

10ª CÂMARA CÍVEL

Apelação Cível nº. 0000418-23.2014.8.19.0072

Apelante: RACHID ELMOR (réu)

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (autor)

Ação Civil Pública

Relator Desembargador PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS

Apelação Civil. Ação Civil Pública. Improbidade administrativa. Ex-Prefeito do Município de Paty de Alferes. Contratação temporária irregular de servidores para atuação na área de saúde, no Programa de Saúde da Família (PSF) e no Programa de Pactuação Integrada de Epidemiologia e Controle de Doenças (PPI – EDC). Ausência de litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa. Precedentes do STJ. Prática do ato ímprobo que restou incontroversa. Despicienda a declaração de inconstitucionalidade das leis municipais para que se verifique a irregularidade das contratações. Necessária realização de interpretação conforme a Constituição Federal. Discricionariedade do gestor público, ao aplicar o disposto no art. 2º, VII da lei municipal 1563/2009, encontra suas balizas no próprio texto constitucional, que exige a demonstração de excepcional interesse público para contratação direta. Conduta perpetrada pelo réu que, além de violar os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa, se amolda inteiramente ao inciso V, artigo 11, que prevê como ato de improbidade frustrar a licitude de concurso público. Não demonstrada

qualquer excepcionalidade apta a justificar as contrações diretas, mormente por se tratar a prestação de saúde de obrigação permanente do Estado. Ex-gestor público que atuou de forma deliberada e com plena consciência da ilicitude do ato. Ausência de estimativa do dano ao erário que não exime o réu da responsabilidade pelo ato ímprobo. Jurisprudência STJ. Sentença de parcial procedência mantida. **RECURSO DESPROVIDO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. **0000418-23.2014.8.19.0072**, em que é apelante **RACHID ELMOR**, sendo apelado **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

A C O R D A M os Desembargadores que compõem a Egrégia Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

1. Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte ré, **RACHID ELMOR**, contra sentença de parcial procedência prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Paty de Alferes, em sede de ação civil pública proposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**.

2. A sentença de fls. 208/213 julgou parcialmente procedente os pedidos formulados pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO** para condenar o réu, **RACHID ELMOR**, pela prática de atos de improbidade administrativa, previstos no art. 11, *caput* e V da Lei 8.428/92, e aplicou as penas previstas no artigo 12; III da referida lei, para:

- SUSPENDER os direitos políticos do réu RACHID ELMOR pelo prazo de três anos;
- PROIBIR o réu, RACHID ELMOR, de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por

intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos;

- IMPOR ao réu, RACHID ELMOR, a perda de quaisquer funções públicas que exerça;
- CONDENAR o réu, RACHID ELMOR, ao pagamento de multa civil no valor de três vezes a sua última remuneração à frente do Executivo Municipal, corrigido a contar de seu efetivo pagamento, e acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês a contar da intimação desta sentença;
- CONDENAR o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários de sucumbência, estes fixados em 15% sobre o valor da multa aplicada, em favor do Fundo Especial do Ministério Público.

3. Inconformado, apela o réu, **RACHID ELMOR**, às fls. 215/241. Preliminarmente, argui a inobservância do litisconsórcio necessário de todos os servidores beneficiados pelo ato impugnado neste processo, o que induz a nulidade da sentença; que inexistiu irregularidade nas contratações; que as leis municipais que embasaram as contratações jamais foram declaradas inconstitucionais; e que não há prova do prejuízo ao erário e do dolo ou má-fé do ex-gestor público.

4. Contrarrazões às fls. 226/227.
5. Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 304/317, opinando pelo desprovimento do recurso.
6. Os autos me vieram conclusos em 01 de março de 2018, sendo liberados no dia 20 do mesmo mês, com pedido de inclusão em pauta de julgamento.

VOTO

1. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face de **RACHID ELMOR**, em razão da prática de ato de improbidade administrativa, consistente no fato de o Réu, à época Prefeito do Município de Paty de Alferes, ter realizado contratação irregular e temporária de servidores para atuação na área de saúde, no Programa de Saúde da Família (PSF) e no Programa de Pactuação Integrada de Epidemiologia e Controle de Doenças (PPI – EDC), sem aplicação de provas e em desacordo com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais vigentes.

2. Em análise ao presente caso, observa-se que as Leis Municipais nº 1.707/2011 e 1.708/2011 (fls. 64/67) autorizaram a contratação excepcional e, por prazo determinado, de pessoal para atender necessidade temporária de excepcional interesse público para área de saúde, fazendo remissão ao artigo 2º, VII da Lei Municipal nº. 1563/2009 (fls. 56/58), que prevê, como hipótese de contratação temporária, a necessidade de "atender a termos de convênio, acordo, programas ou ajuste com órgãos públicos estaduais ou federais".

