



Poder Judiciário do Estado da Paraíba
Tribunal de Justiça
Gabinete da Desembargadora Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

DECISÃO MONOCRÁTICA

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO Nº 0042147-54.2006.815.2001

ORIGEM: 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital

RELATOR: Juiz Onaldo Rocha de Queiroga, convocado para substituir a Desª Maria das Neves do Egito de A. D. Ferreira

APELANTE: Ministério Público do Estado da Paraíba

01 APELADO: José Joácio de Araújo Moraes

ADVOGADA: Elaine Maria Gonçalves

02 APELADO: Coopanest - Cooperativa de Anestesiologistas da Paraíba Ltda

ADVOGADO: Paulo Guedes Pereira

REEXAME NECESSÁRIO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE. DESCABIMENTO. POSIÇÃO DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.

1. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência de ação de improbidade administrativa não está sujeita ao reexame necessário previsto no art. 19 da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965). Isso porque essa espécie de ação segue um rito próprio e tem objeto específico, disciplinado na Lei 8.429/1992, não cabendo, neste caso, analogia, paralelismo ou outra forma de interpretação, para importar instituto criado em lei diversa. A ausência de previsão da remessa de ofício, na hipótese em análise, não pode ser vista como uma lacuna da Lei de Improbidade que precisa ser preenchida, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente. (STJ - REsp 1.220.667-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/9/2014).

2. Remessa oficial não conhecida.

APELAÇÃO CÍVEL. DISPENSA DE LICITAÇÃO JULGADA IRREGULAR PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA. FATO QUE, *IPSO FACTO*, NÃO PODE IMPLICAR SANÇÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, QUE PRESSUPÕE PROVA DO DOLO OU DA CULPA GRAVE, INEXISTENTES NA ESPÉCIE. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO COM ARRIMO NO ART. 557 DO CPC.

1. A dispensa de licitação, julgada irregular pelo TCE, não pode gerar, *ipso facto*, sanção por improbidade administrativa. Isto, porque a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé; e por isso, necessário o dolo genérico na conduta do agente e, no caso de dano ao erário, dolo ou culpa.

2. É por isso mesmo que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que, ainda que considerada irregular a dispensa de licitação, para fins de condenação por improbidade, hão de ficar categoricamente comprovados desvios éticos, consistente na conduta conscientemente praticada visando à deslealdade, à fraude e à perfídia.

3. Recurso ao qual se nega seguimento com arrimo no art. 557 do CPC.

Vistos etc.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA interpõe apelação cível (fls. 480/494) contra JOSÉ JOÁCIO DE ARAÚJO MORAIS e COOPANEST - COOPERATIVA DE ANESTESIOLOGISTAS DA PARAÍBA LTDA., com o objetivo de reformar sentença (fls. 469/478) proferida pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital/PB, assim ementada:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS. COOPERATIVAS MÉDICAS. SOCIEDADES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS. DELEGAÇÃO. SERVIÇOS MÉDICOS. TERCEIRIZAÇÃO. ENTIDADES PRIVADAS. LICITAÇÃO. DISPENSA. ADMISSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ILICITUDE. INDEMONSTRAÇÃO. DEMANDA. IMPROCEDÊNCIA.

- A contratação de cooperativas médicas, sociedades civis sem fins lucrativos, pela Administração Pública para prover serviços médicos

em hospital público infantil se enquadra na conceituação prevista pelo art. 197 da Constituição Federal de delegação dos serviços dessa natureza diretamente pelo Poder Público ou através de terceiros, cuja dispensa de licitação se ajusta na modalidade admitida e nas condições daquelas, visto que, essas entidades poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde. Demanda improcedente.

Teses recursais: (a) "a realização de contratação 'terceirizada' de serviços públicos essenciais de saúde, da forma como realizada pela Secretarial Estadual de Saúde da Paraíba, através de Cooperativa e de forma direta, sem qualquer ultrapassagem pelo obrigatório e imprescindível concurso público, agride o ordenamento constitucional, além dos demais dispositivos constitucionais" (f. 483/484); (b) importante registrar que a dispensa licitatória nº 11/03 e respectivo contrato nº 75/03 não poderiam ser levadas a termo, porquanto afrontosas à obrigatoriedade de licitação, já que não concretizadas, de maneira efetiva, as circunstâncias que legitimam a não concorrência através de emergência" (f. 486); (c) "a conduta desenvolvida pelo ex-agente público demandado e pela cooperativa beneficiada se encontra amoldada nos arts. 10, caput e inciso VIII e 11, caput e inciso V, ambos da Lei Federal nº 8.429/92." (f. 491).

O Sr. José Joácio de Araújo Moraes apresentou contrarrazões às f. 495/505.

