



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.426 - PB (2016/0029524-5)

RELATOR : **MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ASSIST. MP : FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO
RECORRIDO : DAVID SAMPAIO FALCAO
ADVOGADO : FABIO LUCENA FALCAO E OUTRO(S) - PB013525

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUBSUNÇÃO. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS, COM RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR, NÃO PRECEDIDA DE PROCESSO LICITATÓRIO. ILEGALIDADE DA DISPENSA DA LICITAÇÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DANO *IN RE IPSA* CONFIGURADO, A AUTORIZAR A CONDENAÇÃO DO AGENTE PELA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO LESIVO AO ERÁRIO. PRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO AO ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/92. GESTÃO ILEGAL DE RECURSOS PÚBLICOS. NÃO CONFIGURADA. REVISÃO DA TIPIFICAÇÃO NESSE PONTO. SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.

I - O Tribunal *a quo* reconheceu expressamente no acórdão recorrido a ilegalidade na dispensa da licitação, *verbis*: “(...) a falta de licitação contrariou os artigos 24, II, c/c art. 23, II, 'a', ambos da Lei 8.666/93, os quais estipulam o teto de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para dispensa de licitação e não R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo certo que a verba destinada à compra dos gêneros alimentícios era da ordem de R\$ 57.434,00 (cinquenta e sete mil quatrocentos e trinta e quatro reais) (fl. 582).

II - Segundo entendimento consolidado nesta Corte de Justiça, para a caracterização de improbidade administrativa, por dispensa de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano *in re ipsa*. Configurado, portanto, o ato ímprobo.

III - Pretensão de reversão do entendimento firmado quanto à conduta de gestão ilegal de recursos públicos, com o escopo de reconhecer o ato ímprobo. A apreciação, nesse ponto, demanda incontestemente revolvimento fático-probatório. Incidência Súmula n. 7/STJ.

IV - Recurso especial parcialmente provido, a fim de remeter os autos à origem para a fixação das sanções previstas no art. 12, II, da Lei n. 8.429/92.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 1º de março de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0029524-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.581.426 / PB

Números Origem: 00094995520094058200 200982000094998 94995520094058200

PAUTA: 27/02/2018

JULGADO: 27/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA CAETANA CINTRA SANTOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ASSIST. MP : FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO
RECORRIDO : DAVID SAMPAIO FALCAO
ADVOGADO : FABIO LUCENA FALCAO E OUTRO(S) - PB013525

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.426 - PB (2016/0029524-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Originariamente, cuida-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em desfavor DAVID SAMPAIO FALCÃO. À causa foi arbitrado o valor de R\$ 87.210,32 (oitenta e sete mil, duzentos e dez reais e trinta e dois centavos).

Sustenta-se, em síntese, que se verificaram, por meio do Relatório de Fiscalização n. 130, expedido pela Controladoria Geral da União, diversas irregularidades na execução de programas do Governo Federal durante o mandato do ex-prefeito do Município de Lucena-PB, David Sampaio Falcão, com malversação de verbas percebidas através do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE.

Foram demonstradas irregularidades no Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE nos anos de 2003 e 2004 e na execução do programa Educação Fundamental de Jovens e Adultos - EJA.

Julgaram-se improcedentes os pedidos formulados em sede de ação civil pública (fls. 509/533).

A decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (fls. 576/591), nos termos assim ementados:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESVIO DAS VERBAS DO PNAE E EJA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Trata-se de ação civil, em que se pleiteia a condenação de ex-prefeito pela suposta prática de ato de improbidade administrativa, alegando, em suma, irregularidades na execução do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), bem como ao Programa de Apoio a Estados e Municípios para a Educação Fundamental de Jovens e Adultos (EJA).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O legislador conferiu certa parcela de discricionariedade ao Administrador Público para a compra dos víveres com os recursos do PNAE. Isso porque, primeiro não elencou os produtos que devam ser adquiridos pela entidade pública. Em segundo lugar, porque a compra estaria vinculada ao cardápio elaborado pelo nutricionista.

3. A responsabilidade pela decisão de não licitar não pode ser atribuída ao acusado. A vista do que consta no relatório expedido por esse órgão, a decisão de dispensar a licitação coube ao Conselho Municipal de Educação, o qual decidiu, em sessão realizada em 14 de maio de 2003, ser tal procedimento desnecessário, haja vista valor anual repassado pelo Governo Federal para o custeio daquele programa ser inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

4. Apenas é possível a caracterização de um ato como improbidade administrativa quando há desonestidade por parte do administrador. A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida de má-fé do agente público. Não comprovada a desonestidade na conduta do agente público, correta a sentença que julgou improcedente a ação civil pública de improbidade administrativa.

