

Processo nº: **1058195-40.2016.8.26.0053**
Classe Assunto: **Apelação Cível - Enriquecimento Ilícito**
Apelante: **Antonio Herbert Lancha Junior e outros**
Apelado: **Ministério Público do Estado de São Paulo**
Relator(a): **MARCELO BERTHE**
Órgão Julgador: **5ª Câmara de Direito Público**

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

EMINENTE RELATOR(A)

COLENDIA CÂMARA

Insurgem-se os apelantes contra a r. sentença de fls.2785/2810, que julgou procedente a ação e reconheceu que os requeridos, ora apelantes, praticaram ato de improbidade administrativa. Antonio Herbert Lancha Junior, Instituto Vita e Quality of Live foram condenados, solidariamente, à perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (R\$103.600,00), ao ressarcimento do dano causado ao erário, a ser corrigido monetariamente desde 30/06/09 e com juros de mora desde a citação pela Selic, ao pagamento de multa civil de duas vezes o valor do acréscimo patrimonial, à proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios por dez anos e à indisponibilidade dos bens. Antonio também foi condenado à perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos por nove anos.

A inconformada Quality of Life – Atividades Físico Corpóreo Ltda. EPP, em suas razões recursais (fls.2836/2861), argumenta que a r. sentença não observou as provas dos autos. O equipamento Bod Pod esteve acondicionado no Instituto Vita, sob a responsabilidade de Antonio Herbert Lancha

Apelação nº 1058195-40.2016.8.26.0053
Comarca Capital

Junior. Nesse período, houve convênio com a Fapesp e pesquisas foram realizadas. Foram cobrados valores dos clientes da clínica para custos de funcionamento e operação do aparelho. Não estão presentes o dolo e a lesão ao erário. Inexistiu acréscimo patrimonial. As penalidades foram fixadas de forma excessiva. Por isso, vindica a reforma da r. sentença, para que a ação seja julgada improcedente ou que as sanções sejam reduzidas.

Vita Clínicas Medicina Especializada Ltda. apresentou suas razões recursais a fls.2974/3012. Sustenta que não houve prejuízo ao Poder Público e o apelante não experimentou proveito econômico. Agiu com boa-fé e não está presente o dolo. O conjunto probatório não é suficiente para o acolhimento da pretensão inicial do Ministério Público. As sanções impostas são desproporcionais aos fatos. Não houve dano moral. A taxa Selic não deve ser utilizada para a correção dos valores impostos na sentença. Com esses argumentos, pretende a improcedência da demanda ou a redução das penas.

O apelante Antônio Herbert Lancha Junior, a fls.3018/3102, afirma que a r. decisão combatida não observou a prova dos autos. Não está presente o dolo. O equipamento estava no Instituto Vita e foi utilizado apenas para fins acadêmicos e científicos. Por isso, vindica que a ação seja julgada improcedente.

As contrarrazões recursais do Ministério Público em Primeiro Grau estão a fls.3109/3123.

É a síntese do necessário.

1. Os recursos são cabíveis e adequados contra a r. decisão combatida (art.1.009, CPC). Os apelantes têm legitimidade, já que são partes na ação, e têm interesse em recorrer, pois restaram vencidos (art.996, CPC). Inexiste fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer (preclusão lógica, deserção, renúncia, aceitação).

Apelação nº 1058195-40.2016.8.26.0053
Comarca Capital

Os recursos são tempestivos (art.1.003, §5º, CPC) e foi observada sua regularidade formal (art.1.010, CPC). Os preparos foram recolhidos.

2. Inexiste preliminar a ser apreciada.

3. As provas carreadas aos autos confirmaram os fatos apontados na petição inicial da ação civil pública, o que motivou a bem fundamentada r. sentença de fls.2785/2810.

O suplicado, ora recorrente, Antonio Herbert Lancha Junior é professor da Escola de Educação Física e Esporte da Universidade de São Paulo – USP. Nessa qualidade, apresentou projeto de pesquisa à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – Fapesp, que resultou na aquisição do equipamento *Bod Pod Body Composition Tracking* pela quantia de R\$134.120,40. O aparelho, embora doado à Escola de Educação Física e Esporte da USP, foi instalado na sede do Instituto Vita, local em que houve a realização de exames particulares de pletismografia e os valores desses exames reverteram aos apelantes Quality of Life e Instituto Vita. A empresa Quality of Life é pessoa jurídica constituída por Antonio Herbert Lancha Junior e sua esposa.

