



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.585 - RJ (2011/0253769-2)

RELATOR : MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)
AGRAVANTE : JOÃO LUIZ PINTO DA NÓBREGA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO CARLOS GONÇALVES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : DAYSE NOGUEIRA MONASSA
ADVOGADO : FÁBIO MEDINA OSÓRIO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO. ART. 25 DA LEI 8.666/93. EXCEPCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DO ART. 10 DA LIA. CARACTERIZAÇÃO DO DANO *IN RE IPSA*. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS AFASTADA. CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PROIBIÇÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. PERSISTÊNCIA DAS SANÇÕES TÍPICAS DA IMPROBIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESCARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. A contratação direta de serviços de advocacia deve estar vinculada à notória especialização do prestador do serviço e à singularidade do objeto contratado (hipóteses incomuns e anômalos), caracterizando a inviabilidade de competição (Lei 8.666/93 – arts. 25, II e 13, V), avaliada por um juízo de razoabilidade, o que não ocorre quando se trata de advogado recém-formado, sem experiência profissional.

2. 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.

3. 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.

4. 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).

5. As regras das modalidades licitatórias objetivam assegurar o respeito à economicidade da contratação, à igualdade dos licitantes, à impessoalidade e à moralidade, entre outros princípios constantes do art. 3º da Lei 8.666/93.

6. A alteração das conclusões a que chegou a Corte de origem, no sentido de que ficou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caracterizada a litigância de má-fé, exigiria reexame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em sede de recurso especial a teor da Súmula 7 do STJ.

7. Agravo regimental desprovido.

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, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Prestou esclarecimentos sobre matéria de fato o Dr. JOÃO LUIZ PINTO DA NOBREGA, pela parte: AGRAVANTE: JOÃO LUIZ PINTO DA NÓBREGA.

Brasília, 16 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

MINISTRO OLINDO MENEZES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.585 - RJ (2011/0253769-2)

RELATÓRIO

Exmo. Sr. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) - Relator: — João Luiz Pinto da Nóbrega interpôs recurso especial contra acórdão do TJ/RJ, que negou provimento à sua apelação (fls. 1.124/1.131).

Além da divergência jurisprudencial, a insurgência está fundada na violação dos arts. 10 e 21, I, da Lei 8.429/92; 13, V, e 25, II, da Lei 8.666/93; 40, II, do CPC c/c 7º, XV e XVI, da Lei 8.906/94; e 17 e 535 do CPC.

Não admitido o recurso na origem (fls. 1.669/1.691), sobreveio agravo de instrumento, ao qual o Ministro Hamilton Carvalhido deu provimento, determinando a subida dos autos principais, para melhor exame do recurso (Ag 1.394.338/RJ - fls. 1.768/1.771).

Distribuído o recurso especial ao Ministro Francisco Falcão, foi proferida decisão monocrática negando-lhe seguimento (fls. 1.788/1.794). Interposto agravo regimental o (então) relator reconsiderou a decisão anterior e proferiu uma nova decisão, para dar parcial provimento ao recurso especial e desconstituir a decisão na parte em que determinara a restituição de valores ao erário, mantendo em tudo mais o acórdão recorrido.

A decisão, naquilo que se faz necessário à sua compreensão, ostenta a seguinte fundamentação:

Compulsando os autos, verifico que a petição de recurso especial foi protocolizada em 28.05.2010, antes, portanto, do trânsito em julgado da decisão mencionada. Se esta é a primeira oportunidade que tem o agravante de falar nos autos após o fato que noticia, mostra-se tempestiva a argumentação, pelo que há de ser considerada.

Observo que a decisão conexa ao presente feito foi assim ementada:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. NULIDADE DE CONTRATO FIRMADO SEM LICITAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE CONTRAPRESTAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO INDEVIDO.

1. "Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública (REsp 728.341/SP)" (REsp nº 1.184.973/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, in DJe 21/10/2010).

Como se vê, de fato, esta Corte entendeu que no caso em epígrafe, tendo havido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestação de serviços, a restituição dos valores recebidos mostra-se indevida. Em se tratando de coisa julgada material, não há como, no caso em apreço, considerar devida a restituição, mediante a conclusão de que o serviço não teria sido prestado.

