

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.737.731 - SC (2018/0099282-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
PROCURADOR : **JORGE OROFINO DA LUZ FONTES**
RECORRIDO : ----
ADVOGADO : **LARISSA SILVEIRA - SC041476**
RECORRIDO : ----
RECORRIDO : **ARILDO JOSÉ ULLER**
ADVOGADO : **ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004**
RECORRIDO : ----
ADVOGADO : **FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103**
RECORRIDO : ----
ADVOGADO : **TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314**
INTERES. : ----

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local assim ementado (e-STJ fl. 2164):

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSULTORIA DE OTIMIZAÇÃO DA ARRECADAÇÃO MUNICIPAL. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE. PROPOSTAS RECEBIDAS ANTES DA CONFEÇÃO DO EDITAL. FRAUDE EVIDENCIADA. NOVO CERTAME, EM SITUAÇÃO IDÊNTICA. ILICITUDE CONSTATADA. AVENÇAS E ADITIVOS INVÁLIDOS. DOLO INEQUÍVOCO DOS ENVOLIDOS. DANO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. CONDENAÇÃO ÀS SANÇÕES DO ART. 12, III, DA LEI N. 8.429/1992. ALTERAÇÃO DAS PENALIDADES. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

No especial obstaculizado, o recorrente indica violação dos arts. 22, §§ 3º e 6º, 23, II, 'a' e § 5º e 57, I a V, e §§ 1º a 3º, da Lei n. 8.666/1993 e do art. 10 da Lei n. 8.429/1992.

Juízo positivo de admissibilidade pelo Tribunal de origem consta às e-STJ fls. 2.311/2.312.

Manifestação ministerial pelo provimento do REsp (e-STJ fls. 2.330/2.335).

Superior Tribunal de Justiça

Passo a decidir.

Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3).

Considerado isso, observo que assiste razão ao recorrente.

É que a orientação jurisprudencial das turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que o dano decorrente de fraude a processo licitatório é presumido, uma vez que o prejuízo decorre da impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, sendo desinfluyente a prestação do serviço contratado.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO *IN RE IPSA* À ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. **Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento.**

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

4. Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em 5 remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, incorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.499.706/SP, minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, DJe 14/03/2017). (Grifos acrescidos).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. FRACIONAMENTO INDEVIDO DE LICITAÇÃO. FRUSTRAÇÃO DE COMPETITIVIDADE. DANO AO ERÁRIO E PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. OCORRÊNCIA. MEMBRO DA

Superior Tribunal de Justiça

COMISSÃO DE LICITAÇÃO MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, RESTABELECER A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO E A SITUAÇÃO IRREGULAR DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

1. Pretende a União restabelecer a condenação de Paulo Eduardo Martins por ato de improbidade administrativa, com a consequente condenação de ressarcimento ao erário.

2. Em vez de realizar a licitação na modalidade Tomada de Preços, compatível com os valores do convênio, a Comissão Licitante do Município de São José da Laje fracionou o objeto da licitação, de modo a tornar possível a adoção da modalidade convite, em dois procedimentos apartados - convite nº 016/2002, para aquisição do veículo tipo Van, e o convite nº 17/2002, para aquisição dos equipamentos odontológicos para a ambulância, permitindo, assim, a escolha das empresas participantes dos certames. Após realização de auditoria, constataram-se diversas irregularidades no procedimento licitatório.

3. Da análise dos autos, observam-se presentes elementos concretos aptos a infirmar as conclusões adotadas no acórdão recorrido, através de simples valoração da prova produzida nos autos, o que afasta a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Os autos reforçam a irregularidade apontada. Isso porque, quando levado em consideração o fato de que a empresa DIVEPEL - Distribuidora de Veículos e peças Ltda. participou de ambos os procedimentos licitatórios (convite 016/2002 e convite 017/2002), sendo convidada pela comissão licitante, evidencia-se a possibilidade de procedimento licitatório único, a fim de garantir o melhor preço. A situação denota não só a existência de empresa que forneça ambos os objetos, como também o exposto conhecimento do fato por parte da Comissão Licitante.

5. Tudo isso leva à conclusão inafastável da ocorrência de ato ímprobo, uma vez que a Comissão Licitante, a fim de frustrar a competitividade da licitação e os princípios que regem o tema, fracionou o procedimento, ensejando dano ao erário.

6. **O STJ possui o entendimento de que, em casos como o ora analisado, o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade do procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é *in re ipsa*, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta. Precedente: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 9.3.2012.**

7. Recurso Especial provido para, em consonância com o parecer ministerial, restabelecer a sentença proferida em primeiro grau, que reconheceu a prática de ato ímprobo e a situação irregular do procedimento licitatório.

(REsp 1.622.290/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/12/2016, DJe 19/12/2016) (Grifos acrescidos).

No caso, o Tribunal de origem, a despeito de reconhecer a conduta ímproba e o seu elemento subjetivo, afastou a condenação pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, com arrimo na seguinte fundamentação: "Conquanto patente o desprezo dos quatro requeridos pela legislação pátria, o acervo probatório aponta no sentido de que o serviço em comento foi efetivamente prestado." (e-STJ fls. 2.177/2.178).

Vê-se que o entendimento sufragado no âmbito do Tribunal *a quo*

Superior Tribunal de Justiça

encontra-se em desalinho com a jurisprudência desta Corte, sendo de rigor a baixa dos autos à origem para o reexame do tema, notadamente a questão alusiva à dosimetria da pena.

Diante do exposto, nos termos do art. 255, § 4º, III, do RISTJ, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, determinando a readequação da dosimetria da pena decorrente da prática da conduta ímproba prevista no art. 10 da Lei n. 8.429/1992.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de setembro de 2019.



MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator