

Superior Tribunal de Justiça

• • •

Jurisprudência Cível

• • •

**AGRG NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
Nº 567.988 – PR (2014/0206339-8)**

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 10 DA LEI Nº 8.429/1992. ALEGAÇÃO DO *PARQUET* ESTADUAL DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA, POR NÃO HAVER JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TRIBUNAL A JUSTIFICAR O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RELATOR. PREVISÃO DE *DECISUM* SINGULAR NO CPC E NO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE SUPERIOR. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. ALEGAÇÃO DO *PARQUET* PARANAENSE DE QUE A DECISÃO AGRAVADA OFENDE A SÚMULA 7/STJ, POR PROMOVER REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA EM SEDE ESPECIAL. PORÉM, A REVALORAÇÃO DA PROVA OU DE DADOS

EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO DECISÓRIO RECORRIDO NÃO IMPLICA O VEDADO REEXAME DO MATERIAL DE CONHECIMENTO NA SEARA ESPECIAL. PRECEDENTE: RESP. 878.334/DF, REL. MIN. FELIX FISCHER, DJ 26.2.2007. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. TERMOS DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP PARA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS EM AÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA ENSEJADORA DE ATO ÍMPROBO. AGRAVOS REGIMENTAIS DO MPF E DO MP/PR DESPROVIDOS.

1. O relator pode decidir toda matéria recursal, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso, conforme orienta a doutrina. Eventual alegação de nulidade da decisão singular fica superada com a apreciação do tema pelo Órgão Colegiado. Rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão agravada.

2. Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a conduta do ex-Prefeito do Município de Palotina/PR ao firmar termos de parceria e convênios entre o Município e o IBIDEC, qualificado como OSCIP, para implementação de programas federais em saúde pública.

3. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei nº 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

4. O excelso Supremo Tribunal Federal, em recente *decisum* na ADI 1.923/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 16.4.2015, entendeu pela parcial procedência do pedido para conferir interpretação conforme à Constituição Federal à Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) e à Lei nº 8.666/1993, para que a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

5. *In casu*, não se verifica tenha o Prefeito pretendido agir em mascaramento da relação de emprego a partir de uma suposta terceirização ilícita da saúde pública.

6. Efetivamente, não se mostrou vedado ao administrador público municipal firmar convênios com OSCIP na área de saúde pública, pelos seguintes motivos: (a) a própria Constituição Federal afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, o que significa um claro *nihil obstat* ao ingresso de entidades do Terceiro Setor no âmbito das ações em saúde pública como área-fim; (b) partiu-se da premissa de que o Estado não é capaz de cumprir sua missão constitucional e precisa convocar os cidadãos ao auxílio na prestação dos serviços sociais; (c) a utilização das formas jurídicas de participação de Organizações Sociais, surgidas em cenário nacional na década de 1990, poderia ser vista como o modelo ideal de colaboração do particular com o Estado, numa perspectiva moderna de eficiência dos serviços públicos; e (d) é admissível a compreensão do Prefeito segundo a qual, para a execução dos programas federais, haveria a necessidade de contratação de agentes específicos e possivelmente temporários, sobretudo considerando a especificidade do profissional em Saúde da Família.

7. Referida análise está sujeita a aspectos que estão sob o *discrímen* do administrador público, dentro de um ambiente político-democrático para a concepção de ideal intervenção do Estado nos domínios sociais. Na hipótese, entendeu o então Prefeito de Palotina/PR que, para o alcance dos objetivos sociais, a execução mais eficiente se daria por uma entidade parceira, pois, em sua esfera de atuação como Chefe do Executivo local, as disponibilidades municipais não seriam suficientes para, em determinado momento, prestar a política pública advinda de programas federais em saúde.

8. Ausente ato doloso ou em culpa grave causador de prejuízo ao Erário na realização de convênio entre Município e OSCIP, não há falar em ato de improbidade administrativa, até porque os serviços em saúde pública foram efetivamente prestados aos munícipes.

9. Agravos Regimentais do MPF e do MP/PR conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro

Sérgio Kukina, por unanimidade, conhecer dos agravos regimentais, mas negar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) (voto-vista), Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 05 de maio de 2016 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Ministro Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg noAREsp 567.988/PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 19/11/2015

Relator: Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária: Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO
– Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 567.988/PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403
420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 15/12/2015

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

– Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES. : MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg noAREsp 567.988 / PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 17/12/2015

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. DARCY SANTANA VITOBELLO

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

– Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 567.988/PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 02/02/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS
RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

**AGRG no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 567.988 – PR
(2014/0206339-8)**

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF
AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI
ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)
AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E
DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC
AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA
ADVOGADOS: RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
RODRIGO CASTOR DE MATTOS
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

RELATÓRIO

1. Trata-se de dois Agravos Regimentais, o primeiro interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e o segundo pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, contra decisão monocrática de minha lavra, que apresentou a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS EM RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA UNIÃO QUANTO AO INTERESSE EM INTEGRAR A LIDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. O JUIZ PODE JULGAR ANTECIPADAMENTE A LIDE SE OS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS FOREM SUFICIENTES À

FORMAÇÃO DE SUA CONVICÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. TERMOS DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP PARA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS EM AÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA ENSEJADORA DE ATO ÍMPROBO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DOS RECURSOS. AGRAVOS CONHECIDOS E RECURSOS ESPECIAIS PROVIDOS PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, SEM CONDENAÇÃO DO AUTOR EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS (fls. 5.956/5.990).

2. Sustenta o MPF, às fls. 5.997/6.006, que a contratação de pessoal para provimento de cargo, sem a realização de concurso público, configura ato de improbidade administrativa. Assevera que a interpretação dada pelo STF na ADI 1.923 exige a observância do art. 37 da Constituição Federal, de modo que não podem os administradores públicos se valerem das Organizações Sociais para burlar o concurso público (fls. 6.003). Pugna pela reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito ao órgão Colegiado competente, a fim de que seja negado provimento ao Recurso Especial.

3. Por sua vez, o MP/PR, às fls. 6.021/6.037, defende a inaplicabilidade do art. 544, § 4º, II, c do CPC, ao argumento de que não há jurisprudência pacificada no STJ a respeito da ilegalidade ou nulidade de contratos entre OSCIP e Municípios, o que, em sua visão, obstaría pronunciamento monocrático do Ministro Relator em AREsp. Aduz que a decisão agravada, ao dar provimento ao Agravo, desobedeceu aos verbetes sumulares 5 e 7 desta Corte Superior, que impedem o reexame de fatos e provas e de cláusulas contratuais em sede especial. Assevera que a decisão carece de erro de premissa, na medida em que proclamou a ausência de dolo no ato, sendo certo que a condenação se deu por conduta culposa. Brande a reconsideração da decisão agravada ou a sua apresentação em mesa para julgamento pelos Pares, a fim de que o Apelo Raro seja desprovido.

4. É o relatório.

