



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.949 - AL (2013/0328823-6)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
AGRAVADO : MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO : ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S) - AL007339
AGRAVADO : MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR : JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE EFETIVA OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO IMPROBO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. Precedentes: REsp 1.206.741/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2015; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zvascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010; e AgRg no AREsp 21.662/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/2/2012.

2. Além do mais, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, que o Tribunal de Origem afastou a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII, da lei 8.429/92, diante da inexistência de dano ao erário público. Assim, a reversão do entendimento exarado no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no Ag 1.386.249/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/4/2012; AgRg no REsp 1433585 / SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/03/2015.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Sérgio Kukina (voto-vista) e Regina Helena Costa, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator (voto-vista).

Brasília (DF), 18 de outubro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.949 - AL (2013/0328823-6)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
AGRAVADO : MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO : ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S) - AL007339
AGRAVADO : MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR : JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Trata-se de agravo regimental interposto pelo INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS em face da decisão que negou seguimento ao Recurso Especial, assim ementada (e-STJ fl. 934):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LEI N. 8.429/92. AUSÊNCIA DE EFETIVA OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO IMPROBO. PRECEDENTES. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Em suas razões, o agravante alega: *a)* inexigibilidade de ocorrência do dano para a configuração de ato improbo previsto no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92; e *b)* desnecessidade do revolvimento fático-probatório.

Na sessão do dia 18/8/2015, apresentei meu voto e na sequência pediu vista o Ministro Sérgio Kukina.

Na sessão do dia 3/12/2015, após o voto-vista do Ministro Sérgio Kukina, divergindo para dar provimento ao agravo regimental e, em consequência, dar parcial provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Regina Helena Costa, e os votos dos Srs. Ministros Olindo Menezes e Napoleão Nunes Maia Filho que acompanharam o voto por mim



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proferido, pedi vista regimental para melhor análise das considerações trazidas pela divergência.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.949 - AL (2013/0328823-6)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE EFETIVA OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO IMPROBO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), à luz da atual jurisprudência do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. Precedentes: REsp 1.206.741/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/04/2015; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zvascki, Primeira Seção, DJe 27/09/2010; e AgRg no AREsp 21.662/SP, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 15/2/2012.

2. Além do mais, foi com base no conjunto fático e probatório constante dos autos, que o Tribunal de Origem afastou a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII, da lei 8.429/92, diante da inexistência de dano ao erário público. Assim, a reversão do entendimento exarado no acórdão exige o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgRg no Ag 1.386.249/RJ, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 13/4/2012; AgRg no REsp 1433585 / SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/03/2015.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Cuida-se de ação civil pública de improbidade ajuizada pelo Centro Federal de Educação Tecnológica de Alagoas – CEFET/AL em face de dois ex-diretores e dois empresários da Antares Publicidade Ltda. pela contratação verbal de referida empresa para prestação de serviços publicitários de divulgação de vestibular, sem a prévia realização de procedimento licitatório, que totalizaram um valor de R\$ 19.538,00.

Inicialmente, é preciso salientar que, conforme delineado no voto-vista do Ministro Sérgio Kukina, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem se inclinado a entender que não obstante o art. 10 da Lei n. 8.429/92 exigir o efetivo dano ao erário para que se configure o ato ímprobo, na hipótese prevista no inciso VIII de referido dispositivo, que trata da frustração de processo licitatório ou sua dispensa indevida, o dano é presumido, pois impossibilita que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

administração pública logre êxito em contratar pela melhor oferta, ainda que se tenha pago o preço comumente praticado pelo mercado.

A propósito: AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, DJe 09/03/2016; REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 09/09/2014; REsp 817.921/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 06/12/2012.

No entanto, no caso dos autos é preciso realizar o devido *distinguishing*, pois apresenta peculiaridades que afasta o entendimento acima exposto e reclama solução diversa.

