



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 448.442 - MS (2011/0028482-3)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
EMBARGANTE : AIMAR JOPPERT
ADVOGADA : HELOÍSA MENDONÇA E OUTRO(S) - DF000718
EMBARGADO : ÊNIO MARTINS MURAD
ADVOGADO : JOSÉ DA FONSECA SIMÕES FILHO - SP044066
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE BATAGUASSU
ADVOGADO : LUCIANA ROMÃO DE OLIVEIRA FREITAS - SP135776
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. MUNICÍPIO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DO SERVIÇO RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA.

1. Trata-se, na origem, de Ação Popular para anular o contrato firmado diretamente entre o Município de Bataguassu/MS e o advogado, com ressarcimento dos valores recebidos. Em Embargos de Divergência, o causídico insurge-se contra a ordem de devolução da remuneração percebida como contraprestação dos serviços, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração.

2. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, do que decorre a inviabilidade de certame.

3. No caso concreto, verifica-se que, a despeito dos inúmeros precedentes colacionados nos Embargos de Divergência, inexistente similitude fática entre os julgados, pois se reconheceu que "o trabalho efetivamente prestado não exigiu conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido realizado pelos servidores concursados do ente municipal" (fl. 1.796, e-STJ). E, se é verdade que tais servidores poderiam realizar a tarefa, o serviço era desnecessário e o dano ao erário abrange a totalidade dos valores pagos, sobretudo diante da informação de que "o município possuía quadro próprio de advogados" (fl. 1.796, e-STJ).

4. Exemplificativamente, os EREsp 260.821/SP, mencionados no recurso, são claros ao afirmar na própria ementa: "não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade". No REsp 802.378/SP, da Primeira Turma, Relator o então Ministro do STJ Luiz Fux, por exemplo, também citado no recurso, consignou-se que os contratados prestaram regularmente serviços tidos por emergenciais. No REsp 753.039/PR, de igual relatoria, manteve-se acórdão em que "o Tribunal local determinou o pagamento [...] que entendeu valor acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do preço de mercado da obra, obstando a devolução integral. Houve serviço regularmente cumprido, necessário e de boa-fé". Por tal razão a ementa reitera inexistir dano à moralidade administrativa "quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade".

5. Considerando a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao erário, o qual deve ser ressarcido. A leitura do voto condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando assentado que "o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município".

6. Analisando os paradigmas da Primeira Turma apresentados, conclui-se que nenhum consignou a má-fé do prestador de serviços ou a desnecessidade do serviço.

7. Embargos de Divergência não conhecidos, ante a ausência de similitude fática entre os acórdãos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: ""Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, não conheceu dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acórdão, vencidos o Ministro Relator e a Sra. Ministra Assusete Magalhães." Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão."

Brasília, 27 de fevereiro de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0028482-3 **PROCESSO ELETRÔNICO EREsp 448.442 / MS**

Números Origem: 19894 200100837803 200200829956 666437

PAUTA: 27/09/2017

JULGADO: 27/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. .

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : AIMAR JOPPERT
ADVOGADA : HELOÍSA MENDONÇA E OUTRO(S) - DF000718
EMBARGADO : ÊNIO MARTINS MURAD
ADVOGADO : JOSÉ DA FONSECA SIMÕES FILHO - SP044066
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE BATAGUASSU
ADVOGADO : LUCIANA ROMÃO DE OLIVEIRA FREITAS - SP135776
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Contratos
Administrativos

CERTIDÃO

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

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Relator."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 448.442 - MS (2011/0028482-3)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
EMBARGANTE : AIMAR JOPPERT
ADVOGADA : HELOÍSA MENDONÇA E OUTRO(S) - DF000718
EMBARGADO : ÊNIO MARTINS MURAD
ADVOGADO : JOSÉ DA FONSECA SIMÕES FILHO - SP044066
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE BATAGUASSU
ADVOGADO : LUCIANA ROMÃO DE OLIVEIRA FREITAS - SP135776
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos por Aimar Joppert contra acórdão prolatado pela Segunda Turma, de relatoria do Min. Herman Benjamin, assim ementado (fl. 1.803/1.804):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular para anular o contrato de prestação de serviços advocatícios sem prévia licitação.
2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
3. Diante da lesividade decorrente da contratação ilegal, é patente o cabimento da Ação Popular.
4. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.
5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.
6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal. Nesse contexto, inexistente violação dos arts. 12 e 23 do Decreto 2.300/1986, vigente à época dos fatos.
7. Ademais, a análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.
8. Quanto à pretensão de que seja afastada a condenação ao ressarcimento do valor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pago, friso que o art. 49 do Decreto-Lei 2.300/1986 e o art. 49 da Lei 8.666/1993, mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais. Com relação ao art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de carecer de prequestionamento, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convenacionados por meio de contratação ilegal.

9. O fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

10. Além disso, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, que deve ser ressarcido. A leitura do voto-condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando consignado que 'o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município'.

11. **Ad argumentandum**, de acordo com o art. 59 da Lei 8.666/1993, a declaração de nulidade de contrato acarreta a desconstituição dos seus efeitos jurídicos. A ressalva ao direito à indenização pelos serviços prestados somente se aplica quando demonstrada a inequívoca boa-fé do contratado. Precedentes do STJ.

12. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

13. *Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido* (fls. 1.803/1.805).

Aduz o embargante que o referido acórdão diverge do entendimento que fora adotado em outros julgados desse STJ, proferidos pela Corte Especial, pela Primeira Seção e pelas Primeira, Terceira e Quarta Turmas, envolvendo questões relativas à presunção de lesividade e condenação à devolução de valores recebidos à título de remuneração por serviços efetivamente prestados.

Distribuídos inicialmente os autos ao Min. Felix Fischer, da Corte Especial, este analisou o alegado dissenso jurisprudencial tão somente em face aos precedentes de sua competência, reservando os demais para posterior apreciação desta Primeira Seção.

Em seu relatório, o citado relator assim bem resumiu as alegações do embargante, senão vejamos (fls. 2.368/2.370):

O embargante aponta divergência jurisprudencial com 26 (vinte e seis) vv. acórdãos, sustentando a existência de seis teses:

a) Presunção de lesividade, ao argumento de que "*em não sendo admitida a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presunção de lesividade no caso, a qual, em decorrência, deve ser anulada, já que tal presunção só foi feita em razão da ausência total e completa de lesão efetiva, concreta, devidamente comprovada, a ação popular proposta fica amparada única e exclusivamente no requisito da pretensa ilegalidade, o que leva ao fatal decreto de improcedência da mesma" (fl. 1.885).

Aponta como divergente os seguintes vv. acórdãos: (1) EREsp 260821/SP, **1ª Seção**, Rel. p/ Acórdão Min. **João Otávio de Noronha**, DJ de 13/2/2006; (2) REsp 185835/RJ, **1ª Turma**, Rel. p/ Acórdão Min. **Garcia Vieira**, DJ de 11/6/2001; (3) REsp 250593/SP, Rel. Min. **Garcia Vieira**, DJ de 4/9/2000; (4) REsp 407075/MG, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 23/9/2002; e (5) REsp 111527/DF, Rel. Min. **Garcia Vieira**, DJ de 20/4/1998.

b) Ressarcimento ao erário - Serviços efetivamente prestados - Inexistência de má-fé. Aduz que agiu com boa-fé no contrato, não devendo prevalecer *"a condenação à devolução dos valores recebidos como contraprestação de serviços tido como efetivamente prestados e em decorrência dos quais o ente público contratante obteve grande proveito econômico"* (fl. 1.901).

Aponta como divergente os seguintes vv. acórdãos: (6) EREsp 575551/SP, **Corte Especial**, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 30/4/2009; (7) REsp 802378/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 4/6/2007; (8) REsp 753039/PR, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 3/9/2007; (9) REsp 1096917/PE, **1ª Turma**, Rel. p/ Acórdão Min. **Luiz Fux**, DJe de 9/10/2009; (10) REsp 547196/DF, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 19/6/2006; (11) REsp 707710/MG, **1ª Turma**, Rel. Min. **Teori Albino Zavascki**, DJ de 7/11/2005; (12) REsp 662924/MT, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 1º/7/2005; (13) REsp 468189/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **José Delgado**, DJ de 12/5/2003; (14) AgRg no REsp 332956/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **Francisco Falcão**, DJ de 16/12/2002; (15) AgRg no REsp 327314/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **Milton Luiz Pereira**, DJ de 28/10/2002.

c) Presunção de má-fé do contratado em contratação posteriormente declarada nula - indiscutível boa-fé. Sustenta que não houve, nem nas instâncias ordinárias, nem no v. acórdão embargado, a imputação de má-fé ao embargante, razão pela qual se o *"Tribunal de origem, não permitiu constatar a boa-fé do contratado, obviamente também não permitiu constatar a sua má-fé, mesmo porque é assente na doutrina e na jurisprudência que esta necessita ser cabalmente provada"* (fl. 1.924).

