

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.376.990 - TO (2018/0261049-0)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : _____
AGRAVADO : _____
AGRAVADO : _____
AGRAVADO : _____
ADVOGADO : LILIAN ABI-JAUDI BRANDÃO LANG E OUTRO(S) -
TO001824

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado pelo **Ministério Público Federal** contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, *a*, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 402):

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PROCESSO e LICITATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. PROVIMENTO DA APELAÇÃO.

1. *Na aplicação de recursos federais destinados à execução do Programa de Erradicação de Trabalho Infantil - PETI, os gestores municipais (apelantes) fracionaram a despesa para que os produtos (gêneros alimentícios e material escolar) fossem adquiridos com dispensa de licitação, vindo a ser acusados e condenados por improbidade administrativa (arts. 10, VIII e 12, II - Lei 8.429/92).*
2. *Apesar das atipicidades administrativas, a sentença, depois de cerrada análise da prova, deixou positivado que não houve a comprovação de danos ao erário, superfaturamento ou apropriação indevida, pois os produtos adquiridos foram entregues de acordo com os objetivos do PETI, não devendo, por via de consequência, subsistir o decreto condenatório, até mesmo pela falta de dolo ou culpa grave.*
3. *Provimento da apelação.*

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (fls. 420/425).

24/03/2020

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@

C5848301:0:010322455<0@ 14:18:58

2018/0261049-0

Documento

Página 1 de 10

Superior Tribunal de Justiça

Nas razões do recurso especial, a parte agravante sustenta, preliminarmente, ofensa ao art. 1.022 do CPC/15, porquanto Tribunal de origem, nada obstante a oposição de embargos de declaração, teria permanecido omissos acerca da ocorrência de dano *in re ipsa* decorrente da indevida dispensa de licitação e da configuração, na espécie, de ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração. Quanto ao mérito, aponta, em síntese, negativa de vigência aos arts. 3º da Lei nº 8.666/93, bem como 10, VIII, e 12, III, da Lei nº 8.429/92, porquanto, em seu entender: (I) não foram observados os princípios da isonomia e da competitividade entre os licitantes; (II) o dolo na conduta dos réus está devidamente comprovado, tendo em vista a burla ao procedimento licitatório; (III) a conduta dos réus deu ensejo ao chamado dano ao erário *in re ipsa*; (IV) a conduta praticada pelos implicados também configura ato de improbidade que atenta contra os princípios da Administração.

Recebidos os autos nesta Corte, o Ministério Públíco Federal, em parecer de lavra do Subprocurador-Geral da República Aurélio Virgílio Veiga Rios, opinou pelo provimento do agravo em recurso especial (fls. 489/495).

É O RELATÓRIO. SEGUO A FUNDAMENTAÇÃO.

Anote, inicialmente, que não ocorreu ofensa ao art. 1.022, II, do CPC/2015, pois o Colegiado de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Quanto ao mais, relembro que, de acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal, para a caracterização do ato descrito no art. 10 da LIA, é necessário que a conduta do agente seja, pelo menos, eivada de culpa, não sendo exigível a presença do dolo.

Ainda de acordo com a orientação do STJ, nos casos de dispensa ou inexigibilidade indevidas de procedimento licitatório, ocorre o chamado dano *in re ipsa*, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado, na medida em que o Poder Públíco deixa de contratar a melhor proposta, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema.

24/03/2020

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@

C5848301:0:010322455<0@ 14:18:58

2018/0261049-0

Documento

Página 2 de 10

Superior Tribunal de Justiça

Nessa linha de percepção, confiram-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADE EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. ARTS. 10, 11 E 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992. CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA E PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. *Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que condenou o recorrente às sanções dos art. 10, incisos II e VIII, caput e inciso I, da Lei 8.429/1992.*

2. *Constata-se que não se configura a alegada ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.*

3. *O STJ entende que frustrar a legalidade de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, ainda que esse prejuízo não possa ser quantificado em termos econômicos, para resarcimento. Não se pode exigir a inequívoca comprovação do dano econômico causado pela conduta ímproba, pois nessas hipóteses específicas do art. 10, VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, o prejuízo é presumido (*in re ipsa*). Nesse sentido: AgRg no REsp 1.499.706/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 14/3/2017; RMS 54.262/MG, Rel.*

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/9/2017; AgRg no REsp 1.512.393/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/11/2015.