Esta Corte tem sólida jurisprudência no sentido de que uma vez tendo sido prestado o serviço, a restituição dos valores recebidos importaria em enriquecimento ilícito da Administração. Por todos os precedentes, veja-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. DANO AO ERÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. CONTRADITA. NÃO ACOLHIMENTO. TESTEMUNHA. IMPEDIMENTO NÃO DEMONSTRADO. DEFESA PRÉVIA. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. QUANTIA PAGA A TÍTULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DEVOLUÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS INDEVIDA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. O magistrado pode, com base no livre convencimento motivado, indeferir a produção de provas que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias para o regular andamento do processo.

2. É correta a decisão do magistrado que não acolhe a contradita quando não demonstrado o fato impeditivo da oitiva da testemunha.

Ademais, a pretensão da defesa na declaração de impedimento implica, necessariamente, revolvimento de material fático-probatório, procedimento vedado, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Não há falar em nulidade do processo quando não demonstrado nenhum prejuízo em decorrência da inobservância da defesa prévia estabelecida no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92. Aplicável, no caso, o princípio do *pas de nullité sans grief*.

4. Da interpretação sistemática da Lei 8.429/92, especialmente do art. 17, § 10, que prevê a interposição de agravo de instrumento contra decisão que recebe a petição inicial, infere-se que eventual nulidade pela ausência da notificação prévia do réu (art. 17, § 7º) será relativa, precluindo caso não arguida na primeira oportunidade.

5. "Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública" (REsp 728.341/SP).

6. Recursos especiais parcialmente providos tão somente para excluir da condenação a obrigação de devolver ao erário o valor referente à contraprestação de serviços.

(REsp 1184973/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 21/10/2010)

Se é assim, sob pena de prolação de decisão conflitante com outra transitada em julgado, o presente agravo deve ser provido no particular, com a reconsideração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da decisão agravada.

Isto posto, DOU PROVIMENTO ao agravo regimental, para RECONSIDERAR a decisão agravada e, nos termos do art. 551, § 1º-A, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial e desconstituir a decisão que reconheceu a obrigatoriedade de restituição de valores ao Erário, mantendo em tudo mais o acórdão recorrido (fls. 1.856/1.858).

Contra essa nova decisão também foi interposto agravo regimental, sob a tese de que, afastada ao ressarcimento pela ausência de prejuízo, também não devem subsistir as demais condenações – suspensão do direitos políticos e proibição de contratar com o poder público, ambas por cinco anos –, pois a para a incidência do art. 10 da Lei 8.429/92 (atos que importem prejuízo ao erário), o dano ao erário figura como condição essencial para a configuração do tipo e para aplicação das respectivas penas descritas no artigo 12.

No desdobramento dessa tese, e no que lhe é essencial, são deste teor as razões do recurso:

Destarte, em que pese irretocável a r. Decisão ora agravada no que tange ao afastamento da condenação pela ausência de prejuízo firmada pela Corte, ela também deveria ter decidido por afastar as demais condenações juridicamente decorrentes, pois uma vez não existindo prejuízo ao erário, não há improbidade por prejuízo (art. 10, LIA); e não se configurando o respectivo tipo, não há como se manter quaisquer que sejam as condenações que dele decorrem.

Por isso a interposição do presente Agravo Regimental: a fim de que o Nobre Relator possa reconsiderar a manutenção das demais condenações, já aplicou o posicionamento firmado pela Corte, a qual afastou o suposto prejuízo alegado pelo Ministério Público no caso concreto.

(...)

Dessa forma, respeitosamente, merece ser revista a compreensão frente ao efetivo posicionamento desta C. Turma sobre o fato e sobre a matéria, na medida em que restou decidido inexistir dano no caso, e os motivos dessa conclusão foram a verificação de que *"contraprestação pelos serviços prestados não desbordou dos limites do razoável"*, julgamento esse que repercute na presente ação de improbidade ajuizada com fulcro exclusivo no art. 10 da LIA, não levando a outra conclusão senão sua extinção, com o consequente afastamento das penas, inclusive a de ressarcimento.

(...)