A Coopanest - Cooperativa de Anestesiologistas da Paraíba apresentou antítese às f. 508/527.

Os autos desaguaram nesta Corte, também, por força do reexame necessário.

Parecer ministerial pelo provimento do recurso (fls. 537/539).

É o relatório.

DECIDO.

Não conheço do reexame necessário, eis que incabível à espécie, como já decidiu o STJ, no Informativo 546, abaixo reproduzido:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E REEXAME NECESSÁRIO.

A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência de ação de improbidade administrativa não está sujeita ao reexame

necessário previsto no art. 19 da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965). Isso porque essa espécie de ação segue um rito próprio e tem objeto específico, disciplinado na Lei 8.429/1992, não cabendo, neste caso, analogia, paralelismo ou outra forma de interpretação, para importar instituto criado em lei diversa. A ausência de previsão da remessa de ofício, na hipótese em análise, não pode ser vista como uma lacuna da Lei de Improbidade que precisa ser preenchida, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente. REsp 1.220.667-MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4/9/2014.

Passo ao mérito do recurso apelatório.

Segundo pacífico e vetusto entendimento pretoriano, não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei nº 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, com culpa grave, nas hipóteses do artigo 10.

Nesse sentido, cito precedente:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ART. 288 DO RISTJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, IX, DA LEI 8.429/1992. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ERROR IN PROCEDENDO. OCORRÊNCIA. PENALIDADE APLICADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública, contra ato de improbidade administrativa formulada, pelo Ministério Público do Estado de Pernambuco, visando condenação do ex-prefeito de Brejinhos/PE à devolução aos cofres públicos dos valores de R\$ 77.581,87, alegando ato ímprobo de dispensar ilicitamente procedimento licitatório, bem como pagamento sem autorização legal ou regulamentar, no valor de R\$ 2.500,00, na emissão de segundas vias de documentos públicos (certidão de casamento e nascimento).

2. Inicialmente impossível analisar o pedido de efeito suspensivo ao Recurso Especial quando pleiteado nas razões do Apelo Nobre. A Medida Cautelar, prevista no art. 288 do RISTJ, é a via adequada para demandar a tutela antecipada com o objetivo de conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial, devendo ser requerida de forma apartada, desde que satisfeitos os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

3. Em se tratando de ato ímprobo, mesmo sendo caso de pronta rejeição da ação (artigo 17, § 8º, da Lei 8.429/1992) em que o

magistrado se encontra plenamente convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita ou sendo caso de regular instrução processual em que se poderá concluir pela existência ou não de atos de improbidade administrativa configurados nos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, deve o juiz/tribunal fundamentar suas decisões.

4. Não obstante, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar do elemento subjetivo. No caso do artigo 10 da Lei 8.429/1992, para a sua consumação, é necessário se perquirir quanto ao dolo ou a culpa.

5. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé; e por isso, necessário o dolo genérico na conduta do agente e, no caso de dano ao erário, dolo ou culpa.

6. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é o ato ilegal qualificado pelo elemento subjetivo do agente, sendo indispensável a correta identificação do dolo quando caracterizadas condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos evitadas de culpa grave, nas hipóteses do artigo 10 da lei. Cito precedentes: (REsp 939.118/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 1º.3.2011; AgRg no REsp 1.125.634/MA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 2.2.2011; EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010; REsp 758.639/PB, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 28.3.2006, DJ 15.5.2006)

7. Configura error in procedendo a decisão judicial que, embora afirme a ilegalidade da conduta, não reconhece a presença de conduta dolosa ou culposa indispensável à configuração de atos de improbidade administrativa previstos na Lei 8.429/92, além de não fazer a parametrização das sanções impostas na condenação. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.399.825/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 5.2.2015, DJe 12.2.2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 24.2.2015, DJe 5.3.2015) 8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça julga necessário anular o acórdão recorrido para que nova decisão seja proferida.

Precedente: REsp 507.574/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.9.2005, DJ 20.2.2006) 9. Recurso Especial provido.

(STJ, REsp 1512047/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 30/06/2015).

In casu, a sentença, na parte que interessa, consignou:

“Analisando as argumentações tecidas no processo pode-se chegar a conclusão de que os serviços pactuados com a promovida no âmbito da área médica é indispensável para o atendimento razoável da clientela da rede pública estadual de saúde, particularmente, destinada às crianças e adolescentes, visto que, cuida-se de maternidade.

Restou demonstrado que sem os serviços contratados junto a essas Cooperativas Médicas, não haveria efetivo médico especializado suficiente para prestar atendimento médico urgente, temporal ou programado as pessoas que mais precisam dos serviços públicos na área da saúde.