Aponta como paradigmas os seguintes vv. acórdãos: (10) REsp 547196/DF, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 19/6/2006; (16) REsp 327261/MG, **4ª Turma**, Rel. Min. **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, DJ de 4/2/2002; (17) AgRg no REsp 1064772/SE, **4ª Turma**, Rel. Min. **Fernando Gonçalves**, DJe de 17/8/2009; (18) AgRg no AgRg no Ag 977434/RJ, **3ª Turma**, Rel. Min. **Massami Uyeda**, DJe de 16/4/2009.

d) Não reconhecimento do prequestionamento implícito na questão do ressarcimento ao erário. Alega que *"ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso especial e em havendo nele sido apreciado e decidido o mérito de determinada questão, aplicando-se a ela o direito à espécie, mesmo quando ele é conhecido mas lhe negado provimento, não se exige o prequestionamento de tal questão para que sejam admitidos os embargos de divergência, porque sua existência já está presumida"* (fls. 1.937/1.938).

Traz os seguintes vv. acórdãos para demonstrar a divergência: (19) EREsp 161419/RS, **Corte Especial**, Rel. p/ Acórdão Min. **Ari Pargendler**, DJe de 10/11/2008; (20) EREsp 155621/SP, **Corte Especial**, Rel. Min. **Sálvio de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Figueiredo Teixeira, DJ de 13/9/1999; (21) EREsp 181682/PE, **Corte Especial**, Rel. Min. **Eduardo Ribeiro**, DJ de 16/8/1999.

e) Mitigação do requisito do prequestionamento quando o juízo de admissibilidade foi superado, julgado o mérito e aplicado o direito à espécie. Argumenta que embora a questão do ressarcimento ao erário tenha superado o juízo de admissibilidade, o v. acórdão embargado assentou que quanto a condenação ao ressarcimento do valor pago, o art. 49 do Decreto-Lei n.º 2.300/86 e o art. 59 da Lei n.º 8.666/93 não foram prequestionados.

Indica, como precedente apto a demonstrar a divergência, o (22) EREsp 41614/SP, 2ª Seção, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 30/11/2009.

f) Mitigação dos requisitos legais e regimentais no recurso especial interposto pela divergência, na hipótese de dissídio notório. Sustenta que *"embora os requisitos legais e regimentais tivessem sido obedecidos para possibilitar o conhecimento do recurso especial com base na alínea 'c', do permissivo constitucional, na verdade os mesmos poderiam até mesmo ser dispensados ou mitigados para tanto, tendo em vista que as divergências das questões apontadas, principalmente as relativas à presunção de lesividade e à impossibilidade de ressarcimento ao erário quando o contrato foi declarado nulo mas os serviços foram efetivamente prestados e o contratado não agiu com má-fé, dizem respeito a dissídios notórios"* (fls. 1.951/1.952).

Para configurar a divergência jurisprudencial, colaciona os seguintes vv. acórdãos: (23) EREsp 222525/MA, **Corte Especial**, Rel. Min. **Humberto Gomes de Barros**, DJ de 19/3/2001; (24) AgRg nos EREsp 280619/MG, **Corte Especial**, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJ de 19/12/2003; (25) AgRg no REsp 1014113/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. **José Delgado**, DJe de 23/6/2008; (26) AgRg no Ag 1094395/SP, 3ª Turma, Rel. Min. **Massami Uyeda**, DJe de 20/3/2009.

O recurso foi admitido às fls. 2.601/2.604.

O MPF apresentou impugnação às fls. 2.612/2.640, resumida na seguinte ementa:

1. Contratação de advogado por município com dispensa, não justificada, de licitação discutida em ação popular.
2. Serviço de advocacia para fiscalização do ISS incidente sobre obra de infraestrutura, com honorários avençado e pagos por dois anos na base de 10% (por cento) sobre a arrecadação mensal do imposto municipal.
3. Inconstitucionalidade do contrato reconhecida por decisão transitada em julgado. Devolução dos honorários.
4. Exame de questões de fato e de preceitos legais não prequestionados, não suscetíveis de exame na via dos embargos de divergência por absoluta ausência de similitude fática e jurídica dos paradigmas confrontados.
5. A questão da remuneração pela efetiva prestação do serviço vis a vis o ressarcimento ao erário, somente pode ser avaliada na medida do adequado arbitramento da verba honorária pelo efetivo serviço, algo sequer demandado às autoridades judiciais. Possibilidade do arbitramento no juízo de primeiro grau e do seu abatimento do que fora efetivamente pago pelo município e a ser devolvido pelo embargante.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 448.442 - MS (2011/0028482-3)

VOTO-VENCIDO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Inicialmente, registra-se que "[a]os recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9/3/2016)".

Dito isso, é cediço que os embargos de divergência têm por escopo uniformizar a jurisprudência do Tribunal ante a adoção de teses conflitantes pelos seus órgãos fracionários, cabendo ao embargante a comprovação do dissídio pretoriano nos moldes estabelecidos no art. 266, § 1º, combinado com o art. 225, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

Sob esse enfoque, verifica-se que, como bem assentou a decisão proferida pela Corte Especial, **o embargante aponta divergência jurisprudencial com 26 (vinte e seis) acórdãos, sustentando a existência de seis teses, que podem ser assim resumidas: i)** impossibilidade de presunção de lesividade decorrente da mera nulidade do contrato por falta de licitação; **ii)** impossibilidade de condenação de ressarcimento ao erário dos valores recebidos pelos serviços efetivamente prestados; **iii)** impossibilidade de presunção de má-fé do contratado; **iv)** necessidade de se reconhecer o prequestionamento implícito da questão atinente ao ressarcimento ao erário; **v)** necessidade de se mitigar os requisitos do prequestionamento quando o juízo de admissibilidade foi superado; e **vi)** necessidade de mitigação dos requisitos legais e regimentais no recurso especial interposto pela divergência, na hipótese de dissídio notório

Assim, no que tange à **primeira divergência**, alega o embargante que, em ação popular, é imprescindível a comprovação de lesividade efetiva ao patrimônio público, não sendo aceita a anulação do contrato com base em lesividade presumida.

Defende que o acórdão atacado, ao entender que os prejuízos teriam decorrido da própria contratação ilegal, feita sem a necessária licitação, admitiu que a presunção da lesividade é possível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em ação popular, o que destoa de outros julgados da Primeira Turma e Seção (em especial do Eresp 260.821/SP), que exigem a comprovação da lesividade (efetiva e concreta) do ato mesmo se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

A esse respeito, verifica-se que o acórdão embargado encontra-se em consonância com o entendimento desta Corte, no sentido de que, para o cabimento da Ação Popular, basta a ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material.

É o que se extrai dos seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. ATIVIDADES GENÉRICAS QUE NÃO APRESENTAM PECULIARIDADES OU COMPLEXIDADES INCOMUNS. AUSÊNCIA DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO CONTRATADO E DA SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO POR OFENSA ÀS NORMAS ESPECÍFICAS E AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. RESSARCIMENTO DOS VALORES PORVENTURA RECEBIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Popular proposta por Godoy Antonio Susin contra o Município de Jaraguá do Sul e o escritório de advocacia Cláudio Golgo Advogados Associados S/C, objetivando a declaração de nulidade do contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre os réus, bem como o ressarcimento dos valores recebidos pelo escritório de advocacia.

2. O Juiz de 1º Grau julgou extinto o processo, sem julgamento do mérito, por entender que não ocorreu irregularidade na contratação.

3. O Tribunal a quo negou provimento à Apelação do ora agravado, mantendo a sentença.

4. Contudo, a regra, conforme se infere, é que o patrocínio ou a defesa de causas, judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração.

Em caráter excepcional, verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização, não será exigida a licitação.

5. Assim, havendo inexigibilidade, é possível a contratação de serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. Como a inexigibilidade é medida de exceção, deve ser interpretada restritivamente.

6. A leitura do objeto do contrato mostra, portanto, que as atividades nele descrita - recuperação de receitas sonegadas do ISS incidente sobre as operações de Arrendamento Mercantil ou Leasing (fl. 728), são genéricas e não apresentam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

peculiaridades e/ou complexidades incomuns - nem exigem conhecimento demasiadamente aprofundado, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia.

