



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.366 - SP (2017/0004187-8)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : JOSÉ CARLOS HORI
ADVOGADOS : ALEXANDRE PERALTA COLLARES E OUTRO(S) - DF013870
AFONSO ASSIS RIBEIRO - DF015010
GUSTAVO GUILHERME BEZERRA KANFFER - DF020839
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MUNICIPIO DE JABOTICABAL
INTERES. : PROTEN - PROJETOS, RESTAURACAO E ENGENHARIA LTDA
- ME

EMENTA

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.

1. Foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o acórdão recorrido concluiu pela prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a dispensa irregular de procedimento licitatório. A revisão de tais fundamentos é inviável na via recursal eleita, a teor da Súmula 7/STJ.

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).

3. Inviável a análise da divergência jurisprudencial suscitada. Conforme bem salientado pelo Ministério Público Federal, a parte Recorrente "sequer chegou a fazer menção a um acórdão de outro Tribunal que tenha decidido a questão diversa daquela emanada pelo TJ/SP".

4. A alegação de que teria havido ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa não pode ser conhecida na via recursal eleita. Isso porque não foi suscitada nas razões do recurso especial, tampouco debatida pelo Tribunal *a quo*. Trata-se, portanto, de evidente inovação recursal a inviabilizar a sua análise na fase processual presente.

5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.366 - SP (2017/0004187-8)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **JOSÉ CARLOS HORI**
ADVOGADOS : **ANTONIO ALEIXO DA COSTA - SP200564**
 ANDERSON POMINI E OUTRO(S) - SP299786
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTERES. : **MUNICIPIO DE JABOTICABAL**
INTERES. : **PROTEN - PROJETOS, RESTAURACAO E ENGENHARIA LTDA**
 - ME

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de agravo interno no recurso especial interposto por JOSÉ CARLOS HORI em face de decisão assim ementada:

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. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

Nas razões do agravo interno, aduz a parte ora Agravante que "em nenhum momento se pretendeu o reexame de provas, eis que a questão posta no Recurso Especial constitui matéria exclusivamente de direito. Ademais, à luz do cotejo analítico entre a decisão de mérito de 2ª instância e os paradigmas jurisprudenciais confrontados no Recurso Especial, houve a demonstração da efetiva necessidade da retomada da questão no plano da análise de matéria federal" (e-STJ fl. 860).

Acrescenta que "teve seu direito ao contraditório e a ampla defesa feridos, eis que na instrução processual o Agravante requereu a produção de provas orais, e o juízo a quo indeferiu o pleito, julgando antecipadamente a lide, sob o argumento de que as provas contidas nos autos eram suficientes para o julgamento, sendo o decisum ratificado pela Corte Paulista, cerceando o Constitucional direito de defesa do Agravante" (e-STJ fl. 872).

Pede, ao final, a reconsideração da decisão ora agravada ou sua apreciação colegiada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela 2ª Turma desse Superior Tribunal de Justiça.

Impugnação ao agravo interno (e-STJ fls. 913/920).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.671.366 - SP (2017/0004187-8)

EMENTA

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.

1. Foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o acórdão recorrido concluiu pela prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a dispensa irregular de procedimento licitatório. A revisão de tais fundamentos é inviável na via recursal eleita, a teor da Súmula 7/STJ.

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).

3. Inviável a análise da divergência jurisprudencial suscitada. Conforme bem salientado pelo Ministério Público Federal, a parte Recorrente "sequer chegou a fazer menção a um acórdão de outro Tribunal que tenha decidido a questão diversa daquela emanada pelo TJ/SP".

4. A alegação de que teria havido ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa não pode ser conhecida na via recursal eleita. Isso porque não foi suscitada nas razões do recurso especial, tampouco debatida pelo Tribunal *a quo*. Trata-se, portanto, de evidente inovação recursal a inviabilizar a sua análise na fase processual presente.

5. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Incide o Enunciado administrativo n. 3/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.

O presente agravo interno não deve ser provido.

Relembra-se que, no que tange à controvérsia objeto do recurso especial, o acórdão recorrido contém os seguintes fundamentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Unidade Regional de Ribeirão Preto do Tribunal de Contas do Estado constatou irregularidade referente às dispensas indevidas de licitações ante a inocorrência do caráter emergencial, pois a "degradação de vias públicas a ponto de caracterizar urgência ou calamidade pública é gradual". E, continua, "pouco mais tempo que o verificado entre a emissão do Parecer Jurídico (06.03.06) e a abertura das propostas ((14.03.06) teria sido necessário para a realização da licitação, haja vista a celeridade com que foi elaborado o "Edital de Coleta de Preços distribuídas as consultas a 03 (três) empresas e obtidas as respostas (propostas), todos estes documentos datado de 10.03.06' (fls. 27/28).

Constata-se, em atendimento ao ofício expedido na gestão da Prefeita Municipal Maria Carlota Niero Rocha, o esclarecimento pelo Departamento de Estradas de Rodagem — DER, da previsão de R\$1.600.000,00 destinada a obras em vias públicas, exatamente no trecho Jaboticabal/Pitangueiras (fls. 268/270).