Em ação de improbidade administrativa fundada exclusivamente no art. 10 da Lei de regência (*atos que importem prejuízo ao Erário*), as penalidades legais fixadas - seja a condenação ao ressarcimento de valores, como as penas não pecuniárias, tais como a proibição de contratar com o Poder Público, e a perda de direitos políticos - possuem como fundamento material e premissa lógica a existência de prejuízo ao Erário.

Para incidência do artigo 10 da Lei 8.429/92, o dano ao Erário é condição essencial para a configuração do tipo e para aplicação das penas descritas no artigo 12, porque o artigo 10 alcança *atos que importem prejuízo ao erário*. Ao dispor do artigo 10 o legislador buscou coibir atos que sejam prejudiciais aos cofres públicos. Por esta razão, a ausência do prejuízo ao erário afasta o ressarcimento e impossibilita a imposição das penas descritas no artigo 12 da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8.429/92.

(...)

E assim, na medida em que o fato concreto não se subsume ao tipo previsto na Lei que rege a Improbidade Administrativa, no qual se fundou a ação, outra conclusão não há como se chegar senão a extinção do processo e consequente afastamento das condenações.

(...)

Dentre outras violações legais, o Recurso Especial demonstra fundamentalmente que o art. 10 da Lei 8.429/92 restou infringido pelo acórdão recorrido, uma vez que tal dispositivo exige como requisito para sua configuração a existência efetiva de prejuízo ao Erário, não este podendo ser presumido, o que fez a Corte *a quo*. Com isso, também estaria violado o art. 21, I, da Lei 8.429/92, frente à afirmada ausência de dano ao Erário e o consequente descabimento do ressarcimento.

(...)

Ainda, também se demonstrou que haveria violação ao art. 40, II, do CPC c/c 7º, XV, da Lei 8.906/94 e 17 do CPC, no tocante à punição indevida que restou imputada ao advogado por exercer seu direito de pedido de vista.

(...)

Além disso, o Recurso Especial também foi interposto com base na alínea "c", demonstrando em cotejo analítico, dentre outros, que o e. STF se posicionou no sentido de que não há dolo na dispensa de licitação para contratação direta de serviços de advocacia, sendo certo que o acórdão recorrido afirma que a dispensa do procedimento licitatório nesse caso "*por si só*" já implica em improbidade administrativa - *análise objetiva do ato de improbidade*.

(...)

Mesmo em que pese o fato superveniente à interposição do presente Recurso Especial (julgamento definitivo do fato desta demanda - REsp 1055031), que traz repercussão inegável a este processo, cujos efeitos apenas parcialmente reconheceu o nobre Relator, certo é, ainda, que a decisão monocrática agravada deixa de enfrentar os efeitos da inexistência de prejuízo para a imposição da condenação com base no art. 10 da LIA.

Ou seja: o Recurso Especial admitido apenas julgou a condenação de ressarcimento de valores, afastando-o. Contudo, não há qualquer fundamentação que justifique a manutenção do acórdão recorrido nos demais termos.

Por isso, também merece conhecimento e provimento o presente Agravo Regimental, para que a respeitável decisão contenha os fundamentos que levaram o d. Julgador a manter as condenações impostas no acórdão recorrido diante da ausência de prejuízo ao erário, apreciando e julgando os fundamentos recursais apresentados em atenção ao disposto no art. 93, IX, da CRFB/88, ocasião que permitirá, inclusive, sua reconsideração quanto à existência da improbidade e o afastamento das suas decorrências, medida que se impõe (fls. 1.882/1.891).

Requer a reconsideração da decisão questionada, ou a apreciação da matéria pelo Colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.585 - RJ (2011/0253769-2)

VOTO

Exmo. Sr. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) - Relator: — Cuida-se, na origem, da ação de improbidade administrativa da autoria do MP/RJ, em face de **Dayse Nogueira Monassa e João Luiz Pinto da Nóbrega**, pela prática de ato de improbidade administrativa.

A imputação consiste na contratação, sem processo licitatório (Lei 8.429/92 – art. 10, VIII), do escritório de advocacia Nóbrega Direito Empresarial, representado pelo segundo réu, sócio cotista, que (supostamente) foi beneficiado diretamente pelo contrato (fl.04 e-STJ). Os serviços deveriam se prestados à CLIN – Companhia de Limpeza Niterói.