No presente feito, o serviço foi prestado, porém não foi pago. Inclusive a autarquia federal veio a ajuizar a presente ação de improbidade justamente quando a empresa contratada buscou a satisfação de seu crédito no valor de R\$ 19.538,00. Já no caso do julgamento dos REsps de relatoria do Ministro Olindo Menezes, do Ministro Humberto Martins e do Ministro Castro Meira, houve o efetivo pagamento de pelo menos parte dos valores constantes nos contratos.

Ademais, na hipótese em análise, a ação de improbidade foi julgada improcedente em ambas as instâncias ordinárias. Já os citados processos dos Ministros Olindo Menezes, Humberto Martins e Castro Meira, os réus foram condenados por improbidade por ambas as instâncias ordinárias, ou, ao menos, pela Corte de origem.

Com isso, é de rigor manter o teor do voto proferido anteriormente, segundo o qual não se configurou, no caso específico dos autos, o necessário dano ao erário, seja real ou presumido, a fim de que a conduta dos requeridos subsuma-se naquela descrita no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Ante o exposto, mantenho o voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental, pedindo vênias à divergência apresentada pelo eminente Ministro Sérgio Kukina e Ministra Regina Helena Costa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0328823-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.406.949 / AL**

Números Origem: 10004398 200780000056042 20078000005604201 548980

EM MESA

JULGADO: 18/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
RECORRIDO	: MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO	: ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
RECORRIDO	: JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR	: JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
AGRAVADO	: MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO	: ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
AGRAVADO	: JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR	: JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo regimental, pediu vista o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Aguardam os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0328823-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.406.949 / AL**

Números Origem: 10004398 200780000056042 20078000005604201 548980

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
RECORRIDO	: MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO	: ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
RECORRIDO	: JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR	: JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
AGRAVADO	: MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO	: ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
AGRAVADO	: JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR	: JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.406.949 - AL (2013/0328823-6)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E
TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
AGRAVADO : MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO : ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
AGRAVADO : JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S) -
AL007339
AGRAVADO : MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR : JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo regimental contra decisão da lavra do Ministro Benedito Gonçalves que negou seguimento ao recurso especial, nestes termos (fls. 934/938):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LEI N. 8.429/92. AUSÊNCIA DE EFETIVA OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO IMPROBO. PRECEDENTES. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA NÃO OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO.

Irresignado, o Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Alagoas interpõe agravo regimental, sustentando que "*não há controvérsia sobre o fato de que, efetivamente, houve a contratação de empresa sem realização de licitação*" (fl. 948), concluindo que "*a circunstância de não ter sido demonstrado dano, não ilide a prática do ato de improbidade descrito no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92. Pois ocorreu a não realização de licitação e ausência de cumprimento das demais disposições normativas da lei 8.666/93*" (fl. 948). Ampara tal exegese, ainda, em precedente da Segunda Turma deste Superior Tribunal, cujo posicionamento assevera ser **in re ipsa** o prejuízo ao erário em caso de fracionamento do objeto licitado, a fim de lograr a dispensa do procedimento licitatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acrescenta, mais, que *"há culpa claramente configurada quando se pratica um ato voluntariamente sem a atenção ou o cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito"* (fl. 949).

Por fim, alega que *"subsistiria a improbidade administrativa dos réus, tipificada no artigo 11, caput e inciso I, da lei 8.429/92"* (fl. 949).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Sandra Cureau, opinou pelo provimento do recurso especial. Por oportuno, transcrevo o seguinte trecho dessa manifestação ministerial (fl. 931):

Nesse contexto, tenho que o acórdão merece ser reformado, pois a circunstância de não ter sido demonstrado prejuízo imediato ao erário, em decorrência da não realização de licitação e ausência de cumprimento das demais disposições normativas da Lei 8.666/93, não ilide a prática do ato improbidade descrito no art. 10, VIII, da Lei 8.429/92.

Primeiro, porque a própria Lei de Improbidade Administrativa afasta qualquer interpretação nesse sentido, conforme se depreende da regra inserta em seu art. 21, I, verbis:

“Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.”

