

**Registro: 2022.0000531345**

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 0002714-15.2007.8.26.0348, da Comarca de Mauá, em que é apelante OSWALDO DIAS (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. v.u. (Sustentou oralmente o Dr Otávio Ribeiro Lima Mazieiro, OAB/SP 375519)", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO DIP (Presidente), JARBAS GOMES E OSCILD DE LIMA JÚNIOR.

São Paulo, 5 de julho de 2022.

**RICARDO DIP**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO**11<sup>a</sup> Câmara de Direito Público**Apelação cível 0002714-15.2007.8.26.0348**

Procedência: Mauá

Relator: Des. Ricardo Dip (Voto 59.201)

Apelante: Oswaldo Dias

Apelada: Promotoria pública da Comarca de Mauá

**IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES AOS SERVIDORES DA MUNICIPALIDADE MAUAENSE.**

- A r. sentença de primeiro grau, afastando a imputação de improbidade, escorou o juízo condenatório imposto em responsabilidade por atuação não dolosa dos requeridos.

- Caso em que, pois, o efeito condenatório desvinculou-se da causa ajuizada.

- Além disso, antes ainda da vigência da Lei 14.230/2021, já era frequente reconhecer-se, na jurisprudência doutrinária e pretoriana, o dominante caráter sancionador do regime da Lei 8.429/1992. Consolidou-se a indicação desse caráter com o texto do art. 17-D acrescentado com a Lei 14.230: “A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos” (cf. também o § 4º do art. 2º da alterada Lei 8.429).

- Em face da unitariedade do direito sancionador, é de incidir em toda a amplidão de sua matéria o disposto no parágrafo único do art. 2º de nosso Código penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença

condenatória transitada em julgado”. Trata-se aí da retroatividade in bonam partem, que é um mandato exata e justificadamente em contrário à vedação da irretroatividade in peius. Ou seja, a supervenção de normas benignas ao infrator deve incidir imediatamente.

**Provimento da apelação.**

### **RELATÓRIO:**

A Promotoria pública da Comarca de Mauá ajuizou a presente demanda referente a apontada improbidade administrativa contra Oswaldo Dias e Saúde ABC Convênio Médico Hospitalar Ltda., com o objetivo de responsabilizá-los por atos ímprobos na execução de contrato para prestação de serviços médico-hospitalares aos servidores do Município de Mauá.

Diz a Promotoria requerente, em resumo, que o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo indicou irregularidades em aditamentos desse contrato, porque seus índices de atualização estavam acima dos indicadores correspondentes, culminando em prejuízo ao erário local no importe de R\$ 1.822.335,66.

Após instrução processual, a r. sentença de origem julgou procedente em parte a pretensão, afastando a prática de improbidade, mas condenando solidariamente os requeridos a reparar o prejuízo

causado ao Município mauaense no valor de R\$ 240.934,58, a ser corrigido monetariamente a partir do primeiro aditamento contratual objeto e acrescido de juros de mora de 1% contados a partir da citação (e-págs. 7-22).

Do decidido, apela Oswaldo Dias, sustentando, *ad summam*, que (i) o laudo pericial deixou de considerar o fator “faixa etária” na aferição do valor do contrato, (ii) a sentença prolatada é nula, uma vez que acolheu a indicação do laudo pericial de que houve divergência entre o preço do aditivo e o previsto inicialmente, fato que não era objeto da perícia e nem de imputação ministerial, extrapolando, assim, os limites propostos pelas partes (e-págs. 43-62).

Respondeu-se ao recurso (e-págs. 66-73).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (e-pág. 90-93)

É o relatório do necessário, conclusos os autos recursais em 02 de março de 2022 (e-pág. 94).

#### VOTO:

1. De logo, tenha-se em conta que a r. sentença, ao afastar o pleito de improbidade, infligiu um conseqüente, o da responsabilidade civil, desvinculado da causa originária. Calha, além disso, que a sanção é um acidente do ilícito, de maneira que o reato sancionador não pode subsistir sem o reato da ilicitude

que é o pilar substancial de todos seus possíveis acidentes.

2. Além disto, a r. sentença de origem, proferida aos 18 de outubro de 2021 (e-pág. 22), dias antes da vigência da Lei 14.230 –lei esta que alterou a Lei 8.429/1992 (de 2-6)–, acolheu, em parte, a vertente ação de improbidade, para, excluindo o caráter doloso da conduta objeto da demanda, condenar os requeridos, à conta de culpa *stricto sensu*, na sanção de caráter indenitário.

Recolhe-se da r. sentença:

“(…)

(…) para o ato de improbidade administrativa previsto no art.10 da LIA (ato que causa prejuízo ao erário), admite-se o apenamento do agente, também, pela conduta culposa, isto é, pela prática, ainda, que não intencional, de ato que por negligência, imprudência ou imperícia causa prejuízo ao erário.