7. Por isso, podem ser satisfatoriamente executadas por qualquer profissional do direito, e não por um número restrito de capacitados.

8. É inquestionável que existem outros profissionais e escritórios qualificados a prestar esses serviços, portanto, é evidente a ausência da singularidade.

9. Com efeito, a contratação de serviços sem procedimento licitatório quando não caracterizada situação de inexigibilidade viola o art. 25, II, da Lei 8.666/1993, ofendendo os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência que regem a Administração e atentando, a um só tempo, contra o dever de legalidade (= respeito às exigências legais de forma e de conteúdo do ato administrativo), o dever de imparcialidade (= garantia de igualdade de oportunidade, pelo uso de licitação, a todos os administrados em condições de prestar o serviço).

10. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Nesse sentido: REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1º/2/2006, p. 477; REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010, e REsp 1.444.874/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/3/2015.

11. **No mais, quanto à alegação de que não houve efetivo dano ao Erário, esclareço que, para o cabimento da Ação Popular, basta a ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material. Nesse sentido: "mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração"** (REsp 849.297/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2012). A propósito: REsp 1.252.697/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/2/2015.

12. Diante do exposto, foi dado provimento ao Recurso Especial do ora agravado, para declarar nulo o contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre o Município de Jaraguá do Sul e o escritório de advocacia Cláudio Golgo Advogados Asssociados S/C, e para condenar o escritório de advocacia no ressarcimento dos valores porventura recebidos.

13. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp 1.425.230/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 30/05/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APLICABILIDADE DO CPC/1973. NULIDADE DE ATO PÚBLICO. OBJETO DA AÇÃO POPULAR. INTERESSE COLETIVO. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. IRREGULARIDADE E LESIVIDADE DO ATO PRATICADO. IMPRESCINDÍVEL ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

(...)

2. A ação popular é o meio processual a que tem direito qualquer cidadão que deseje questionar judicialmente a validade de atos que considera lesivos ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII, da CF/88). Não se trata, in casu, de tutela de interesse individual, pois a ação popular se prestou a anular ato ilegal praticado pelo Poder Público em afronta à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, ao interesse coletivo, sendo, portanto adequada a via eleita.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, porquanto a lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a Lei 4.717/1965 estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Precedentes.

4. No que concerne ao entendimento do Tribunal de origem quanto à irregularidade do ato e à lesividade ao erário público para propositura da ação popular, o acórdão recorrido se assentou na plausibilidade jurídica do interesse de agir do autor popular, ficando impossibilitada a sua revisão ante o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Por fim, o alegado dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes estabelecidos nos artigos 541, parágrafo único, do CPC/1973 e 255, §§ 1º e 2º do RISTJ, tendo em vista que não foi realizado o devido cotejo analítico, tampouco foi demonstrada a similitude fática entre os julgados.

6. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1504797/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 01/06/2016)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE URBANO COLETIVO DE PASSAGEIROS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. CABIMENTO DA AÇÃO POPULAR. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ADMITIDA A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DO PLENÁRIO. OFENSA AOS ARTIGOS 480 E 481 DO CPC. SÚMULA VINCULANTE 10/STF.

1. A insurgência das recorrentes cinge-se à possibilidade de o Tribunal a quo declarar, em Ação Popular, de forma incidental, por órgão fracionário, a inconstitucionalidade da Lei Municipal 5.432/2001, que concedeu serviços municipais de transporte público e de passageiro sem prévia licitação.

2. Sobre a necessidade de comprovação de dano em Ação Popular, é possível aferir que a lesividade ao patrimônio público é in re ipsa. Sendo cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade, bastando a prova da prática do ato nas hipóteses descritas para considerá-lo nulo de pleno direito.

(...)

6. Recursos Especiais parcialmente providos para anular o acórdão recorrido e determinar que seja observado o procedimento previsto nos artigos 480 e seguintes do CPC (REsp 1559292/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 23/05/2016)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. SEBRAE. CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO DE OBJETO PARA PROVOCAR DISPENSA. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA.

1. Cuida-se os autos sobre ação popular objetivando o reconhecimento da nulidade, em razão da falta de prévia licitação, de quatro contratos firmados, no ano de 2009,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entre o SEBRAE e as empresas recorridas, cujo objeto era a "prestação de serviços de horas técnicas de instrutoria para empreendedores do meio rural" em diferentes municípios de Santa Catarina, inobstante excedido o limite de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) previsto no art. 6o, II, "a", da Resolução CDN nº 39/98, que dispensava a licitação para compras e serviços abaixo do referido valor.

2. Ficou constatado pelo Tribunal a quo que houve o fracionamento indevido das contratações no intuito de burlar a obrigatoriedade do devido processo licitatório.

3. A Corte de origem, apesar de ter reconhecido a ilegalidade na contratação, decidiu que "comprovada a efetiva prestação dos serviços, sem qualquer indício de superfaturamento, a pretensão da ação popular não pode prosperar porque o descumprimento da lei ou do regulamento não dispensa a demonstração da lesividade dos atos impugnados"

4. **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).**

5. **A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, ou seja, a lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.**

6. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.378.477/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 17/03/2014)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DESMEMBRAMENTO DE TERRENO. CONSTRUÇÃO DE RESIDENCIAL. DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE OBRIGAÇÕES. QUESTIONAMENTO DE LICENÇAS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. LESIVIDADE PRESUMIDA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA.

1. Trata-se, originariamente, de Ação Popular movida contra a concessão de licenças de aprovação de projeto de desmembramento e de obras para a construção de residencial em local destinado a atividade turística/hoteleira, conforme consta de termo de obrigações de 1972 gravado na matrícula do bem. O acórdão recorrido afirma que "no caso sub judice, a lesão apontada refere-se à destruição dos jardins do Hotel Intercontinental, projetados pelo paisagista Roberto Burle Marx, de inestimável valor histórico, cultural e paisagístico; como também está indicada na destinação diversa daquela originariamente prevista, no Termo de Obrigações, para a obtenção da licença para construir no terreno". Há notícia de Medida Cautelar inominada conexa. A sentença que indeferiu a inicial foi reformada pelo Tribunal de origem.

RECURSO ESPECIAL DE BROOKFIELD E BRSCAN

2. Houve manifestação sobre a existência de prejuízo a justificar a propositura da demanda, ainda que as recorrentes não concordem com a motivação.

(...)

6. Para o cabimento da Ação Popular, basta a ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material. Nesse sentido: "mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração" (Resp 849.297/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.10.2012). **Confira-se ainda: "A ação popular é instrumento hábil à defesa da moralidade administrativa, ainda que inexista dano material ao patrimônio público.** Precedentes do STJ: AgRg no REsp 774.932/GO, DJ 22.03.2007 e Resp 552.691/MG, DJ 30.5.2005" (REsp 474.475/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe 6.10.2008. No mesmo sentido, os precedentes do STF: RE 120.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.8.99; RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.8.94; RE 170.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 13.8.1999.

7. O debate sobre o indeferimento da inicial indica que se está diante de juízo de delibação. Na presença de dúvida fundada a respeito da lesividade do ato, deve o magistrado permitir o prosseguimento da demanda, como tripla garantia: a) ao autor, que terá oportunidade de robustecer em instrução suas ponderações; b) ao réu, que, finalizado o trâmite processual, obterá resposta definitiva que, se lhe for favorável, estará albergada pela coisa julgada material, em situação de efetiva pacificação, e não meramente formal, como decorre do indeferimento da petição inicial; e c) à coletividade, cuja proteção é a finalidade última da Ação Popular.

8. No mais, a) a efetiva lesividade - os efeitos da construção - é matéria que será dirimida em cognição exauriente; b) o conteúdo preciso do termo de obrigações não foi objeto de análise final pelo acórdão recorrido e não pode ser examinado agora, sob pena de violação da Súmula 5/STJ, embora inequívoca a natureza jurídica propter rem das restrições voluntariamente asusmidas pelos gestores originais do empreendimento hoteleiro; c) o art. 1.299 do CC, que afirma o axioma do direito de construir, e o art. 10 da Lei 6.766/1979 não têm, neste momento processual, comando suficiente para alterar o posicionamento atacado, dado que o cerne da discussão está nos motivos da restrição, apreciados sob enfoque de dimensão diferenciada; d) analisar aqui se a vontade das partes envolvidas teria suplantado/distratado o conteúdo do termo de obrigações demanda reexame de matéria fática, inviável de acordo com a Súmula 7/STJ.

