



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2022.0000450635

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001874-85.2019.8.26.0115, da Comarca de Campo Limpo Paulista, em que são apelantes PRÓ-SAÚDE ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR, LIEGE BUONONATO BUCKVIESER, JOSE ROBERTO DE ASSIS e JOÃO FRANCISCO BUONONATO BUCKVIESER, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento em parte aos recursos. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI (Presidente), CARLOS VON ADAMEK E VERA ANGRISANI.

São Paulo, 9 de junho de 2022

CLAUDIO AUGUSTO PEDRASSI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Voto nº 24718

Apelação nº 1001874-85.2019.8.26.0115

Apelantes: José Roberto de Assis, João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar.

Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

Interessado: Prefeitura Municipal de Campo Limpo Paulista

Vara de Origem: 1ª Vara de Campo Limpo Paulista

JUSTIÇA GRATUITA. Benefício concedido ao Apelante José Francisco apenas para conhecimento do presente recurso, devendo o pleito ser deduzido em primeiro grau, a fim de que não haja supressão de instância.

LITISPENDÊNCIA. Alegação de litispendência da presente ação com os autos da ação popular nº 0002127-66.2014.8.26.0115. Inadmissibilidade. Não configuração. Apesar de ambas as ações derivarem do mesmo contexto, a causa de pedir e o pedido são diversos. Causa de pedir nesta ação se refere aos atos ímprobos praticados em face apenas do Contrato de Gestão 05/2014, ao passo que, na ação popular busca-se averiguar as irregularidades nos contratos entre o Município e a Associação Social Humanita (ASH) que deu origem ao Contrato Emergencial 040/2013 e ao Contrato de Gestão 05/2014. Fundamento da improbidade também diverso. Pedidos diferentes. Ademais, o próprio Ministério Público aponta que em ação popular não é possível aplicar as sanções da Lei de Improbidade. Preliminar rejeitada.

NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. Inocorrência. Sentença devidamente fundamentada. Inconformismo da parte com o resultado do julgado que não implica falta de fundamentação. Questões alegadas que se confundem com o mérito. Preliminar rejeitada.

RETROATIVIDADE BENÉFICA DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. No aspecto processual é inadmissível a aplicação retroativa da lei. Aspectos processuais da Lei 14.230/2021, com aplicabilidade imediata aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e consolidados até a edição da lei nova. Inteligência do art. 14 do CPC. Ademais, a nova lei foi editada após o primeiro julgamento (sentença).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

PRESCRIÇÃO. Inexistência de prescrição da ação em face da Lei 14.230/21. Inocorrência. Seja pela regra original da lei nº 8.429/92, seja pela redação atual, dada pela lei nº 14.230/21, não transcorreu o prazo prescricional. Observância da Súmula nº 634 do STJ.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Contrato de gestão firmado para operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital de Clínicas de Campo Limpo Paulista. Alegação de conluio entre os corrêus para a escolha da corrê Pró-saúde como vencedora do certame. Acórdão do Tribunal de Contas do Estado apontando irregularidades no Chamamento Convocatório e na execução do contrato, bem como determinando a devolução de valores ao Município. Ato ímprobo praticado com dolo específico.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Ressarcimento ao erário. Dano ao erário também objeto de ação popular. Adequação da condenação do pedido de ressarcimento de danos. Responsabilidade solidária de todos os réus, mas limitado ao valor do dano indicado pelo TCE. Sentença reformada, neste aspecto.

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Dosimetria das sanções. Fixação com base na proporcionalidade e razoabilidade. Necessidade de se observar a conduta e participação dos agentes, bem como o dano concreto ao erário. Adequação das penas. Adequação da pena de ressarcimento de danos e afastamento da pena de multa, mantida as demais penas. Sentença alterada, em parte, neste aspecto. Recursos parcialmente providos.

Vistos.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por José Roberto de Assis e João Francisco Buononato Buckvieser (fls. 13350/13412) e Pró-saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar (fls. 13419/13426) em face da r. sentença de fls. 13198/13229 que julgou procedente ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Público de São Paulo para declarar nulo o Contrato de Gestão nº 05/2014, condenando os requeridos José Roberto de Assis, João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar ao ressarcimento integral de todas as despesas decorrentes do contrato celebrado. Ainda, reconheceu a prática de ato doloso de improbidade administrativa tipificado nos artigos 10º, incisos VIII e XII, e no artigo 11, caput, e inciso I, todos da Lei nº 8.429/92, por José Roberto de Assis, João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar para, conseqüentemente, impor as sanções dispostas no art. 12, inciso II.

Os réus, em suas razões as fls.13350/13412, preliminarmente, requer a concessão da justiça gratuita ao réu João Francisco, bem como alegam nulidade na decisão dos embargos declaratórios e da sentença por violação ao artigo 1022, I e II, do CPC ao ignorarem os documentados levantados pelos apelantes e litispendência com a ação popular ajuizada anteriormente.