A sentença acolheu o pedido condenando Dayse Nogueira Monassa e João Luiz Pinto da Nóbrega, nos seguintes termos:

Pelo exposto julgo procedente o pedido formulado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na presente Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa para condenar os réus, Dayse Nogueira Monassa e João Luiz Pinto da Nóbrega, nas penas do artigo 10, VIII c/c artigo 12 da Lei 8.429/92, inciso II, por terem firmado contrato de prestação de serviços, sem a devida licitação pública, em prejuízo ao erário e em consequência, julgo extinto o feito com julgamento do mérito, na forma do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Considerando as circunstâncias dos fatos comprovados nos autos e o grau de culpabilidade de cada um dos réus passo a fixar as penas na forma do artigo 12, II, da Lei 8.429/92.

Em relação à 1ª ré Dayse Nogueira Monassa:

Tendo em vista sua qualidade de Diretora Presidente da Empresa Pública, portanto, autoridade pública, e como tal, adstrita ao cumprimento e à defesa dos valores e princípios constitucionais fundamentais da administração pública, quais sejam, da legalidade, impessoalidade moralidade, publicidade e eficiência administrativa, que foram dolosamente violados com a contratação mencionada na inicial, efetivada sem o procedimento licitatório estatuído no inciso 37 XXI do CRFB;

Suspendo seus direitos políticos por 8 anos, proibindo-a de contratar com o Poder Público pelo mesmo período.

Condeno-a a restituir aos cofres públicos o valor integral do dano qual seja R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) o valor do contrato mencionado na inicial, pago ao 2º réu, e o valor dos honorários de êxito correspondente a 20% (vitne por cento) do valor total das causas, que segundo a inicial, eram de R\$ 16.906.908,25 (dezesesseis milhões, novecentos e seis mil, novecentos e oito reais e vinte e cinco centavos) repassados ao 2º durante a vigência do contrato ilegalmente firmado a serem revertidos a CLIN - Companhia de Limpeza Niterói.

Em relação ao 2º réu João Luiz Pinto da Nóbrega:

Tendo em vista a comprovação de que o réu é advogado que embora recém formado e sem experiência profissional, tinha conhecimento jurídico suficiente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para avaliar as consequências de sua conduta, não tendo no curso do processo alegado a seu favor qualquer circunstância que afastasse sua culpabilidade nos fatos narrados na inicial cuja gravidade é incontestável, e que causou enorme prejuízo ao erário público.

Suspendo seus direitos políticos por 5 anos, proibindo-o de contratar com o Poder Público pelo mesmo período.

Condeno-o a restituir aos cofres públicos, de forma solidária, o valor integral do dano qual seja R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais) o valor do contrato mencionado na inicial e o valor de correspondente aos ônus sucumbenciais que lhe foram repassados durante a vigência do contrato ilegalmente firmado a serem revertidos para CLIN - Companhia de Limpeza Niterói.

Condeno os réus ao pagamento das custas judiciais e dos honorários advocatícios em 10% do valor da condenação revertidos ao Fundo Especial do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (fls. 660/661).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro negou provimento a ambas as apelações apresentadas, em acórdão assim ementado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. EXCEÇÃO NECESSÁRIA QUANDO NÃO HÁ POSSIBILIDADE DE COMPARAÇÃO ENTRE OS COMPETIDORES, TENDO EM VISTA QUE UM DOS CONTENDORES REÚNE QUALIDADES TAIS QUE O TORNAM ÚNICO, EXCLUSIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMOS PUGNAM PELA REFORMA DO JULGADO. DA LEITURA DAS PROVAS DOS AUTOS, RESTOU EVIDENCIADO QUE OS APELANTES LESARAM O ERÁRIO PÚBLICO. VERIFICA-SE QUE NÃO FORAM RESPEITADOS OS LIMITES IMPOSTOS PELA CARTA MAGNA. DEVEM SER IMPOSTAS AOS RÉUS AS SANÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 12, INCISO II, DA LEI 8.429/92. PUNIÇÃO DE ACORDO COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRELIMINARES REJEITADAS. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS (fl. 1.125).