(...)

11. Recursos Especiais não providos (REsp 1252697/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 02/02/2015).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. ART. 535 DO CPC. OFENSA NÃO CONFIGURADA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DOS RECORRIDOS POR ATO DE IMPROBIDADE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR POPULAR. LICITAÇÃO FRAUDULENTA, NA MODALIDADE CARTA-CONVITE E TIPO MENOR PREÇO. OBRA DE TERRAPLANAGEM DE PLATÔ EM BAIRRO DO MUNICÍPIO DE POUSO ALEGRE/MG. VALOR DA OBRA ORÇADO EM R\$ 14.513,20 POR PERITO JUDICIAL. EMPRESA VENCEDORA DA LICITAÇÃO QUE APRESENTA PROPOSTA NO IMPORTE DE R\$ 128.093,68. OFENSA À MORALIDADE ADMINISTRATIVA. CONDENAÇÃO DOS RECORRIDOS NA DEVOLUÇÃO DO VALOR QUE EXTRAVASOU O OBJETO DO CONTRATO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A ofensa ao art. 535 do CPC, somente tem guarida quando o acórdão objurgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se omite na apreciação de questões de fato e de direito relevantes para a solução da causa.

2. O autor popular carece de legitimidade ativa para pleitear a condenação de qualquer pessoa por ato de improbidade administrativa: essa legitimidade pertence somente ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada (art. 17 da Lei 8.429/92).

3. In casu, restaram incontroversos os seguintes fatos: o ex-Prefeito do Município de Pouso Alegre/MG contratou, mediante prévia licitação na modalidade Carta-Convite e tipo Menor Preço (Edital 45/95), serviços com a Construtora recorrida, para a execução da obra de terraplanagem de platô, para implantação de área de lazer no Bairro São João, no valor de R\$ 128.093,68; de acordo com o acórdão prolatado em sede de Apelação, o laudo pericial, contudo, concluiu que o serviço deveria ter o custo de R\$ 14.513,20 (fls. 1.172); sendo que os próprios recorridos afirmaram que o contrato foi superfaturado, para abranger, além do custo da obra contratada, débitos que o Município de Pouso Alegre/MG possuía com a Construtora.

4. De acordo com o acórdão objurgado, o perito assegurou que, se for levado em consideração apenas o valor do custo da obra contratada, houve lesão ao Erário, mas, por outro lado, se forem levados em consideração os débitos que o Ente Municipal possui com a Empresa, não houve prejuízo, considerando que o Município de Pouso Alegre/MG ainda possui dívidas com a Empresa Construtora.

5. **Nos casos em que o ajuizamento da Ação Popular tem como objeto a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa, a comprovação de lesão material ao Erário é prescindível.** Precedentes do STJ: REsp. 986.752/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 06.12.2012; AgRg nos EDcl no REsp. 1.096.020/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 04.11.2010.

6. A ofensa à moralidade administrativa objeto de Ação Popular atrela-se, muitas vezes, ao movel do administrador, nos casos em que suas intenções desvirtuam-se dos interesses públicos.

7. Na hipótese dos autos, a intenção dos recorridos (compensação de dívidas), ao realizar a contratação, restou desvirtuada do interesse público almejado pela licitação do tipo Menor Preço, que busca a escolha da proposta que atenda às especificações do Convite e apresente o menor preço, em clara ofensa à moralidade administrativa.

8. Recurso Especial parcialmente provido, tão somente para condenar a Construtora recorrida e o ex-Prefeito a devolverem ao Município de Pouso Alegre/MG o valor que extravasou o montante em que, de acordo com o perito, a obra deveria ter sido orçada e paga (REsp 1.071.138/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 19/12/2013)

Assim, é de se aplicar quanto ao ponto o enunciado 168 da Súmula deste STJ, segundo o qual não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do tribunal se firmou no sentido do acórdão embargado. Precedentes: AgRg nos EREsp 1.249.118/ES, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 19/04/2017; AgInt nos EREsp 1.565.134/DF, Rel. Min. Og Fernandes, Corte Especial, DJe 15/12/2016.

Em relação à **segunda e terceira divergência**, sustenta o embargante que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinação de devolução aos cofres públicos de valores recebidos como contraprestação de serviços efetivamente prestados diverge claramente de precedentes da Primeira Turma do STJ, que em casos como tais afirmam não caber ressarcimento, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

A esse respeito, verifica-se que acórdão embargado, embora tenha feito breve menção de que o dispositivo alegado não estava prequestionado, expressamente se posicionou quanto ao mérito, tendo assentado que não concorda com a *"tese de que, havendo prestação do serviço contratado, descabe o ressarcimento do valor pago"*, mormente porque, *"o fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago"* (fls. 1.798/1.799) .

É o que se extrai do seguinte excerto do voto, senão vejamos (fls. 1.798/1.801):

4. Ressarcimento do Erário

O recorrente sustenta que, diante da prestação do serviço, descabe o ressarcimento do valor que lhe foi pago.

Nesse ponto, friso que o art. 49 do Decreto-Lei 2,300/1986 e o art. 49 da Lei 8.666/1993, embora mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais.

Quanto ao art. 22 da Lei-8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de não ter , sido prequestionado, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convenacionados por meio de contratação ilegal.

Não comungo da tese de que, havendo prestação do serviço contratado, descabe o ressarcimento do valor pago.

Ora, o fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua, outrossim, a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

Ademais, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, de que o serviço prestado pelo recorrente poderia ter sido prestado pelos servidores concursados do município, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, devendo ser ressarcido.

Apenas para deixar clara a questão, lembro que o art. 59 da Lei 8.666/1993 - que não foi questionado pelo recorrente - estabelece que "a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos". A ressalva constante no seu parágrafo único é apenas no sentido de que, "a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa".

Ou seja: à efetiva prestação de serviço pode ensejar indenização (o que não se confunde com o valor pago indevidamente), desde que verificada a inequívoca boa-fé do contratado.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE COBRANÇA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE - NULIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO POR AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO - ART. 59, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/93.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, embora o contrato administrativo cuja nulidade tenha sido declarada não produza efeitos, a teor do art. 59 da Lei 8.666/93, não está desonerada a Administração de indenizar o contratado pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter. o contratado concorrido para a nulidade.

2. Procedência da ação de cobrança que se mantém.

3. Recurso especial improvido (REsp 928.315/MA, Rei. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007 p. 573)

CONTRATO FIRMADO COM MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. AÇÃO POPULAR. ANULAÇÃO. INDENIZAÇÃO PELOS SERVIÇOS PRESTADOS. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. POUCA RELEVÂNCIA DOS SERVIÇOS. SÚMULA 7/STJ.

I - Este Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firmada no sentido de que a indenização pelos serviços prestados a Administração em decorrência de contrato nulo deve-se lastrear na boa-fé do contratante. Precedentes: REsp nº 928.315/MA, Rei. Min. ELIANA CALMON, DJ de 29/06/2007; REsp nº 707.710/MG, Rei. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 07/11/2005; REsp nº 579.541/SP, Rei. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 19/04/2004; AgRg no REsp nº 303.730/AM, Rei. Min. PAULO MEDINA, DJ de 02/12/2002.

II - Na hipótese, além de refutar a boa-fé da contratante, o acórdão estadual destacou a pouca relevância dos serviços prestados à Administração.

III - Dessarte, é inadmissível o recurso especial, tendo em conta a necessidade de revolvimento fático-probatório para se concluir em sentido inverso ao exposto pelo acórdão estadual. Incidência da súmula 7/STJ.

IV - Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 1134084/SP, Rei. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 29/06/2009)

In casu, contudo, a responsabilidade pela nulidade é imputada à Administração e também ao ora recorrente, por terem celebrado contratação direta sem que estivesse configurada hipótese de dispensa ou inexigibilidade da licitação. E a leitura do acórdão recorrido não permite constatar a boa-fé do contratado.

Insisto que a instância ordinária foi contundente ao afirmar que o trabalho executado não exigia o conhecimento técnico de advogado e poderia ter sido prestado pelos servidores concursados, conforme se infere do seguinte excerto da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença, reiterado no voto-condutor do acórdão (fl. 1.280):

Com o máximo respeito, registro meu sentir na senda de que, conforme as provas trazidas com as volumosas, contestações apresentadas, o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município.

Nesse contexto, afasto a pretensão de que seja mantida a remuneração que lhe foi paga ilegalmente (grifo nosso).