No mérito alegam que os documentos apresentados no processo comprovam a ausência de irregularidades na contratação, que o julgamento do TCE não considerou a prestação de contas de 2016 apresentada pela PRO-SAÚDE na defesa administrativa, nem a regularidade do certame. Apontam a ausência de prejuízo aos cofres públicos, ante a prestação efetiva dos serviços contratados, resultando na impossibilidade de ressarcimento, bem como omissão quanto a prova do suposto conluio entre os apelantes e a individualização de suas condutas. Entendem ser impossível o ressarcimento integral de todas as despesas decorrentes do contrato celebrado, uma vez que a Pro-Saúde



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

não recebeu nenhum valor em alguns períodos de 2016. Por fim, sustentam obscuridade quanto ao termo inicial da correção monetária e dos juros incidente sobre o valor da multa civil imputada.

A Pró-saúde, as fls. 13419/13426, em suas razões, sustenta não existir qualquer afirmação de que os serviços contratados não foram prestados pela ora Apelante, tampouco qualquer elemento probatório apto a demonstrar dolo ou conluio por parte dos réus, como também "benefícios" ou "vantagens" auferidos por quaisquer um deles. Aponta que não há qualquer prova concreta a apontar qualquer interferência da Apelante no Chamamento de n.º 03/2013. Afirma que no encerramento do contrato com o Município de Campo Limpo, este ficou lhe devendo a quantia de quase cinco milhões de reais. Alega falta de discernimento na condenação ao ressarcimento integral do contrato sem ao menos descontar os valores dos serviços prestados pela apelante no decorrer desses três anos de contrato. Aponta ainda que os julgamentos prolatados pelo TCE não apontam dolo, superfaturamento, falta de prestação de contas ou locupletamento ilícito pela apelante e sim documentação insuficiente na prestação das contas. Assevera que o julgamento do TCE relativo à prestação de contas do ano de 2016 foi reformado em sede recursal, resultando na irregularidade da aplicação de R\$ 1.211.377,00 que deverá ser devolvida. Requer, subsidiariamente, a exclusão da condenação ao ressarcimento integral do contrato, a fim de evitar o enriquecimento ilícito da Administração Pública em decorrência do serviço prestado e afastar a proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de cinco anos.

As contrarrazões foram ofertadas às fls. 13505/13525.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

**Oposição ao julgamento virtual as
fls. 13538.**

A D. Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela concessão de justiça gratuita ao corréu – João Francisco, pelo provimento parcial dos recursos apenas no tocante ao ressarcimento integral de todas as despesas relativas aos três anos de contrato (fls. 13542/13563).

Diante das alterações decorrentes da Lei nº 14.230/21, houve despacho para que as partes se manifestassem a respeito das alterações (fls.13564).

Às fls.13571/13580 os réus José Roberto e José Francisco apontam para a necessidade da presença do dolo para configurar ato de improbidade, bem como a individualização das condutas dos réus. Entendem que o serviço foi prestado não podendo haver ressarcimento de valores.

Não houve manifestação por parte dos apelantes Pró-saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar e Liege Buononato Buckvieser (cf.fls.13582).

É o relatório.

1. De início, fica concedida a justiça gratuita ao corréu João Francisco **apenas para apreciação do presente recurso**, devendo referido pleito, devidamente instruído, ser deduzido perante o juízo de primeiro grau, a fim de que não haja supressão de instância.

Note-se que o réu José Roberto pleiteou o benefício da justiça gratuita as fls.13258, sendo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

concedido pelo magistrado *a quo* as fls.13346, não sendo possível a sua simples extensão ao correu João Francisco.

Em que pese a juntada do Imposto de Renda do réu João Francisco as fls.13415/13418, tal pleito deve ser deduzido perante o juízo de primeiro grau.

2. A presente ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público busca o reconhecimento da prática de ato de improbidade administrativa em face da Prefeitura Municipal de Campo Limpo Paulista, José Roberto de Assis, João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar, os quais teriam participado do Contrato de Gestão nº 05/14 que visava a operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital de Clínicas de Campo Limpo Paulista, pelo prazo de 05 anos, no valor de R\$ 89.220.000,00.

Aponta o Ministério Público que a relação jurídica foi maculada por vícios insanáveis, que, submetido ao controle do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo apontou irregularidades em relação ao contrato (TC – 00008345/989/15-6), que, posteriormente foram chancelados pelo Conselheiro Dimas Ramalho.

Requeru a procedência do pedido a fim de reconhecer a nulidade do Contrato de Gestão nº 05/2014, condenando os requeridos João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar ao ressarcimento integral de todas as despesas dele decorrentes, seja reconhecida a prática do ato de improbidade administrativa, e os requeridos José Roberto de Assis, João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-Saúde



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar pela prática das infrações previstas no artigo 10, incisos VIII e XII, e artigo 11, caput, e inciso I, todos da Lei ° 8.429/92, impondo-lhes todas as sanções previstas no seu artigo 12, incisos II e III.