**AGRG no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 567.988 – PR
(2014/0206339-8)**

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E
DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
RODRIGO CASTOR DE MATTOS
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

VOTO

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 10 DA LEI Nº 8.429/1992. ALEGAÇÃO DO PARQUET ESTADUAL DE NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA, POR NÃO HAVER JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO TRIBUNAL A JUSTIFICAR O JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RELATOR. PREVISÃO DE DECISUM SINGULAR NO CPC E NO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE SUPERIOR. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. ALEGAÇÃO DO PARQUET PARANAENSE DE QUE A DECISÃO AGRAVADA OFENDE A SÚMULA 7/STJ, POR PROMOVER REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA EM SEDE ESPECIAL. PORÉM, A REVALORAÇÃO DA PROVA OU DE DADOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO DECISÓRIO RECORRIDO NÃO IMPLICA O VEDADO REEXAME DO MATERIAL DE CONHECIMENTO NA SEARA ESPECIAL. PRECEDENTE: RESP. 878.334/DF, REL. MIN. FELIX FISCHER, DJ 26.2.2007. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. TERMOS DE PARCERIA ENTRE MUNICÍPIO E OSCIP PARA IMPLEMENTAÇÃO DE PROGRAMAS FEDERAIS EM AÇÕES DE SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA ENSEJADORA DE ATO ÍMPROBO. AGRAVOS REGIMENTAIS DO MPF E DO MP/PR DESPROVIDOS.

1. O relator pode decidir toda matéria recursal, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso, conforme orienta a doutrina. Eventual alegação de nulidade da decisão singular fica superada com a apreciação do tema pelo Órgão Colegiado. Rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão agravada.

2. Cinge-se a controvérsia em saber se resulta em ato de improbidade administrativa a conduta do ex-Prefeito do Município de Palotina/PR ao firmar termos de parceria e convênios entre o Município e o IBIDEC, qualificado como OSCIP, para implementação de programas federais em saúde pública.

3. A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei nº 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa, mas em nenhuma das hipóteses legais se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

4. O excelso Supremo Tribunal Federal, em recente decisum na ADI 1.923/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 16.4.2015, entendeu pela parcial procedência do pedido para conferir interpretação conforme à Constituição Federal à Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) e à Lei nº 8.666/1993, para que a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do caput do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade.

5. In casu, não se verifica tenha o Prefeito pretendido agir em mascaramento da relação de emprego a partir de uma suposta terceirização ilícita da saúde pública.

6. Efetivamente, não se mostrou vedado ao administrador público municipal firmar convênios com OSCIP na área de saúde pública, pelos seguintes motivos: (a) a própria Constituição Federal afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, o que significa um claro nihil obstat ao ingresso de entidades do Terceiro Setor no âmbito das ações em saúde pública como área-fim; (b) partiu-se da premissa de que o Estado não é capaz de cumprir sua missão constitucional e precisa convocar os cidadãos ao auxílio na prestação dos serviços sociais; (c) a utilização das formas jurídicas de participação de Organizações Sociais, surgidas em cenário nacional na década de 1990, poderia ser vista como o modelo ideal de colaboração do particular com o Estado, numa perspectiva moderna de eficiência dos serviços públicos; e (d) é admissível a compreensão do Prefeito segundo a qual, para a execução dos programas federais, haveria a necessidade de contratação de agentes específicos e possivelmente temporários, sobretudo considerando a especificidade do profissional em Saúde da Família.

7. Referida análise está sujeita a aspectos que estão sob o discrimen do administrador público, dentro de um ambiente político-democrático para a concepção de ideal intervenção do Estado nos domínios sociais. Na hipótese, entendeu o então Prefeito de Palotina/PR que, para o alcance dos objetivos sociais, a execução mais eficiente se daria por uma entidade parceira, pois, em sua esfera de atuação como Chefe do Executivo local, as disponibilidades municipais não seriam suficientes para, em determinado momento, prestar a política pública advinda de programas federais em saúde.

8. Ausente ato doloso ou em culpa grave causador de prejuízo ao Erário na realização de convênio entre Município e OSCIP, não há falar em ato de improbidade administrativa, até porque os serviços em saúde pública foram efetivamente prestados aos munícipes.

9. Agravos Regimentais do MPF e do MP/PR conhecidos e desprovidos.

1. Quanto à alegação do Parquet Estadual de nulidade da decisão agravada, ao argumento de que não há jurisprudência dominante do Tribunal a justificar a adoção de decisão monocrática para o provimento do Apelo Raro, deve-se assinalar, em primeiro lugar, que é da atribuição do Ministro Relator, nos termos do art. 34, VII do Regimento Interno do STJ, decidir agravo de instrumento interposto de decisão que inadmitir recurso especial.

2. Convém, sobre o tema, trazer à balha a renomada lição dos Professores NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, em comentário ao art. 557 do CPC, que também pode ser aplicado ao art. 544 desse Diploma de Ritos. Confira-se:

Na verdade, a norma dixit minus quam voluit. O sistema permite ao relator, como juiz preparador do recurso de competência do colegiado, que decida como entender necessário, de acordo com

o seu livre convencimento motivado (CPC 131). O que a norma reformada quer é a economia processual, com a facilitação do trâmite do recurso no tribunal. O relator pode decidir tudo, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 1.001).

3. Verifica-se, nesse particular, não haver afronta alguma ao dispositivo apontado, porquanto o Relator, assentado na moldura fático-probatória delineada pelo Tribunal *a quo*, exerceu legitimamente o poder que lhe confere a norma processual de regência; é dizer, o art. 544, § 4º, II, c do CPC, ao entender que a causa estava apta a receber um julgamento monocrático de mérito.

4. É crucial notar que a decisão ora agravada afastou a condenação ao fundamento de ausência de dolo ou culpa ensejadora de ato ímprobo. Esse entendimento está em plena convergência com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, segundo o qual *para a configuração do ato de improbidade administrativa é necessária a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa), não sendo admitido confundir com simples ilegalidade, tampouco a atribuição de responsabilidade objetiva em sede de improbidade administrativa* (AgRg no REsp. 1.399.825/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 12.2.2015). Referida constatação permite ao magistrado adotar, em casos similares, a inteligência da decisão monocrática do Ministro Relator a que alude o art. 544, § 4º, II, c do CPC.

5. Por fim, lembre-se que eventual alegação de nulidade da decisão singular fica superada com a apreciação do tema pelo Órgão Colegiado em sede de Agravo Interno.

6. Quanto à alegação de nulidade da decisão agravada por não obedecer ao conteúdo da Súmula do STJ, suscitada pelo *Parquet* Paranaense (fls. 6.032), que veda o reexame de provas em sede especial, assinale-se, primeiramente, que, nas situações em que o Acórdão *afasta a condenação ou confirma o julgamento pela improcedência do pleito de improbidade, com fundamento na falta de demonstração da má-fé ou do dolo dos agentes públicos, vistos em face da prova produzida nos autos, este Tribunal tem entendido que a valoração crítica do acerto ou desacerto dessa opção de julgamento implica o reexame do conjunto fático probatório, atuação que tem óbice na Súmula 7/STJ* (REsp. 1.371.978/ES, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 3.12.2015).

7. Ressalte-se, lado outro, que a *reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica o vedado reexame do material de conhecimento* (REsp. 878.334/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 26.2.2007).