4. *A configuração da conduta do art. 10 da LIA exige apenas a demonstração da culpa do agente, não sendo necessária a comprovação de dolo (AgRg no REsp 1.167.958/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/12/2017).*

[...]

(REsp 1.808.976/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019)

RECURSOS ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 489 E 1.022 DO CPC/2015 NÃO CONFIGURADA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/1992. FRAUDE EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO É IN RE IPSA. APROVAÇÃO DE CONTAS PELO ÓRGÃO DE CONTROLE.

24/03/2020

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@

C5848301:0:010322455<0@ 14:18:58

2018/0261049-0

Documento

Página 3 de 10

Superior Tribunal de Justiça

IRRELEVÂNCIA. DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO. HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Trata-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa movida pela União contra a então presidente da Fundação Maria Fernandes dos Santos e integrantes de Comissão de Licitação objetivando a imposição das penas previstas na Lei 8.429/1992 pela prática de atos descritos nos arts. 10, VIII, e 11, I, da citada norma. 2. Segundo o acórdão recorrido, consta que o Município de Martins/RN, em dezembro de 2004, celebrou convênio de R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) com a União, por meio do Ministério do Desenvolvimento Social e combate à fome, visando à aquisição de material de consumo e prestação de serviços em prol da população carente do referido município.
3. A Fundação Maria Fernandes dos Santos, para execução do citado convênio, realizou os Convites nº 001/2005, 002/2005, 003/2005 e 004/2005, visando, respectivamente, adquirir 1.250 redes, 1.400 colchonetes, 5.000 cobertores e 5.000 cestas básicas.
4. Contudo, foram apuradas diversas irregularidades que frustraram o caráter competitivo dos certames licitatórios: a) em nenhum deles foram cumpridas as determinações dos art. 38, caput, e 43, § 2º, da Lei 8.666/1993; b) no tocante aos convites nº 03/2005 e 04/2005, apesar de o valor total do objeto exigir a adoção da modalidade Tomada de Preços, a Fundação Maria Fernandes dos Santos adotou a licitação na modalidade convite; c) os convites nº 01/2005, 02/2005 e 03/2005 possuem descrição que fere o art. 14 da Lei 8.666/1993, porque os respectivos objetos são totalmente genéricos, não havendo especificação quanto à dimensão das redes, cobertores e colchonetes, assim como quanto ao material ou qualquer outra característica que permitisse melhor avaliar os produtos licitados; d) nenhum dos quatro avisos e editais trouxe especificações quanto às quantidades licitadas; e) em afronta ao disposto nos incisos II e III do art. 38 da Lei de Licitações, nenhum dos certames licitatórios alberga qualquer documento que comprove a entrega dos convites, nem há ato designando a comissão de licitação; f) em nenhum dos quatro processos licitatórios a comissão especial de licitação da Fundação realizou pesquisa de preços para fornecer parâmetros ao adequado julgamento das propostas apresentadas pelas empresas; g) os convites nºs 01/2005, 02/2005 e 03/2005 definiram para recebimento e abertura das propostas de preços o mesmo dia e hora, qual seja, 7/1/2005, às 13; h) há irregularidades acerca dos documentos de habilitação dos licitantes.
5. Em primeiro grau, os pedidos foram julgados procedentes.
6. A Apelação dos réus foi provida. AUSÊNCIA DE VULNERAÇÃO DOS ART. 489 E 1.022 DO CPC/2015

