



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.519.597 - PB (2014/0224600-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
RECORRENTE : JOSÉ EDIVAN FÉLIX
ADVOGADO : PAULO ÍTALO DE OLIVEIRA VILAR E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES APLICADAS. REDIMENSIONAMENTO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE REFORMOU A SENTENÇA DE MÉRITO NO PONTO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA 207/STJ. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 10 E 11, DA LIA. PRESENÇA DE DOLO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO, DIVERGINDO DO E. RELATOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, não conhecer do recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (voto-vista) os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, primeira parte).

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

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator p/ Acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.519.597 - PB (2014/0224600-1)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : JOSÉ EDIVAN FÉLIX
ADVOGADO : PAULO ÍTALO DE OLIVEIRA VILAR E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIÃO

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto por JOSÉ EDIVAN FÉLIX, então Prefeito do Município de Catingueira/PB, com fundamento na alínea a do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo egrégio TRF da 5a. Região, que o condenou por ato de improbidade administrativa diante da *fuga da modalidade de licitação cabível, a partir do inadmissível fracionamento do objeto a adquirir; ausência de pesquisas de preços de mercado, deixando sem parâmetro a licitação realizada; prejuízos ao Erário (decorrentes de sobrepreço do bem adquirido de não aplicação dos valores repassados no mercado financeiro e de pagamento em duplicidade do mesmo equipamento)*. Confira-se a ementa do Aresto:

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS COLACIONADOS. PRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE DE OUVIDA DE TESTEMUNHAS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE NULIDADE. CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E UNIÃO/MINISTÉRIO DA SAÚDE, COM REPASSE DE VERBAS FEDERAIS PARA A AQUISIÇÃO, PELA MUNICIPALIDADE, DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE/AMBULÂNCIA, DEVIDAMENTE EQUIPADA, PARA FORTALECIMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FRACIONAMENTO DO OBJETO. FUGA À MODALIDADE LICITATÓRIA IMPOSTA POR LEI (TOMADA DE PREÇOS). ART. 23, II, DA LEI 8.666/93. CONVITE. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DEFEITUOSO. DINÂMICA FRAUDULENTA SIMILAR À APURADA NA OPERAÇÃO SANGUESSUGA. AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS. SUPERFATURAMENTO. NÃO APLICAÇÃO DOS VALORES REPASSADOS NO MERCADO FINANCEIRO. EQUIPAMENTO PAGO DUAS VEZES. PREJUÍZOS AOS COFRES PÚBLICOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS ÍMPROBOS. ELEMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBJETIVO. PRESENÇA. ARTS. 10, V, VIII, XII E 11 DA LEI 8.429/92. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 12 DA LEI 8.429/92 E PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE (fls. 348/371).

2. Nas razões do seu Apelo Nobre, alega o recorrente violação ao art. 330, I do CPC e aos arts. 10, 11 e 12 da Lei 8.429/92, aos seguintes argumentos:

(a) só seria possível aferir dano ao erário através de perícia judicial e o julgamento antecipado da lide cerceou sua defesa;

(b) o Administrador, ora recorrente, apenas homologou a licitação realizada por uma comissão permanente e Assessoria Jurídica;

(c) não houve a devida instrução probatória, com oitiva de testemunhas, e demais diligências necessárias a aclarar os fatos narrados na Inicial, sem dúvidas, haveria como cotejar a suposta responsabilidade de cada indivíduo ou ainda se houve a conduta dolosa para a prática do suposto ato de improbidade;

(d) a ausência da instrução probatória, conforme requerido, representa manifesta ofensa ao art. 5º., LIV e LV da CF;

(e) a parte recorrente pretende provar que não houve dano ao erário por meio de perícia contábil;

(f) na hipótese do art. 10 da LIA deve ficar comprovado a vontade indiscriminada do agente público em lesar o erário e o dolo do agente, que não pode ser presumido; e

(g) em caso de procedência da ação de improbidade administrativa, deve o Poder Judiciário fazer a dosimetria da pena observando os princípios da adequação e individualização punitiva, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3. Com contrarrazões (fls. 450/464), o recurso foi inadmitido na origem (fl. 479).

4. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Subprocurador-Geral da República ROBERTO LUÍS OPPERMANN THOMÉ,
manifestou-se pelo *não provimento do recurso* (fls. 579/581).

5. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.519.597 - PB (2014/0224600-1)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : JOSÉ EDIVAN FÉLIX
ADVOGADO : PAULO ÍTALO DE OLIVEIRA VILAR E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIÃO

VOTO VENCIDO

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO E CONDENAÇÃO PELO ART. 10 DA LEI 8.429/92 - DANO AO ERÁRIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. COMPRA DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE AO MUNICÍPIO DE CATINGUEIRA/PB COM REPASSE DE RECURSOS DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE IMPROBIDADE POR FRACIONAMENTO DE LICITAÇÃO, AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇO DE MERCADO E POR PAGAMENTO EM DUPLICIDADE DE EQUIPAMENTOS. CONDENAÇÃO DO EX-PREFEITO, QUE APENAS HOMOLOGOU O CERTAME E PROCEDEU ÀS CONTRATAÇÕES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO AGENTE POLÍTICO, QUE NÃO PODE SER OBJETIVA. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO PARA JULGAR IMPROCEDENTE A AÇÃO CIVIL PÚBLICA, SEM CONDENAÇÃO DO AUTOR EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. *Em âmbito judicial, vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tariffação legal de provas. Assim, se o Magistrado, analisando as provas dos autos, entender não haver necessidade de produção de prova testemunhal para o julgamento da lide, não há que se falar em cerceamento de defesa na impugnação do pedido.*

2. *A ilegalidade e a improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, dolo ou culpa grave.*

3. *A conduta do agente, nos casos dos arts. 9º. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas, em nenhuma das hipóteses legais, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

4. *O Prefeito não administra sozinho, pois conta com o nobre auxílio dos Agentes Públicos da Municipalidade. E embora possa ser responsabilizado pelos atos que estão sob sua condução (atos de gestão), certo é que referida carga de responsabilidade não pode ser objetiva, isto é, a ele imputada pelo simples fato de ser o Chefe do Executivo Municipal. Para a condenação por ato de improbidade administrativa, é necessária a ilegalidade qualificada, a atitude desonesta com a coisa pública, o que não se verifica na espécie.*

5. *Com efeito, não se percebe tenha o Agente Político atuado com culpa ou dolo de solapar o Erário ou de afrontar princípios basilares da Administração Pública, até porque não tinha ingerência sobre o processo licitatório para a compra da Unidade Móvel de Saúde. Inexistente a condenação dos Servidores que conduziram a Licitação - que mais intervieram no procedimento licitatório -, a fortiori o então Prefeito deve ter sua isenção de responsabilidade pronunciada.*

6. *Em se tratando de ação civil pública, a condenação em honorários advocatícios será cabível desde que verificada a má-fé da parte autora, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85 (AgRg no REsp. 1.100.516/PR, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 12.5.2015), o que não verificada na hipótese, em princípio.*

7. *Recurso Especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido na Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, sem condenação em honorários advocatícios.*

1. Dessume-se dos autos que, em dezembro de 2009, a a UNIÃO ajuizou Ação Civil Pública em desfavor de JOSÉ EDIVAN FÉLIX, ex-Prefeito do Município de Catingueira/PB, imputando ao réu a prática de ato de improbidade administrativa quanto à aquisição de Unidade Móvel de Saúde (ambulância) por meio de transferência de recursos federais em Termo de Convênio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Na petição inicial, narrou a UNIÃO que houve repasse de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ao Município de Catingueira/PB para a aquisição do bem, com a contrapartida do Município em R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos reais). Asseverou que a unidade móvel foi adquirida a partir de procedimento licitatório, na modalidade Carta-Convite, que resultou na participação de três empresas, sagrando-se vencedora a pessoa jurídica VEREDA COM. DIS. DE VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA. Argumentou que o Departamento Nacional de Auditoria do Ministério da Saúde-DENASUS, em conjunto com a Controladoria-Geral da União, verificou irregularidades no certame, especificamente a quebra de competitividade, dado o ajuste entre as empresas licitantes. Pugnou a condenação do réu pela prática de ato de improbidade administrativa que causou prejuízo ao Erário, com as respectivas sanções.