8. Na hipótese vertente, não há falar em reexame de fatos e provas que teria supostamente ofendido o verbete de Súmula 7/STJ e resultado em nulidade da decisão agravada, pois apenas se procedeu à análise jurisdicional sobre a moldura

fático-probatória delineada pelas Instâncias Ordinárias, que, na oportunidade, expressamente demarcaram o caso concreto nos seguintes termos:

De acordo com a inicial, o IBIDEC é uma sociedade civil de interesse público (OSICIP), que firmou com o Município de Palotina, 03 (três) contratos – com repasse global no valor de R\$ 926.043,49 – os quais, apesar de terem sido nominados de “Termo de Parceria”, tratavam-se, na verdade, de terceirização de serviços públicos, sendo, portanto, absolutamente ilegais (fls. 4.889).

• • •

É incontroverso nos autos que no ano de 2002, após procedimento licitatório, o Município de Palotina, então representado pelo réu Luiz Ernesto de Giacometti, firmou termos de cooperação com a ré IBDEC – Instituto Brasileiro de Integração e Desenvolvimento Pró-Cidadão (representado pela ré Lilian Lisboa), tendo por fim a execução de serviços afetos à área de saúde.

Tais contratações, embora precedidas de procedimento licitatório, configuram, de fato, ato improprio, que causa lesão ao erário porquanto os serviços objeto dos termos de parceria tratavam exclusivamente de serviço essencial, que deveria ser prestado pelo poder público, ao qual é vedada a terceirização, implicando, assim, em burla à regra da contratação de pessoal, eis que os serviços para os quais os funcionários da OSICIP foram contratados em razão dos termos de parceria (saúde) fogem daquelas previsões excepcionais do artigo 37, IX da Constituição Federal, ou seja, não são de necessidade temporária do poder público (fls. 4.908).

9. Nesta Corte Superior, porém, entendeu-se que as contratações realizadas entre o Município de Palotina/PR e o IBDEC *não são causa material para o rótulo de Improbidade Administrativa* e suas severíssimas sanções, dados os *aspectos contextuais* em que os Termos de Parceria foram realizados no cenário político-econômico brasileiro, providência judicial de efetiva *reavaliação da prova* contida nos autos, motivo pelo qual se decidiu pela improcedência dos pedidos em Ação Civil Pública. Inexiste nulidade na decisão agravada, portanto.

10. Ante o exposto, rejeitam-se as preliminares de nulidade do *decisum* suscitada pelo MP/PR.

11. No mais, em que pese aos louváveis argumentos esposados pelos órgãos do *Parquet* Federal e Paranaense em suas insurgências, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios e judiciosos fundamentos.

12. Com efeito, dúvida não há de que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a saúde pública é *direito de todos e dever do Estado* (art. 196), sendo, antes de tudo, a declaração do mais importante entre os direitos inerentes ao jusnaturalismo, que é a vida.

13. Enxergado em seus precisos termos, o citado enunciado faz crer ao estudioso que qualquer intervenção ou interferência de um particular na prestação desse importante serviço é a verdadeira mácula à pureza do texto constitucional.

14. Contudo, sem querer imergir em temas afeitos a interpretação constitucional – missão do excelso Supremo Tribunal Federal –, mas apenas pretendendo aqui descortinar o *estado da arte* do debate jurídico, vê-se que a própria Carta Cidadã suscita uma série de dúvidas ao prever que as ações e os serviços de saúde podem ser executados *diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado* (art. 197). Mais à frente, estabelece que as *instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde* (art. 199, parágr. único, *in limine*).

15. Todos sabem que a Constituição Federal de 1988 foi editada em contexto de crise econômica e fiscal, no qual diversas propostas e abordagens de reforma estatal eram discutidas nas décadas de 1980 e 1990, entre as quais a do *Consenso de Washington*, um conjunto de formulações a partir do qual se compreendeu que o aparelho estatal deveria ser fortemente reduzido, a fim de que a economia pudesse se recuperar e crescer.

16. Longe de dizer se as modelagens nacionais ou internacionais eram certas ou erradas para a solução dos problemas brasileiros, o fato é que a produção legislativa que seguiu o advento da nova Carta Magna refletiu esse debate da Reforma do Estado, no afã de superar a diagnosticada deterioração dos serviços públicos. Passou-se a falar em administração pública gerencial, fulcrada em descentralização, controle de resultados, qualidade e produtividade dos serviços prestados ao cidadão.

17. No âmbito do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, documento formulado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, comandado por LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, e aprovado em 1995 pelo então Presidente da República FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, o debate sobre a administração pública brasileira estava permeada pelas indagações:

(1) O Estado deve permanecer realizando as mesmas atividades? Algumas delas podem ser eliminadas? Ou devem ser transferidas da União para os estados ou para os municípios? Ou ainda, devem ser transferidas para o setor público não estatal? Ou então para o setor privado?

(2) Por outro lado, dadas as novas funções, antes reguladoras que executoras, deve o Estado criar novas instituições?

(3) Para exercer as suas funções o Estado necessita do contingente de funcionários existente? A qualidade e a motivação dos

servidores são satisfatórias? Dispõe-se de uma política de recursos humanos adequada?

(4) As organizações públicas operam com qualidade e eficiência? Seus serviços estão voltados prioritariamente para o atendimento do cidadão, entendido como um cliente, ou estão mais orientadas para o simples controle do próprio Estado?

18. Como se vê, aos estudiosos, muitas dúvidas eram levantadas sobre o adequado tamanho do Estado e sobre suas missões constitucionais, entre as quais as ações em saúde pública.

19. De qualquer modo, para a condução da coisa pública nesse cenário reformista, adveio, no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº 9.637/1998, segundo o qual o *Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde*. Firmam, com o Estado, um Contrato de Gestão, que, na verdade, é um acordo operacional pelo qual o órgão superior da Administração direta estabelece, em conjunto com os dirigentes da entidade contratada, o programa de trabalho, com fixação de objetivos a alcançar, prazos de execução, critérios de avaliação de desempenho, limites para despesas, assim como o cronograma de liberação dos recursos previstos.

20. E também foi editada a Lei nº 9.790/1999, a partir da qual se permitiu ao Poder Público estabelecer um vínculo de cooperação (Termo de Parceria) com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que seriam qualificadas como tal, para o fomento e a execução das atividades de interesse público, entre as quais a *promoção gratuita da saúde* (art. 3º, I).

21. O ilustre Professor HELY LOPES MEIRELES enfoca este ponto, dizendo o seguinte acerca dos vínculos de cooperação:

Essas figuras jurídicas introduzidas pela chamada Reforma Administrativa do Estado, bastantes semelhantes em alguns pontos, não são contratos propriamente ditos, pois neles não há interesses contraditórios, mas convergentes (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 296).

22. Em que pese ao ataque de muitos autores a essas formas de organização e de execução de serviços inerentes do Estado, especialmente do Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 1.094/1.099), que as acusa de severamente inconstitucionais, os contratos de gestão e os termos de parceria foram considerados, por outros analistas, elementos estratégicos para a reforma do aparelho administrativo do Estado.

23. O fato é que, mais alinhados aos novos ventos de modernização do Estado, os próceres da reforma passaram a enxergar nas Organizações Sociais, nas OSCIP e em outros parceiros uma forma ideal para o alcance de objetivos estatais com mais eficiência no emprego dos recursos públicos.