Seguiram-se embargos de declaração (fls. 1.137/1.138, 1.149/1.157 e 1.159/1.173), os quais foram rejeitados (fls. 1.177/1.181).

Ambas as partes interpuseram recurso especial (fls. 1.184/1.288 e 1.498/1.545), não admitidos (fls. 1.669/1.691). Segundo já relatado, João Luiz Pinto da Nóbrega interpôs agravo de instrumento (Ag 1.394.338/RJ) ao qual o Ministro Hamilton Carvalhido deu provimento, determinando a subida dos autos principais, para melhor exame do recurso (fls. 1.768/1.771).

De início, o Ministro Francisco Falcão (então relator) negou seguimento ao recurso especial, mas, no âmbito de agravo regimental, reconsiderou a decisão, pela seguinte motivação:

Nas razões recursais, o agravante aduz a superveniência de fato relevante, qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja, o trânsito em julgado, em 03.06.2011, de decisão desta Corte Superior que, relativamente ao mesmo fato, atestou a inexistência de obrigação de restituir os valores recebidos, em feito onde figurava como ré a sociedade de advogados da qual faz parte o agravante (REsp n.º 1.055.031).

Reputa, então, que se foi afastada a condenação à devolução dos valores em relação à sociedade de advogados, também deveria sê-la em relação a si, pois, repita-se, o fato seria o mesmo.

(...)

Em se tratando de coisa julgada material, não há como, no caso em apreço, considerar devida a restituição, mediante a conclusão de que o serviço não teria sido prestado.

Esta Corte tem sólida jurisprudência no sentido de que uma vez tendo sido prestado o serviço, a restituição dos valores recebidos importaria em enriquecimento ilícito da Administração. Por todos os precedentes, veja-se:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/92. DANO AO ERÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. CONTRADITA. NÃO ACOLHIMENTO. TESTEMUNHA. IMPEDIMENTO NÃO DEMONSTRADO. DEFESA PRÉVIA. PREJUÍZO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. QUANTIA PAGA A TÍTULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. DEVOLUÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS INDEVIDA. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. O magistrado pode, com base no livre convencimento motivado, indeferir a produção de provas que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias para o regular andamento do processo.

2. É correta a decisão do magistrado que não acolhe a contradita quando não demonstrado o fato impeditivo da oitiva da testemunha.

Ademais, a pretensão da defesa na declaração de impedimento implica, necessariamente, revolvimento de material fático-probatório, procedimento vedado, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Não há falar em nulidade do processo quando não demonstrado nenhum prejuízo em decorrência da inobservância da defesa prévia estabelecida no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92. Aplicável, no caso, o princípio do pas de nullité sans grief.

4. Da interpretação sistemática da Lei 8.429/92, especialmente do art. 17, § 10, que prevê a interposição de agravo de instrumento contra decisão que recebe a petição inicial, infere-se que eventual nulidade pela ausência da notificação prévia do réu (art. 17, § 7º) será relativa, precluindo caso não arguida na primeira oportunidade.

5. "Havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública" (REsp 728.341/SP).

6. Recursos especiais parcialmente providos tão somente para excluir da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação a obrigação de devolver ao erário o valor referente à contraprestação de serviços.

(REsp 1184973/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 21/10/2010)

Se é assim, sob pena de prolação de decisão conflitante com a outra transitada em julgado, o presente agravo deve ser provido no particular, com a reconsideração da decisão agravada (fls. 1.856/1.857).

Nesse cenário, a questão que remanesce consiste em saber se, afastada a obrigação de ressarcimento do dano, pela empresa de advogados e pelo recorrente, devem subsistir (ou não) as demais sanções típicas da improbidade de suspensão dos direitos políticos da proibição de contratar com o poder público, ambas pelo prazo de cinco anos.

A resposta é positiva. A dispensa do ressarcimento, pelo fato de os serviços terem sido prestados, não afasta 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).

As regras das modalidades licitatórias objetivam assegurar o respeito à economicidade da contratação, à igualdade dos licitantes, a impessoalidade e a moralidade, entre outros princípios constantes do art. 3º da Lei 8.666/93.