5. Recurso improvido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 605/610), nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESVIO DAS VERBAS DO PNAE E EJA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. EMBARGOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

1. Embargos de declaração opostos em face do acórdão prolatado nos presentes autos, em que a eg. Quarta Turma negou provimento à remessa oficial.

2. Aduz o MPF/embargante, que o acórdão embargado foi omissivo no tocante aos argumentos do embargante, expostos no Parecer nº 15178/2013, notadamente quanto à dispensa do dolo para configuração dos atos de improbidade do art. 10, da LIA.

3. Os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridade, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem na decisão judicial. Essa modalidade recursal só permite o reexame do decisum embargado para o específico efeito de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo retificador que esclareça o conteúdo do julgado.

4. A decisão embargada analisou toda a matéria trazida à discussão diante do arcabouço probatório constante dos autos e de acordo com a legislação de regência, concluindo pela manutenção da sentença que julgou improcedentes os pedidos de condenação do réu na prática de ato de improbidade na gestão dos recursos federais repassados em razão dos programas PNAE (anos 2003 e 2004) e EJA (ano de 2003). A hipótese não é de omissão, mas de inconformismo com o que restou decidido no Acórdão.

5. Embargos de declaração conhecidos e não provido.

O Ministério Público Federal da origem interpôs recurso especial, com fulcro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art.105, III, *a e c*, da Constituição Federal, alegando violação aos arts. 458, II, e 535, I e II, do Código de Processo Civil, e ao art. 10, *caput*, VI e VIII, da Lei n. 8.429/92 (fls. 616/632).

Em parecer, o Ministério Público Federal, na função de *custos legis*, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 650/658).

O então relator do processo, eminente Ministro Humberto Martins (fls. 660/663), deu parcial provimento ao recurso interposto, com fundamento no artigo 557, parágrafo 1º-A do Código de Processo Civil de 2015, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem para se manifestar sobre a matéria articulada nos embargos aclaratórios, nos termos assim ementados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10 DA LEI N. 8.429/92. CULPA. OMISSÃO. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Em novo julgamento, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (fls. 700/711) deu parcial provimento aos embargos para, sem lhes atribuir efeitos infringentes, suprir as omissões, conforme ementa:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO AO PATRIMÔNIO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO *IN RE IPSA*. CULPA. OMISSÃO CONFIGURADA.

1. Ao dar parcial provimento ao REsp 1.504.513-PB, o Superior Tribunal de Justiça determinou o retorno dos autos para sanar as omissões apontadas nos embargos de declaração opostos Ministério Público Federal. De acordo com aquele Tribunal, no que respeito à acusação de prática de atos de improbidade relativos à aquisição de gêneros alimentícios, o acórdão hostilizado não se manifestou sobre o dano *in re ipsa* e as punições pelo cometimento das condutas censuradas pelo art. 10 da Lei nº 8.429/92, quando praticados culposamente. Não prevalece o entendimento de que se encontra caracterizado o ato ímprobo tipificado pelo art. 10 da LIA, pela dispensa indevida de licitação para a aquisição de gêneros alimentícios porque o dano é presumido (STJ. AgRg no REsp 1325577 / MG, rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/09/2014; STJ. AgR, no AREsp 374913 I BA, Rel. Min. OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 11/04/2014; TRF 5 Região, APELREEX3I924/PE, rel Des. Rogério Fialho Moreira, DJe 09/04/2015).

3. O Ministério Público Federal, ainda quanto à sobredita dispensa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

licitação, defende a aplicação de punições previstas no art. 12 da LIA, em razão da prática culposa das condutas censuradas pelo art. 10 do referido Diploma.

4. Como na espécie restou afastada a lesão imputada ao réu – e não admitido o dano presumido, conforme razões expendidas –, na há que se perquirir se o réu agiu culposamente porque se encontra descaracterizado o ato censurado pelo art. 10 da Lei de improbidade Administrativa, único que admite tal modalidade de elemento subjetivo.