24. Dessa assertiva se infere que, na implementação de programas sociais, essas figuras jurídicas encontraram adeptos em todas as esferas de Administração Pública, conscientes de que a utilização desse instrumental representa, num jogo político-democrático, a escolha das maiorias políticas prevalecentes para a intervenção ideal do Estado nos domínios sociais, jamais uma violação ao texto constitucional.

25. Posto isto, no tocante ao tema da saúde pública, conforme antes dito, a própria Carta Cidadã previu que as ações e os serviços de saúde poderiam ser executados diretamente ou por meio de terceiros e que as instituições privadas poderiam participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde. Suscitou, conforme abordado, uma série de dúvidas.

26. A dúvida mais candente é a extensão da expressão *complementar* quando o assunto é a participação das instituições privadas, cuja interpretação, como referido, cabe à Corte Suprema.

27. De qualquer modo, a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre a organização e o funcionamento dos serviços em saúde – conhecida como a Lei do SUS –, estabeleceu que *o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade* (art. 2º, § 2º), prevendo, o seguinte quanto à participação complementar privada:

Art. 24 Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25 Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

28. De um lado, é nesse ambiente de possibilidades interpretativas da expressão *complementar* e diante dos cenários de reforma do Estado, especialmente com o advento de novas figuras administrativas, pautadas por promessas de eficiência e controle, que os administradores públicos se viram autorizados e legitimados a firmar convênios com organizações sociais, em claríssimo tom de modernização da máquina pública.

29. Por outro, argumenta o *Parquet* em sua Ação Civil Pública que o serviço de saúde pública, por ser dever constitucional do Estado, é essencial e representa

atividade-fim da administração pública, devendo ser prestado diretamente, impossibilitando-se, portanto, a realização de convênios, parcerias e contratos que visem a transferir a particulares a execução das ações em saúde, sob pena de caracterizar ilegal *terceirização* do serviço público.

30. Na vertente hipótese, como já relatado, foram firmados termos de parceria e convênios entre o Município de Palotina/PR e o IBIDEC, qualificado como OSCIP, precedidos de correspondentes procedimentos licitatórios, que objetivaram a união de esforços para a execução do Programa Saúde da Família, para a implementação do Pronto Atendimento 24 horas e para o fomento em programas médico-hospitalares de média e alta complexidade.

31. Todos os vínculos de cooperação foram firmados entre os anos de 2002 e 2003, logo que adjudicados à vencedora os objetos dos respectivos certames.

32. O IBIDEC, então, passou a contratar os profissionais necessários à realização das ações em saúde (médicos, enfermeiros, cirurgiões-dentistas), recebendo as verbas do Município de Palotina/PR, inclusive a preestabelecida taxa de administração.

33. Na ótica do Ministério Público, trata-se de ato característico de improbidade administrativa, passível das sanções previstas na Lei, por causar dano ao Erário e por violar o princípio constitucional de investidura de agentes públicos por meio de concurso.

34. Perante toda a digressão política e legislativa ora apresentada, a imediata indagação que o Julgador deve se fazer é: será que o administrador público municipal pretendeu realmente violar o princípio constitucional do concurso público? A meu sentir, não. 35. Conforme exposto, a década de 1990 experimentou o advento de novos modos de administração pública, período em que sopraram fortes ventos reformistas. A tônica, então reinante – e certamente ainda muito reverberada –, era a de que o Estado, sozinho, não consegue prestar os serviços sociais a contento, deixando de cumprir a missão constitucional a que foi obrigado, motivo pelo qual o chamado Terceiro Setor deveria ser fomentado.

36. A lei criadora das Organizações Sociais entrou em cena em 1998, ao passo que a das OSCIP surgiu em 1999. Contextualmente, as licitações, termos de parceria e instrumentos de convênio firmados entre o Município de Palotina/PR e o IBIDEC nos anos de 2002 e 2003, é dizer, pouco mais de quatro anos do advento da lei das organizações sociais. Período, portanto, em que era observada e estudada a adequada conformação dos limites de atuação das entidades do Terceiro Setor, um ajuste estrutural de transferência de responsabilidades que naturalmente se aprimorou ao longo dos anos.

37. É possível deussumir que não se mostrou vedado ao administrador público municipal firmar convênios com OSCIP na área de saúde pública, pelos seguintes motivos:

(a) a própria Constituição Federal afirma que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, o que significa um claro nihil obstat ao ingresso de entidades do Terceiro Setor no âmbito das ações em saúde pública como área-fim;

(b) partiu-se da premissa de que o Estado não é capaz de cumprir sua missão constitucional e precisa convocar os cidadãos ao auxílio na prestação dos serviços sociais;

(c) a utilização das formas jurídicas de participação de Organizações Sociais, àquela época recentemente surgidas em cenário nacional, poderia ser vista como o modelo ideal de colaboração do particular com o Estado, numa perspectiva moderna de eficiência dos serviços públicos; e

(d) admissível a compreensão do Prefeito segundo a qual, para a execução dos programas federais, haveria a necessidade de contratação de agentes específicos e possivelmente temporários, sobretudo considerando a especificidade do profissional em Saúde da Família.

38. Se é certo, por um lado, que a atividade de prestação dos serviços de saúde pública não poderia ser integralmente cometido a um particular, por outro a adequada realização de ações no Programa Saúde da Família pelo administrador municipal, por exemplo, poderia ser interpretada como a busca da melhor forma de atender à imposição constitucional em matéria de direitos sociais, entre os quais os fundamentais direitos à saúde e à vida.

39. Na hipótese vertente, sustenta o *Parquet* que a intervenção de OSCIP no Município em parceria na área-fim da saúde pública resultou em ato de improbidade administrativa, pois a contratação dos profissionais se deu por interposta pessoa, sem que houvesse a efetiva realização de concurso público. A alegação é a de que os recursos vertidos em taxa de administração paga à OSCIP resultaram em dispêndio superior caso houvesse a contratação direta de servidores concursados pela Municipalidade. Portanto, a prática gerou dano ao Erário e violou princípios da Administração Pública.

40. Sobre o ponto, qual seja, a suposta prática de atos de improbidade pelo então Prefeito Municipal de Palotina/PR e OSCIP, por sua representante legal, sabe-se que é muito antiga – e remonta aos tempos iniciais das formulações teóricas dos institutos e das práticas judiciais do Direito Sancionador, cuja matriz histórica é o Direito Penal moderno – a sempre aguda contraposição conceitual entre a ilegalidade e a ilicitude ímproba dos atos humanos ou, em outras palavras (pondo-se aquela dicotomia no preciso espaço jurídico das sanções), a distinção (necessária distinção) entre a conduta ilegal e a conduta ímproba imputada ao agente (público ou privado) autor da ação ofensiva então submetida ao crivo judicial, para o efeito de sancionamento.

41. A confusão entre esses conceitos (e, por extensão, a confusão entre quaisquer outros conceitos) sempre leva a reflexão jurídica (ainda que bem intencionada) a resultados nefastos; conduz inevitavelmente o raciocínio a impasses lógicos e também éticos, cuja solução desafia a cognição dos atos em análise sem as pré-concepções comuns (ou vulgares) quanto às suas estruturas e aos seus significados; ainda que

a linguagem usual empregue um termo (ilegal) por outro (ímprobo), o julgamento judicial há de fazer (sempre) a devida distinção entre ambos.