No caso sub judice, encerrada a regular instrução processual, após a realização de prova pericial, resta forçoso reconhecer pela ausência de conduta improba dolosa praticada pelos requeridos hábeis a atrair as sanções da lei de improbidade administrativa.

(…)

Neste cenário, restou incontroverso nos autos que houve prejuízo ao município e que deve ser ressarcido pelos réus, entretanto, tal fato, de forma isolada não se presta a justificar a imposição das demais sanções da lei de improbidade, eis que ausente comprovação de

ato direcionado à prática de desonestidade no exercício da função pública.

(...)

Neste diapasão, não restou evidenciada intenção de violar a proibidade administrativa pelo réu sendo certo que a má-fé consiste em elemento que separa a inabilidade ou mesmo incompetência do agente público, da improbidade administrativa.

(...)

Enfim, a prova documental e pericial não foi capaz de comprovar as assertivas lançadas na inicial, não sendo assim hipótese de anulação dos aditamentos, mas apenas de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.

(...)

Desta forma, nos termos do art. 5º da Lei 8.429/92, «*ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano*» (e-págs. 13 et sqq.).

3. Ao tempo da prolação da r. sentença, assim previa o *caput* do ao caso aplicado art. 10 da Lei 8.429/1992: “*Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei (...)*”.

Sobreveio a Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021, que alterou a redação desse dispositivo, agora trazendo o texto seguinte: “*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 (...)*”.

Tanto se vê, os atos ímprobos a que se molda a norma do art. 10 da Lei 8.429 – com a nova redação da Lei 14.230 – são agora apenas os **dolosos** (averbe-se que também as figuras dos arts. 9º e 11 da Lei 8.429 se reportam a ações ou omissões **dolosas**).

A r. sentença, como ficou dito, concluiu em que a ação tida por ímproba, objeto destes autos, não foi originária de dolo.

Antes ainda da apontada alteração legislativa já era frequente reconhecer-se, na jurisprudência doutrinária e pretoriana, o dominante caráter sancionador do regime da Lei 8.429. Consolidou-se a indicação desse caráter com os novos textos do § 4º do art. 2º da Lei 8.829 – “§ 4º “Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do *direito administrativo sancionador*” (a ênfase não é do original) e do acrescentado art. 17-D: “**A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório**, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e **não constitui ação civil**, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos” (por igual, o destaque não é do original).

É da doutrina –por muitos, Alejandro Nieto– ser unitário o *ius puniendi*”, vale dizer: é a “potestas puniendi pública global y única en su raíz” (*Derecho administrativo sancionador*, 2008, p. 146). Isto já o fizera ver de há muito, entre nós, Francisco Octavio de Almeida Prado, a respeito das sanções dos atos administrativos tidos por ímprobos: “é importante assinalar, desde logo, que inúmeros princípios gerais, de nível constitucional, tradicionalmente referidos ao direito penal, são aplicáveis também às infrações administrativas, e com especial intensidade a essa nova categoria de os atos de improbidade administrativa” (*Improbidade administrativa*, 2001, p. 20); isso porque esses princípios, “conquanto referidos ao direito penal e nele desenvolvidos, são, em verdade, próprios do jus puniendi do Estado em suas diversas manifestações” (p. 20).

Posta esta unitariedade do direito sancionador, é de incidir em toda a amplitude de sua matéria o disposto no parágrafo único do art. 2º de nosso Código penal: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Trata-se aí da retroatividade *in bonam partem*, que é um mandato exata e justificadamente em contrário à vedação da irretroatividade *in peius*. Ou seja, a supervenção de normas benignas ao infrator deve incidir imediatamente.

Assim sendo, inviável, sem recurso da Promotoria pública demandante, alterar a r. sentença

em prejuízo do recorrente e da litisconsorte passiva, para, acaso, modificar o elemento subjetivo da conduta administrativa em pauta, é de concluir pela improcedência da versada pretensão condenatória por atos ímprobos, prejudicada a apreciação das preliminares recursais.

**DO EXPOSTO**, pelo meu voto, dou provimento à apelação de Oswaldo Dias –estendo a solução à demandada não recorrente (Saúde ABC Convênio Médico Hospitalar Ltda.)–, para declarar a total improcedência da presente ação condenatória por apontado ato ímprobo (autos 0002714-15.2007.8.26.0348 da digna 4ª Vara Cível da Comarca da Mauá).

Não cabe inflição de custas e honorários na espécie.

Ressalta-se, em ordem ao prequestionamento indispensável ao recurso especial e ao recurso extraordinário, que todos os preceitos referidos nos autos se encontram, *quodammodo*, albergados nas questões decididas.

Eventual inconformismo em relação ao decidido será objeto de julgamento virtual, cabendo às partes, no caso de objeção quanto a esta modalidade de julgamento, manifestar sua discordância por petição autônoma oportuna.

É como voto.

Des. RICARDO DIP –relator