



PROCESSO	:	32.613-5/2019
ASSUNTO	:	REPRESENTAÇÃO DE NATUREZA EXTERNA COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR INAUDITA ALTERA PARS
REPRESENTANTES	:	MARCELO BUSSIKI – VEREADOR DIEGO GUIMARÃES - VEREADOR
REPRESENTADO (PRINCIPAL)	:	SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUIABÁ SR. LUIZ ANTÔNIO POSSAS DE CARVALHO - SECRETÁRIO
RELATOR	:	CONSELHEIRO INTERINO MOISES MACIEL

2 - RAZÕES DO VOTO

9. Preambularmente, pontuo que superveniência de homologação de decisão monocrática concessiva de cautelar, antes ou após a interposição de Recurso de Agravo Regimental que objetiva desconstituir a medida acautelatória concedida, não implica, automaticamente, na prejudicialidade da deliberação quanto ao mérito da pretensão recursal, haja vista trata-se de instrumento jurídico previsto no Regimento Interno para aquele sobre o qual recaíram os efeitos da citada tutela provisória de urgência.
10. Dito isso, passo à análise das razões recursais do presente Recurso de Agravo Regimental.
11. Com relação ao argumento do Agravante no sentido de que a decisão agravada enquanto não submetida à homologação do Egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Contas, padece de eficácia a impor o cumprimento das medidas cautelares nela determinadas, **entendo que não merece acolhimento.**
12. Posiciono-me de tal modo, pois ao serem proferidas, as decisões concessivas de tutelas provisórias de urgência (cautelar ou antecipada) ou de tutelas de evidencia, tornam-se exigíveis e obrigatórias, portanto, dotadas de eficácia, justamente em razão da finalidade emergencial a que destinam, cabendo, especificamente no âmbito do TCE/MT, ao Órgão pleno, por força do art. 302 do RITCE/MT, referendar, ou seja,



validar ou não o juízo monocrático exarado, segundo as balizas legais e principiológicas aplicáveis ao seu exame.

13. Quanto à alegação do Agravante de que o Tribunal de Contas não tem competência para emitir decisões no sentido de restringir os seus jurisdicionados a realizarem atos que são inerentes à discricionariedade dos administradores públicos, **não há dúvidas do seu descabimento**, visto que em consonância com entendimento consolidado pelo STF¹, a atribuição de poderes explícitos, aos Tribunais de Contas, tais como enunciados no art. 71 da CF, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações, a dizer, por exemplo, daquelas de natureza cautelar de sustação de atos administrativos, de obrigações de fazer ou não fazer, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, a bens jurídicos de interesse público.
14. Por fim, no que diz respeito à afirmação do Agravante de que a contratação direta de odontólogos fora legal, tendo sido embasada no permissivo normativo extraído da Lei Municipal 8745/93, e, especificamente, na previsão contida no art. 37 da Lei Complementar Municipal 271/2011, torno a frisar, a reboque do que consignei na Decisão nº 1419/MM/2019, a qual, diga-se de passagem, viera a ser homologada pelo Egrégio Tribunal Pleno no Acórdão 03/2020, que além da evidente ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a Secretaria de Saúde de Cuiabá, não demonstrou a situação de emergencialidade de se atender excepcional interesse público, de modo autorizar os contratos diretos com dentistas, e tampouco, a razão de não aguardar a finalização do Processo Seletivo Simplificado 02/2019, aberto especificamente para selecionar tais profissionais, tendo em vista, que a sua homologação ocorreu no dia 10 de outubro, ou seja, 13 dias após a data da contratação irregular.
15. Ademais, não restou demonstrado a imprescindibilidade de os profissionais de odontologia aprovados no **Processo Seletivo Simplificado 02/2019**, virem a ser

¹ MS 24.510, rel. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, j. 19-11-2003, P, DJ de 19-3-2004.]