A r. sentença julgou procedente a ação civil pública para declarar nulo o contrato de gestão nº 05/2014, condenando os requeridos José Roberto de Assis, João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar ao ressarcimento integral de todas as despesas decorrentes do contrato celebrado. Ainda, reconheceu a prática de ato doloso de improbidade administrativa tipificado nos artigos 10°, incisos VIII e XII, e no artigo 11, caput, e inciso I, todos da Lei ° 8.429/92, por José Roberto de Assis, João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar para, conseqüentemente, impor as sanções dispostas no art. 12, inciso II, e condená-los da seguinte forma:

Em relação a JOSÉ ROBERTO DE ASSIS e JOÃO FRANCISCO BUONONATO BUCKVIESER:

a) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos, a partir do trânsito em julgado em relação; b) multa de uma vez o valor do dano ao erário efetivamente comprovado, com juros de 1% ao mês e correção pelo INPC a partir do dano, quantia esta que deverá ser apurada na fase de liquidação de sentença; c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; d) perda de eventual função pública que estejam exercendo.

Em relação a PRÓ - SAÚDE ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR

a) multa de uma vez o valor do dano ao erário efetivamente comprovado, com juros de 1% ao mês e correção pelo INPC a partir do dano, quantia esta que deverá ser apurada na fase de liquidação de sentença; b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

3. Preliminarmente, não se configurou litispendência entre a presente ação civil pública e a ação popular nº 0002127-66.2014.8.26.0115 (ainda pendente de ser sentenciada).

Nos termos do art. 301, §§s 1º e 2º do CPC, configura-se litispendência quando uma ação é idêntica a outra, ou seja, quando iguais as mesmas partes, pedido e causa de pedir, como se observa:

“Art. 301.

(...)

§ 1º - Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, **quando se reproduz ação anteriormente ajuizada;**

§ 2º - **Uma ação é idêntica á outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”.**

Conforme análise da petição inicial da ação popular as fls.128/141 (proc. nº0002127-66.2014.8.26.0115) movida por Eduardo Rodrigues em face de **José Roberto Assis**, a causa de pedir é sobre as irregularidades na operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no contrato entre a Prefeitura Municipal e a Associação Social Humanita (ASH) no Hospital Nossa Senhora do Rosário e posteriormente no novo Hospital municipal, que deu origem ao Contrato Emergencial 040/2013 da Organização Pró-saúde (fls.195/206), bem como ao Chamamento Público de 2013 que originou o Contrato de Gestão 05/2014 com a Organização Pró-saúde (fls.349/373), requerendo, assim, a nulidade dos contratos, a declaração de atos de improbidade e o ressarcimento do valor dos danos causados ao erário (cf.fls.2311/2314 – Certidão de Objeto e



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Pé, em maio de 2022, o processo ainda não constava sentença).

Já a presente ação tem como causa de pedir a irregularidades na celebração e execução apenas do Contrato de Gestão nº05/14, requerendo sua nulidade e ressarcimento integral de todas as despesas, bem como a declaração de atos de improbidade (cf.fls.20/21).

Logo, **a causa de pedir é efetivamente diversa**, o que afasta a hipótese de continência.

Note-se que, como apontado pelo Ministério Público, as fls.02/04, a ação popular não é via adequada para postular a aplicação das sanções oriundas da Lei de Improbidade, tampouco é possível analisar fatos anteriores a 2014 na presente ação, diante da prescrição.

Justificou que a presente ação civil pública visa abordar apenas as irregularidades na celebração e execução do Contrato de Gestão 05/2014 firmado com a Organização Social Pró-saúde a luz da lei de improbidade, com a responsabilização também dos requeridos João Francisco e Pró-Saúde **que não foram abrangidos pela ação popular e, por isso, não sofrerão a obrigação de reparar os danos causados ao erário naquela ação.**

Patente, portanto, a inexistência de litispendência entre estes autos e os de nº nº0002127-66.2014.8.26.0115, ficando afastada tal preliminar.

4. Também não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação e análise das teses arguidas.

A r. sentença analisou as questões



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

colocadas pelas partes e suficientemente motivou suas razões de decidir, sendo certo que o inconformismo com o resultado do julgado não implica carência de fundamentação.

Tanto é assim, que possibilitou que as partes interpusessem seus recursos, com longas razões recursais.

Assim, fica rejeitada referida preliminar.

Relativamente às demais questões suscitadas, elas se confundem com o mérito, o qual será adiante analisado.

5. Em relação as alterações decorrentes da Lei nº 14.230/21, importante destacar que tal lei contém disposições de conteúdo processual e material.

No aspecto processual, como já foi destacado, há de ser observada a regra do art. 14 do CPC, que prevê a irretroatividade da norma processual, que, no entanto, tem vigência imediata.

Deste modo, as disposições de cunho processual da Lei 14.230/21 podem ser aplicadas ao processo em julgamento, mas **ela não retroagirá, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.**

Logo, o presente feito tramitou integralmente em primeiro grau de jurisdição, sob a égide da Lei 8.429/92, sem as alterações da Lei 14.230/21.

6. Sob o aspecto de direito material,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

efetivamente discutível a questão relativa a retroatividade da norma.

Há entendimentos sustentando a irretroatividade da lei, pois a lei de improbidade seria lei de direito administrativo, sendo que eventuais alterações só se aplicariam aos fatos posteriores a sua edição.