42. Essa proposta nada tem vanguardista e nem de garantismo jurídico radical: ela (a proposta) resulta da observação da tendência – aliás, inexplicavelmente bastante generalizada – de se considerar, automaticamente, como ímprobos as condutas ilegais e, assim, aplicar-se aos seus agentes (agentes das condutas ilegais) as sanções (ásperas sanções) da Lei nº 8.429/1992.

43. É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do *caput* do art. 11 da LIA, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta) que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo.

44. A aplicação cega e surda desse dispositivo (art. 11 da Lei nº 8.429/1992) leva, sem dúvida alguma, à conclusão judicial (e mesmo quase à certeza ou à convicção judicial) de que toda ilegalidade é ímproba e, portanto, o seu autor (da ilegalidade) sujeita-se às sanções previstas para essa conduta.

45. Mas há um grave engano (ou uma brutal simplificação) nessa percepção, pois somente o decisionismo pode inspirar tal assertiva: se fosse consistente a postura de identificar a improbidade na ilegalidade, toda vez que se concedesse uma ordem de *habeas corpus* ou um mandado de segurança, por exemplo, a autoridade impetrada (num e noutro caso), o que seria – convenhamos – um rematado absurdo jurídico.

46. Portanto, a ilegalidade e a improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

47. Ademais, dessa atuação malsã do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 9º. da Lei nº 8.429/1992), (ii) a ocorrência de prejuízo ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/1992) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (arts. 37 da Constituição e 11 da Lei nº 8.429/1992).

48. Observe-se, ainda, que a conduta do agente, nos casos dos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, cogita-se que possa ser culposa, mas, em nenhuma das hipóteses legais, se diz possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

49. Quando não se faz a distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação (perigosa aproximação) da sempre temível responsabilidade objetiva por infrações, embora, às vezes, alguém nem se dê conta disso; a jurisprudência do STJ, na esteira das lições dos doutrinadores, assenta essa distinção: AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.9.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 3.8.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/

MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.11.2010; REsp 414.697/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.9.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 2.2.2010.

50. No caso em comento, conforme já muito se abordou no presente voto, foi possível inferir que o administrador público municipal tinha subsídios legais necessários e suficientes para realizar os convênios com a entidade parceira qualificada como OSCIP para a implementação de programas federais em ações de saúde pública.

51. Não se verifica tenha o então Prefeito de Palotina/PR pretendido agir em mascaramento da relação de emprego a partir de uma suposta terceirização ilícita da saúde pública, área-fim do Estado.

52. É bem verdade que, talvez, os Termos de Parceria pudessem ser aperfeiçoados para que um processo seletivo de profissionais fosse carreado aos moldes de um concurso público. Tratar-se-ia de um aprimoramento do regime de parceria.

53. Mas não se enxerga tenha sido praticado pelas partes demandadas um ato de improbidade administrativa oriundo da realização de convênios com OSCIP para a colaboração em ações de saúde pública.

54. Com efeito, pode até ter havido algum tipo de falha técnica na formulação dos instrumentos de convênio, pois sempre é possível melhorar a condução dos processos seletivos dos profissionais que atuam diretamente nos ações governamentais, sobretudo para quem irá lidar com a saúde das pessoas. Mas, ausente ato doloso ou em culpa grave causador de prejuízo ao Erário na realização de convênio entre Município e OSCIP, não há falar em ato de improbidade administrativa, até porque os serviços em saúde pública foram efetivamente prestados aos municípios.

55. Não desconheço a alegação do Ministério Público segundo a qual a Lei nº 8.080/1994 previu que a iniciativa privada somente participará em complemento ao SUS nos serviços ofertados *quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área*.

56. Porém, essa análise está sujeita a aspectos que já estão sob o *discrímen* do administrador público, dentro de um ambiente político-democrático para a concepção de ideal intervenção do Estado nos domínios sociais. *In casu*, entendeu o então Prefeito que, para o alcance dos objetivos, a execução mais eficiente se daria por uma entidade parceira, pois, em sua esfera de atuação como Chefe do Executivo local, as disponibilidades não seriam suficientes para, em determinado momento, prestar a política pública em saúde advinda de programas federais.

57. É válido assinalar que, em momento algum, levantou-se eventual vício na condução dos procedimentos licitatórios e nem mesmo – o que seria mais importante – falha na prestação dos serviços, isto é, apenas se objetou o ato em si de licitar a uma OSCIP à colaboração em serviço de saúde pública.

58. Mas, em abono às teses defensivas quanto à ausência de improbidade nos atos e fatos ora em exame, tem-se, para além dos fundamentos contextuais ora apresentados, que o excelso Supremo Tribunal

Federal, em recente decisão na ADI 1.923/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, julgada em 16.4.2015, entendeu pela parcial procedência do pedido para conferir interpretação conforme à Constituição Federal à Lei nº 9.637/1998 (Lei das Organizações Sociais) e à Lei nº 8.666/1993, para que:

(i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/1998; (ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art.37 da Constituição Federal; (iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/1998, art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal; (iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; (v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e (vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas.

59. A interpretação conforme dada pela Corte Suprema permite concluir, quanto às Organizações Sociais – e de certo modo aplicável às OSCIP –, que é possível a realização de convênio para a execução de serviços essenciais do Estado, desde que observados, pela entidade conveniada, os critérios objetivos de seleção de pessoal, o que milita em favor dos argumentos dos Recorrentes quanto à ausência de improbidade administrativa pela prática dos atos descritos na exordial.

60. Antes disso, em auditoria do Ministério da Saúde no Paraná (fls. 2.699/2.723), afirmou o órgão federal, em missão de fiscalização sobre os repasses de recursos, não ter observado *nenhuma irregularidade ou ilegalidade nos contratos e nas parcerias entre o Município e o IBIDEC – Instituto Brasileiro de Integração e Desenvolvimento Pró-Cidadão na administração e execução dos serviços de saúde contratados, e nessa amostragem não identificamos nenhum fato ou indício que indicasse lesão ao interesse público* (fls. 2.717), o que, embora não se trate de um aspecto vinculante, apresenta-se em favor da probidade de conduta do administrador municipal.