3. Desde logo, rechaça-se a alegação de nulidade da sentença em razão da inobservância do litisconsórcio passivo necessário de todos os servidores beneficiados pelo ato impugnado neste processo.

4. Com efeito, só há litisconsórcio necessário em decorrência da lei ou de relação jurídica unitária (art. 114, NCPC), hipóteses que não se encontram presentes. Neste exato sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. CABIMENTO. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO

NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. REVISÃO DA DOSIMETRIA DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. Cuida-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa decorrente de fraude e dispensa de licitação e enriquecimento ilícito, para construção de um açude, no Município de Várzea Alegre/CE.

2. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da leitura do acórdão recorrido, que enfrentou e decidiu, motivadamente, a controvérsia posta em debate, qual seja: "ilegitimidade do réu, litisconsórcio da empresa OAP Ltda e desproporcionalidade das sanções".

3. A jurisprudência pacífica desta Corte sedimentou o entendimento no sentido de que a Lei 8.429/1992 se aplica aos agentes políticos.

Precedentes. Súmula 83/STJ.

4. A posição sedimentada desta Corte firmou entendimento no sentido de que "o litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47 do Código de Processo Civil, é caracterizado pela indispensável presença de co-legitimados na formação da relação processual, o que pode ocorrer por disposição legal ou pela natureza da relação. Assim, nas ações civis de improbidade administrativa não há de se falar em formação de litisconsórcio necessário entre o agente público e os eventuais terceiros beneficiados com o ato de improbidade administrativa, pois não está justificada em nenhuma das hipóteses previstas na lei" (AgRg no REsp 1.461.489/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 19/12/2014.).

5. Do exame das razões do acórdão recorrido, conclui-se que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, ao apreciar a controvérsia acerca da improbidade administrativa, em decorrência de fraude em dispensa de licitação e em aplicação irregular de verbas públicas, interpretou os arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92, a partir de argumentos de natureza eminentemente fática. Incidência da Súmula 7/STJ.

6. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que aferir se as provas são suficientes ou se o recorrido desincumbiu-se de seu ônus probatório, para análise de eventual violação do art. 333 do CPC, demandaria o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

7. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que esbarra na Súmula 7/STJ,

salvo em hipóteses excepcionais, nas quais, da leitura do acórdão recorrido, exsurgir a desproporcionalidade entre o ato praticado e as sanções aplicadas, o que não é o caso vertente.

Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1538194/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 25/08/2016) **grifo nosso**

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NO JULGADO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. 284/STF. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO NÃO CONFIGURADO. JULGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.

1. Mostra-se deficiente a fundamentação do recurso especial em que a alegação de ofensa ao art. 535 do CPC se faz de forma genérica, sem a demonstração exata dos pontos pelos quais o acórdão se fez omissor, contraditório ou obscuro. Aplica-se, na hipótese, o óbice da Súmula 284 do STF.

2. "Não há falar em formação de litisconsórcio passivo necessário entre eventuais réus e as pessoas participantes ou beneficiários das supostas fraudes e irregularidades nas ações civis públicas movidas para o fim de apurar e punir atos de improbidade administrativa, pois não há, na Lei de Improbidade, previsão legal de formação de litisconsórcio entre o suposto autor do ato de improbidade e eventuais beneficiários, tampouco havendo relação jurídica entre as partes a obrigar o magistrado a decidir de maneira uniforme a demanda" (AgRg no REsp 1.421.144/PB, Relator o Min. Benedito Gonçalves, DJe de 10/6/2015).

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 724.744/SC, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 10/11/2015)

5. Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre o réu apelante.

6. Isso porque, diante das provas produzidas, a prática do ato ímprobo restou incontroversa, tendo a sentença delimitado minuciosamente a conduta do agente.

7. Com intuito de afastar a incidência do art. 16 da lei 11.350/2006, que prevê a contratação temporária de agentes comunitários de saúde e combate às endemias somente no caso de surtos epidêmicos, assevera o réu apelante que as contratações foram autorizadas por leis municipais, ainda válidas e em vigor, que regulamentam o disposto no art. 37, IX da Constituição da República.

8. Entretanto, mesmo partindo da premissa levantada pelo réu apelante no sentido de que as leis municipais se escoram no permissivo do artigo 37, inciso IX da Constituição da República, e não no art. 198 da Carta Magna, é despicienda a declaração de inconstitucionalidade das referidas leis para que se verifique a irregularidade das contratações.