Os atos anteriores estariam sujeitos à regulamentação vigente.

Outros, no entanto, sustentam que sendo a lei de improbidade norma de direito administrativo, mas de caráter sancionador, tal situação atrairia alguns princípios relativos ao direito penal, como a aplicação da norma mais benéfica ao réu, no âmbito do direito material, tanto em relação aos tipos, como em relação a prescrição.

7. Quanto a possibilidade de prescrição, **estéril tal discussão, pois tanto com base na Lei nº 8.429/92 com sua redação original, como com as alterações da Lei nº 14.230/21, não ocorreu a prescrição.**

Examinando a questão sob a ótica da redação original da Lei nº 8.492/92, o art. 23 determinava:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

- I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
- II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.
- III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

Com relação a pessoa jurídica s



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

empresas, ou seja, aos réus que não são agentes públicos, o prazo prescricional a ser observado é o mesmo.

Apesar do art. 23, a rigor, tratar de prescrição apenas para agentes públicos, como se verifica nos critérios lançados em seus incisos, tal questão foi tratada pelo STJ, que editou a Súmula nº 634 entendendo que **o prazo prescricional aplicado para particulares é o mesmo para os agentes públicos.**

Tal súmula coloca:

Súmula nº 634: Ao particular aplica-se o mesmo regime prescricional previsto na Lei de Improbidade Administrativa para o agente público.

Logo, aplicando-se o mesmo regime prescricional previsto para os agentes públicos, no caso em tela, também para a empresa o prazo prescricional é de 05 anos (ação ajuizada em 2019 e fatos ocorridos em 2014/2016).

8. Quanto a lei nova, sem sequer entrar na discussão da aplicabilidade das novas regras de prescrição ao caso em exame, mesmo admitindo-se que a nova lei se aplicaria de forma irrestrita quanto a prescrição, tal qual se faz na alteração de prazo prescricional na norma penal, ainda assim a prescrição também não se evidenciou.

A nova lei nº 14.230/21, que alterou a redação do art. 23 da lei de improbidade, fixou o prazo prescricional de 8 anos contados a partir do fato gerador ou no caso de infrações permanentes, do dia em que cessou a permanência, como se verifica:

“Art. 23. A ação para a aplicação das sanções previstas nesta Lei prescreve em 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Analisando a data do fato gerador, os empreendimentos objeto deste processo foram concluídos em 2016 (**projeto executado pela Pró-saúde finalizado em 27/10/2016 - cf. fls. 2183/2184**), sendo a demanda ajuizada em julho de 2019, dentro do prazo legal, não se configurando a prescrição.

9. Sequer haveria prescrição intercorrente de acordo com o art. 23, §§s 4º e 5º da Lei 14.230/21, que dispõem que o prazo é interrompido pela publicação da sentença condenatória, voltando a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo do art. 23 "caput" (8 anos), que corresponde a 4 anos, como se observa:

Art. 23 - § 4º O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:

(...)

II - pela publicação da sentença condenatória;

(...)

§ 5º Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

Na espécie, não houve o transcurso do prazo de 4 anos, tanto entre a data do ajuizamento (julho/2019) e sentença (julho/2021), quanto da sentença (julho/2021) até a presente data.

Logo, sob qualquer ângulo que se analise a questão, não se cogita de prescrição no caso em exame.

10. No mérito, consta nos autos que o



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Contrato de Gestão 05/40 (cf.fl.s.349/373) foi firmado entre a Prefeitura Municipal de Campo Limpo Paulista e a Pró-saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar visando a operacionalização da gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital de Clínicas de Campo Limpo Paulista, pelo prazo de 05 anos, no valor de R\$ 89.220.000,00.

O Ministério Público, a partir de denúncia anônima, instaurou **Inquérito Civil n° 14.0227.0000567.2015-7** para apurar possíveis irregularidades no Contrato de Gestão n° 05/40 (cf.fl.s.2111/2128).

Narra que o Município possuía Contrato de Gestão n° 135/08 com Associação Social Humanita (ASH) para administrar o Hospital das Clínicas e que tal contrato foi por diversas vezes renovado até parecer do Jurídico se opondo as renovações (cf.fl.s.142/166, 168/172, 174/175, 178/181 e 191/194).

Diante disso, a Prefeitura assinou Contrato Emergencial n° 040/2013 com a Pró-saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar (cf.fl.s.195/206), **com dispensa de licitação, pelo período de 04 meses, tendo sido aditado por duas vezes (fl.s. 2436/2439)**.

Nesse período houve Chamamento Público 001/13 (cf.fl.s.9027/9028) para firmar contrato de gestão com a Secretaria de Saúde do Município, havendo a participação de apenas 2 empresas: a Pró-saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar e a KL Saúde Soluções em Serviços de Saúde.

A empresa Pró-saúde foi escolhida tendo havido recurso da empresa KL (cf.fl.s.1018), tendo sido



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

declarado o certame fracassado diante da idoneidade da empresa pró-saúde (fls.2185).