61. Também é relevante registrar, a título de exclusão de responsabilidade por atos de improbidade administrativa, que, no âmbito do próprio Tribunal de Justiça do Paraná, houve Acórdão absolutório criminal quanto aos mesmos fatos narrados na presente Ação Civil Pública, cujo Acórdão contou com a seguinte ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CRIME. ACÓRDÃO QUE DÁ PROVIMENTO A RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E AFASTA A PRESCRIÇÃO ANTECIPADA OU PELA PENA EM PERSPECTIVA, APLICADA PELO JUIZ SINGULAR, ORDENANDO A BAIXA DOS AUTOS PARA QUE APRECIASSE A DENÚNCIA OFERECIDA, ACOLHENDO-A OU REJEITANDO-A. DENÚNCIADO RECORRIDO, CONTUDO, QUE SE ELEGEU PREFEITO E ASSUMIU O CARGO DIAS ANTES DA SESSÃO DE JULGAMENTO. DIREITO AO FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DESTA CORTE PARA ANÁLISE DA DENÚNCIA E SEU RECEBIMENTO OU REJEIÇÃO. OMISSÃO CARACTERIZADA. EMBARGOS ACOLHIDOS. DENÚNCIA OFERTADA CONTRA EX-PREFEITO E PRESIDENTE DE OSCIP – ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO, REGIDA PELA LEI Nº 9.790/1999. CELEBRAÇÃO, PELO MUNICÍPIO, DE TERMOS DE PARCERIA COM A OSCIP, VISANDO A CONSECUÇÃO DE PROGRAMAS DE SAÚDE. PARCERIAS PRECEDIDAS DE PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS, VENCIDOS PELA OSCIP E NÃO IMPUGNADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NEM POR TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE OU ILICITUDE. CELEBRANTES DENÚNCIADOS POR VIOLAÇÃO AO ART. 1º, INC. XIII DO DECRETO-LEI 201/1967 E ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL POR PRETENSA CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. OSCIP QUE CONTRATOU MÉDICOS, DENTISTAS, ENFERMEIRAS E OUTROS PROFISSIONAIS PARA PRESTAR OS SERVIÇOS OBJETO DOS TERMOS DE PARCERIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DELES COM A ADMINISTRAÇÃO, MAS APENAS COM A OSCIP. CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA QUE NÃO CARACTERIZA CRIME. DENÚNCIA REJEITADA, COM FUNDAMENTO NO ART. 397, III DO CPP.

1. Se à data do julgamento do recurso em sentido estrito, em que a Corte deu provimento ao recurso e afastou a extinção da punibilidade decretada pelo juiz singular, fundada na prescrição em perspectiva, um dos denunciados assumira o cargo de Prefeito, passa ele a ter direito ao foro privilegiado, extensível aos eventuais codenunciados. Impunha-se, assim, que a Corte, recebesse ou rejeitasse a denúncia.
2. A administração pode celebrar contrato de gestão com organização social, ou firmar termo de parceria com organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP, prevista pela lei 9.790/1999 – desde que a seleção da entidade seja precedida

de regular procedimento licitatório, vez que será beneficiada por recursos ou verbas públicas. Contudo, uma vez celebrado o contrato de gestão ou o termo de parceria em consonância com o edital do certame, a organização pode contratar diretamente – independentemente de nova licitação ou concurso público – os serviços e a mão-de-obra necessários à consecução das obrigações assumidas junto à Administração (EDcl no RSE 523.078-6/01, Rel. LILIAN ROMERO, DJ 16.10.2009) (fls. 4.706/4.728).

62. Não se nega que, nos termos do entendimento desta Corte Superior, *as esferas cível, administrativa e penal são independentes, com exceção dos casos de absolvição, no processo criminal, por afirmada inexistência do fato ou inocorrência de autoria* (REsp. 1.186.787/MG, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 5/5/2014).

63. Ressalvo, contudo, minha compreensão de que não é possível a condenação por ato de improbidade administrativa pelos mesmos fatos apurados no processo penal quando o juízo criminal, após ampla instrução probatória, não encontrou provas suficientes para imputar ao acusado a autoria do crime.

64. Isso porque, atualmente, as instâncias civil, penal e administrativa se relacionam e se influenciam em algumas hipóteses legais. Ainda que se sustente o dogma da separação das instâncias, a sua permanência não pode situar-se acima dos princípios acolhidos pela Constituição Federal, entre eles, no âmbito do Direito Penal, o que assegura a presunção de inocência, de modo que o poder punitivo estatal, no domínio das sanções por improbidade administrativa, não está imune à sua força.

65. Com efeito, se o réu obtém absolvição criminal, com trânsito em julgado, qualquer que seja a razão da absolvição, sobre ele não há de incidir qualquer sanção decorrente do fato objeto do processo criminal, salvo se remanescer resíduo passível de punição.

66. *In casu*, em que pese ter havido Acórdão absolutório criminal em 2009, manteve o Tribunal de origem a condenação por improbidade em 2011, e, aplicando o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior (ressalvado o meu ponto de vista pessoal), o caso dos autos não se encaixa na sobredita exceção de *inexistência do fato ou inocorrência de autoria*, pois houve a realização do convênio entre Município e OSCIP e tal conduta é atribuída aos mesmos réus da presente Ação Civil Pública.

67. Porém, não se pode desprezar a interpretação e a fundamentação dadas pelo Acórdão absolutório criminal acerca do exato tema sobre o qual ora se debruça. Note-se:

Como se vê, ao contrário do que constou na denúncia, não houve a prática de ato equivalente à nomeação de novos servidores.

A uma, porque eles estavam vinculados exclusivamente ao IBIDEC, que se responsabilizou expressamente pelo pagamento dos encargos sociais e encargos trabalhistas deles.

A duas, não consta que estes funcionários tivessem ficado subordinados ao Município de Palotina, até porque este não os remunerava diretamente, e sim o IBIDEC.

A três, porque não consta que tenha se criado qualquer vínculo, e muito menos de caráter permanente, entre estes funcionários e o Município de Palotina.

Outro fato relevante é que o Município somente firmou os Termos de Parceria com o IBIDEC após prévio certame licitatório vencido por este.

A realização da prévia licitação importou no atendimento aos princípios fundamentais que regem a Administração Pública: (a) da indisponibilidade dos interesses sob tutela estatal e (b) da isonomia. Por meio do certame, o administrador selecionou a melhor alternativa que se afigurou no caso concreto, além de, por meio da competição, ter dado a oportunidade a várias entidades de prestar os serviços objeto dos editais respectivos.

Marçal JUSTEN FILHO, ao discorrer sobre as OSCIPs (organizações da sociedade civil de interesse público), aduz que elas podem firmar contratos (chamados de termos de parceria) após prévio certame licitatório e conclui que após selecionadas, podem contratar os serviços e terceiros necessários à consecução do objeto da parceria sem nova licitação (e por conseguinte, sem concurso!): A situação jurídica das organizações da sociedade civil de interesse público.

Questão que desperta atenção é a do tratamento jurídico dessa outra figura, instituída pela Lei nº 9790/1999, também objeto de análise nos comentários desenvolvidos a propósito do art. 1º. À organização da sociedade civil de interesse público se aplicam todas as considerações realizadas acima a propósito da contratação com organizações sociais, naquilo em que forem compatíveis com a sua natureza. Nem seria a utilização da denominação termo de parceria que desnaturaria o vínculo jurídico pactuado com a Administração. O termo de parceria está para a organização da sociedade civil de interesse público como o contrato de gestão está para a organização social. A natureza jurídica de ambas as figuras é similar. Portanto e nas condições antes expostas, deve adotar-se licitação para seleção de uma entidade a ser beneficiada por recursos e verbas públicas. Uma vez promovida a seleção, seria possível que as contratações derivadas e acessórias se fizessem sem licitação.

(Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Dialética, 11ª edição, 2005, p. 268/269)

Em suma, os fatos narrados na denúncia evidentemente não constituem crime. A contratação de OSCIP – organização da

sociedade civil de interesse público – por meio de Termo de Parceria, após regular licitação (cuja regularidade não foi questionada na denúncia), e a contratação por parte desta, de pessoas para exercerem as obrigações contraidas, não caracteriza o crime do art. 1º, inc. XIII do Decreto-lei 201/1967, nem violação ao art. 37, II da Constituição Federal.