9. Ora, ao realizarmos uma simples interpretação conforme a Constituição Federal, concluímos que a discricionariedade do gestor público, ao aplicar o disposto no art. 2º, VII da lei municipal 1563/2009, encontra suas balizas no próprio texto constitucional, que exige a demonstração de excepcional interesse público para contratação direta.

10. Desse modo, como muito pontuado pelo Magistrado de primeiro grau, só se mostra cabível a contratação temporária pelo Município de Paty de Alferes para atender a termos de convênio, acordos, programas ou ajuste com órgãos públicos estaduais ou federais que tratem de questões que envolvam necessidade temporária de excepcional interesse público, frise-se, jamais apontada na espécie.

11. Portanto, não há que se falar em permissivo legal para que o chefe do poder executivo realize contratações transitórias de pessoal sem a observância dos requisitos constitucionais.

12. Diante do quadro exposto, a subsunção do fato à norma contida no artigo 11, *caput* e inciso V da lei 8429/92 é perfeita. Inconteste que a conduta perpetrada pelo réu, além de violar os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade administrativa, se amolda inteiramente ao supracitado inciso, que prevê como ato de improbidade frustrar a licitude de concurso público.

13. De fato, as trinta e sete contratações aqui combatidas sequer se aproximaram do caráter temporário e

excepcional exigido pela norma constitucional. Em primeiro lugar, a maioria dos servidores ainda permanecia nos cargos quando da propositura da presente ação, afastando o requisito da temporariedade.

14. Outrossim, não se observa qualquer excepcionalidade apta a justificar as contratações diretas, mormente por se tratar a prestação de saúde de obrigação permanente do Estado.

15. Quanto ao elemento subjetivo, as provas juntadas aos autos, e a própria defesa do réu, não deixa dúvidas da atuação de forma deliberada e da plena consciência da ilicitude do ato.

16. Em verdade, no presente caso, a intenção é intrínseca a todos os atos que envolvem a contratação direta, não há como afastar a vontade consciente do ex-gestor que, além de propor os projetos de lei, homologou o resultado do processo seletivo e assinou cada contrato de trabalho irregular.

17. Neste contexto, está presente o elemento subjetivo a impor a condenação por improbidade do agente

público e, ainda que não haja estimativa de dano ao erário, tal fato não exime o réu da responsabilidade pelo ato ímprobo. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO.

1. A ofensa a princípios administrativos, nos termos do art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, independentemente da presença de dolo, autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário.

2. Ao contratar e manter servidora sem concurso público na Administração, a conduta do recorrente amolda-se ao disposto no caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado, tendo em vista a ofensa direta à exigência constitucional nesse sentido. O acórdão recorrido ressalta que a admissão da servidora "não teve por objetivo atender a situação excepcional e temporária, pois a contratou para desempenhar cargo permanente na administração municipal, tanto que, além de não haver qualquer ato a indicar a ocorrência de alguma situação excepcional que exigisse a necessidade de contratação temporária, a função que passou a desempenhar e o tempo que prestou serviços ao Município demonstram claramente a ofensa à legislação federal".

3. Desse modo, é razoável a sua condenação na pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos e o pagamento de multa civil no valor equivalente a duas remunerações percebidas como Prefeito do Município - punições previstas no patamar mínimo do artigo 12, III, da LIA.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1005801/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/04/2011, DJe 12/05/2011)

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NOMEAÇÃO DE SERVIDORA COMISSONADA CONTRATAÇÃO PARA EXERCER, COM DESVIO DE FUNÇÃO, CARGO DE PSICÓLOGA, EM PRETERIÇÃO A APROVADOS EM

CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADA.

1. Trata-se de Ação Civil por Ato de Improbidade Administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Sergipe contra prefeita por ter nomeado servidora para cargo comissionado, designando-a, todavia, para desempenhar, com desvio de função pública, a atividade de psicóloga, em preterição dos aprovados em concurso público para tal cargo.

2. Conduta que viola os princípios da administração pública da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, insculpidos no art. 37 da Constituição, assim como o disposto no inciso II de tal dispositivo, além de atentar contra os deveres da imparcialidade e legalidade. Caracterização do ato ímprobo previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992.

3. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/1992 não exige demonstração de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito, não prescindindo, todavia, da demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.

4. Recurso Especial provido para reconhecer a prática do ato ímprobo descrito no art. 11 da Lei 8.429/1992 com a imposição da sanção fixada pela sentença, com base no princípio da economia processual.

(REsp 1505360/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/02/2016)

18. Pelo exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se a sentença na íntegra.

Publique-se.

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2018.

Desembargador **PEDRO SARAIVA DE ANDRADE LEMOS**
Relator