Novo chamamento foi realizado sob o nº 03/13 (cf.fls.1968), tendo havido 03 participantes: ABBC, IVS e Pró-saúde, que resultou no Contrato de Gestão 05/2014 (cf.fls.349/373), ora objeto dessa presente ação.

Em tal procedimento, houve parecer favorável do correu João Francisco (fls. 1969) e do Setor Jurídico (cf.fls.1979/1980), pela contratação da Pró-saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar (cf.fls.1985, 2188/2190).

Durante o contrato, existiram duas paralisações de atendimento no Hospital das Clínicas em razão de débito proveniente de ausência de repasse de verbas pela Prefeitura a Pró-saúde (cf.fls.2130/2132, 2134/2135,2147/2151).

O Tribunal de Contas do Estado entendeu que o Chamamento Convocatório nº 03/13 não estabeleceu critérios objetivos de escolha, tendo sido usados critérios subjetivos para escolher a empresa Pró-saúde que já estava prestando serviço em caráter emergencial, bem como **não consta qualquer estudo que demonstrasse a economia e vantagem da contratação, entendendo pela sua irregularidade** (cf.fls.2276/2286, 2291/2298).

O Contrato de Gestão nº 05/2014 deixou de ser executado pela Pró-saúde a partir 27/10/2016 (cf.fls.2183/2184).

Entende o Ministério Público que o Chamamento Público 03/13 foi apenas para dar aparência ao contrato, pois já havia sido escolhido pelos correus José



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Francisco (Secretário Municipal) e José Roberto (Prefeito) a vencedora do certame: a Pró-saúde, em flagrante ofensa aos princípios da impessoalidade e eficiência. Sustentam atos de improbidade.

Por outro lado, os corréus José Francisco (Secretário Municipal a época dos fatos) e José Roberto (Prefeito a época dos fatos) sustentam a legalidade do contrato, ausência de conluio ou má-fé, tampouco prejuízo ao erário.

A ré Pró-saúde alega que os serviços foram prestados, que a Prefeitura deve 5 milhões a empresa, que não possui má-fé ou conluio com os outros réus tendo apenas se candidatado ao Chamamento.

Que o julgamento do Tribunal de Contas não apontou dolo, superfaturamento, ausência de prestação de contas, bem como não seria razoável a restituição de valores já que prestou os serviços contratados.

O Parecer da D. Procuradoria Geral de Justiça as fls.13542/13563, aponta que a r. sentença deve ser reformada no aspecto de reparação integral do dano diante da efetiva prestação de serviços, devendo ser ressarcido o valor apontado pelo Tribunal de Contas de R\$ 4.482.777,00.

11. No caso, restou incontroverso que **a contratação foi realizada de forma irregular**, além de outras irregularidades apontadas pelo TCE, relativas aos exercícios de 2014, 2015 e 2016, com indicação inclusive de valores não justificados (dano ao erário).

Narra o Ministério Público



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

irregularidades desde o rompimento do Contrato de Gestão n° 135/08 com Associação Social Humanita (ASH), passando pelo Contrato Emergencial 040/2013 até o Contrato de Gestão 05/2014, objeto da presente ação.

Note-se que o Tribunal de Contas ao analisar o Chamamento Público n° 03/13 que deu origem ao Contrato de Gestão 05/2014 concluiu:

-O instrumento convocatório do Chamamento Público n° 03/2013 **não estabeleceu critérios objetivos de escolha**, em prejuízo aos princípios da isonomia, igualdade, moralidade e impessoalidade, consoante prevê o art. 3º, caput, da Lei Federal n° 8.666/1993;

-O parecer, elaborado pela Comissão Julgadora – composta por dois cargos em comissão, o Secretário e o Diretor Municipal de Saúde – demonstra que o processo de escolha da Organização Social **apresentou critérios subjetivos**;

-O Secretário Municipal de Saúde, Sr. João Francisco Buckvieser, um dos responsáveis pela elaboração do parecer que escolheu a Organização Social, é cunhado do Prefeito Municipal;

-Não há nos autos qualquer estudo que demonstrasse a economicidade e vantagem à Administração em terceirizar os serviços de saúde do Hospital das Clínicas do Município, em detrimento da execução por via própria. (cf.fl.s.2524)

Posteriormente, no voto condutor do v. acórdão proferido pela Egrégia Corte de Contas, esclareceu:

2.1. Alio-me às conclusões da fiscalização deste Tribunal.

2.2. O Contrato de Gestão não se encontra em condições de ser julgado regular, pois **fulminado por irregularidades no processo de escolha da Organização Social**.