Ao assim se manifestar divergiu o acórdão embargado da jurisprudência desta Corte, segundo a qual a nulidade do contrato administrativo não obsta o dever de a Administração Pública indenizar o contratado pelos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito.

Nesse sentido são os seguinte precedentes:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANULAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO C/C RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA TRIBUTÁRIA. ACÓRDÃO QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU SER HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. **OBRIGAÇÃO DE O ENTE PÚBLICO EFETUAR O PAGAMENTO PELOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.** PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 22/08/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.

II. Na origem, trata-se de ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina em face de Omega Consultoria e Assessoria Tributária Ltda, Luiz Carlos Alves, Alaor Gotz e Perci Salmória, alegando a existência de diversas irregularidades no contrato firmado entre o Município da Vargem e a empresa Ômega, atinente a serviços de assessoria e consultoria técnica para incremento de arrecadação de ISSQN de fatos geradores ocorridos no Município, e recuperação da sonegação de valores, incluindo auditoria, fiscalização da escrituração, lançamento, apuração e recolhimento de ISSQN.

III. O Tribunal de origem, com base no exame dos elementos fáticos dos autos, consignou que, no caso, "a inexigibilidade de licitação é perfeitamente justificável, a considerar a falta de outras empresas capacitadas para prestação do serviço. Aliás, se existente, o autor não logrou em comprovar, e tampouco demonstrou que o ente possuía servidores públicos competentes para tanto, ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, I, do CPC". Ademais, ressaltou que "a comarca é pequena e dificilmente haveria competição no ramo, aliás sequer se tem notícia da existência de prováveis concorrentes, o que evidentemente afasta o primado da licitação de ter que buscar uma proposta mais vantajosa à administração pública (art. 3º da Lei n. 8.666/93)", e que "não merecem guarida às alegações relacionadas às supostas irregularidades ocorridas no processo de contratação, uma vez que, no caso concreto, não há sequer indícios de que a credora tenha de alguma forma influenciado na opção do Município por sua contratação", concluindo, no caso, pela ausência de má-fé da contratada. A alteração de tal entendimento demandaria o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reexame da matéria fático-probatória dos autos, procedimento vedado, na via eleita, em razão da Súmula 7/STJ.

IV. Ademais, **o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que "'ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade'** (AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009)". (STJ, AgRg no REsp 1.383.177/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/08/2013). Em igual sentido: STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), PRIMEIRA TURMA, DJe de 09/03/2016); REsp 1.143.969/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/11/2017.

V. Agravo interno improvido (AgInt no AREsp 1.128.268/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 10/04/2018)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO DE COBRANÇA CONTRA MUNICÍPIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. LICITAÇÃO. **NULIDADE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DEVER DE INDENIZAÇÃO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.** APLICABILIDADE. ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CULPA GRAVE E MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ANÁLISE PREJUDICADA. SÚMULA N. 7/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O art. 1.025 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que esta Corte considere prequestionada determinada matéria apenas caso alegada e reconhecida a violação ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015.

III - **O acórdão recorrido adotou entendimento pacífico nesta Corte, segundo o qual, a nulidade do contrato administrativo não obsta o dever de a Administração Pública indenizar o contratado pelos serviços prestados, sob pena de enriquecimento ilícito.**

IV - In casu, rever o entendimento do tribunal de origem, que consignou que não há nos autos provas capazes de atestar a má-fé, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

V- É incabível o exame do Recurso Especial pela alínea c do permissivo constitucional, quando incidente na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

VI - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

VII - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

VIII - Agravo Interno improvido (AgInt no REsp 1.707.944/SC, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 26/03/2018)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS HOSPITALARES. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DANO IN RE IPSA. RESSARCIMENTO AOS COFRES PÚBLICOS. EXCLUSÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

1. Registre-se que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, observa-se a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

2. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal 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.

3. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a contratação direta de empresa prestadora de serviço, quando não caracterizada situação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, gera lesão ao erário, vez que o Poder Público perde a oportunidade de contratar melhor proposta, dando ensejo ao chamado dano in re ipsa, decorrente da própria ilegalidade do ato praticado.

4. O entendimento prevalecente no STJ sinaliza para a impossibilidade de devolução de todos os valores pagos no âmbito do contrato anulado, se verificada a efetiva prestação dos serviços contratados, em ordem a se evitar o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

5. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1.121.501/RJ, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 08/11/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO VERBAL. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. A INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO FORMAL NÃO EXIME A ADMINISTRAÇÃO DE EFETUAR O PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA TELEMAR DESPROVIDO.

1. O ordenamento jurídico em vigor, exige que a contratação de obras, serviços,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compras e alienações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e entidades da administração pública indireta, esteja subordinada ao princípio constitucional da obrigatoriedade da licitação pública, no escopo de assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes e a seleção da proposta mais vantajosa.

2. Ocorre que, no caso dos autos, restou fixado no aresto a quo a existência de contrato verbal entre as partes, da mesma maneira que ficou caracterizada a essencialidade dos serviços prestados pela empresa ora Recorrida (serviços de manutenção de linhas telefônicas), os quais, portanto, não poderiam ser paralisados, razão pela qual não poderia a Administração solicitar a sua continuação, entabulando contrato verbal com a empresa, e depois deixar de pagá-los, sob a alegação de ausência de cumprimento de formalidades que estavam a seu cargo, em razão do princípio que veda o enriquecimento sem causa, também aplicável à Administração Pública.

3. O art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/93, prestigiando os princípios da boa-fé objetiva e da vedação do enriquecimento sem causa, expressamente, consigna que **a nulidade do contrato administrativo não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.**

4. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento consolidado por esta Corte. Precedentes: AgRg no AREsp 275.744/BA, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 17.6.2014, REsp. 1.148.463/MG, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 6.12.2013, AgRg no REsp. 1.383.177/MA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 26.8.2013.

5. Agravo Regimental da TELEMAR NORTE LESTE S/A desprovido (AgRg no AREsp 450.983/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/11/2014).

Assim, não restando comprovado o pagamento de serviços não prestados, tampouco a existência de diferença entre o que foi concretamente prestado e o que foi pago, não há falar em devolução dos valores referentes a serviços efetivamente prestados, sobretudo porque a contratação direta não se mostra suficiente para presumir má-fé, sendo indispensável a existência de outros elementos concretos que denotem dolo ou culpa dos envolvidos.

Em relação aos REsp 547.196/DF, REsp 707.710/MG, REsp 662.924/MT, REsp 468.189/SP, AgRg no REsp 332.956/SP, AgRg no REsp 327314/SP, a parte se limitou a mencionar o número dos processos, sem, contudo, realizar o devido cotejo. Logo, não foi demonstrado o dissídio jurisprudencial, nos moldes exigidos pela legislação processual de regência.

No que toca à **quarta e quinta divergências**, verifica-se que os precedentes apontados como paradigmas são oriundos da Segunda Seção e da Corte Especial, cuja competência, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exame da alegada divergência, é deste órgão, que, inclusive já a exerceu na decisão de fls. 2.366/2.378.

Quanto à **sexta e última divergência** erigida pelo embargante, relativa à necessidade de se reconhecer configurada a divergência notória no caso dos autos, cabe registrar que não cabem embargos de divergência para discutir a correta aplicação de regra técnica concernente ao juízo de admissibilidade do recurso especial.

Por fim, cumpre registrar que os **novos precedentes** trazidos pelo embargante nas diversas petições juntada aos autos, bem como no bojo do memorial apresentado no gabinete deste Relator, não podem ser considerados como paradigmas para a divergência reivindicada, porquanto apresentados posteriormente à oposição dos embargos de divergência.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para afastar a condenação do embargante relativa à devolução dos valores de serviços efetivamente prestados.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0028482-3 **PROCESSO ELETRÔNICO EREsp 448.442 / MS**

Números Origem: 19894 200100837803 200200829956 666437

PAUTA: 26/09/2018

JULGADO: 26/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **SANDRA VERÔNICA CUREAU**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : AIMAR JOPPERT
ADVOGADA : HELOÍSA MENDONÇA E OUTRO(S) - DF000718
EMBARGADO : ÊNIO MARTINS MURAD
ADVOGADO : JOSÉ DA FONSECA SIMÕES FILHO - SP044066
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE BATAGUASSU
ADVOGADO : LUCIANA ROMÃO DE OLIVEIRA FREITAS - SP135776
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Contratos
Administrativos

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes parcial provimento, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Regina Helena Costa e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 448.442 - MS (2011/0028482-3)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

EMBARGANTE : AIMAR JOPPERT

ADVOGADA : HELOÍSA MENDONÇA E OUTRO(S) - DF000718

EMBARGADO : ÊNIO MARTINS MURAD

ADVOGADO : JOSÉ DA FONSECA SIMÕES FILHO - SP044066

EMBARGADO : MUNICÍPIO DE BATAGUASSU

ADVOGADO : LUCIANA ROMÃO DE OLIVEIRA FREITAS - SP135776

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:

Trata-se de Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Segunda Turma, de minha relatoria, que recebeu a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. O acórdão recorrido manteve a sentença que julgou procedente o pedido deduzido em Ação Popular para anular o contrato de prestação de serviços advocatícios sem prévia licitação.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Diante da lesividade decorrente da contratação ilegal, é patente o cabimento da Ação Popular.

