



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Registro: 2022.0000936148

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029302-63.2021.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, são apelados ANTONIO JOSÉ RODRIGUES PEREIRA, EDIRENE FERREIRA BATISTA, CAROLINA MENDES DO CARMO, AIR LIQUIDE BRASIL LTDA e HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - HC USP/SP.

ACORDAM, em 12ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO; segunda apelação, não conhecida. V.U. Sustentou oralmente o Dr. Pietro Gaeta Petrone.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EDSON FERREIRA (Presidente) E SOUZA MEIRELLES.

São Paulo, 9 de novembro de 2022.

J. M. RIBEIRO DE PAULA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara – Seção de Direito Público

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1029302-63.2021.8.26.0053.

Comarca de São Paulo – 3ª VFP. – Juiz Luís Manuel Fonseca Pires.

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Apelados: HOSPITAL DAS CLÍNICAS DA FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO E OUTROS.

VOTO Nº 34.961.2

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – APELAÇÃO – Dispensa de licitação – Alegação de superfaturamento no contrato – Aquisição de insumo pelo HCFMUSP para tratamento de insuficiência respiratória – Comparação da aquisição do produto nos anos de 2019 e 2020 – Cenário da pandemia da Covid-19 – Ação julgada improcedente, condenado o MP ao pagamento de honorários por litigância de má-fé – Recurso restrito à condenação ao pagamento de honorários – Sentença confirmada, nos termos do RITJSP, art. 252 – Recurso de apelação desprovido.

SEGUNDO RECURSO DE APELAÇÃO – Pedido de procedência da ação – Não conhecimento – Ofensa ao princípio da unicidade recursal.

Relatório

Ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa aforada pelo órgão do MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO contra o 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., sob acusação de dispensa indevida de licitação e superfaturamento no contrato para compra de mistura medicinal de óxido nítrico balanceado com nitrogênio, que teriam causado prejuízo ao erário.

A r. sentença, de relatório adotado, rejeitou o pedido e, re-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 12ª Câmara – Seção de Direito Público

conhecendo comportamento de má-fé processual, condenou o Ministério Público ao ressarcimento dos honorários sucumbenciais dos réus, fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada réu. ¹

Recorre o MP quanto a sua condenação por litigância de má-fé; recurso processado com resposta. ²

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo provimento do primeiro recurso e não conhecimento do segundo. ³

Fundamentação

Registre-se, de início, que o órgão do Ministério Público interpôs dois recursos de apelação contra a sentença, o primeiro **(fls. 1.633/638)**, e o segundo **(fls. 1.660/666)**.

No primeiro recurso requer a reforma da sentença para afastar sua condenação por litigância de má-fé; e no segundo, inclui pedido de procedência da ação.

Contudo, considerando o princípio da unicidade recursal, o segundo recurso de apelação não será conhecido; nesse sentido é o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

De modo que, a questão devolvida a este E. Tribunal se limita à condenação do *Parquet* ao pagamento dos honorários advocatícios por litigância de má-fé.

¹ Sentença, fls. 1.625/1.629.

² Recursos, fls. 1.633/1.638; contrarrazões, fls. 1.671/1.688, 1.693/1.709 e 1.710/1.738.

³ Parecer, fls. 1.752/1.757.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
12ª Câmara – Seção de Direito Público

Não conheço do segundo recurso; conheço do primeiro, e lhe nego provimento.

Trata-se de ação ajuizada pelo Ministério Público, sob alegação de que, por meio do Processo HCFMUSP Nº 1077671/2020, o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo deu início à contratação emergencial para aquisição de mistura medicinal de óxido nítrico balanceado com nitrogênio. Firmou-se o contrato nº 30/20, com a Air Liquefe Ltda., no valor de R\$ 327.360,00 (trezentos e vinte e sete mil, trezentos e sessenta reais).

Defendeu o MP que o valor do contrato foi superfaturado, pois o mesmo objeto havia sido contratado em 1º/04/2019, pelo prazo inicial de doze meses, ao preço de R\$ 188,67 o m³, enquanto no ano de 2020 o HC realizou a dispensa e firmou o contrato, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, com o valor de R\$ 580,00 o m³, o que representa um acréscimo de preço de quase 200% (duzentos por cento).

O MM. Juiz *a quo* anota que o insumo adquirido em 2020 foi utilizado para o tratamento de insuficiência respiratória de pacientes vítimas do Coronavírus (Covid 19); a comparação do valor de um produto antes e durante uma crise mundial de saúde, sem levar em conta a demanda por todo o planeta e a urgência da aquisição, não faz sentido. Dessarte, o Ministério Público, ao ignorar a pandemia, agiu com má-fé processual.

Evidente, não apenas a improcedência da ação é motivo para reconhecimento de má-fé; muitas ações dessa espécie são rejeitadas, e na mai-



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 12ª Câmara – Seção de Direito Público

oria delas não se identifica esse viés processual.

Detém o Ministério Público, *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado*,⁴ autonomia e independência constitucional no exercício de suas funções precípua, com as responsabilidades correspondentes.

Sobre o vazio de conteúdo e das formulações genéricas da acusação, a r. sentença traz sólida e suficiente motivação das conclusões de improcedência e de condenação do autor da ação nos ônus de sucumbência.

Direito de propor ação não é direito absoluto, tem limites na própria lei. Abuso de direito é inadmissível.

Nos termos da r. sentença, havia elementos de sobejo para não ajuizar ação, poupado à parte passiva o ônus de ter que se defender da prática de ato de improbidade administrativa.

Nítida a falta de boa-fé objetiva, tanto que nem se abalçou o MP de recorrer da sentença para obter a procedência da ação; e se o fez, foi através de um segundo e inadmissível recurso de apelação, a reforçar a impropriedade dos meios processuais escolhidos.