5. Com efeito, assim como consignado no acórdão hostilizado, *"a responsabilidade pela decisão de não licitar não pode ser atribuída ao acusado. À vista do que consta no relatório expedido por esse órgão, a decisão de dispensar a licitação coube ao Conselho Municipal de Educação, o qual decidiu, em sessão realizada em 14 de maio de 2003, ser tal procedimento desnecessário, haja vista o valor anual repassado pelo Governo Federal para o custeio daquele programa ser inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais)." E continua: "ademais, o então gestor ex-Prefeito DAVID SAMPAIO FALCÃO responsabilidade pela dispensa da licitação, vez que ele sequer integrava o mencionado Conselho, conforme se colhe da Portaria encartada às fis. 25 7/258.*

6. Afasta-se a alegação de que houve a compra do vinho tinto, como acusa o *Parquet*. Ao examinar a nota fiscal de fl. 335 do Anexo destes autos, é possível concluir que, na verdade, houve erro discriminação do item, pois o valor de R\$ 20,70 (vinte reais e setenta centavos) refere-se à aquisição de 3 (três) vinagres ao custo unitário de R\$ 6,90 (seis reais e noventa centavos).

7. Embargos de declaração parcialmente providos.

O Ministério Público Federal novamente interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal (fls. 715/739). Sustenta a violação aos preceitos normativos contidos no art. 10, VI e VIII, da Lei n. 8.429/92.

Em resumo, alega o recorrente que o Tribunal *a quo* teria inadequadamente avaliado os elementos fático-jurídicos do presente processo, na medida em que: a) dentre as competências atribuídas ao prefeito, está a fiscalização dos órgãos subordinados; b) verifica-se, no caso em comento, uma “cegueira deliberada” por parte do réu ao não gerir corretamente os negócios públicos irregulares que constam na presente ação; c) a negligência no exercício de suas funções fiscalizadoras permite a condenação por ato de improbidade administrativa; d) restou demonstrada a ausência de prioridade na gestão dos recursos federais em pauta; e) diversas informações desconexas foram prestadas pelo ex-prefeito municipal, o que determina a falta de confiabilidade e credibilidade delas; f) a culpa é um dos elementos subjetivos possíveis para punição do agente público; g) foram causados prejuízos ao erário, ainda que de pequeno valor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega, ainda, a existência de dissídio jurisprudencial, e apresenta os recursos especiais n. 1.376524/RJ e n.1.130.318/SP como os acórdãos paradigmas, que tratam da possibilidade de condenação por improbidade administrativa na modalidade culposa.

O Ministério Público Federal, em atuação como *custos legis*, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso especial (fls. 769/777), em parecer assim ementado:

DIREITO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APELO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ART. 105, III, ALÍNEAS “A” E “C”, DA CF/1988. VIOLAÇÃO AO ART. 10, INCS. VI E VIII, DA LEI N.º 8.429/92. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS COM RECURSOS DO PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR, NÃO PRECEDIDA DE PROCESSO LICITATÓRIO. ILEGALIDADE DA DISPENSA DO CERTAME RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DANO IN RE IPSA CONFIGURADO, A AUTORIZAR A CONDENAÇÃO DO AGENTE PELA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO LESIVO AO ERÁRIO E AOS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO, DA IMPESSOALIDADE E DA LEGALIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA ANTE A INCONTESTE MOLDURA FÁTICA APRESENTADA PELO ACÓRDÃO GUERREADO. PRECEDENTES DO STJ. - Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial, com determinação ao Eg. TRF/5ª Região para que proceda à dosimetria das sanções.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.581.426 - PB (2016/0029524-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

Como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, observam-se – em relação ao cabimento, processamento e pressupostos de admissibilidade dos recursos – as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça.

Insurge-se o recorrente com relação à não tipificação da conduta de ex-gestor público municipal como ato de improbidade administrativa causadora de lesão ao erário (art. 10, incisos VI e VIII, da Lei n. 8.429/92), consubstanciada em dispensa indevida de licitação para contratação dos gêneros alimentícios com recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar-PNAE e irregular movimentação bancária dos recursos do Programa de Apoio a Estados e Municípios para a Educação Fundamental de Jovens e Adultos (EJA).