4. A notória especialização jurídica, para legitimar a inexigibilidade de procedimento licitatório, é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, no mundo do Direito, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio.

5. A especialidade do serviço técnico está associada à singularidade que veio a ser expressamente mencionada na Lei 8.666/1993. Ou seja, envolve serviço específico que reclame conhecimento peculiar do seu executor e ausência de outros profissionais capacitados no mercado, daí decorrendo a inviabilidade da competição.

6. O Tribunal de origem, com base nas provas colacionadas aos autos, asseverou a ausência de notória especialização do recorrente para o objeto contratado (assessoria para fins de arrecadação de ISS), tendo ressaltado que o trabalho efetivamente prestado não exigia conhecimentos técnicos especializados e poderia ter sido executado pelos servidores concursados do ente municipal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, inexistiu violação dos arts. 12 e 23 do Decreto 2.300/1986, vigente à época dos fatos.

7. Ademais, a análise da alegação de que foram atendidos os requisitos para a contratação sem licitação demandaria, na hipótese dos autos, reexame dos elementos fático-probatórios do acórdão recorrido, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

8. Quanto à pretensão de que seja afastada a condenação ao ressarcimento do valor pago, friso que o art. 49 do Decreto-Lei 2.300/1986 e o art. 49 da Lei 8.666/1993, mencionados no Memorial, não foram suscitados nas razões recursais. Com relação ao art. 22 da Lei 8.906/1994 (Estatuto da OAB), além de carecer de prequestionamento, não assegura o pagamento de honorários advocatícios convencionados por meio de contratação ilegal.

9. O fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, sobretudo porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua a declaração da nulidade do contrato sem o necessário ressarcimento do valor indevidamente pago.

10. Além disso, considerando a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, que deve ser ressarcido. A leitura do voto-condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando consignado que "o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município".

11. *Ad argumentandum*, de acordo com o art. 59 da Lei 8.666/1993, a declaração de nulidade de contrato acarreta a desconstituição dos seus efeitos jurídicos. A ressalva ao direito à indenização pelos serviços prestados somente se aplica quando demonstrada a inequívoca boa-fé do contratado. Precedentes do STJ.

12. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

13. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

O Tribunal de origem proferira acórdão assim ementado:

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO POPULAR - PREJUÍZOS - PATRIMONIAL OU MORAL - CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO SEM LICITAÇÃO - SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS NA ÁREA ADMINISTRATIVA E TRIBUTÁRIA - VINCULAÇÃO DE RECEITA DE ISS - AÇÃO PROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS IMPROVIDOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A ação popular é o meio adequado para o cidadão pretender a anulação de ato que cause prejuízos ao patrimônio público, tanto material como moral.

A contratação direta de advogado para serviços técnicos especializados exige que se demonstre ser inviável a competição, seja porque só um agente é capaz de realizar os serviços, seja porque existe apenas um objeto que satisfaça o interesse da administração, devendo, ainda possuir contornos de singularidade ou não de continuidade, nos termos de que dispõe o Decreto -Lei 2.300/86.

A vinculação da receita de ISS para pagamento dos honorários viola o princípio constitucional inserto no art. 167, IV, autorizando a sua anulação.

Trata-se, inicialmente, de Ação Popular para anular o contrato firmado diretamente entre o Município de Bataguassu/MS e o advogado, com ressarcimento dos valores recebidos. Em Embargos de Divergência, o causídico recorrente alega que efetivamente prestou os serviços, gerando ganhos na arrecadação, e que é indevida a presunção de lesividade no caso. Insurge-se contra a ordem de "devolução da remuneração recebida como contraprestação dos serviços (...) sob pena de enriquecimento sem causa da Administração" (fl. 1.880, e-STJ).

Distribuíram-se os Embargos inicialmente à Corte Especial, onde o Min. Felix Fischer, Relator, analisou o alegado dissenso jurisprudencial tão somente em face dos precedentes de sua competência, reservando os demais para posterior apreciação desta Primeira Seção.

Em seu relatório, citado pelo Min. Benedito Gonçalves em seu voto, assim se resumiram as alegações do embargante (fls. 2.368-2.370, e-STJ):

O embargante aponta divergência jurisprudencial com 26 (vinte e seis) vv. acórdãos, sustentando a existência de seis teses:

a) Presunção de lesividade, ao argumento de que *"em não sendo admitida a presunção de lesividade no caso, a qual, em decorrência, deve ser anulada, já que tal presunção só foi feita em razão da ausência total e completa de lesão efetiva, concreta, devidamente comprovada, a ação popular proposta fica amparada única e exclusivamente no requisito da pretensa ilegalidade, o que leva ao fatal decreto de improcedência da mesma"* (fl. 1.885).

Aponta como divergente os seguintes vv. acórdãos: (1) EREsp 260821/SP, **1ª Seção**, Rel. p/ Acórdão Min. **João Otávio de Noronha**, DJ de 13/2/2006; (2) REsp 185835/RJ, **1ª Turma**, Rel. p/ Acórdão Min. **Garcia Vieira**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJ de 11/6/2001; (3) REsp 250593/SP, Rel. Min. **Garcia Vieira**, DJ de 4/9/2000; (4) REsp 407075/MG, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 23/9/2002; e (5) REsp 111527/DF, Rel. Min. **Garcia Vieira**, DJ de 20/4/1998.

b) Ressarcimento ao erário - Serviços efetivamente prestados - Inexistência de má-fé. Aduz que agiu com boa-fé no contrato, não devendo prevalecer *"a condenação à devolução dos valores recebidos como contraprestação de serviços tido como efetivamente prestados e em decorrência dos quais o ente público contratante obteve grande proveito econômico"* (fl. 1.901).

Aponta como divergente os seguintes vv. acórdãos: (6) EREsp 575551/SP, **Corte Especial**, Rel. Min. **Nancy Andrichi**, DJe de 30/4/2009; (7) REsp 802378/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 4/6/2007; (8) REsp 753039/PR, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 3/9/2007; (9) REsp 1096917/PE, **1ª Turma**, Rel. p/ Acórdão Min. **Luiz Fux**, DJe de 9/10/2009; (10) REsp 547196/DF, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 19/6/2006; (11) REsp 707710/MG, **1ª Turma**, Rel. Min. **Teori Albino Zavascki**, DJ de 7/11/2005; (12) REsp 662924/MT, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 1º/7/2005; (13) REsp 468189/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **José Delgado**, DJ de 12/5/2003; (14) AgRg no REsp 332956/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **Francisco Falcão**, DJ de 16/12/2002; (15) AgRg no REsp 327314/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **Milton Luiz Pereira**, DJ de 28/10/2002.

c) Presunção de má-fé do contratado em contratação posteriormente declarada nula - indiscutível boa-fé. Sustenta que não houve, nem nas instâncias ordinárias, nem no v. acórdão embargado, a imputação de má-fé ao embargante, razão pela qual se o *"Tribunal de origem, não permitiu constatar a boa-fé do contratado, obviamente também não permitiu constatar a sua má-fé, mesmo porque é assente na doutrina e na jurisprudência que esta necessita ser cabalmente provada"* (fl. 1.924).

Aponta como paradigmas os seguintes vv. acórdãos: (10) REsp 547196/DF, **1ª Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJ de 19/6/2006; (16) REsp 327261/MG, **4ª Turma**, Rel. Min. **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, DJ de 4/2/2002; (17) AgRg no REsp 1064772/SE, **4ª Turma**, Rel. Min. **Fernando Gonçalves**, DJe de 17/8/2009; (18) AgRg no AgRg no Ag 977434/RJ, **3ª Turma**, Rel. Min. **Massami Uyeda**, DJe de 16/4/2009.

d) Não reconhecimento do prequestionamento implícito na questão do ressarcimento ao erário. Alega que *"ultrapassado o juízo de admissibilidade do recurso especial e em havendo nele sido apreciado e decidido o mérito de determinada questão, aplicando-se a ela o direito à espécie, mesmo quando ele é conhecido mas lhe negado provimento, não se exige o prequestionamento de tal questão para que sejam admitidos os embargos de divergência, porque sua existência já está presumida"* (fls. 1.937/1.938).