24/03/2020

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@

C5848301:0:010322455<0@ 14:18:58

2018/0261049-0

Documento

Página 4 de 10

Superior Tribunal de Justiça

7. *Não há ofensa aos art. 489 e 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.*
8. *Da análise dos autos extrai-se ter a Corte de origem examinado e decidido, fundamentadamente, todas as questões postas ao seu crivo, não cabendo falar em negativa de prestação jurisdicional. AFRONTA AOS ARTS. 10 E 11 DA LEI 8.429/1992*
9. *A condução de forma irregular do procedimento licitatório fere os princípios da legalidade e da moralidade, subsumindo-se perfeitamente ao art. 11 da Lei 8.429/1992.*
10. *O art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992 prevê expressamente como ato ímparo "frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente" que foi exatamente a hipótese dos autos. Nessa hipótese, diversamente do decidido pelo acórdão recorrido, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano *in re ipsa*. Precedentes: REsp 1.624.224/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 6/3/2018; AgInt no REsp 1.671.366/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 1º/12/2017; REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017.*
11. *O argumento utilizado pela Corte a quo de que as contas foram aprovadas não serve para afastar a ocorrência do ato ímparo, pois o Superior Tribunal de Justiça fixou orientação de que o prosseguimento da Ação de Improbidade Administrativa independe da aprovação ou rejeição das contas pelo Tribunal de Contas, nos termos do art. 21, II, da Lei 8.429/1992. Nessa esteira: AgInt no REsp 1.367.407/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 8/8/2018; REsp 1.602.794/T0, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 30/6/2017.*
12. *A constatação de que inexistente sobrepreço, desvio de recursos públicos ou direcionamento da licitação não afasta a existência de elemento subjetivo, pois o Superior Tribunal de Justiça entende que o dolo exigido para a configuração de improbidade administrativa é a mera vontade consciente de aderir à conduta, produzindo os resultados vedados pela norma jurídica - ou, ainda, a simples anuência aos resultados contrários ao Direito quando o agente público ou privado deveria saber que a conduta praticada a eles levaria -, sendo desnecessário perquirir acerca de finalidades específicas. A propósito: AgInt no AREsp 1.205.949/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 2/4/2019.*
13. *Embora a conduta praticada pelos recorridos se adeque tanto ao citado art. 11 quanto ao art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992, deve*

24/03/2020

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@

C5848301:0:010322455<0@ 14:18:58

2018/0261049-0

Documento

Página 5 de 10

Superior Tribunal de Justiça

prevalecer o disposto no aludido art. 10, porquanto o art. 11 aplica-se subsidiariamente.

CONCLUSÃO

14. *Recursos Especiais da União e do Ministério Público Federal parcialmente providos, com o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para fixação das penas.*

(**REsp 1.807.536/RN**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 11/10/2019)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUBSUNÇÃO. LICITAÇÃO. SISTEMA DE LIMPEZA DA CIDADE. COLETA DE LIXO. VARRIÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS. TRANSPORTE DE RESÍDUOS SÓLIDOS. EDITAL E PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ERRO NO EDITAL. CLÁUSULAS NULAS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO CONFIGURADO. SERVIÇO DE COLETA DE LIXO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.666/93. TIPO DE LICITAÇÃO. TÉCNICA E PREÇO. EXCLUSIVIDADE PARA SERVIÇO PREDOMINANTE INTELECTUAL. NÃO ABRANGE O CASO EM EXAME. SERVIÇO MANUAL. VEDAÇÃO EXPRESSA À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONSORCIADA SEM FUNDAMENTAÇÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DO PROCESSO LICITATÓRIO. PRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, VIII, E 11, AMBOS DA LEI N. 8.429/92.

[...]

*III - Segundo entendimento consolidado nesta Corte de Justiça, para a caracterização de improbidade administrativa, por frustação da licitude do processo de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano *in re ipsa*.*

[...]

(**REsp 1624224/RS**, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 06/03/2018)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO Nº 2/STJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA DE LICITAÇÃO. SITUAÇÃO EMERGENCIAL. ACÓRDÃO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA RECURSAL ELEITA. SÚMULA 7/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOVAÇÃO RECURSAL.

24/03/2020

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@

C5848301:0:010322455<0@ 14:18:58

2018/0261049-0

Documento

Página 6 de 10

Superior Tribunal de Justiça

[...]

2. Ademais disso, é sabido que "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"(AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 14/03/2017).

[...]

(AgInt no REsp 1671366/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 01/12/2017)

Pois bem, na espécie, o Tribunal de origem reconheceu expressamente que houve indevido fracionamento de objeto com a finalidade de burlar o procedimento licitatório. Mais: afirmou que boa parte das aquisições ocorreu em estabelecimento comercial de parentes de alguns dos réus. Confiram-se, a propósito, os seguintes trechos do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 396/399):

[...]

Tocantins/TO recebeu verbas da União para aquisição de alimentos e outros materiais escolares para as crianças desse município para cumprir o Programa de Erradicação de Trabalho Infantil - PETI.