No tocante à dispensa de licitação, o Tribunal *a quo* apreciou referida matéria e fez constar expressamente do acórdão impugnado que houve violação aos parâmetros legais para a dispensa de licitação. Veja-se:

(...) a falta de licitação contrariou os artigos 24, II, c/c art. 23, II, 'a', ambos da Lei 8.666/93, os quais estipulam o teto de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para dispensa de licitação e não R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo certo que a verba destinada à compra dos gêneros alimentícios era da ordem de R\$ 57.434,00 (cinquenta e sete mil quatrocentos e trinta e quatro reais). A fuga do procedimento licitatório pode configurar, em tese, a conduta ímproba prevista no artigo 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429 de 1992, desde que haja comprovação do prejuízo causado ao erário em virtude daquela dispensa. Como nenhum prejuízo ao erário foi apontado em razão da aludida dispensa, não é possível o enquadramento da situação em causa na previsão do art. 10, VIII, da Lei 8.429/92. (fls. 582/584)

O entendimento constante do segundo julgamento dos embargos declaratórios opostos pelo recorrente foi no sentido de que inexistente, no presente caso, prejuízo ao erário e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, que não está configurado o elemento subjetivo, *verbis*:

(...) A conduta ímproba tipificada no referido dispositivo [art. 10, Lei n.º 8.429/92] é, portanto, uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário. É a única modalidade de improbidade prevista na LIA que além da conduta dolosa, tipifica a conduta evitada de culpa grave. Desta feita, como na espécie restou afastada a lesão imputada ao réu – e não admitido o dano presumido, conforme razões expendidas –, não há que se perquirir se o réu agiu culposamente porque se encontra descaracterizado o ato censurado pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, único que admite tal elemento subjetivo. Com efeito, assim como consignado no acórdão hostilizado, 'a responsabilidade pela decisão de não licitar não pode ser atribuída ao acusado. À vista do que consta no relatório expedido por esse órgão, a decisão de dispensar a licitação coube ao Conselho Municipal de Educação, o qual decidiu, em sessão realizada em 14 de maio de 2003, ser tal procedimento desnecessário, haja vista o valor anual repassado pelo Governo Federal para o custeio daquele programa ser inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais).' E continua: 'ademais, o então gestor ex-Prefeito DAVID SAMPAIO FALCAO responsabilidade pela dispensa da licitação, vez que ele sequer integrava o mencionado Conselho, conforme se colhe da Portaria encartada às fls. 257/258. (fls. 706/707)

O fundamento jurídico adotado pelo Tribunal de origem – de não caracterização de ato de improbidade administrativa em razão da não constatação preliminar e concreta de prejuízos econômicos na não realização de procedimento licitatório – revela-se equivocado.

Esta Corte Superior possui entendimento de que, para a caracterização de improbidade administrativa por dispensa de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido. Em outras palavras, verifica-se o dano *in re ipsa*.

A propósito do tema, assim já decidiu o STJ:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. **DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO IN RE IPSA À ADMINISTRAÇÃO.** REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos 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).

2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

4. Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em 5 remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, incorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1499706/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 14/03/2017) (grifos não constantes no original).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DANO AO ERÁRIO. RECONHECIMENTO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. **DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO IN RE IPSA.** ANÁLISE DE LEI LOCAL. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 280/STF. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra Domingos Alcalde e Herval Rosa Seabra, objetivando ressarcimento dos danos materiais causados aos cofres do Município de Marília e danos morais causados à sociedade, consistente no reembolso de todos os valores gastos irregularmente em 1991, ano em que o primeiro réu exerceu o cargo de Prefeito de 1º de janeiro a 10 de novembro e o segundo réu, interinamente, de 11 de novembro a 31 de dezembro, tendo por objeto diversas irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas como falta e fracionamento de licitações, despesas impróprias com aluguel, alimentação, gráfica, publicidade e promoções artísticas, sob o fundamento de que teriam sido descumpridos os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

2. O Juiz de 1º Grau julgou parcialmente procedente o pedido (fls.1324-1326, e-STJ).

3. O Tribunal a quo deu parcial provimento às Apelações tão somente para excluir a condenação no dano moral coletivo e nos honorários advocatícios (fls. 1433-1443, e-STJ).

4. Constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

5. No que se refere à prescrição, o acórdão recorrido asseverou que "todas as preliminares foram afastadas por ocasião do saneador e foram objeto dos Agravos de Instrumento nsº 182.330-5/3 e 182.308-5/3 e, portanto, não suscetíveis de rediscussão, bem como o exame da imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário, nos termos do art. 37, § 5º, da Constituição Federal" (fl. 1437, e-STJ, grifei). Todavia, o ora agravante não impugnou tal fundamentação que é apta, por si só, para manter o decisor combatido. Incidência, por analogia, do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

óbice da Súmula 283/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles." 6. Ademais, o STJ firmou o entendimento de que a pretensão de ressarcimento dos prejuízos causados ao Erário é imprescritível, mesmo se cumulada com a ação de improbidade administrativa. Precedentes: REsp 1.429.304/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/9/2016; AgRg no REsp 1.517.891/ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/8/2015.