Voto, assim:

I. no sentido de acolher estes embargos de declaração, diante da assunção do embargante Luiz Ernesto de Giacometti no cargo de Prefeito, adquirindo direito ao foro privilegiado, para suprir a omissão apontada;

II. no sentido de rejeitar a denúncia oferecida contra os denunciados Luiz Ernesto de Giacometti e Lilian de Oliveira Lisboa, com fundamento no art. 397, III do CPP (fls. 4.726/4.727).

68. Com essa quadra processual e frente ao contexto, não se pode atribuir responsabilidade por atos de improbidade sobre o fato *realização de termos de parceria entre Município e OSCIP para a implementação de programas federais em ações de saúde pública*, com contratação de profissionais pela entidade parceira.

69. Frente ao exposto, não merecem guarida as insurgências ministeriais, devendo ser integralmente mantida a decisão agravada que deu provimento ao Recurso Especial para julgar improcedente a pretensão em Ação Civil Pública.

70. Diante dessas considerações, conhece-se dos Agravos Regimentais do MPF e do MP/PR e a eles se nega provimento. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg noAREsp 567.988/PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

EM MESA JULGADO: 04/02/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

– Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por maioria, vencida a Sra. Ministra Regina Helena Costa, rejeitou a preliminar suscitada pelo Ministério Público do Estado do Paraná e, no mérito, após o voto do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho conhecendo dos agravos regimentais, mas negando-lhes provimento, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 567.988 / PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

PAUTA: 03/05/2016 **JULGADO:** 03/05/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República: Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)
INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado por falta de tempo hábil para o julgamento.

**AGRG no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 567.988 – PR
(2014/0206339-8)**

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E
DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

RODRIGO CASTOR DE MATTOS

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: O eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator, ao apreciar os agravos interpostos por LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI, INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC e LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA, assim resumiu a controvérsia:

1. Trata-se de Recursos Especiais interpostos por LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI, ex-Prefeito do Município de Palotina/PR, com fulcro nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da Constituição Federal, por INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, e por LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA, Diretora da Entidade, ambos com fulcro na alínea *a* do citado dispositivo constitucional, objetivando a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADO POR EX-PREFEITO MUNICIPAL – PROGRAMA SAÚDE DA FAMÍLIA – REMESSA DE VERBAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, CERCEAMENTO DE DEFESA E ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADAS – TERMO DE PARCERIA FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO – OSCIP – TRANSFERÊNCIA DA TOTALIDADE DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PÚBLICA MUNICIPAL À INICIATIVA PRIVADA – IMPOSSIBILIDADE – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL – APLICAÇÃO DAS PENALIDADES DA LEI Nº 8.249/1992 – RECURSOS DE APELAÇÃO INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ (APELANTE 1), LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI (APELANTE 2) E LÍLIAN DE OLIVEIRA LISBOA E IBIDEC (APELANTE 3) DESPROVIDOS (fls. 4.887/4.924).

2. Os Embargos de Declaração opostos por LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI foram acolhidos para suprimento de omissões, sem alteração do resultado do julgamento (fls. 5.421/5.429).

3. Nas razões de seu Apelo Raro de fls. 5.533/5.596, sustentaram IBIDEC e LILIAN LISBOA violação, pelo acórdão recorrido, dos arts. 535, II do CPC, do Decreto nº 1.232/1994, dos arts. 3º, 9º da Lei nº 9.790/1999, 8º e 31-B do Decreto nº 3.100/1999, 4º, 8º e 25 da Lei nº 8.080/1990 e do art. 12, II da Lei nº 8.429/1992, aos seguintes argumentos:

(a) não foram afastados os vícios do acórdão recorrido, não obstante opostos Embargos de Declaração;

(b) incidiria à espécie a Súmula 208 desta Corte Superior, segundo a qual a Justiça Federal é a competente para julgar a presente demanda, e não a Justiça Estadual, pois, contrariamente à conclusão do Tribunal de origem, a aplicação das verbas federais e a execução dos programas nacionais ficam sujeitas à fiscalização das entidades federais, não se incorporando ao Município;

(c) a OSCIP está legitimada legalmente para atuação conjunta no âmbito do Sistema Único de Saúde, de modo que não se sustentaria a premissa do Acórdão recorrido quando afirmou não ter havido prestação complementar em serviço de saúde;

(d) não há prova nos autos de que gerariam dano ao erário as taxas de administração pagas pelo Município de Palotina ao IBIDEC; e

(e) na hipótese de manutenção da condenação, a fixação das sanções no máximo previsto na LIA não é compatível com a conduta reconhecida pelo Tribunal como culposa, não se fundando o julgado recorrido nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Por sua vez, em seu Recurso Especial, LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI sustenta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 330 do CPC, 12, *caput*, da Lei nº 8.429/1992, aos seguintes argumentos:

(a) cerceamento de defesa, na medida em que houve julgamento antecipado da lide, sem que tivesse sido oportunizada às partes a produção de prova testemunhal, especialmente no tocante à averiguação do dolo, elemento subjetivo essencial para a configuração do ato de improbidade;

(b) não houve individualização adequada das sanções, pois deixou o acórdão recorrido de diferenciar e sopesar a conduta de cada envolvido;

(c) não há nos autos prova de dolo ou culpa na conduta da parte recorrente, uma vez que o julgado recorrido, em momento algum, analisou a conduta sob o enfoque do elemento subjetivo, sobretudo por haver absolvição criminal pela Corte de origem sobre os mesmos fatos versados na Ação Civil Pública.

5. Também recorreu o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, alegando vilipêndio dos arts. 10, I e II da LIA, ao argumento de que o dano ao Erário não se resumiu à taxa de administração paga pelo Município à OSCIP, mas, por se tratar de contratação ilegal de profissionais sem concurso público – portanto ato nulo –, a condenação deveria abranger todas as quantias pagas pela remuneração do serviço prestado.

6. A Vice-Presidência do Tribunal de origem indeferiu o processamento dos Recursos Especiais (fls. 5.768/5.776), sobrevindo Agravo apenas de LUIZ ERNESTO, de IBIDEC e de LILIAN LISBOA.

7. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República WAGNER DE CASTRO MATHIAS NETTO, opinou pelo desprovimento dos agravos.

8. É o relatório. Decido.

Acrescento que o relator, em decisão singular, conheceu dos agravos e deu provimento aos recursos especiais para julgar improcedente o pedido formulado na Ação Civil Pública por improbidade, sem condenação do autor em honorários advocatícios.

Inconformados, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Paraná interpuseram os agravos regimentais ora em apreciação.

O Ministério Público Federal sustenta que o Município não pode se valer de termo de parceria com Organização Social para realizar contratação de prestação de serviços sem o devido concurso público, situação que constitui clara violação ao texto constitucional.

De outro lado, o Ministério Público do Estado do Paraná defende a impossibilidade de provimento monocrático do agravo, e a consequente violação ao art. 544, § 4º, II, c, do CPC, bem como que a avaliação do caso concreto encontra obstáculo nas Súmulas 5/STJ e 7/STJ, pois demanda o exame dos fatos e de cláusulas contratuais.

Por seu turno, o ilustre relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negou provimento aos agravos regimentais, por entender que a decisão agravada foi assentada na moldura fático-probatória delineada na instância ordinária.