2.3. À Fiscalização deste Tribunal assiste razão, uma vez que, no edital, inexistem informações básicas quanto aos critérios para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos, nem mesmo um único critério. Por certo, conforme transcrito pela defesa da Contratada, *“não se pode confundir o fato da licitação ser dispensável com a possibilidade de escolha livre, desmotiva e sem publicidade prévia, que violaria os princípios do Estado de Direito”*. No entanto, quando o Município, a pretexto de realizar um certame, por meio do chamamento público, para conferir legitimidade à escolha feita pela Administração, ao final, legitima atos que ofendem esses mesmos princípios, não há como este Tribunal dar respaldo a isso. **A escolha da organização social deve se pautar por adotar critérios objetivos, retirando de seu julgamento qualquer elemento de teor subjetivo e de parcialidade dos agentes que decidem a matéria**. Ora, a própria lei, ao elencar as hipóteses de impedimento, veda atuação de julgador quando no processo, tenha atuado parente na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

linha colateral até o terceiro grau, como, por exemplo, o cunhado. No presente caso, o Sr. João Francisco Buckvieser, um dos responsáveis para elaboração do parecer de escolha da Organização Social vencedora, é cunhado do Prefeito, Sr. José Roberto de Assis (evento 1.12), contaminando, pois, o resultado da pretensão de uma Administração Pública que observa os preceitos constitucionais. Aliás, o impedimento no processo administrativo nem mesmo possui natureza subjetiva, mas objetiva de presunção de parcialidade.

Houve afronta direta aos princípios da impessoalidade e da moralidade.

2.4. A Prefeitura, por sua vez, no evento nº 32, procura demonstrar que a jurisprudência deste Tribunal tem considerado regulares ajustes com a Contratada, mas junta aos autos, julgado que cuida de prestação de contas, matéria diversa da que estamos examinando.

Também refere-se a ajuste decorrente de dispensa de licitação, sendo que, neste caso, houve chamamento público, motivo pelo qual devem ser respeitados os procedimentos segundo os princípios da Administração Pública.

2.5. Pesa em desfavor da Prefeitura, a inexistência de qualquer estudo que demonstre a economicidade na terceirização dos serviços de saúde. Essa falha é largamente criticada nesta Corte de Contas, a exemplo dos processos TC-25954/026/09, TC-43770/026/09, TC- 40665/026/10, TC18626/026/12 e TC-16065/026/11.

Repito trecho de voto de minha relatoria no eTC- 00008258.989.15-1:

2.2. Realmente, a observância do princípio da economicidade não se limita à pura comprovação da vantagem econômica, ou menor custo econômico financeiro ao Estado, mas, diante de uma análise do custo/benefício da contratação, exige-se o exame do desempenho qualitativo, ou seja, uma abordagem quanto aos custos e benefícios sociais de cada projeto.

2.3. No entanto, um estudo quanto à vantagem econômica é requisito mínimo e puramente objetivo.

2.6. Ante o exposto, **VOTO pela IRREGULARIDADE do Contrato de Gestão em exame, com o acionamento dos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, concedendo ao atual responsável pela Prefeitura de Campo Limpo Paulista, o prazo máximo de 30 (trinta) dias, para que informe esta E. Corte acerca das providências adotadas em face da impropriedade apurada. Com fundamento no artigo 104, inciso II, do mesmo diploma legal, VOTO pela APLICAÇÃO de multa ao Prefeito à época, Sr. José Roberto de Assis, em valor equivalente a 160 (cento e sessenta) UFESPs. (cf.fl.s.2525/2526)**

Como apontado acima, o Tribunal de Contas **indicou motivação viciada na escolha da Pró-saúde no Chamamento Convocatório nº 03/13 (cf.fl.s.1968), indicando a utilização de critérios subjetivos na escolha, como por exemplo, parecer do correu João Francisco (fls.1969).**

A ausência de estudo que demonstrasse a economicidade e vantagem à Administração em terceirizar os serviços de saúde do Hospital das Clínicas do Município, em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

detrimento da execução por via própria, também fundamentou a decisão.

O Inquérito Civil nº 14.0227.0000567.2015-7 foi conclusivo na existência do esquema engendrado pelos corréus, na época Prefeito e Secretário Municipal de Campo Limpo Paulista, para contratação da empresa ré Pró-saúde.

Observa-se que **os réus apontaram a necessidade realização de contrato emergencial diante da rescisão bilateral do contrato com a Associação Social Humanita (ASH) (cf.fl.s.182), mas, na verdade, houve rescisão antecipada do contrato em julho de 2013 (vigência até setembro/2013 – cf.fl.s.120).**

Logo, percebe-se que não houve por parte dos corréus diligência e planejamento para manter gestão e execução das atividades e serviços de saúde no Hospital de Clínicas de Campo Limpo Paulista.

Em seguida, a Convocação nº 01/2013 (cf.fl.s.9027/9028) foi dada por fracassada (fls.2185) após recurso da empresa vencida KL (fls.1018) diante de não preenchimento dos requisitos pela empresa vencedora Pró-saúde (apresentava mais de R\$ 200.000,00 em dívidas – cf.fl.s.2312).

Apesar da situação, mesmo assim, houve renovação com a empresa ré Pró-saúde do contrato emergencial.

De fato, é no mínimo estranho, que os corréus tenham constantemente mantido a empresa ré como a prestadora de serviço, apesar da Convocação nº 01/2013 ter fracasso diante da situação da ré (várias dívidas), bem como apresentarem nova Convocação se utilizando de critérios



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

subjetivos para a escolha.

A corrê Pró-saúde, em sua defesa, aponta que o Município, ao fim do contrato, ficou lhe devendo em torno de 5 milhões de reais, não havendo conluio, tendo saído com prejuízo.