Assim, o descumprimento das normas que disciplinam as contratações públicas configura ato de improbidade administrativa, independentemente da existência de efetivo prejuízo patrimonial, pois, como bem destacam Garcia & Alves, “descumpridos princípios e regras específicas, de modo a comprometer a finalidade do procedimento licitatório, ter-se-á a frustração deste, com a consequente configuração da improbidade. A lesividade está ínsita na conduta do agente, sendo despicienda a ocorrência de prejuízo patrimonial imediato.”

Em segundo lugar, destaco que esse e. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, na hipótese de indevida dispensa do procedimento licitatório, o dano ao erário é presumido.

É o breve relatório.

De início, cumpre observar que o presente recurso interno não atacou a decisão agravada na parte em que afastou a alegada violação ao art. 535 do CPC, de maneira que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discussão acerca da existência de eventual vício no aresto integrativo proferido pelo Corte de origem está superada, diante da tácita concordância do agravante.

Independentemente disso, analisando-se a apelação interposta pelo Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia de Alagoas (fls. 823/829), observa-se que não constam das razões do mencionado recurso a tese jurídica relativa ao art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Com efeito, a referida questão foi ventilada apenas nas razões dos embargos de declaração opostos na origem, configurando-se, no ponto, inovação recursal, cuja análise é incabível no recurso especial e neste agravo interno, em razão da preclusão consumativa. A propósito:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REGISTRO DE IMÓVEIS. UNIFICAÇÃO DE MATRÍCULA DE IMÓVEIS CONTÍGUOS. MESMO PROPRIETÁRIO. PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL. MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ABORDAGEM APENAS NA PETIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.

[...]

3. Não cumpre o requisito do prequestionamento a matéria não decidida nas instâncias ordinárias e que seja abordada apenas na petição de embargos declaratórios. O prequestionamento não é inaugurado pelo mero interesse da parte de apresentar recurso de natureza extraordinária; ou seja: não se prequestiona para interpor recursos especial e extraordinário, ao contrário, tais recursos são interpostos se houver prévio questionamento.

[...]

5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.

(REsp 977.958/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 5/9/11)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. LEI N.º 11.280/06. AÇÃO AJUIZADA ANTERIORMENTE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTOS. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA 283/STF. APLICAÇÃO.

[...]

3. Na forma dos precedentes desta Corte Superior de Justiça, não se pode ter como prequestionado tema federal suscitado apenas em sede de embargos de declaração, os quais se mostram inadequados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para propiciar discussão de matéria nova.

[...]

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.133.269/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 3/8/11)

No que diz respeito ao art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, ousou divergir do ilustre Ministro Relator Benedito Gonçalves.

Com efeito, demonstrada restou, na espécie, a indevida dispensa do procedimento licitatório para a contratação de serviços publicitários. A tanto, sem que essa dinâmica fática tenha sido refutada pelo acórdão regional, sobressai o seguinte excerto da sentença de primeiro grau (fls. 807/810):

Da irregularidade na contratação

6. Para bem decidir a matéria, calha tecer algumas considerações a respeito das hipóteses de dispensa de licitação, uma vez que, segundo a inicial, os réus firmaram contrato verbal para prestação de serviços publicitários sem o prévio e obrigatório procedimento licitatório. Nesse toar, percebo que, no caso em tela, trata-se de prestação de serviços e realização de compras, cuja contratação exige, em regra, anterior procedimento licitatório, excetuadas as hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação.

7. Vejo, desta forma, ser inaplicável a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, II da lei 8.666/93 aos serviços de criação, produção, gravação, edição em ilha não-linear, computação gráfica e locução de VT de 30", bem como a veiculação do mesmo na TV Gazeta, uma vez que os serviços contratados são classificados como de publicidade e divulgação, para cuja contratação a licitação prévia é sempre exigível. Transcrevo o texto da lei:

[...]

8. Demais disso, a inexigibilidade de licitação também é insustentável diante da viabilidade de competição para a prestação de tais serviços, de forma que, havendo possibilidade de concorrência, existe, inequivocamente, mais de uma pessoa jurídica capaz de atender às necessidades da Administração.