O entendimento adotado por esta Corte é o de que, embora a condenação em ressarcimento seja considerada indevida, por ter havido a prestação do serviço, a dispensa indevida de licitação não deixa de ocasionar o chamado dano *in re ipsa*, decorrente da supressão do procedimento licitatório para contratar diretamente serviços de advocacia, sem contudo demonstrar a singularidade do objeto contratado e a notória especialização.

Se a licitação tivesse sido instaurada o Poder Público teria (eventualmente) melhores condições de selecionar uma proposta mais vantajosa, além de garantir o princípio da igualdade em relação a todos aqueles que com ele quisessem contratar.

Nesse sentido, e com as devidas mudanças, sirvam de ilustração os seguintes precedentes desta Corte, entre outros:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE À LICITAÇÃO. PROJETO PEDAGÓGICO DE INFORMÁTICA. COMPRA E VENDA ENCOBERTA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL AFASTADA EM PRECEDENTE ANÁLOGO NA ESFERA PENAL. ALÍNEA "A". DISPOSITIVOS QUE NÃO INFIRMAM O ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STJ. DIVERGÊNCIA SOBRE A EXISTÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 284/STF.

(...)

5. A fraude à licitação tem como consequência o chamado dano *in re ipsa*, reconhecido em 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12.8.1994).

6. Em relação ao elemento subjetivo, o Recurso Especial limita-se a afirmar: *"para que haja condenação por ato de improbidade é necessário que exista prova da má-fé dos recorrentes, pois, d.m.v., não comete enriquecimento ilícito o agente público que, por ação ou omissão, não cometeu conduta ilícita com dolo ou culpa grave e nem obteve acréscimo de bens ou valores no seu patrimônio em detrimento do erário público"*. A natureza descritiva, sem correlação com o conteúdo da demanda ou do acórdão recorrido e sem indicação de dispositivo violado, recomenda a aplicação da Súmula 284/STF.

7. Agravo Regimental não provido (AgRg nos EDcl no AREsp 178.852/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 22/05/2013).

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.

1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de improbidade para pleitear, também, o ressarcimento do erário. Súmula 329/STJ e Precedentes.

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.

4. Carecem de prequestionamento dos temas jurídicos relativos às alegações de necessidade de prévio procedimento administrativo, de inacumulatividade de determinadas penas e de impossibilidade de restituição integral de todos os valores recebidos, incidindo, no caso, a Súmula 320/STJ.

5. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (REsp 817.921/SP, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 06/12/2012).

O fato de considerar indevida a restituição, mediante a conclusão de que o serviço fora prestado, não desqualifica a infração inserida no artigo 10, VIII, da Lei 8.429/92 como dispensa indevida de licitação.

A contratação direta de serviços de advocacia deve estar vinculada à notória especialização do prestador do serviço e à singularidade do objeto contratado (hipóteses incomuns e anômalos), caracterizando a inviabilidade de competição (Lei 8.666/93 – arts. 25, II e 13, V), avaliada por um juízo de razoabilidade, o que não ocorre quando se trata de advogado recém-formado, sem experiência profissional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A contratação de serviços advocatícios sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade de licitação, gera (repita-se) 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.

A propósito, consta expressa e objetivamente do acórdão de origem agora em revisão:

Como devidamente comprovado nos autos e como consta do julgado, a empresa pública contava com setor jurídico, composto de advogados admitidos mediante aprovação em concurso público de provas e títulos, sendo, assim, plenamente capacitados a defender a empresa em juízo, especialmente em matéria empresarial, administrativa e tributária.

Segundo o cenário probatório trazido aos autos, a cópia da carteira funcional de JOÃO LUIZ PINTO DA NÓBREGA, principal beneficiário do contrato, demonstrou ser recém-formado - colocou grau em 29 set 2000, só tendo obtido seu registro funcional, após se submeter a três exames da OAB/RJ, em 23 mar 2001 (fls. 143), data da emissão de sua habilitação, portanto, exatamente 12 dias antes de data em que firmou o contrato de prestação de serviços com a empresa pública à época dirigida por DAYSE NOGUEIRA MONASSA.

Portanto, inexistente qualquer razão plausível que justifique a contratação de escritório de advocacia terceirizado, cuja especialização sequer restou comprovada nos autos, a afastar a alegada inexigibilidade de licitação.