Contudo, conforme os documentos dos autos (Relatório de Fiscalização nº 993/2007 da CGU e notas fiscais acostadas às fls. 94-112, 115-119, 121-132 e 143-148, as mercadorias foram adquiridas em valores superiores ao montante de R\$8.000,00 (oito mil reais) sem a realização de licitação, pelo que teria sido violado o art. 24, inciso II, da Lei n. 8.666/93, que determina a realização de licitação.

A sentença disse que não cabe a aplicação da sanção de ressarcimento integral do dano aos réus, pois, embora o dano seja presumido e tenham sido violados os princípios constitucionais da impessoalidade e do dever de licitar, as verbas públicas, no valor de R\$15.983,96, foram aplicadas no desenvolvimento do programa PETI nos anos de 2006 e 2007.

Portanto, não houve efetiva lesão aos cofres públicos em decorrência desses fatos, de modo que, apesar da ausência do devido processo licitatório, houve a aquisição dos produtos para a execução do Programa de Erradicação de Trabalho Infantil - PETI no Município de Ponte Alta do Tocantins. Assim, foi atendido o objetivo do PETI.

24/03/2020

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@

C5848301:0:010322455<0@ 14:18:58

2018/0261049-0

Documento

Página 7 de 10

Superior Tribunal de Justiça

Mesmo que tenha havido violação à regra legal que determina a realização de licitação, para que essa conduta configure ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92, é mister a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e o dolo ou culpa grave.

[...]

Considerando o fato de boa parte das aquisições ter ocorrido em estabelecimento comercial de parentes de alguns dos apelantes, poder-se-ia cogitar de enquadramento das condutas no art. 11, I da Lei 8.429/92, hipótese que, de resto, não se aconselharia.

A definição ampla do art.11 exige interpretação restritiva, sob pena de transformação de qualquer infração administrativa em ato de improbidade. Como acentuou o STJ, "(...) a exegese das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/1992, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com ponderação, máxime porque a interpretação ampliativa poderá acoimar de ímporas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa e, a fortiori, ir além do que o legislador pretendeu." (STJ - 1ª Turma, REsp. 980.706/RS. Rel. Min. Luiz Fux - DJe 23/02/2011).

O art. 11 disciplina hipóteses de improbidade. Não de desonestidade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade, pura e simplesmente. É indispensável que os núcleos desonestade, parcialidade, ilegalidade ou deslealdade sejam vetores ou elementos condutores da improbidade.

Uma interpretação ou uma conduta que (eventualmente) ofendam à lei

24/03/2020

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@

C5848301:0:010322455<0@ 14:18:58

2018/0261049-0

Documento

Página 8 de 10

Superior Tribunal de Justiça

não se submetem ipso facto às sanções da improbidade. Positivada a ilegalidade, a tipificação da conduta à vista do art. 11 pressupõe um prejuízo econômico ao erário (um plus = componente adicional), apto a ser qualificado como improbidade.

Dizendo de outra forma, a ofensa à honestidade, à imparcialidade, à legalidade ou à lealdade às instituições somente adquire o qualificativo da improbidade, para os efeitos do art.

11 da Lei 8.429/92, quando "se evidenciar como um meio de realização de objetivos ímparobos." A improbidade deve relacionar-se sempre com valores e questões materiais.³ Os fatos dos autos não justificam a leitura jurídica do julgador, sendo a ausência de licitação uma atipicidade administrativa que não tem o condão de assumir o qualificativo de ato de improbidade administrativa, que pressupõe má-fé e desonestade do agente no trato da coisa pública.

[...]

Nesse contexto, de acordo com a moldura fática delineada pela instância de origem, restou devidamente comprovada a prática do ato de improbidade de que trata o art. 10, VIII, da LIA, não sendo legítimo considerar, como fez o Tribunal de origem, a ausência indevida de procedimento licitatório como mera "*atipicidade administrativa*" (fl. 399).

ANTE O EXPOSTO, conheço do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, em ordem a restabelecer a sentença de fls. 322/333.

Publique-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

24/03/2020
14:18:58

AREsp 1376990

C5425605515<0485131812@
C5848301:0:010322455<0@

2018/0261049-0

Documento

Página 10 de 10