9. A inexigibilidade de licitação, portanto, só se configura quando ausentes os pressupostos lógicos ou fáticos da licitação, inviabilizando-a, o que não vislumbro no caso concreto. Deste modo, vencida a hipótese de inexigibilidade, resta apreciar o cabimento da dispensa de licitação, regulado pelo art. 24 da lei 8.666/93, o qual apresenta rol taxativo em que é dispensado tal procedimento.

10. Percebo que, para a natureza do serviço prestado pela Antares



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Publicidade Ltda., seria cabível a dispensa de licitação prevista no art. 24, II, da referida lei, a qual se limita ao valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), posto que 10% (dez por cento) do limite previsto para a contratação na modalidade de convite para compras e serviços não referidos no art. 23, I (obras e serviços de engenharia).

11. Verifico que os serviços de criação, produção e veiculação de VT de 30" para divulgar o vestibular do IFAL não se enquadram no limite previsto pelo texto normativo, uma vez que totalizaram R\$ 11.963,00 (onze mil, novecentos e sessenta e três reais, cf. documento de fls. 41), valor que extrapola os R\$ 8.000,00 (oito mil reais) permitidos pela lei para que se dispense o procedimento licitatório. Contudo, a produção de 4.000 (quatro mil) pastas com verniz e laminação fosca perfez um valor de R\$ 7.875,00 (sete mil, oitocentos e setenta e cinco reais, cf. documento de fls. 41), enquadrando-se na hipótese de dispensa de licitação, porquanto dissociada dos serviços de publicidade.

12. Daí, vislumbro a ocorrência de contratação irregular dos serviços de criação, produção, gravação, edição em ilha não-linear, computação gráfica e locução de VT de 30" e da veiculação do mesmo na TV Gazeta no período de janeiro de 2004, cuja repercussão financeira se deu no valor de R\$ 11.963,00 (onze mil, novecentos e sessenta e três reais).

13. Verificada a existência de irregularidade na contratação, a qual deveria ter se submetido à prévia licitação, resta saber se esta de fato gerou improbidade administrativa imputável aos Réus, de forma que, tomando esta como uma conduta, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, de agente público lato sensu que, com benefício direto ou indireto de alguém, causa lesão ao erário, calha analisar se estão presentes todos seus requisitos.

Como se vê, está intacta a moldura fática sobre a qual se delineia a presente controvérsia, qual seja, a de que houve indevida dispensa do procedimento licitatório para a contratação de serviços publicitários, de modo que o reexame de matéria fática, nesse ponto, revela-se totalmente desnecessário.

Quanto à existência ou não do dano causado ao erário por violação ao art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92, a solução da questão, por igual, não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, haja vista que, na esteira de vários precedentes da Segunda Turma desta Corte, nas hipóteses em que reste frustrada a licitude do processo licitatório ou quando haja sua indevida dispensa, o dano ao erário exsurge **in re ipsa**.

A esse respeito, merecem transcrição os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DANO IN RE IPSA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA CONTRATADA CUJO RECURSO NÃO FOI CONHECIDO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECURSO NA QUALIDADE DE TERCEIRA PREJUDICADA. POSSIBILIDADE, POR FORÇA DOS ARTIGOS 3º E 5º DA LEI N. 8.429/1992 E DO ART. 499, § 1º DO CPC. DISPOSITIVOS LEGAIS NÃO PREQUESTIONADOS. SÚMULA N. 211 DO STJ.

[...]

7. O STJ tem externado que, em casos como o ora analisado, "o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de 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 (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação)" (REsp 1280321/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 09/03/2012).

[...]

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 1376524/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 9/9/2014)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ACUMULAÇÃO INDEVIDA DE CARGOS. MERA IRREGULARIDADE. FRAUDE À LICITAÇÃO. REVISÃO DAS JUSTIFICATIVAS DA DISPENSA DO CERTAME. ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTO DA DEMANDA. ART. 11 DA LIA. DISPENSA DE DANO. PREJUÍZOS DECORRENTES DA FRAUDE.

[...]

