

**EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA 3ª VARA
DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL DA CAPITAL****Processo nº 1029302-63.2021.8.26.0053**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, representado pelo Promotor de Justiça infra-assinado, no uso de suas atribuições legais, vem interpor **RECURSO DE APELAÇÃO**, com fundamento nos artigos 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil, em face da r. sentença de fls. 3116/3124 requerendo, pois, seu recebimento, em seus regulares efeitos, e seu processamento.

Com o recebimento do recurso, requer sejam intimados os demandados para apresentarem contrarrazões e, em seguida, a remessa dos autos para o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Oferta razões em 04 laudas separadas.

São Paulo, 30 de novembro de 2021.


1º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital
(acumulando as funções do 8º PJPPS)

RAZÕES DE APELAÇÃO

Processo nº 1029302-63.2021.8.26.0053

3ª Vara da Fazenda Pública

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelados: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (HCFMUSP), EDIRENE FERREIRA BATISTA, ANTONIO JOSÉ RODRIGUES PEREIRA, CAROLINA MENDES DO CARMO e AIR LIQUIDE BRASIL LTDA

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**COLENDIA CÂMARA****DOUTA PROCURADORIA DE JUSTIÇA**

Trata-se de ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em face do HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (HCFMUSP), EDIRENE FERREIRA BATISTA, ANTONIO JOSÉ RODRIGUES PEREIRA, CAROLINA MENDES DO CARMO e AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, objetivando a condenação às cominações dispostas no artigo 12, Incisos II e III da Lei n. 8.429/1992.

Em apertada síntese, narra a inicial que, por meio do Processo HCFMUSP n. 1077671/2020, o Hospital das Clínicas da Faculdade de

Medicina da Universidade de São Paulo firmou contrato emergencial com a demandada AIR LIQUIDE para fornecimento de mistura medicinal de óxido nítrico balanceado com nitrogênio, no valor de R\$ 327.360,00.

Constatou-se, mediante prova técnica, que o valor da contratação estava superfaturado, uma vez que foi feita com um acréscimo de preço de quase 200%, o que implicou um prejuízo aos cofres públicos.

Se observado o procedimento correto, haveria uma economia mensal de R\$ 226.772,48, que multiplicada por 6 (duração do contrato), resultaria numa economia total de R\$ 1.360.634,88 aos cofres públicos.

O pedido de tutela de urgência foi indeferido pela decisão de fls. 731/734.

Apresentadas as respectivas defesas, em decisão de fls.1420, este MM. Juízo recebeu a inicial e determinou a citação dos corréus para regular processamento.

Apresentadas as respectivas contestações a fls. 1462/1482, 1483/1504, 1506/1533 e 1567/1597, os corréus negaram a existência de atos de improbidade e prejuízo ao erário.

A ação foi julgada improcedente pelo r. Juízo *a quo*, tendo em vista não terem sido confirmados os apontamentos realizados pelo Ministério Público na exordial, nos seguintes termos:

“Em síntese, o insumo adquirido em 2020 foi utilizado para o tratamento de insuficiência respiratória de pacientes vítimas do Coronavírus. A comparação do valor de um produto antes e durante uma crise mundial de saúde, desconsiderando a demanda por todo o planeta e a urgência da aquisição, não tem sentido algum. **O Ministério Público não pode eleger uma ficção (ignorar a pandemia) e acusar por improbidade todos aqueles que não se encaixam neste seu universo paralelo. Por ter agido assim é preciso reconhecer que houve má-fé processual.** Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido. Em razão da comprovada má-fé processual, condeno o Ministério Público ao ressarcimento dos

honorários sucumbenciais dos réus que fixo em R\$ 10.000,00 por cada réu.”

Com efeito, houve condenação do Ministério Público do Estado de São Paulo a litigância de má fé e ao pagamento de custas processuais e, nesse ponto, a r. sentença merece ser reformada, porquanto a propositura da ação ocorreu com base nos elementos colhidos durante a instrução do inquérito civil, formando a convicção do membro do Ministério Público a respeito da necessidade de propositura de ação de responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa para defesa do patrimônio público, tendo atuado, portanto, no exercício de sua função institucional, preconizada no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

A litigância de má-fé **é o exercício de forma abusiva de direitos processuais**, percebe-se, assim, que não basta ter ocorrido algum dos itens descritos no art. 80. **É essencial que aquele ato processual tenha sido praticado com intenção** de gerar qualquer tipo de prejuízo à outra parte.

O Superior Tribunal de Justiça entende que, para caracterizar a litigância de má-fé, capaz de ensejar a imposição da multa prevista no artigo 81 do CPC, é necessária a intenção dolosa do litigante. Vejamos:

“A simples interposição de recurso não caracteriza litigância de má-fé, salvo se ficar comprovada a intenção da parte de obstruir o trâmite regular do processo (dolo), a configurar uma conduta desleal por abuso de direito”, observou o ministro Marco Buzzi no **AgInt no AREsp 1.427.716**.

É pacífico o entendimento de que não se caracteriza como litigância de má-fé a utilização do acesso à justiça previstos em lei, sem a demonstração de dolo da parte e o prejuízo que a parte contrária houver suportado, em decorrência do ato doloso.

A partir dos precedentes acima relacionados, são critérios para a configuração de litigância de má-fé: (i) o dolo do recorrente em obstar o normal trâmite do processo; e (ii) a existência de prejuízo suportado pela parte recorrida.

No presente caso, o entendimento do Douto Magistrado quanto a inexistência do ato de improbidade, não pode por si só, ensejar na litigância de má fé. Igualmente, não houve o deferimento de medidas de indisponibilidades de bens que tenham acarretado prejuízos aos demandados.