Contudo, pelo acórdão denegatório proferido pela 13ª Câmara de Direito Público deste Tribunal (fls. 13433/13440), em que a Pró-saúde pretendia o recebimento de valores oriundos da rescisão contratual com o Município (contrato de gestão 05/2014), **restou consignado que o Prefeito (correu José Roberto) não possuía legitimidade para firmar acordo na rescisão, pois não estava amparado por autorização do Legislativo para dispor desse valor, tampouco tais gastos teriam sido incluídos nas leis orçamentárias.**

Logo, por todos os ângulos analisados, restou incontroverso que havia uma intenção, desde o início, para contratação da empresa Pró-saúde.

Como esclareceu a r. sentença:

No entanto, a prova dos autos evidenciou o conluio entre João Francisco e José Roberto que foram provocaram prejuízo ao erário por meio da contratação irregular, conforme já explanado acima. Ora, não se pode perder de vista que o nepotismo, per si, implica na conduta havida pelos agentes públicos na Administração que, valendo-se dos cargos ocupados, concedem favores e benefícios pessoais a seus parentes e amigos (Carmem Lúcia Antunes Rocha, in “Princípios Constitucionais da Administração Pública”, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 158), pressupondo, assim, explícito favorecimento com o intuito de obtenção de proveitos pessoais recíprocos hábeis à caracterização do dolo e de má-fê, que, como cediço, exigem prova contundente porque insuscetíveis de presunção, o que restou evidente dos autos. **Os requeridos arquitetaram minuciosamente a contratação da requerida PRÓ-SAÚDE ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR, em flagrante violação à Lei nº 8.666/93. A intenção dos requeridos de satisfazer fim proibido em lei e desviar dinheiro público em favor da requerida Pró-Saúde restou plenamente demonstrada pelos pareceres emitidos pelo TCE.**

Os requeridos José Roberto, na qualidade de Prefeito Municipal, à época, e João Francisco, como secretário de saúde, infringiram os princípios da legalidade, impessoalidade, isonomia e probidade, ao promoverem a contratação de organização



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

social terceira sem a comprovação objetiva da economicidade do ato, bem como diante do grave prejuízo ao erário público. Não é dado ao agente público agir em desconformidade com a lei, favorecendo interesses privados em detrimento do interesse público. Agiram, portanto, com negligência.

Logo, correta a r. sentença que anulou o Contrato de Gestão nº 05/2014.

12. Se não fossem os motivos acima suficientes, o Tribunal de Contas também constatou irregularidades na execução do contrato determinando ressarcimento de valores por parte da ré Pró-saúde.

No exercício de 2014 (TC 8859/989/15) foi apurada irregularidade com a condenação da Pró-Saúde a devolver **R\$ 1.487.000,00** e aplicação de multa aos responsáveis (cf.fl.s.2530/2534).

Já no Exercício 2015 (TC -17874/989/18) foi apurada irregularidade com condenação da Pró-Saúde a devolver **R\$ 1.784.000,00** e aplicação de multa aos responsáveis (cf.fl.s.2536/2541).

Por fim, quanto ao exercício de 2016 (TC -17875/989/18) restou apurada irregularidade das contas com a condenação da Pró-Saúde a devolver **R\$ 1.211.377,00** e nova aplicação de multa aos responsáveis (cf.fl.s.13484/13489 e 1557).

Logo, a corré foi condenada a ressarcir aos cofres públicos a quantia de R\$ 4.482.777,00.

Note-se que a empresa não apresentou os documentos necessários nas prestações de contas (ano 2014, 2015 e 2016) o que evidenciou a irregularidade nas contas, pois não conseguiu comprovar seus gastos, não se podendo alegar a ausência de prejuízo aos cofres públicos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Por qualquer ângulo que se analise a contratação realizada, restou comprovada sua irregularidade e a lesão decorrente ao erário.

13. Contudo, deve ser reformada a r. sentença quanto a condenação dos réus José Roberto de Assis, João Francisco Buononato Buckvieser e Pró-Saúde Associação Beneficente de Assistência Social e Hospitalar quanto **ao ressarcimento integral de todas as despesas decorrentes do contrato celebrado.**

Note-se que há entendimento no STJ no sentido de que a invalidação do contrato determina, o retorno ao *status quo*, mas devendo ser observar o princípio que veda o enriquecimento sem causa, **não se cogitando de devolução integral se parte dos serviços foram executados (REsp 1.726.433/SP).**

Como apontado em parecer pela D. Procuradoria Geral de Justiça o ressarcimento integral deve ocorrer pelos valores dos danos apurados pelo Tribunal de Contas (R\$ 4.482.777,00), de modo a evitar o enriquecimento sem causa do Município, diante da prestação do serviço contratado (cf.fls.13557).