Não há pessoal efetivo nos quadros da Administração Pública capaz de suprir a prestação de tais serviços, mesmo com o empenho de sucessivas questões administrativas mediante a publicação de editais de concurso público que não têm atendido ao interesse dos profissionais da área médica, fato público e notório (art. 334, I, do CPC).

Todas essas circunstâncias estão bem expostas e demonstradas no acervo probatório que instrumentaliza o presente feito.” **(sic, f. 475)**

Observa-se, portanto, a absoluta ausência de má-fé por parte do gestor. Não há demonstração, nas provas e, sobretudo, nas razões recursais, de indícios de desonestidade, de locupletamento e desvio de verbas públicas.

A reprovação da contratação da Cooperativa, pelo Tribunal de Contas, não pode levar, *ipso facto*, à sanção do agente público por ato de improbidade administrativa.

É por isso mesmo que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que, ainda que considerada irregular a dispensa de licitação, para fins de condenação por ato de improbidade, não de ficar categoricamente comprovados desvios éticos, consistente na conduta conscientemente praticada visando à deslealdade, à fraude e à perfídia.

Navegando nesse mar, transcrevo os seguintes julgados do Colendo STJ:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **ILEGALIDADE EM PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO.**

ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Recurso Especial manifestado contra acórdão que, por não vislumbrar a presença de dolo ou culpa na conduta dos réus, manteve sentença que julgou improcedente o pedido, em Ação Civil Pública, na qual o Ministério Público Federal postula a condenação dos agravados pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na ilegalidade de procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviço de avaliação de imóveis de propriedade do ora agravante.

II. No caso, o agravante alega, em síntese, que "desde a origem, vem sustentando a desnecessidade de se perquirir acerca do elemento volitivo para a caracterização do ato improbidade, a atrair a aplicação da Lei 8.249/92, vez que, no seu entendimento, a lei respectiva, ao caracterizar como ato de improbidade a dispensa indevida da licitação, gera uma presunção absoluta de ilicitude da conduta" (fl. 3.167e).

III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel.

Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014.

IV. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ENGENHEIRO, COM PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO, EM RAZÃO DE ENTENDER-SE SINGULAR O SERVIÇO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONCLUI PELA NECESSIDADE DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, MAS CONSIGNA A DESNECESSIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DO DOLO E DO PREJUÍZO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO IMPROBO.**

1. Recurso especial no qual se discute se a contratação de engenheiro, sem procedimento licitatório, por se entender singular o serviço, configura ato ímprobo descrito nos artigos 10 e 11 da Lei n.

8.429/1992.

2. No caso, o Tribunal de origem, entendendo ser desnecessária a demonstração do dolo e presumindo o prejuízo ao erário, considerou ilegítima a contratação de engenheiro, com procedimento de inexigibilidade, porque os serviços não seriam singulares, daí porque condenou os réus, pela prática de ato ímprobo enquadrado nos artigos 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992, na pena de ressarcimento.

3. O STJ tem externado, pacificamente, que improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10 (AIA n. 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). Nessa linha, não se sustenta a condenação dos recorrentes, seja pelo art. 10, seja pelo art. 11, da Lei n. 8.429/1992.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1237583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 02/09/2014).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ATO ÍMPROBO. ELEMENTO SUBJETIVO. DOLO NÃO CARACTERIZADO. PRECEDENTES.

1. Pleiteia o Ministério Público a condenação do agravado por improbidade administrativa, decorrente da celebração de "termos e aditivos sem o necessário procedimento licitatório e sem o devido procedimento de dispensa ou inexigibilidade de licitação por mais de dez anos".

2. As considerações feitas pelo Tribunal de origem afastam a prática do ato de improbidade por violação de princípios da administração pública, uma vez que não foi constatado o elemento subjetivo do dolo na conduta do agente, mesmo na modalidade genérica, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92.

3. O Tribunal a quo decidiu de acordo com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que "a caracterização do ato de improbidade por ofensa a princípios da administração pública exige a demonstração do dolo lato sensu ou genérico" (REsp 772.241/MG, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 6/9/2011). Outros precedentes: AgRg nos REsp 1.260.963/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 3/10/2012; e AgRg nos EAREsp 62.000/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/9/2012. Incidência da Súmula 83/STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 31/03/2014).

Assim, **não conheço do reexame necessário**, eis que incabível, **e nego seguimento ao recurso apelatório**, por reputá-lo manifestamente improcedente e em confronto com a jurisprudência do STJ, o que faço com base no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Intimações necessárias.

Cumpra-se.

João Pessoa/PB, 19 de outubro de 2015.

Juiz Convocado ONALDO ROCHA DE QUEIROGA
Relator