Desta forma, oportuno se torna evidenciar que não foi respeitada a norma prevista no artigo 25 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), que afirma ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

Os documentos acostados aos autos demonstram que realmente ocorreu o fato que desencadeou adequadamente a propositura da presente ação civil pública.

Conduta que atenta contra os princípios da administração pública, a violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade (fls.1.129).

O ato praticado está corretamente configurado como o ato de improbidade administrativa estampado no artigo 10, "caput" e inciso VIII, da Lei 8.429/92. Embora excluída a condenação ao ressarcimento dos valores recebidos, por implicar enriquecimento ilícito, a contratação diretamente dos serviços de advocacia, com dispensa de licitação, sem demonstração da singularidade do objeto contratado e a notória especialização, fere o dever de o administrador público agir conforme os preceitos legais aplicáveis ao caso, cabendo aos julgadores impor as sanções descritas na lei.

No que se refere à suposta divergência jurisprudencial, a parte recorrente deixou de proceder ao necessário cotejo analítico entre os arestos confrontados, com o escopo de demonstrar que os casos partiram de situações fáticas e jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes.

Por fim, quanto à alegada "punição indevida que restou imputada ao advogado por exercer seu direito de pedido de vista" (fl. 1.890), o acórdão recorrido assim se manifestou a respeito da questão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por oportuno, identifico o comportamento do segundo réu, como indubitavelmente comprometedor da litigância de má fé, porquanto, na véspera do julgamento deste recurso (16.03.10), por seu novo advogado, Dr. Sylvio Mário de Lossio Brasil, apresenta um pedido, contudo indeferido por este Relator, de vista dos autos por 30 dias e de adiamento da assentada ao pretexto de recebimento de outorga de substabelecimento da então advogada constituída, patrono este que, no dia seguinte, substabelece ao Dr. Carlos Alberto Carlos Gonçalves, o qual se presta a requerer ajuntada do novo instrumento e a formular o mesmo pedido de vista por 30 (trinta) dias, quando já iniciada a sessão de julgamentos, exatamente nesta data (V. protocolo), atitudes fortes e amplamente caracterizadoras de má fé, tentativa de protelar a solução do feito e dificultar a prestação jurisdicional (fl. 1.131).

Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem (no ponto), de modo a acolher a tese do recorrente, demanda (ria) reexame do acervo fático-probatório dos autos, atraindo o enunciado sumular 7/STJ.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo regimental. Mantida a decisão agravada.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.288.585 - RJ (2011/0253769-2)

RELATOR : MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)
AGRAVANTE : JOÃO LUIZ PINTO DA NÓBREGA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO CARLOS GONÇALVES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : DAYSE NOGUEIRA MONASSA
ADVOGADO : FÁBIO MEDINA OSÓRIO

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Presidente, pelo que pude observar, em outros termos, não houve lesão.

2. Penso que, neste caso, dada a sua especificidade – sem transformar isso em uma regra geral, nem em uma teoria e muito menos em uma doutrina de decisões de improbidade –, torna-se incongruente aplicar-se a sanção por improbidade do art. 10, em uma situação que se reconheceu que não há o que devolver, porque não houve lesão.

3. Pelo exposto, peço vênia a V. Exa. para prover o Agravo Regimental e dar provimento ao Recurso Especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2011/0253769-2 **AgRg no AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.288.585 / RJ

Números Origem: 1079237 107923720028190002 20020020105402 201013515994

EM MESA

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOÃO LUIZ PINTO DA NÓBREGA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO CARLOS GONÇALVES E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : DAYSE NOGUEIRA MONASSA
ADVOGADO : FÁBIO MEDINA OSÓRIO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JOÃO LUIZ PINTO DA NÓBREGA
ADVOGADO : CARLOS ALBERTO CARLOS GONÇALVES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : DAYSE NOGUEIRA MONASSA
ADVOGADO : FÁBIO MEDINA OSÓRIO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Prestou esclarecimentos sobre matéria de fato o Dr. JOÃO LUIZ PINTO DA NOBREGA, pela parte: AGRAVANTE: JOÃO LUIZ PINTO DA NÓBREGA.

CERTIDÃO

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

A Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.