Os fatos acima apontados são incontroversos. Os próprios apelantes os admitiram e confessaram.

Outrossim, as testemunhas ouvidas confirmaram que o equipamento foi instalado no Instituto Vita. Aliás, nunca esteve na USP. Para a instalação no Instituto Vita, foram realizadas reformas no local, o que demonstra a prévia combinação entre os suplicados para a utilização do equipamento e para a fraude ao erário.

A testemunha Bruno Gualano (fls.2254/2257) confirmou que o Bod Pod estava no Instituto Vita e que houve o uso particular do equipamento, inclusive pelo Prof. Lancha.

Fabiana Braga Benatti (fls.2259/2262) declarou que o equipamento foi utilizado no Instituto Vita. Aliás, o Instituto foi reformado para receber o Bod Pod, o que ratifica que os atos foram adremente ajustados entre os apelantes.

Desire Ferreira Coelho (fls.2263/2265) foi funcionária do Instituto Vita e afirmou que o equipamento público foi utilizado para fins particulares. No mesmo sentido foram as declarações de Patrícia Lopez de Campos Ferraz (fls.2267/2269).

As mesmas testemunhas também revelaram as restrições que os requeridos impuseram aos pesquisadores para o uso do Bod Pod. Acrescente-se que professores, alunos e pós-doutorandos foram impedidos de empregarem o aparelho em suas atividades após suas digitais serem descadastradas por Antonio Herbert Lancha.

As testemunhas arroladas pelos demandados não contribuíram para a solução da ação. As declarações de fls.2332/2333, 2334/2335, 2336/2337, 2344/2345, 2346/2347, 2348/2349, 2412/2414 e 2702/2703 indicam que as testemunhas não viram o Bod Pod em uso. Por óbvio, o aparelho foi utilizado em outros momentos, diversos daqueles em que as testemunhas estiveram na clínica; além disso, o equipamento estava em sala reservada, fechada com chaves, que ficavam com o apelante Lancha e sua esposa (fls.2349). Ademais, Caio Oliveira D'Elia (fls.2412/2414) é associado do Instituto Vita, Alexandre Carneiro Bitar (fls.2415/2417), Emerson Tozello Correia de Almeida (fls.2418/2419) e Carolina Savioli Longhini (fls.2348/2349) trabalham no Instituto Vita e Arnaldo Hossepian Salles Lima Júnior (fls.2702/2703) é amigo íntimo do requerido Antonio Lancha – *“hoje (Lancha) é um*

amigo, que inclusive frequenta minha casa” (fls.2703); dessa forma, eles têm interesse na causa e suas declarações devem ser analisadas com ressalvas.

As notas fiscais emitidas pela apelante Vita Clínicas (fls.727/745) comprovam que houve o uso comercial e particular do equipamento e que os pacientes pagaram por esse uso; os valores arrecadados foram partilhados entre os recorrentes. Aliás, no aparelho havia um adesivo como a palavra “Vita”.

Os e-mails entranhados aos autos, especialmente aquele de fls.720/721, reforçam a cobrança dos clientes. A precificação era realizada pela Quality of Life, através de seus sócios Antonio Lancha e sua esposa.

O vídeo produzido pelo Instituto Vita comprova o uso comercial do equipamento. O vídeo não é dirigido ao público acadêmico, mas, sim, à população em geral. Inexiste qualquer menção à pesquisa ou à universidade. A intenção, por óbvio, era enaltecer a clínica e auferir lucros às custas de equipamento adquirido com dinheiro público.

Além do proveito econômico direto auferido pelos apelantes, também experimentaram vantagem imaterial e lucro indireto com a apropriação do equipamento e sua exibição através dos meios de comunicação. A permanência do Bod Pod na sede do Instituto Vita e o uso em favor da Quality of Life acarretaram incremento para ambos, assim como ao professor Lancha, responsável pelo aparelho.

Nesse sentido, o Magistrado a quo bem esclareceu que:

“O valor obtido com a utilização do aparelho era repassado, em parte, para “Vita Clínicas Medicina Especializada S/A”. O maior benefício, contudo, possui natureza imaterial, pois há verdadeiro prestígio na utilização do aparelho, muito raro à época.

A utilização do aparelho foi exibida em rede nacional, no programa "Medida Certa", como é notório, e também no vídeo produzido pelo próprio instituto, em que se visualiza sua marca de maneira ostensiva, adesivada na parte frontal do aparelho" (fls.2791).