Ainda, a penalidade por litigância de má-fé não pode ser aplicada contra advogado, público ou privado, ou membro da Defensoria Pública ou do Ministério Público, conforme jurisprudência dominante pois não estão sujeitos à punição em razão de sua atuação profissional.

Com efeito, segundo disposto no artigo 18 da Lei nº 7.347/1985, aplicável às ações de improbidade tendo em vista o microssistema de direitos difusos, a regra é a da inaplicabilidade da sucumbência ao Ministério Público. Nesse sentido:

*Ação Civil Pública. Prestação de serviço público. Obrigação de fazer. Fornecimento gratuito de transporte intermunicipal a estudantes matriculados na Escola Técnica Estadual de Avaré. Ensino Profissionalizante. Inadmissibilidade. (...)V - **Afasta-se a honorária a cargo do Ministério Público. Diligenciando em cumprimento à sua função constitucional, de zelar pelo interesse público e pelo fiel cumprimento da lei, não pode ser onerado em verbas sucumbenciais, pois age diante do princípio da oficiosidade, sendo até penalizado pela inação.**VI - Sentença de procedência. Recurso provido para julgar improcedente a demanda, invertido o ônus sucumbencial, isentando-se o Ministério Público do pagamento de custas e honorários advocatícios. (TJ-SP - APL: 6767920108260136 SP 0000676-79.2010.8.26.0136, Relator: Guerrieri Rezende, Data de Julgamento: 01/08/2011, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 04/08/2011)*

Ação Civil Pública – Programa "Comunidade Protegida" ou "Moderação de Tráfego" ou "Traffic Calming" – Conjunto de medidas para minimizar o domínio do automóvel nas vias locais, inibindo o seu uso como rotas alternativas e de fuga de outras vias - Pretensão do Ministério Público Estadual (...) REEXAME

*NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÕES DO MUNICÍPIO E DA CET PARCIALMENTE PROVIDAS, APENAS PARA EXCLUIR OS DANOS MORAIS COLETIVOS. **APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL PARCIALMENTE PROVIDA, APENAS EM RELAÇÃO AOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA, na medida em que não é cabível a condenação do Ministério Público em ônus de sucumbência, por força do disposto no art. 18 da Lei da Ação Civil Pública.** (TJ-SP 00361125220138260053 SP 0036112-52.2013.8.26.0053, Relator: Flora Maria Nesi Tossi Silva, Data de Julgamento: 22/11/2017, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 24/11/2017)*

De fato, a partir da apuração desenvolvida no âmbito do inquérito civil correlato o membro do Ministério Público entendeu pela necessidade de propositura da ação para defesa do patrimônio público, agindo, desse modo, no exercício de sua função constitucional, razão pela qual sua condenação a litigância de má fé e ao pagamento de custas processuais merecem ser afastadas.

Ainda, a r. sentença merece ser reformada, porquanto existe o ato de improbidade administrativa que importou prejuízo ao erário.

Conforme consta dos autos, o valor da contratação apresentou um acréscimo de preço de quase 200%, para o qual concorreram os demandados, porquanto aprovaram o termo de referência simplificado, autorizaram a contratação e forneceram o serviço, tudo por preços superiores aos preços praticados pelo mercado.

Ainda, a análise técnica apontou que o preço médio praticado pela empresa requerida, “através da média saneada das Notas Fiscais apresentadas é de R\$ 747,02 (setecentos e quarenta e sete Reais e dois centavos), o que representa 29% (vinte e nove por cento) superior quando comparado ao preço contratado pelo Hospital das Clínicas”.

Portanto, haveria uma economia mensal de R\$ 226.772,48, que multiplicada por 6 (duração do contrato), resultaria numa economia total de R\$ 1.360.634,88 aos cofres públicos.

Não bastasse tal fato, já suficiente para demonstrar o superfaturamento da contratação, o parecer técnico elaborado pelo CAEX demonstrou

que, comparando o objeto da contratação ora impugnada com o de duas outras fornecedoras do mesmo tipo de elemento químico e na mesma época de contratação, os preços praticados foram superiores na média de 262%, evidenciando, portanto, o desrespeito e prejuízo ocasionado em meio a situação de calamidade pública decorrente de pandemia instalada no país.

Se, por um lado, a declaração de emergência em saúde pública de importância nacional pela Portaria MS nº 188, justificou a edição de regras especiais de contratação pública e levou ao aumento do consumo do insumo médico; de outro, não podemos perder de vista que a Lei das Licitações continuava regendo, subsidiariamente, as contratações realizadas em tempos de pandemia.

As excepcionalidades advindas da pandemia não significam que as contratações diretas ou emergenciais prescindissem de procedimentos administrativos que garantissem a observância aos princípios da Administração Pública.

Assim, os demandados incorreram na tipificação prevista pelo artigo 10, incisos I, V, VIII e XII da Lei nº 8.429/1992, causando lesão ao erário.

Cada um dos agentes públicos atuou no procedimento de dispensa de forma dolosa permitindo a contratação direta de serviço por preço superior ao praticado pelo mercado.

DO PEDIDO

Por todo o exposto e pelo mais que dos autos já consta, requer-se que o presente recurso seja conhecido e provido para reforma da r. sentença a fim de julgar totalmente procedente a ação e afastar a condenação do Ministério Público a litigância de má fé e ao pagamento de custas processuais.

São Paulo, 30 de novembro de 2021.

1º Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital
(acumulando as funções do 8º PJPPS)