7. O Tribunal a quo reconheceu que houve dano ao Erário. Vejamos: "Quanto às aquisições fracionadas da empresa Açoeste (barras de ferro), patente a lesão ao erário, pois efetuados gastos acima dos valores permitidos para compra direta, sendo que não eram despesas urgentes e não estavam dispensadas do processo licitatório, conforme constatou o perito a fls. 1042. Ainda, como ponderou a MM. Juíza: "os réus compraram bens sem licitação, quando já sabiam de antemão o preço do bem, cujo valor total não autorizava dispensa" (fls. 1143)" (fl. 1440, e-STJ).

8. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese do recorrente, demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

9. A fraude à licitação dá ensejo ao chamado dano in re ipsa. Nesse sentido: REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9/9/2014; REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; REsp 1.190.189/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/9/2010, e REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/9/2014.

10. É inviável a análise de legislação local em Recurso Especial. Incidência, por analogia, da Súmula 280/STF.

11. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal de origem, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

12. A deficiência na fundamentação de Recurso Especial que impeça a exata compreensão da controvérsia atrai, por analogia, a incidência da Súmula 284/STF.

13. Por fim, não fez o recorrente o devido cotejo analítico e assim não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

14. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp 530.518/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 03/03/2017) (grifos não constantes no original).

Por fim, como bem destacou o *Parquet* Federal "[...] De qualquer sorte, a ausência de dano patrimonial não se mostra hábil a, por si, afastar a condenação do agente da imputação do ilícito descrito no artigo 11, da Lei n.º 8.429/92, porquanto a aquisição de gêneros alimentícios, não precedida do adequado certame licitatório, revela deliberada afronta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos princípios da licitação, legalidade e impessoalidade”. (fl. 776)

Com relação à violação ao artigo 10, inciso VI, da Lei n. 8.429/92, consubstanciada na alegação de gestão ilegal de recursos públicos, o Tribunal *a quo* assim se manifestou:

[...] Transferência de recursos da conta específica do programa (EJA) para outras contas, contrariando o disposto no art. 4º, inciso III, da RS/CD/FNDE 005. Igualmente, é descabida tal alegação. O MPF alega que o valor de R\$ 36.277,32 (trinta e seis mil, duzentos e setenta e sete reais e trinta e dois centavos) teria saído de conta do EJA para contas do FUNDEF, IPTU e FPM do Município. A despeito da alegação, admite que o valor teria sido restituído, restando apenas o pagamento da correção monetária correspondente a R\$ 227,35 (duzentos e vinte e sete reais e trinta e cinco centavos) ao FNDE, tudo conforme Relatório de Tomada de Contas Especial às fis. 369/383. Ora, não há como condenar um ex-prefeito pela imputação tão somente de transferência a outras contas, mesmo porque são públicas. Nem sequer o referido valor foi transferido para contas particulares. Ao transferir para contas do IPTU, FUNDEF e FPM, entendo que a verba continuou incorporada ao patrimônio do município. Ademais, é infundada tal arguição, quando o próprio Parquet Federal admite que houve restituição do valor para a conta originária (FNDE). Caso entenda necessária a restituição da correção monetária. A União poderá mover ação própria para tanto. Registro fictício de saída apurado em 15 de janeiro de 2004. Aqui, o Ministério Público Federal, baseado no relatório 130 de fl. 19 da CGU, afirma que, em 15 de janeiro de 2004, havia um registro do valor de R\$ 36.583,80 (trinta e seis mil, quinhentos e oitenta e três reais e oitenta centavos) no documento que retrata a situação financeira do programa chamado Demonstrativo Sintético Anual da Execução Físico Financeira, mas que não correspondia a verdade, já que na conta de aplicações financeiras apenas existiam R\$10.645,12 (dez mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e doze centavos). A despeito de não constar exatamente naquele momento (15/01/2004), o valor mencionado, o item anterior já deixou claro que o dinheiro estava pulverizado em outras contas que, ressaltado, são públicas. Além disso, como já dito, o valor foi restituído. Assim sendo, o registro fictício tão-somente há de ser considerado como mera irregularidade formal, não constituindo fato relevante para a aplicação da prática de ato de improbidade administrativa. Por fim, destaco que, apenas é possível a caracterização de um ato como de improbidade administrativa, quando há desonestidade por parte do administrador. A conduta ilegal só se torna ímproba se revestida de má-fé do agente público. Não comprovada a desonestidade na conduta do agente público, correta a sentença que julgou improcedente a ação civil pública de improbidade administrativa. (fls. 587/588)

Verifica-se que não restou comprovada a conduta ímproba nessa hipótese, sendo certo que a modificação do entendimento firmado pelo Tribunal *a quo* demandaria incontestável revolvimento fático-probatório.