Vide MS 33.092, rel. min. Gilmar Mendes, j. 24-3-2015, 2ª T, DJE de 17-8-2015RE 934.233 AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, Dje. 14/10/2016); RE 810906 AgR, Rel.Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 14.09.2015



treinados para somente após desempenharem suas atividades nas unidades de saúde da municipalidade, como também não fora evidenciado que ao término do período corresponde ao alegado necessário treinamento, houve a substituição de qualquer um dos odontólogos contratados precariamente por aqueles oriundos da citada seleção.

16. Ora, admitir a contratação direta de profissionais, dias antes da homologação do Processo Seletivo, estaria contrariando o dever de não agir contra o ato próprio. Significa dizer que a ninguém é dado valer-se de determinado ato, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar. Esse comportamento contraditório denota intensa má-fé, ainda que revestido de aparência de legalidade ou de exercício regular de direito, tendo em vista que a Administração Pública estaria utilizando-se da boa-fé de todos os candidatos que participaram do Processo Seletivo Simplificado 002/2019.
17. O art. 37, *caput*, da Constituição Federal determina expressamente a obediência aos princípios administrativos. Assim, o agente público, na qualidade de gestor dos interesses públicos, deverá adotar postura exemplar à sociedade, agindo dentro dos padrões éticos dominantes.
18. A atuação com probidade deve permear todas as ações realizadas por agentes públicos, assim consideradas os agentes políticos, os servidores públicos ou mesmo os particulares em colaboração com o Estado, como elemento subjetivo na prática do serviço público, cuja violação caracteriza a denominada improbidade administrativa, regulada de modo especial na Lei nº 8.429/92.
19. Desse modo, a improbidade administrativa consiste na falha do agente público no que toca ao dever de guardar, gerir ou utilizar os bens, valores ou interesses da Administração Pública, culminando no detrimento do interesse público, em proveito próprio ou mesmo de terceiros. Por conseguinte, temos a Lei de Improbidade Administrativa como instrumento ao combate de todos aqueles atos que maculem a moralidade e vilipendiem a coisa pública.
20. Segundo posicionamento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a contratação direta quando não enquadrada nas hipóteses legalmente previstas, é danosa aos



cofres públicos pela simples impossibilidade de se promover a escolha mais vantajosa para a Administração.

21. No presente caso, o fato ora analisado pode ensejar imputação ao gestor de ato de improbidade administrativa descrito no art. 10, VIII², ou, subsidiariamente, no art. 11, caput e V³, ambos da Lei n. 8.429/1992.
22. O Superior Tribunal de Justiça publicou na edição 97 do Jurisprudência em Teses, o entendimento firmado em 48 Acórdãos no sentido de que a contratação direta, quando não caracterizada situação de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário (*dano in re ipsa*), na medida em que o poder público perde a oportunidade de contratar melhor proposta.
23. No tocante à tipificação da conduta, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, a comprovação da lesão ao erário, exceto para as hipóteses específicas do inciso VIII do referido dispositivo, nas quais se enquadra o caso em comento, em que o prejuízo é presumido (*in re ipsa*).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO PELO PREFEITO. INCONTROVÉRSIA. LESÃO AO ERÁRIO PRESUMIDA. DANO IN RE IPSA PELA IMPOSSIBILIDADE DE ALCANÇAR A PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO. ATO ÍMPROBO CONFIGURADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE ORIGEM. RECURSO PROVIDO. 1. O Recurso em tela merece provimento. 5. "Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido

² Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos

³ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;



(dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta (...)” (AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 14/3/2017). 6. Desta feita, não merece guarida a argumentação do Colegiado regional que se fundou na efetiva entrega dos gêneros alimentícios e no "cumprimento da finalidade da lei" para eximir o recorrido da norma prevista no art. 10, VII, da Lei 8.429/1992 (fl. 345, e-STJ). Ademais, inexistente menção à urgência ou outra situação fática capaz de licitamente dispensar o processo licitatório. 7. A teleologia da Lei 8.429/1992 sacramenta e normatiza não só a finalidade do ato administrativo, mas também como sua concreção deve pautar-se no mais elevado padrão moral e ético, conforme entabulado no art. 37, caput, da Carta Magna. 8. De acordo com a sólida jurisprudência do STJ, a revisão das sanções cominadas pela instância ordinária, em regra, é inviável, ante o óbice da já citada Súmula 7/STJ, salvo se verificada a inobservância aos limites definidos no art. 12 da Lei 8.429/1992, ou se na leitura do acórdão recorrido transparecer falta de proporcionalidade e razoabilidade. 9. Estando claro que o presente caso não se enquadra em nenhuma das exceções mencionadas, revela-se mister, por impossibilidade jurídica de inovação da penalidade imposta outrora nos autos, restabelecê-la integralmente nos moldes da esmerada sentença de primeira instância. 10. Recurso Especial provido para restabelecer a sentença de origem na íntegra. (REsp n. 1.718.916/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2019, DJe 11/10/2019) (grifei).

24. Ainda segundo o STJ, para a configuração do ato de improbidade administrativa, previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, é exigível a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, revelando-se suficiente o dolo genérico.
25. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATAÇÃO VERBAL. DESRESPEITO À REGRA DO CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ELEMENTO SUBJETIVO EVIDENCIADO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADO. PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. 3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92), é necessária a presença do dolo genérico, não se exigindo dolo específico nem prova de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito do agente (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.066.824/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/9/2013; REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). 4. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul provido. (REsp 1536573/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 28/03/2019).



26. Em casos de contratação sem concurso público ou mesmo a despeito de processo seletivo quando configurada situação de emergencialidade para atendimento de excepcional interesse público, o dolo genérico decorre do próprio fato, pois é evidente que o gestor público precisa ter ciência de que não pode haver contratação direta fora das hipóteses legalmente previstas.
27. A vedação ao ingresso no serviço público sem a realização de concurso público, exsurge dos princípios assentados no art. 37 da Constituição Federal, razão pela qual não se faria possível afastar o dolo do agente público que realiza contratação sem observar a regra constitucional, até porque, sendo notória a violação à Constituição, não se afiguraria plausível o gestor público simplesmente afirmar desconhecimento do princípio constitucional ou mera ausência de habilidade administrativa.
28. Portanto, mesmo em sede de cognição sumária, fora possível aferir a probabilidade do direito invocado para lastrear a medida cautelar vindicada, e, sobretudo, a presumível ocorrência de dano ao erário, segundo posicionamento consolidado do STJ, pelo simples fato de que as contratações precárias à margem das regras do concurso público e até mesmo do processo seletivo para atender situação emergencial de excepcional interesse público, como se verifica no caso, impõe obstáculo à Administração Pública de promover, com lisura e imparcialidade, a escolha dos profissionais mais bem preparados tecnicamente e de idoneidade moral, mediante avaliação em exames técnicos e psicossocial.

3 – DISPOSITIVO:

29. Posto isso, e em consonância com o **Parecer 1028/2020**, do Procurador de Contas, Gustavo Coelho Deschamps, **VOTO** no sentido de conhecer, e, no mérito, **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL** interposto pelo **Sr. LUIZ ANTÔNIO POSSAS DE CARVALHO – SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE DE CUIABÁ, mantendo-se incólume a Decisão agravada 1419/MM/2019**, a qual, inclusive, já fora homologada pelo Egrégio Tribunal Pleno no Acórdão 03/2020, e que determinou cautelarmente àquele e ao Prefeito do Cuiabá-MT, Sr. Emanuel Pinheiro,



que promovessem a imediata rescisão dos contratos diretos com os profissionais de odontologia (dentistas), substituindo-os por àqueles aprovados no Processo Seletivo Simplificado 02/2019, mediante estrita observância da ordem classificatória de cada candidato.

30. É como voto.

Gabinete do Relator, Cuiabá-MT, 10 de agosto de 2020.

(assinatura digital)

Conselheiro interino MOISES MACIEL
Relator