Traz os seguintes vv. acórdãos para demonstrar a divergência: (19) EREsp 161419/RS, **Corte Especial**, Rel. p/ Acórdão Min. **Ari Pargendler**, DJe de 10/11/2008; (20) EREsp 155621/SP, **Corte Especial**, Rel. Min. **Sálvio de Figueiredo Teixeira**, DJ de 13/9/1999; (21) EREsp 181682/PE, **Corte Especial**, Rel. Min. **Eduardo Ribeiro**, DJ de 16/8/1999.

e) Mitigação do requisito do prequestionamento quando o juízo de admissibilidade foi superado, julgado o mérito e aplicado o direito à espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Argumenta que embora a questão do ressarcimento ao erário tenha superado o juízo de admissibilidade, o v. acórdão embargado assentou que quanto a condenação ao ressarcimento do valor pago, o art. 49 do Decreto-Lei n.º 2.300/86 e o art. 59 da Lei n.º 8.666/93 não foram prequestionados.

Indica, como precedente apto a demonstrar a divergência, o (22) EREsp 41614/SP, 2ª Seção, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 30/11/2009.

f) Mitigação dos requisitos legais e regimentais no recurso especial interposto pela divergência, na hipótese de dissídio notório. Sustenta que *"embora os requisitos legais e regimentais tivessem sido obedecidos para possibilitar o conhecimento do recurso especial com base na alínea 'c', do permissivo constitucional, na verdade os mesmos poderiam até mesmo ser dispensados ou mitigados para tanto, tendo em vista que as divergências das questões apontadas, principalmente as relativas à presunção de lesividade e à impossibilidade de ressarcimento ao erário quando o contrato foi declarado nulo mas os serviços foram efetivamente prestados e o contratado não agiu com má-fé, dizem respeito a dissídios notórios"* (fls. 1.951/1.952).

Para configurar a divergência jurisprudencial, colaciona os seguintes vv. acórdãos: (23) EREsp 222525/MA, **Corte Especial**, Rel. Min. **Humberto Gomes de Barros**, DJ de 19/3/2001; (24) AgRg nos EREsp 280619/MG, **Corte Especial**, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, DJ de 19/12/2003; (25) AgRg no REsp 1014113/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. **José Delgado**, DJe de 23/6/2008; (26) AgRg no Ag 1094395/SP, 3ª Turma, Rel. Min. **Massami Uyeda**, DJe de 20/3/2009.

Aponta o recorrente acórdão da Primeira Seção do STJ (EResp 260.821/SP, Relator para o acórdão Min. João Otávio de Noronha) que teria exigido, em Ação Popular, a comprovação da lesividade do ato (prejuízo da Administração), afastando, assim, a presunção de lesividade. Transcreve a distinção entre o efeito desconstitutivo e o condenatório, defendendo que o último demandaria comprovação do prejuízo. Menciona outros julgados no mesmo sentido do acórdão paradigma.

O Ministro Benedito Gonçalves proferiu voto em que considerou caber Ação Popular nos casos de ilegalidade do ato administrativo, independentemente da demonstração de prejuízo material. Todavia, reputou indevida a ordem de devolução aos cofres públicos dos valores recebidos em virtude da proibição do enriquecimento ilícito.

Pedi vista antecipada dos autos.

É o **relatório**.

Passo a decidir.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inicialmente, é preciso afirmar que a regra é que o patrocínio ou a defesa de causas, judiciais ou administrativas, que caracterizam serviço técnico profissional especializado devem ser contratados mediante concurso, com estipulação prévia do prêmio ou remuneração. Em caráter excepcional – verificável quando a atividade for de natureza singular e o profissional ou empresa possuir notória especialização – não se exigirá licitação.

Assim, havendo inexigibilidade, é possível contratar serviços relativos ao patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas sem procedimento licitatório. Contudo, para tanto deve haver a notória especialização do prestador de serviço e a singularidade deste. Como a inexigibilidade é medida de exceção, deve ser interpretada restritivamente.

A leitura do objeto do contrato mostra, portanto, que as atividades nele descrita – patrocínio do Município em causas judiciais ou administrativas relacionadas com o ISS apurado sobre as obras realizadas pela Cesp com intuito de formar lago para Usina Hidrelétrica – não apresentam peculiaridades e/ou complexidades incomuns, nem exigem conhecimento demasiadamente aprofundado, tampouco envolvem dificuldades superiores às corriqueiramente enfrentadas por advogados e escritórios de advocacia.

Com efeito, a contratação de serviços sem procedimento licitatório, quando não caracterizada situação de inexigibilidade, viola o art. 25, II, da Lei 8.666/1993, ofendendo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, que regem a Administração e atentando, a um só tempo, contra o *dever de legalidade* (= respeito às exigências legais de forma e de conteúdo do ato administrativo), o *dever de imparcialidade* (= garantia de igualdade de oportunidade, pelo uso de licitação, a todos os administrados em condição de prestar o serviço).

O STJ possui orientação de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 contratar advogado quando não caracterizadas a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição.

Nesse sentido:

(...)

No mais, quanto à alegação de que não houve efetivo dano ao Erário, esclareço que, ***para o cabimento da Ação Popular, basta a ilegalidade***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material. Nesse sentido: "mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração" (Resp 849.297/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8.10.2012).

A Segunda Turma tem entendido que, como regra, a nulidade do contrato acarreta o ressarcimento dos valores porventura recebidos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. ATIVIDADES GENÉRICAS QUE NÃO APRESENTAM PECULIARIDADES OU COMPLEXIDADES INCOMUNS. AUSÊNCIA DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DO CONTRATADO E DA SINGULARIDADE DOS SERVIÇOS PRESTADOS. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO POR OFENSA ÀS NORMAS ESPECÍFICAS E AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. RESSARCIMENTO DOS VALORES PORVENTURA RECEBIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Popular proposta por Godoy Antonio Susin contra o Município de Jaraguá do Sul e o escritório de advocacia Cláudio Golgo Advogados Associados S/C, objetivando a declaração de nulidade do contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre os réus, bem como o ressarcimento dos valores recebidos pelo escritório de advocacia.

[...]

9. Com efeito, a contratação de serviços sem procedimento licitatório quando não caracterizada situação de inexigibilidade viola o art. 25, II, da Lei 8.666/1993, ofendendo os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência que regem a Administração e atentando, a um só tempo, contra o dever de legalidade (= respeito às exigências legais de forma e de conteúdo do ato administrativo), o dever de imparcialidade (= garantia de igualdade de oportunidade, pelo uso de licitação, a todos os administrados em condições de prestar o serviço).

10. O STJ possui entendimento de que viola o disposto no art. 25 da Lei 8.666/1993 a contratação de advogado quando não caracterizada a singularidade na prestação do serviço e a inviabilidade da competição. Nesse sentido: REsp 436.869/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 1º/2/2006, p. 477; REsp 1.210.756/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010, e REsp 1.444.874/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/3/2015.

11. No mais, quanto à alegação de que não houve efetivo dano ao Erário, esclareço que, para o cabimento da Ação Popular, basta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade do ato administrativo por ofensa a normas específicas ou desvios dos princípios da Administração Pública, dispensando-se a demonstração de prejuízo material. Nesse sentido: "mesmo não havendo lesão no sentido pecuniário, de prejuízo econômico para o Estado, a ação popular é cabível, uma vez que visa proteger não apenas o patrimônio pecuniário, mas também o patrimônio moral e cívico da administração" (REsp 849.297/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 8/10/2012). A propósito: REsp 1.252.697/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2/2/2015.

12. Diante do exposto, foi dado provimento ao Recurso Especial do ora agravado, para declarar nulo o contrato de prestação de serviços advocatícios firmado entre o Município de Jaraguá do Sul e o escritório de advocacia Cláudio Golgo Advogados Associados S/C, e para condenar o escritório de advocacia no ressarcimento dos valores porventura recebidos.

13. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.425.230/SC, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/5/2016).

Apenas para deixar clara a questão, lembro que o art. 59 da Lei 8.666/1993 – que não foi questionado pelo recorrente – estabelece que "a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, **além de desconstituir os já produzidos**". Essa é a regra. A ressalva constante no seu parágrafo único é apenas de que "a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa".