Também afirmou que a condenação foi afastada ao fundamento de ausência de dolo ou culpa ensejadora de ato ímprobo, entendimento esse que é convergente com a jurisprudência desta Corte, citando o REsp 1.399.825/MG, relator Ministro Mauro Campbell Marques, ressaltando que eventual nulidade encontra superação com a apreciação do tema pelo Órgão Colegiado no presente agravo interno.

No mais, manteve na íntegra a decisão agravada, ressaltando que a conduta do administrador foi lícita e precedida do regular procedimento licitatório, devendo ser afastada a improbidade administrativa na “realização de termos de parceria entre Município e OSCIP para a implementação de programas federais em ações de saúde pública, com contratação de profissionais pela entidade parceira”.

Feito esse breve relato, **passo ao voto-vista.**

A suscitada violação ao art. 544, § 4º, II, c, do CPC já foi apreciada por este Colegiado, que rejeitou a questão nos termos do voto do relator.

No tocante à incidência das Súmulas 5/STJ e 7/STJ, convém ressaltar que o exame dos recursos apresentados não necessitam da avaliação de cláusula do contrato questionado ou do reexame dos fatos apresentados, pois eles foram apreciados na decisão agravada segundo a moldura fática estabelecida na instância ordinária.

Afastados os óbices processuais apontados nas razões de regimental, passo ao exame da questão de fundo, ressaltando desde já que meu voto converge com o entendimento do ilustrado Ministro Napoleão Nunes Maia Filho sobre a matéria.

Como exposto, discute-se a existência de ato de improbidade na realização de parceria entre o Município de Palotina/PR e o IBIDEC para a execução dos seguintes programas na área de saúde: PSF (Programa de Saúde da Família); implementação de pronto atendimento 24h; e execução de procedimentos médico/hospitalares de média e alta complexidade.

Segundo o acórdão recorrido, tal convênio acabou por transferir integralmente os serviços de saúde à entidade privada recorrente, sem que houvesse previsão legal

para tanto, tudo isso com a conseqüente burla à exigência de concurso público para o exercício de atividade típica de Estado.

Como o ilustre Relator ressaltou, são fatos incontroversos a realização do convênio e as condições adotadas para a contratação de pessoal. Por isso, a questão a ser examinada no apelo nobre está em definir se a conduta praticada pelo agente público, qual seja, a total transferência dos serviços de saúde a entidade privada, que passou a deter a responsabilidade pela contratação e pagamento de pessoal, afronta aos arts. 37, II e IX, 196, § 1º, CF e 1º, § 2º, do Decreto nº 2271/1997, podendo ser enquadrada como ato de improbidade nos termos do art. 10, XI, da Lei nº 8.429/1992.

Sobre a legalidade dos convênios feitos com as chamadas OSCIP's – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.923/DF, declarou a possibilidade, pelo Poder Público, de qualificação das organizações sociais de direito privado para o desenvolvimento de serviço público social, desde que observados os princípios ali estabelecidos.

Eis as conclusões do julgado em epígrafe:

Ex positis, voto no sentido de julgar parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme à Constituição à Lei nº 9.637/1998 e ao art. 24, XXIV da Lei nº 8666/1993, incluído pela Lei nº 9.648/1998, para que:

(i) o procedimento de qualificação seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20 da Lei nº 9.637/1998;

(ii) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(iii) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei nº 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei nº 9.637/1998, art. 12, §3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF;

(iv) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

(v) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

(vi) para afastar qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo TCU, da aplicação de verbas públicas.

Como destacado pelo STF, a qualificação das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, regulamentadas na Lei nº 9.790/1999, para a colaboração em determinados deveres estatais como a Saúde Pública, é ato discricionário do administrador, inexistindo a ilegalidade apontada pelo Ministério Público no convênio ora examinado.

Sobre a necessidade de realização de concurso para a contratação dos profissionais que atuam nas OSCIP's, ponto fulcral da prestação presente ação civil pública, o Ministro Luiz Fux, relator para o acórdão da **ADI 1.923/DF**, assim se pronunciou:

[...]Com efeito, e com a devida vênia dos que pensam em sentido contrário, não há como vislumbrar qualquer violação, na Lei das Organizações Sociais, aos princípios constitucionais que regem a remuneração dos servidores públicos. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados. Por isso, sua remuneração não deve ter base em lei, mas sim nos contratos de trabalho firmados consensualmente. Já o procedimento de seleção de pessoal, da mesma forma como a contratação de obras e serviços, deve, sim, ser posto em prática de modo impessoal e objetivo, porém sem os rigores do concurso público. Se a OS não é entidade de administração indireta, pois não se enquadra nem no conceito de empresa pública, de sociedade de economia mista, nem de fundações públicas, nem no de autarquias, já que não é de qualquer modo controlada pelo poder público, não há como incidir a regra do art. 37, II, da CF. *O que há de se exigir é a observância de impessoalidade e de objetividade na seleção de pessoal, conforme regulamento próprio, mas não a submissão ao procedimento formal do concurso público, devendo ser interpretada nesse sentido a parte final do art. 4º, VIII, da Lei, ao falar em regulamento próprio contendo plano de cargos dos empregados* (grifos no original).

Diante dessas considerações, não está caracterizado o ato de improbidade previsto no art. 10, XI, da Lei nº 8.429/1992, pois o Município de Palotina/PR estava autorizado pelas Leis nºs 9.637/1998 e 9.790/1999 a realizar convênio com o IBIDEC, entidade classificada como OSCIP, para a execução dos programas de saúde discriminados, não sendo obrigatória a realização de concurso público para a contratação dos profissionais necessários para o cumprimento da obrigação assumida perante o Poder Público.

Ante o exposto, acompanho a conclusão a que chegou o relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no sentido de negar provimento aos agravos regimentais,

mantendo na íntegra a decisão que conheceu dos agravos e deu provimento aos recursos especiais para julgar improcedente o pedido formulado na subjacente ação civil pública de improbidade.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0206339-8 **PROCESSO ELETRÔNICO AgRg no AREsp 567.988 / PR**

Números Origem: 0420140301 0420140302 0420140305 200700110031 4201403 420140301420140302 420140305 420140308 5442005

PAUTA: 03/05/2016

JULGADO: 05/05/2016

Relator: Exmo. Sr. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

Presidente da Sessão: Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocuradora-Geral da República: Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária: Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVANTE: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVANTE: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO – Atos

Administrativos – Improbidade Administrativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF

AGRAVADO: LUIZ ERNESTO DE GIACOMETTI

ADVOGADO: MARCEL SCORSIM FRACARO E OUTRO(S)

AGRAVADO: INSTITUTO BRASILEIRO DE INTEGRAÇÃO E DESENVOLVIMENTO
PRÓ-CIDADÃO – IBIDEC

AGRAVADO: LILIAN DE OLIVEIRA LISBOA

ADVOGADOS: RODRIGO CASTOR DE MATTOS

RAPHAEL RICARDO TISSI E OUTRO(S)

INTERES.: MUNICÍPIO DE PALOTINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, a Turma, por unanimidade, conheceu dos agravos regimentais, mas negou-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) (voto-vista), Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, segunda parte) votaram com o Sr. Ministro Relator.