Todos os réus devem responder solidariamente por tal valor, pois todos eles com a conjugação de suas condutas lesaram os cofres públicos em tal valor, mas limitado ao valor do dano indicado pelo TCE no total de R\$ 4.482.777,00, **devidamente corrigidos desde seu cometimento e acrescido de juros de 1% ao mês, a contar da citação.**



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

14. Ademais, analisando o acervo probatório, a prova de prática de ato de improbidade administrativa é **robusta**.

Os corréus José Roberto e José Francisco planejaram a contratação da requerida Pró-saúde, em flagrante violação à Lei nº 8.666/93.

A intenção dos réus de direcionar a contratação da empresa requerida Pró-Saúde restou plenamente demonstrada pelos pareceres emitidos pelo TCE que apontaram contratação por critérios subjetivos e não comprovação dos valores, com consequente determinação de ressarcimento de tais valores.

Observa-se, ainda, a sucessiva contratação da empresa ré Pró-saúde, apesar de ter sido considerada inidônea no Chamamento fracassado.

Da mesma forma, a empresa requerida, na condição de terceira beneficiária do ato de improbidade administrativa lesiva ao erário, tem sua responsabilidade expressamente prevista no art. 3º da Lei nº 8.429/92.

Restou demonstrado nos autos, que não era providenciada adequada fiscalização e prestação de contas da pessoa jurídica.

O conjunto probatório é robusto e claro, não dando margem a dúvidas.

Ocorreu evidente menosprezo e descaso com o dinheiro público e, conseqüentemente, com os princípios administrativos.

Tais condutas foram tipificadas nos art. 10, inc. VIII e XII e art. 11, *caput*, inc. I da Lei



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

8.429/92.

15. Quanto a imputação aos réus da infração do art. art. 11, *caput* e inc. I da Lei n° 8.429/92, apesar da revogação do inciso I do art.11 da Lei n° 8.429/92, pelas alterações trazidas pela Lei n° 14.230/2021, não é o caso de se afastar a afronta aos princípios da administração pública.

Note-se que os réus violaram os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade trazidos no *caput* do art.11 da referida lei quando conduziram a escolha da empresa vencedora do certame, sendo suficiente para ser enquadrados no *caput* do artigo.

16. Quanto as condutas tipificadas nos art. 10, inc. VIII e XII da Lei 8.429/92 que configuram ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, dispõe:

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**; (parte grifada incluída pela alteração da Lei 14.230/2021)

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

Note-se que, os réus ao direcionarem a escolha da empresa ré frustraram a licitude do processo licitatório.

Apesar da não aplicação das



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

alterações da Lei 14.230/2021 ao caso, observa-se que a incapacidade de comprovação dos gastos pela corré Pró-saúde, atestada pelo Tribunal de Contas, evidencia a perda patrimonial efetiva.

Ademais, a empresa requerida está na condição de terceira beneficiária do ato de improbidade administrativa lesiva ao erário, tendo se enriquecido dos contratos.

17. No tocante à individualização das penas, a r. sentença determinou:

Em relação a JOSÉ ROBERTO DE ASSIS e JOÃO FRANCISCO BUONONATO BUCKVIESER:

a) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos, a partir do trânsito em julgado em relação; b) multa de uma vez o valor do dano ao erário efetivamente comprovado, com juros de 1% ao mês e correção pelo INPC a partir do dano, quantia esta que deverá ser apurada na fase de liquidação de sentença; c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; d) perda de eventual função pública que estejam exercendo.

Em relação a PRÓ - SAÚDE ASSOCIAÇÃO BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E HOSPITALAR

a) multa de uma vez o valor do dano ao erário efetivamente comprovado, com juros de 1% ao mês e correção pelo INPC a partir do dano, quantia esta que deverá ser apurada na fase de liquidação de sentença; b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

No tocante à aplicação das penalidades, desnecessário sejam cumuladas as sanções previstas na lei.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Considerando os valores envolvidos, suficiente a aplicação de parte das penas, a saber, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar e receber benefícios e perda da função pública.

Fica mantida a condenação ao ressarcimento ao erário de forma solidária, bem como as demais sanções, que são suficientes para a reprimenda das condutas.

Desnecessária a imputação da multa civil, que ficam afastadas em relação aos todos os réus.

A restituição dos valores e o afastamento dos réus da Administração, já se constituirá como sanção suficiente.

Como já apontado, deve ser modificada a condenação ao ressarcimento, limitando ao prejuízo declarado pelo TCE.

18. Considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional aventada, observado que é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido analisada.

Isto posto, **conheço e dou parcial provimento aos recursos**, para, com fundamento no art. 12, "caput" da lei 8.429/92, reformar em parte a sentença de fls. 13198/13229, condenando os réus solidariamente (agentes e empresa) ao ressarcimento ao erário, no valor de R\$ 4.482.777,00 (prejuízo declarado pelo TCE), devidamente



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

corrigidos desde o dano e acrescido de juros de 1% ao mês, a contar da citação. Com relação as penas dos réus, ficam afastadas as penas de multa civil, mas mantidas as demais penas para todos eles (agentes e pessoa jurídica), a saber, as penas de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar e receber benefícios da Administração, como determinado na sentença. No mais, fica mantida a r. sentença de fls. 13198/13229. Não há condenação em honorários neste tipo de demanda.

Cláudio Augusto Pedrassi

Relator