4. A Ação Civil Pública para apurar a fraude à licitação foi proposta também com amparo no art. 11 da LIA, e tal dispositivo dispensa o dano (lesão ao Erário) como pressuposto da caracterização do ato ímprobo. Não fosse isso, mesmo se considerado o art. 10, VIII, da LIA, evidencia-se o dano in re ipsa, consoante o teor de julgados que bem se amoldam à espécie (REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 9.3.2012; REsp 1.190.189, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; STF, RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994).

[...]

6. Recurso Especial de Eduvaldo Silvino de Brito Marques provido para julgar improcedente o pedido contra ele deduzido. Recurso Especial de José Bernardo Ortiz parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp 1.171.721/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/5/2013)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA DA EMPRESA CONTRATADA. PROVA DO PREJUÍZO. DANO IN RE IPSA. NECESSIDADE DE PRÉVIO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, INACUMULATIVIDADE DE PENAS E IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO QUE FOI RECEBIDO CARENTES DE PREQUESTIONAMENTO. DISCUSSÃO DOS TEMAS NO VOTO VENCIDO. SÚMULA 320/STJ.

[...]

2. Evidenciado no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-processuais descritas pelo Tribunal de origem, a culpa por parte da empresa contratada sem licitação, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12, II, do mesmo diploma. Precedentes.

3. 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. Precedentes da Segunda Turma.

[...]

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp 817.921/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 6/12/2012)

Cabe salientar que tal exegese decorre da conjugada e sistemática interpretação das Leis nº 8.666/93 e nº 8.429/92, uma vez que, enquanto a Lei de Licitações impõe à Administração o dever de contratar a opção comercial mais vantajosa, a Lei de Improbidade reprime a conduta que frustre, com dolo ou culpa, a observância dessa mesma diretriz.

Portanto, a indevida dispensa do procedimento licitatório pelos réus e Diretores do CEFET/AL Mário César Jucá e Maria Eliana Gomes (esta última falecida no curso da lide e sucedida por seu espólio), ao solapar da Administração a possibilidade da escolha de proposta mais vantajosa, impõe ao erário, quando menos, um dano presumido, enquanto consequência do abortamento de um ambiente concorrencial apto a estimular os ofertantes a reduzirem sua margem de lucro.

Destarte, ainda que o serviço ou mercadoria contratados irregularmente tenham sido satisfeitos, mesmo que a "preço de mercado", remanesce o dano ficto ao erário, porque a concepção econômica de um produto vendido a "preço de mercado" não equivale à ideia de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

melhor oferta, porquanto naquela grandeza econômica ("preço de mercado") está embutida a margem de lucro do fornecedor, cujo montante poderia, ao menos em tese, ser reduzido caso fosse franqueada a efetiva possibilidade de competição entre outros concorrentes interessados.

No que se refere às condutas dos réus, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem asseverado que a improbidade é o ato ilegal qualificado pelo elemento subjetivo do agente, sendo indispensável a presença do dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou ao menos culpa nas hipóteses do art. 10 da LIA (caso dos autos).

Na espécie examinada, a celebração de contrato verbal para a realização de serviços publicitários, sem o prévio e obrigatório procedimento licitatório, revela, não há negar, conduta negligente dos agentes públicos e dos representantes da empresa privada na contratação e pagamento à margem dos padrões legais de regência (cf., aliás, consignado na sentença, à fl. 812, item 23).

Nesse passo, convém salientar que os réus Wilmar Bandeira Soares e Jair Rogério de Lima, representantes da empresa contratada - Antares Publicidade Ltda., **não** podem se eximir da responsabilidade que lhes é imputada, sob o fundamento de que somente aos agentes públicos recairia o dever de observar a exigência legal do procedimento licitatório. Com efeito, sobretudo em negócios firmados com o Poder Público, o particular, é curial, não se exonera de também agir consoante padrões de legalidade, honestidade, impessoalidade e moralidade, sendo certo que aqueles particulares não desconheciam a necessidade de que deveria ter-se observado, na espécie, o acesso a outros possíveis licitantes.

Passa-se, pois, à dosimetria das cabíveis sanções.