Assim, não se pode argumentar com situação emergencial para a realização das obras, pois era de conhecimento das autoridades de Jaboticabal, desde o ano de 2004, a necessidade da realização de recapeamento na estrada.

Desta forma, a obra deveria ser precedida da regular licitação, não configurado caso de dispensa de licitação. Consigne-se, licitações fora da legalidade implicam em impedimento de aferição, pela Administração, a respeito do melhor preço, da melhor técnica ou do melhor produto.

Desta forma, os atos praticados pela administração pública deverão seguir os princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos demais pressupostos inseridos nos incisos do referido art 37, da Constituição Federal.

[...]

No caso vertente, houve a dispensa de licitação embasada no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, sem o devido enquadramento como situação emergencial, decorrente de uma situação que se perdurava desde 2004.

Conforme se viu, de fato, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos que o acórdão recorrido concluiu pela prática de ato de improbidade administrativa, tendo em vista a dispensa irregular de procedimento licitatório. A revisão de tais fundamentos é inviável na via recursal eleita, a teor da Súmula 7/STJ.

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).

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS ATOS, CONCLUIU PELA COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO E PELA CONFIGURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SÚMULA 7/STJ. PREJUÍZO AO ERÁRIO, NA HIPÓTESE. DANO IN RE IPSA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. [...]

III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011).

IV. No caso, o acórdão recorrido, mediante exame do conjunto probatório dos autos, concluiu que "foi demonstrado o dolo na prática do ato ímprobo já que 'os valores pagos são todos iguais e, 'coincidentemente', no exato limite de dispensabilidade da realização de licitação quando foram emitidos".

V. Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, para acolher a pretensão dos agravantes e afastar sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, por não ter sido comprovado o dolo, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel.

Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/04/2016.

VI. Quanto à alegada ausência de dano ao Erário, o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que "a indevida dispensa de licitação, por impedir que a administração pública contrate a melhor proposta, causa dano in re ipsa, descabendo exigir do autor da ação civil pública prova a respeito do tema" (STJ, REsp 817.921/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2012). Com efeito, "a contratação de serviços advocatícios sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação, gera lesividade ao erário, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano in re ipsa, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado, conforme entendimento adotado por esta Corte. Não cabe exigir a devolução dos valores recebidos pelos serviços efetivamente prestados, ainda que decorrente de contratação ilegal, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública, circunstância que não afasta (ipso facto) as sanções típicas da suspensão dos direitos políticos e da proibição de contratar com o poder público. A vedação de restituição não desqualifica a infração inserida no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 como dispensa indevida de licitação. Não fica afastada a possibilidade de que o ente público praticasse desembolsos menores, na eventualidade de uma proposta mais vantajosa, se tivesse havido o processo licitatório (Lei 8.429/92 - art. 10, VIII)" (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/03/2016). Nesse mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido: STJ, AgRg no REsp 1.512.393/SP, Rel. Ministro MAURO CAMBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/11/2015.

VII. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 617.563/SP, Rel. Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 14/10/2016)

Inviável a análise da divergência jurisprudencial suscitada. Isso porque, conforme bem salientado pelo Ministério Público Federal, a parte Recorrente "sequer chegou a fazer menção a um acórdão de outro Tribunal que tenha decidido a questão diversa daquela emanada pelo TJ/SP" (e-STJ fl. 840).

Por fim, cumpre destacar que a alegação de que teria havido ofensa às garantias do contraditório e ampla defesa não pode ser conhecida na via recursal eleita. Isso porque não foi suscitada nas razões do recurso especial, tampouco debatida pelo Tribunal *a quo*. Trata-se, portanto, de evidente inovação recursal a inviabilizar a sua análise na fase processual presente.

Assim, na ausência de novos argumentos capazes de alterar os fundamentos da decisão ora agravada, NEGO PROVIMENTO ao AGRAVO INTERNO.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0004187-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.671.366 / SP** **AgInt no**

Números Origem: 00023963820098260291 23963820098260291 291012009002396 434/2009 4342009

PAUTA: 28/11/2017

JULGADO: 28/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ CARLOS HORI
ADVOGADOS : ALEXANDRE PERALTA COLLARES E OUTRO(S) - DF013870
AFONSO ASSIS RIBEIRO - DF015010
GUSTAVO GUILHERME BEZERRA KANFFER - DF020839
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MUNICIPIO DE JABOTICABAL
INTERES. : PROTEN - PROJETOS, RESTAURACAO E ENGENHARIA LTDA - ME

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : JOSÉ CARLOS HORI
ADVOGADOS : ALEXANDRE PERALTA COLLARES E OUTRO(S) - DF013870
AFONSO ASSIS RIBEIRO - DF015010
GUSTAVO GUILHERME BEZERRA KANFFER - DF020839
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
INTERES. : MUNICIPIO DE JABOTICABAL
INTERES. : PROTEN - PROJETOS, RESTAURACAO E ENGENHARIA LTDA - ME

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães, os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.