Tanto a doação inicial pela Fapesp à USP, quanto o termo de convênio 33306 (fls.682/685) são claros quanto à única finalidade da aquisição e entrega do Bod Pod: desenvolvimento de projetos de pesquisa. Jamais para fins comerciais e particulares.

Esse comportamento dos recorrentes afrontou o princípio da impessoalidade, pois desviaram-se do interesse público quando buscaram apenas a satisfação pessoal. O Bod Pod deveria ter sido utilizado tão somente para os estudos acadêmicos e científicos, nunca para fins comerciais e particulares.

Faltaram aos apelantes as necessárias ética e boa-fé. Previamente ajustados, apresentaram o projeto à Fapesp, conseguiram o Bod Pod, reformaram o Instituto Vita para a instalação do aparelho, fizeram uso do equipamento para a promoção pessoal, utilizaram o Bod Pod para exames particulares, cobraram pelo uso e se apropriaram dos valores. Evidente o descompasso com os princípios da moralidade, da boa-fé e da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Os suplicados apropriaram-se do equipamento público, o qual deveria ter sido utilizado apenas e tão somente em pesquisas e estudos científicos e acadêmicos. Durante o uso comercial e particular do Bod Pod, exigiram pagamentos dos pacientes. Dessa forma, causaram prejuízo ao erário e alcançaram indevido enriquecimento.

O dolo é indiscutível. Como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

“O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa reflete-se na simples vontade consciente de aderir à conduta descrita no tipo, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despidendo perquirir acerca de finalidades específicas. Precedentes” (STJ - AgRg no REsp 1214254/MG, rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 15.02.2011).

O dolo dos recorrentes foi demonstrado. Antonio Lancha, professor da USP e responsável pela solicitação do Bod Pod, é sócio da Quality of Life; no quadro societário da Quality of Life figuram apenas Antonio e sua esposa. Antonio e sua empresa Quality se beneficiaram com a indevida utilização do equipamento público para fins comerciais e particulares. Agiram com vontade consciente de auferirem lucros materiais e imateriais em prejuízo dos cofres públicos e dos serviços públicos.

Já o Instituto Vita, que também emitiu notas fiscais pelo uso do Bod Pod, tinha o aparelho em sua sede e se beneficiou dessa situação, divulgando o fato e atraindo clientes. Ademais, auferiu lucros.

Os recorrentes agiram com vontade, com nítida finalidade de atender a seus interesses particulares. Não houve qualquer coação física irresistível ou influências externas intransponíveis aptas a afastar a voluntariedade em sua conduta. Assim agiram porque se propuseram voluntária e conscientemente a fazê-lo.

O elemento subjetivo está presente. De qualquer forma, cabe consignar que a configuração do ato de improbidade administrativa, não exige o dolo específico de gerar um prejuízo ou lesar os princípios fundamentais da Administração Pública. Ao contrário, contenta-se com o dolo genérico, consistente na vontade consciente de praticar a conduta vedada pelo ordenamento jurídico.

Apelação nº 1058195-40.2016.8.26.0053
Comarca Capital

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que:

“(…) Quanto à presença do elemento subjetivo, é certo que essa Corte de Justiça possui o entendimento de que o dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica -ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Precedentes do STJ” (STJ, AgInt no REsp 1678066/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgamento em 10/10/2017, publicação em 17/10/17).

“A admissão das servidoras ao arrepio da lei expressa a vontade consciente de aderir à conduta (dolo genérico). ‘O dolo que se exige para a configuração de improbidade administrativa é a simples vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica-ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo despiciendo perquirir acerca de finalidades específicas. Em resumo: trata-se do ‘dolo genérico’ ou simplesmente ‘dolo’ (desnecessidade de ‘dolo específico’ ou ‘especial fim de agir’)’ (EDcl no Ag1.092.100, RS, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de31.5.2010)” (STJ, AgRg no REsp 1395625/PE, Primeira Turma, Relator Ministro Olindo Menezes, julgamento em 16/02/2016, publicação em 22/02/16).

As condutas indicadas acima e devidamente comprovadas nos autos configuram atos de improbidade administrativa, nos termos dos artigos 9º, inciso XII, 10, inciso I, e 11, *caput*, da Lei nº8429/92, com a demonstrada existência do dolo.

Apelação nº 1058195-40.2016.8.26.0053
Comarca Capital

Utilizaram bens públicos em benefício próprio, contribuíram para que o valor do Bod Pod fosse incorporado ao próprio patrimônio particular e afrontaram os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. Olvidaram-se do disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal e das regras impostas pela Lei nº8.429/92.