Desde logo, em linha com o entendimento expresso no parecer do *Parquet* federal, subscrito pela Subprocuradora-Geral Sandra Cureau, cumpre ressaltar que a ausência de dano concreto e mensurável ao erário, só por si, não impede o enquadramento da conduta do implicado (agente público ou particular) nas hipóteses elencadas no art. 10 da Lei nº 8.429/92 ("atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário"). Tal conclusão decorre da letra do art. 21, I, da mesma LIA, onde se lê que a aplicação de suas sanções independe "da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento". Logo, em situações como a vertida nos presentes autos, em que o dano é ficto (*in re ipsa*), possível será o enquadramento da conduta do envolvido no art. 10, com a única restrição de não se lhe poder aplicar, dentre as diversas penalidades previstas no inc. II do art. 12, aquela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consubstanciada no "ressarcimento integral do dano", sendo admissível, de resto, a imposição de quaisquer das demais reprimendas cominadas no referido inciso II.

Feita essa necessária e preliminar observação, e tendo por configurada a culpa na conduta dos réus recorridos (tipificada no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92), conclui-se pela procedência da ação em relação a Mário César Jucá, Wilmar Bandeira Soares e Jair Rogério de Lima, a serem sancionados com suporte no art. 12, II, da LIA. Inexistindo espaço para a aplicação de penas pecuniárias, a ação resta extinta em relação à ré Maria Eliana Gomes, já falecida.

Nessa medida, em atenção ao critério da proporcionalidade, aplica-se ao réu Mário César Jucá (à época dos fatos Diretor do CEFET/AL) a pena consistente na suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 5 (cinco) anos. Relativamente aos réus Wilmar Bandeira Soares e Jair Rogério de Lima (então representantes da contratada Antares Publicidade Ltda.), aplica-se-lhes a penalidade consubstanciada na impossibilidade de contratar com o Poder Público Federal pelo período de 5 (cinco) anos.

Ante o exposto, conheço e provejo o agravo regimental do Instituto Federal de Alagoas (sucessor do CEFET/AL) para, em consequência, dar parcial provimento ao seu recurso especial, nos termos da fundamentação supra. Os condenados suportarão, *pro rata*, as custas processuais e os honorários advocatícios da parte autora, que, nos limites do art. 20, § 3º, do CPC, arbitro em 10% sobre o valor da causa, a ser atualizado consoante os padrões do manual de cálculo da Justiça Federal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0328823-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.406.949 / AL**

Números Origem: 10004398 200780000056042 20078000005604201 548980

EM MESA

JULGADO: 03/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
RECORRIDO	: MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO	: ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
RECORRIDO	: JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR	: JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
AGRAVADO	: MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO	: ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
AGRAVADO	: JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S)
AGRAVADO	: MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR	: JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista divergente do Sr. Ministro Sérgio Kukina dando provimento ao agravo regimental para, em consequência, dar parcial provimento ao recurso especial, no que foi acompanhado pela Sra. Ministra Regina Helena Costa e os votos dos Srs. Ministros Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Napoleão Nunes Maia Filho negando provimento ao agravo regimental, pediu vista para nova análise o Sr. Ministro Benedito Gonçalves, Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2013/0328823-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no REsp 1.406.949 / AL**

Números Origem: 10004398 200780000056042 20078000005604201 548980

PAUTA: 18/10/2016

JULGADO: 18/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
RECORRIDO	: MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO	: ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
RECORRIDO	: JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S) - AL007339
RECORRIDO	: MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR	: JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE ALAGOAS
REPR. POR	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
AGRAVADO	: MÁRIO CÉSAR JUCÁ E OUTROS
ADVOGADO	: ALBERTO JORGE OMENA VASCONCELOS E OUTRO(S)
AGRAVADO	: JAIR ROGÉRIO DE LIMA E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL FELIPE BRABO MAGALHÃES E OUTRO(S) - AL007339
AGRAVADO	: MARIA ELIANA GOMES - ESPÓLIO
REPR. POR	: JAIR FRANCISCO DE SOUSA LIMA
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Sérgio Kukina (voto-vista) e Regina Helena Costa, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator (voto-vista).