Ou seja: a efetiva prestação de serviço pode ensejar indenização (o que não se confunde com o valor pago indevidamente), desde que verificada a inequívoca boa-fé do contratado. *In casu*, porém, a responsabilidade pela nulidade é imputada à Administração e também ao ora recorrente por terem celebrado contratação direta sem que se configurasse hipótese de dispensa ou inexigibilidade da licitação. E a leitura do acórdão recorrido não permite constatar a boa-fé do contratado.

Dito isso, verifico que o caso concreto ainda vai além. Reconheceu-se que "o trabalho efetivamente prestado não exigiu conhecimentos técnicos especializados **e poderia ter sido realizado pelos servidores concursados do ente municipal**" (fl. 1.796, e-STJ). E se é verdade que tais servidores poderiam realizar a tarefa, o dano ao Erário somente pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a totalidade dos valores pagos, sobretudo diante da informação de que "**o município possuía quadro próprio de advogados**" (fl. 1.796, e-STJ).

Ora, o fato de ter sido prestado o serviço não afasta o prejuízo, máxime porque a ausência de licitação obsta a concorrência e, com isso, a escolha da proposta mais favorável. Seria inócua, outrossim, a declaração da nulidade do contrato sem o ressarcimento do valor indevidamente pago.

Ademais, considerando a premissa fática do acórdão recorrido de que o serviço prestado pelo recorrente poderia ter sido prestado pelos servidores concursados do município, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, devendo ser ressarcido integralmente.

Insisto que as instâncias ordinárias foram contundentes ao afirmar que "ele auferiu lucros indevidos" (fl. 1.279, e-STJ), que o trabalho executado não exigia o conhecimento técnico de advogado e poderia ter sido prestado pelos servidores concursados, ao passo que nenhum dos acórdãos citados nos Embargos de Divergência aborda esses pontos específicos.

Observe-se que o Min. Felix Fischer já observara tal distinção ao apreciar os Embargos de Divergência quanto aos paradigmas de competência da Corte Especial, como demonstra o seguinte excerto (fl. 2.371, e-STJ):

Em relação à segunda divergência (ressarcimento ao erário - serviços efetivamente prestados - inexistência de má-fé), constato a ausência de similitude fática entre as hipóteses cotejadas.

In casu, o v. aresto apresentado como paradigma trata de hipótese de ação popular, para ressarcimento ao erário, em decorrência de ocupação irregular de cargo público em comissão.

No v. acórdão paradigma, a em. Min. Relatora, ao tratar das sanções cíveis ao agente público, consignou que "caso houvesse ele contratado serviços inúteis à Administração, por preço exorbitante, tirado proveito pessoal do negócio jurídico ou auferido qualquer enriquecimento indevido, certamente ele haveria de indenizar. No entanto, as circunstâncias dos autos não revelam qualquer particularidade nesse sentido" (fl. 2.053 - grifo nosso).

Por outro lado, o v. acórdão embargado analisou hipótese de ação popular, para ressarcimento ao erário, em decorrência de contratação irregular de prestador de serviços técnicos.

In casu, ficou constatado pelas instâncias ordinárias que "o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município" (fl. 1.145 - grifo nosso).

A r. sentença também consignou que foi "comprovada a responsabilidade do então prefeito Ailton Pinheiro Ferreira na contratação ilegal do advogado que, por sua vez, auferiu lucros indevidos" (fl. 1.147 - grifo nosso).

Verifica-se, assim, no v. acórdão paradigma, o serviço prestado foi útil e necessário ao Município, não havendo os servidores contratados irregularmente auferido enriquecimento indevido, enquanto que no caso aqui discutido o serviço contratado foi tido por desnecessário, o que, por conseguinte, levou o profissional contratado a auferir lucros indevidos.

Consoante reiterado entendimento desta c. Corte Superior, é pressuposto específico de admissibilidade dos embargos de divergência a similitude fática entre os vv. acórdãos confrontados que, sem a qual, inviável se mostra a análise da indicada divergência.

Analisando os paradigmas da Primeira Turma apresentados, concluo que nenhum consignou a má-fé do prestador de serviços ou a desnecessidade do serviço.

Tal análise, a rigor, seria dispensável, uma vez que, como bem relatado pelo Min. Felix Fischer, as divergências relacionadas ao ressarcimento assim foram postas pelo recorrente:

[...]

b) Ressarcimento ao erário - Serviços efetivamente prestados - **Inexistência de má-fé**. Aduz que agiu com boa-fé no contrato, não devendo prevalecer *"a condenação à devolução dos valores recebidos como contraprestação de serviços tido como efetivamente prestados e em decorrência dos quais o ente público contratante obteve grande proveito econômico"* (fl. 1.901).

Aponta como divergente os seguintes vv. acórdãos: (6) EREsp 575551/SP, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe de 30/4/2009; (7) REsp 802378/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 4/6/2007; (8) REsp 753039/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 3/9/2007; (9) REsp 1096917/PE, 1ª Turma, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 9/10/2009; (10) REsp 547196/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 19/6/2006; (11) REsp 707710/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 7/11/2005; (12) REsp 662924/MT, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1º/7/2005; (13) REsp 468189/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 12/5/2003; (14) AgRg no REsp 332956/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16/12/2002; (15) AgRg no REsp 327314/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 28/10/2002.

c) Presunção de má-fé do contratado em contratação posteriormente declarada nula - **indiscutível boa-fé**. Sustenta que não houve, nem nas instâncias ordinárias, nem no v. acórdão embargado, a imputação de má-fé ao embargante, razão pela qual se o *"Tribunal de origem, não permitiu constatar a boa-fé do contratado, obviamente também não permitiu constatar a sua má-fé, mesmo porque é assente na doutrina e na*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência que esta necessita ser cabalmente provada" (fl. 1.924).

Os EREsp 260.821/SP, mencionados no recurso, são claros ao afirmar na própria ementa: "não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, **quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade**".

No REsp 802.378/SP, da Primeira Turma, de relatoria do então Ministro do STJ Luiz Fux, por exemplo, também citado no recurso, consignou-se que os contratados prestaram regularmente serviços considerados emergenciais.

No REsp 753.039/PR, de igual relatoria, manteve-se acórdão em que "o Tribunal local determinou o pagamento [...] que entendeu valor acima do preço de mercado da obra, obstando a devolução integral. Houve serviço regularmente cumprido, necessário e de boa-fé. Por tal razão a ementa reitera inexistir dano à moralidade administrativa '**quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade**'".

Haja vista a premissa fática do acórdão recorrido, é evidente que o dispensável valor gasto com a ilegal contratação acarretou prejuízo ao Erário, que deve ser ressarcido. A leitura do voto condutor não permite verificar a boa-fé do contratado, estando consignado que "o trabalho desenvolvido pelo advogado contratado mais se aproxima de exercício de fiscalização e de cobrança, o que poderia e deveria ser realizado por servidor concursado do Município". **Está-se, em verdade, longe de reconhecer a "indiscutível boa-fé" e a utilidade do serviço, que foi engendrado desnecessariamente às custas dos cofres públicos.**

Nesse sentido, ousou divergir do bem lançado voto do Ministro Benedito Gonçalves no ponto em que afasta a condenação relativa à devolução "dos valores de serviços efetivamente prestados", o que acabaria por liquidar qualquer efeito à declaração de nulidade no caso.

Isso posto, com as devidas vênias ao Ministro Relator, divirjo quanto ao ponto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativo ao ressarcimento e **não conheço dos Embargos de Divergência.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0028482-3 **PROCESSO ELETRÔNICO EREsp 448.442 / MS**

Números Origem: 19894 200100837803 200200829956 666437

PAUTA: 12/12/2018

JULGADO: 27/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretário

Bel. **RONALDO FRANCHE AMORIM**

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	: AIMAR JOPPERT
ADVOGADA	: HELOÍSA MENDONÇA E OUTRO(S) - DF000718
EMBARGADO	: ÊNIO MARTINS MURAD
ADVOGADO	: JOSÉ DA FONSECA SIMÕES FILHO - SP044066
EMBARGADO	: MUNICÍPIO DE BATAGUASSU
ADVOGADO	: LUCIANA ROMÃO DE OLIVEIRA FREITAS - SP135776
EMBARGADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Contratos Administrativos

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, não conheceu dos embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Herman Benjamin, que lavrará o acórdão, vencidos o Ministro Relator e a Sra. Ministra Assusete Magalhães."

Votaram com o Sr. Ministro Herman Benjamin os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.