Confirma-se, portanto, a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, como autoriza o art. 252⁵ do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo. Adiante, alguns trechos da r. sentença, que adoto

⁴ Constituição, art. 127.

⁵ RITJSP. Art. 252. Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento. * Artigo 252 com redação dada pelo Assento Regimental nº 562/2017



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara – Seção de Direito Público

como razão de decidir:

“Afasto as preliminares processuais porque a inexistência concreta do direito não significa que em tese não fosse possível a utilização dessa via processual. Ao contrário, pelo contraditório é que se pode conhecer qual o direito aplicável. No mais, quem tinha o ônus da prova, o Ministério Público, manifestou-se expressamente pelo julgamento no estado, o que afasta a necessidade da dilação probatória diante de particularidades que se destacaram ao longo da dialética processual e que adiante poderei explicar.

“Cuida o mérito em saber se houve ato de improbidade administrativa, contemplado como prejuízo ao erário, em suposta tipificação do art. 10, I, V, VIII e XII, da Lei n. 8.429/92, porque o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo deu início, em 2020, a um processo de contratação emergencial para aquisição de mistura medicinal de óxido nítrico balanceado com nitrogênio, e ao passo que em 1º de abril de 2019 o mesmo objeto foi contrato ao preço de R\$ 188,67 por m3, em 2020 a contratação ocorreu por R\$ 580,00 por m3. Subsidiariamente, afirma-se que a improbidade administrativa poderia se encontrar na violação de algum princípio jurídico, o que levaria à tipificação prevista no art. 11 da mesma lei.

“O contexto fático exposto na petição inicial é a contratação sem licitação de um produto que aumentou, de um ano para outro, em quase 200% no seu valor total. Todo o trabalho realizado pelo CAEX, no qual se ampara tecnicamente o Ministério Público, volta-se para a comparação de um mesmo objeto em dois distintos marcos temporais: 2019 e 2020. **Apresentados estes fatos isolados, o Ministério Público encontrou muito rapidamente a sua conclusão: houve superfaturamento na contratação (fls. 4). A partir daí (fls. 4 da inicial) passou à exposição teórica sobre o que seria ato de improbidade administrativa. Sustentou-se inclusive que o comportamento de cada réu seria consci-**



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara – Seção de Direito Público

ente e voluntário para cometer a improbidade, isto é, todos agiram dolosamente (grifei).

“Sem explicação alguma, a petição inicial ignora quase por completo um evento de repercussão mundial que se inscreveu na história da humanidade pela ampla dimensão de pessoas mortas, outras recuperadas com sequelas, alterações súbitas (muitas ainda em curso) nas relações sociais e na cultura dos povos, abalos sísmicos na ordem econômica (ainda em desdobramento) de todos os países do planeta: a pandemia do Coronavírus. A palavra "pandemia" aparece uma vez (fls. 4), ao largo, sem conexão com os fatos expostos e as acusações (grifei).

“Dito de outro modo, a diferença entre o volume e a urgência de oxigênio consumido e o conseqüente impacto no preço do m³ entre os anos de 2019 e 2020 é narrada como se não tivesse existido e ainda presente a pandemia do Coronavírus. O súbito e inesperado aumento da demanda de oxigênio e outros insumos de saúde em escala exponencial por todo o mundo são absolutamente ignorados (grifei).

“A petição inicial foi recebida (fls. 1.420), apesar de antes eu ter dito que não havia qualquer verossimilhança para determinar o bloqueio de bens dos acusados, porque a pandemia inicialmente esquecida pelo Ministério Público poderia ser desenvolvida em contraditório com provas e esclarecimentos que eventualmente demonstrassem a prática de ações ilícitas apesar da crise de saúde (ou se aproveitando dela). Mas não foi o que aconteceu. Ao inverso, em réplica (fls. 1.601-1.606) o Ministério Público voltou a insistir na isolada comparação de valores entre 2019 e 2020, optando por ignorar completamente o que o mundo inteiro gravou para a posteridade: houve e ainda se faz presente em larga medida uma pandemia, uma doença que se alastrou pelo mundo e ainda não parou de contabilizar os mortos por ela vitimados. E mais, apesar do ônus do Ministério Público de ter que provar e contextualizar porque não haveria de dis-



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

12ª Câmara – Seção de Direito Público

parar o valor do m3 de um insumo necessário à mitigação do sofrimento de pacientes do Coronavírus, **limitou-se a dizer que “(...) não tem interesse na produção de novas provas” (fls. 1.623)** (grifei).

“A gravidade da seletividade dos fatos – por si, complexa, pois o que foi posto de lado pelo órgão acusador foi a pandemia do Coronavírus – é ainda mais impactante ao se perceber, como alertaram as defesas dos réus (fls. 1.509-1.510; 1.590-1.593), que os primeiros levantamentos técnicos do CAEX não apontaram irregularidade alguma. Apenas na terceira análise, decorrente do direcionamento para a comparação de contratações em **anos distintos – um ano sem a pandemia, 2019, e outro com a chegada dela, 2020** – ⁶ é que foi possível constatar a diferença de preços. Nesse quadro é também preciso realçar, como fez a defesa do Hospital das Clínicas (fls. 1.586), que nem mesmo as diligências realizadas pela administração do hospital na tentativa de aquisição do insumo em preço mais baixo foram consideradas pelo órgão de acusação.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso de apelação, para confirmar a r. sentença do digno e culto Juiz Fonseca Pires, tal como lançada; não conheço do segundo recurso; honorários de R\$ 10 mil fixados na sentença para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), conforme o disposto no § 11, art. 85, do CPC.

Dispositivo

RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO; segunda apelação, não conhecida.

Desembargador **RIBEIRO DE PAULA**, RELATOR

⁶ Grifo no original.