de chamamento ou de procedimento licitatório, com vistas à obtenção de benefício próprio, direto ou indireto, ou de terceiros”*).

O artigo 17-C da LIA, com redação conferida pela Lei nº 14.230/2021, em especial no que tange ao incisos IV e V, impugnados pelo apelante Marcelo, estabelece:

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):

IV - considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa: [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

a) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

b) a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

c) a extensão do dano causado; [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

d) o proveito patrimonial obtido pelo agente; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

e) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

f) a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

g) os antecedentes do agente; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

V - considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Diante da gravidade das práticas ilícitas perpetradas e considerando o desvio de verbas destinadas a instituição de saúde, envolvendo o próprio gestor da unidade, de quem se exige com mais razão, retidão na atuação, a r. sentença condenatória também não merece reparos.

Observou-se a devida proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção aplicada, de modo que inexistente motivo para afastar as penalidades aplicadas.

Há que se adequar, no entanto, a condenação solidária imposta aos requeridos, eis que encontra vedação expressa na legislação de regência.

Art. 17-C. (...)

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

Assim, os itens I e III, do dispositivo da r. sentença de fls. 2442/2475, merecem reparo.

É que apesar da r. sentença ter acolhido o valor apresentado pela auditoria independente contratada (fls. 48/86) - quantia de R\$ 622.056,00 (seiscentos e vinte e dois mil e cinquenta e seis reais - fls. 48 e 64), como valores adiantados; é certo que aquela prova não especificou exatamente o valor que deve ser objeto de restituição. Ademais, a novel legislação exige a individualização da condenação (proveito econômico indevido) imposta a cada requerido.

O valor a ser restituído, portanto é incerto, tanto que a r. sentença (e acórdão) prolatada na esfera criminal apontou valores diversos e ainda assim, incertos (vide fls. 2278 e 2327).

Desse modo, para fins de atendimento do quanto exigido pelo artigo 17-C, inciso IV, alínea “d”, mostra-se necessária a apuração do *quantum* em sede de liquidação de sentença, ocasião em que, em atendimento à individualização da condenação, será possível aferir também o valor dos desvios realizados em proveito de cada um dos requeridos. A quantia apurada (para cada requerido) deverá ser utilizada, como determinou a r. sentença, para fixação do valor da multa imposta a cada um deles.

Desse modo, embora certa a condenação pelos atos de improbidade, o valor da restituição e da multa impostas nos itens I e III, da r. sentença, demandam apuração em sede de liquidação de sentença.

Ante o exposto, **dá-se parcial provimento** ao recurso de Marcelo Luis Polycarpo Cosmai tão somente para afastar a condenação solidária imposta pela r. sentença e determinar a apuração do valor a ser restituído por cada um dos requeridos em sede de liquidação de sentença. O valor apurado para cada requerido também deverá ser utilizado para fixação do valor da multa imposta no item III, da r. sentença. **Nega-se provimento** ao recurso de Natanael Azevedo.

Sem condenação em honorários, a teor do que dispõe o artigo



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

18, da Lei nº 7347/1985.

Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observando-se ser desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando, para tanto, que a questão tenha sido analisada.

CYNTHIA THOMÉ

Relator(a)