A Lei de Improbidade Administrativa estabelece, em seu artigo 3º, que *“As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”*.

As penas foram adequadamente fixadas.

A proibição de contratar com o Poder Público, a suspensão dos direitos políticos e a perda dos valores recebidos são medidas imprescindíveis à situação posta nestes autos e à prevenção de novos ilícitos.

Igualmente, a multa civil é medida que se impõe. A quantia estabelecida na r. sentença é adequada à gravidade dos fatos.

Outrossim, os cofres públicos devem ser ressarcidos do prejuízo causados pelos requeridos. Quando o Bod Pod foi devolvido à Universidade de São Paulo, o equipamento já possuía tecnologia defasada e pouca utilidade teve. Do ponto de vista econômico, nada valia.

Antonio H. Lancha Junior é professor em uma das melhores universidades do país, reconhecida internacionalmente. Seu nível de conhecimento impunha outra conduta, norteadada pela retidão. Não o fez. Optou por mares turvos, pelo enriquecimento a qualquer custo, pelo prejuízo alheio. Os atos gravíssimos por ele praticados são incompatíveis com o exercício do magistério. Acertada foi, portanto, a perda de sua função pública.

Apelação nº 1058195-40.2016.8.26.0053
Comarca Capital

Os meios fraudulentos praticados pelos apelantes e a conduta ilícita causaram prejuízos econômicos. Além disso, também macularam a credibilidade e a imagem das instituições públicas perante a sociedade.

Não se pode olvidar que a gravidade dos atos foi exacerbada pela exposição do equipamento e dos próprios apelantes através dos meios de comunicação (programa “Medida Certa” do Fantástico, Rede Globo, com a participação do jogador de futebol Ronaldo Fenômeno, e também na revista Veja, com a participação do atleta Anderson Silva).

Essa ofensa imaterial deve ser reparada. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a pessoa jurídica é passível de sofrer danos morais, conforme súmula 227 (“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”).

A quantia fixada em Primeiro Grau a título de dano moral coletivo se compraz com a gravidade dos atos ilícitos praticados, com a extensão da lesão, com o abalo à imagem do serviço público e com a situação financeira dos recorrentes.

Acertadamente consta da r. sentença que:

“Afinal, em atenção ao longo período em que o aparelho permaneceu no Instituto Vita – de 2009 a 2015 –, com reiteradas notícias de limitação de acesso aos estudantes, a deterioração do instrumento protagonista da exordial não pode ser descartada, tampouco ignorada. O seu uso cotidiano obviamente lhe trouxe danos, seja de ordem econômica, seja em sua aparência. Seu valor diminuiu durante os anos. É consequência que ocorre com qualquer bem.

Igualmente, ainda que tecnologicamente considerado, pressupõe-se que o tempo lhe tornou obsoleto, sendo a sua finalidade inicial totalmente prejudicada com o

decurso temporal. Vislumbra-se que quando devolvido ao setor público, obviamente não mais era inédito, visto que já existentes outros aparelhos mais modernos.

Assim, diante da inviabilidade de se aferir o ACRÉSCIMO diretamente decorrente da autopromoção em razão do aparelho, tomo por parâmetro o custo de aquisição e o tempo de uso, assim como mensuro o contexto dentro do prestígio e notoriedade, tanto quanto da depreciação e restrição que isso causou, fixando por incidir um VALOR JUSTO, que ao menos dirima os prejuízos causados ao erário público. Destarte, como se apropriaram do equipamento público e passaram a obter BENEFÍCIOS DIRETOS E INDIRETOS, fixo como proveito econômico, por EQUIDADE elevando-se em consideração a sua restituição tardia, atendendo aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais).

É o ÚNICO VALOR compatível com TODO o CENÁRIO.” (fls.2797/2798).

Quanto aos juros de mora, deve ser utilizada a taxa Selic, por interpretação dos artigos 406 do Código Civil, do artigo 84, inciso I, da Lei nº8.981/95 e do artigo 13, *caput*, da Lei nº9.095/95. Aliás, nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1715083-BA.

Ante o exposto, opino pelo desprovimento das apelações, mantendo-se a r. sentença combatida por seus próprios e jurídicos fundamentos. É o parecer.

São Paulo, 29 de outubro de 2019.

TIAGO CINTRA ZARIF

Procurador de Justiça

Apelação nº 1058195-40.2016.8.26.0053
Comarca Capital