Por consequência, o conhecimento da referida temática resta obstaculizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diante do verbete sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, o que um juízo negativo de prelibação neste ponto.

O raciocínio jurídico apresentado não diferencia do adotado por esta Corte:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. AUSÊNCIA. INCONFORMISMO. IRREGULARIDADES NA LICITAÇÃO. ART. 10 DA LEI 8.429/92. **ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DO ELEMENTO SUBJETIVO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.**

I. Agravo interno interposto em 28/04/2016, contra decisão publicada em 20/04/2016, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. Trata-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta pelo Ministério Público do Estado de Goiás em desfavor de Joaquim da Silva Pires, então Prefeito, Município de Minaçu/GO e Auto Posto Portaria LTDA., após apuração, pelo Tribunal de Contas do Município, de diversas irregularidades encontradas em contrato de fornecimento de combustíveis firmado, em 2008, entre a Prefeitura de Minaçu/GO e a empresa Auto Posto Portaria Ltda.

III. Não há falar, na hipótese, em violação ao art. 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que o voto condutor do acórdão recorrido apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. No caso, o acórdão recorrido, com fundamento no acervo fático-probatório dos autos, concluiu que o agravante concorreu, de forma consciente e voluntária, para o cometimento dos atos de improbidade previstos no art. 10 da Lei 8.429/92, e anuiu com as irregularidades cometidas no procedimento licitatório, permitindo a aquisição de bens e serviços por preços superiores aos de mercado.

Segundo o acórdão recorrido, o agravante, "prefeito do Município de Minaçu-GO à época dos fatos, autorizou sem qualquer pesquisa de preços o Pregão 17/2007 e homologou a licitação contendo diversas irregularidades, tais como, ausência de ato de designação do pregoeiro; ausência de planilha orçamentária, conforme exigência do artigo 15, §7º, inciso II, c/c o artigo 40, §2º, inciso II, ambos da Lei nº 8.666/93 (pesquisa de preço); ausência de parecer jurídico sobre as minutas e a licitação; inexistência de certificado de verificação emitido pelo controle interno do Município", bem como que "está caracterizado o superfaturamento, já que o ente municipal adquiriu óleo diesel por R\$ 2,25, gasolina por R\$ 2,99 e álcool hidratado por R\$ 1,99, enquanto que o preço de mercado de tais produtos eram, à época, R\$ 2,05, R\$ 2,81 e R\$ 1,87, respectivamente, o que gerou um prejuízo ao erário de R\$ 267.000,00 (duzentos e sessenta e sete mil reais)".

Nesse contexto, a análise da pretensão recursal, consubstanciada no afastamento do ato improbo, com a consequente inversão da conclusão adotada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na origem, demandaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado, em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte. Precedentes do STJ.

V. Agravo interno improvido.

(AgInt no AREsp 852.118/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 04/11/2016) (grifos não constantes no original).

Há se reconhecer, portanto, que resta configurada a prática de improbidade administrativa causadora de lesão ao erário, nos termos do art. 10, *caput*, e inciso VIII, da Lei n. 8.429/92.

Merece conhecimento, então, o recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, a fim de condenar o réu às sanções do artigo 12, inciso II, da Lei n. 8.429/92.

Diante do exposto, conhecido o recurso especial, e parcialmente provido, a fim de remeter os autos à origem para a fixação das sanções previstas no art. 12, II, da Lei n. 8.429/92.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0029524-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.581.426 / PB

Números Origem: 00094995520094058200 200982000094998 94995520094058200

PAUTA: 27/02/2018

JULGADO: 01/03/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
ASSIST. MP : FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO
RECORRIDO : DAVID SAMPAIO FALCAO
ADVOGADO : FABIO LUCENA FALCAO E OUTRO(S) - PB013525

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.