3. Em sentença, o pedido foi julgado procedente, para condenar o réu pela violação do disposto no art. 10 da LIA, com aplicação da sanção de ressarcimento integral dos prejuízos e de multa civil. A condenação foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5a. Região, porém com acréscimo de sanções, para incluir a perda da função pública, a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios/incentivos fiscais ou creditícios por cinco anos, e suspensão dos direitos políticos por cinco anos.

4. Inicialmente, é conveniente afirmar que não era exigível do ora Recorrente a oposição de Embargos Infringentes na origem (art. 530 do CPC), pois não houve para ele reforma da sentença por votação não unânime em sede de Apelação.

5. Com efeito, a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal *a quo*, tendo havido somente o acréscimo de sanção por votação não unânime, isto é, dois julgadores entendendo pela adição e um pela manutenção da sentença.

6. Sendo assim, porventura pretendesse a UNIÃO rever o Julgado, seria *sine qua non* a oposição de Embargos Infringentes, pois, no ponto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

houve reforma da sentença por Acórdão não unânime. O ora Recorrente pretende o completo afastamento da condenação, item principal sobre o qual não pairou divergência alguma.

7. O Recurso Especial cumpre os requisitos de admissibilidade, não sendo aplicável, portanto, a Súmula 207/STJ.

8. Quanto à preliminar de cerceamento de defesa, cabe asseverar que, em âmbito judicial, vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tariffação legal de provas. Assim, se o Magistrado, analisando as provas dos autos, entender não haver necessidade de produção de prova testemunhal para o julgamento da lide, não há que se falar em cerceamento de defesa na impugnação do pedido.

9. *In casu*, as instâncias de origem entenderam que a prova documental acostada aos autos era suficiente para a solução da lide. Sendo assim, não há que se falar em cerceamento de defesa, uma vez que, segundo entendimento desta Corte, o juiz pode julgar antecipadamente a lide se os elementos constantes dos autos forem suficientes à formação de sua convicção (AgRg no Ag 1.112.762/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, DJe de 18.8.2014).

10. Pois bem. Ao mérito do Recurso Especial.

11. Dessume-se dos autos que a UNIÃO ajuizou, em janeiro de 2010, Ação Civil Pública pela suposta prática de ato Improbidade Administrativa em desfavor de JOSÉ EDIVAN FÉLIX, então Alcaide do Município de Catingueira/PB, com suporte no art. 10, I, V, VIII, IX, XI e XII da Lei 8.429/92, que disciplina as condutas lesivas ao Erário por facilitação para incorporação de patrimônio público ao particular, frustração de licitude de processo licitatório, liberação de verba sem observância estrita das normas pertinentes, assim como no art. 11, I da LIA, que estabelece a conduta de ofender os princípios basilares administrativos a partir de ato que vise a um fim proibido em lei.

12. Alegou a UNIÃO que o então Prefeito assinou o Convênio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

512/2004 com o Ministério da Saúde para a aquisição de Unidade Móvel de Saúde e que, conforme o instrumento firmado, foi repassado ao conveniente o valor de R\$ 80.000,00, cabendo ao Município de Catingueira/PB a contrapartida de R\$ 2.400,00. A aquisição da ambulância se fez a partir de licitação na modalidade Carta-Convite, que resultou na participação das empresas ELCAR EMANUEL LUCENA MESSIAIS, ASSAVEL - ASSA VEÍCULOS LTDA e VEREDA COM. DIS. DE VEÍCULOS E MÁQUINAS LTDA, sagrando-se esta última como vencedora do certame. Porém, por meio do Relatório de Auditoria 4460 do Departamento Nacional de Auditoria do SUS-DENASUS, em conjunto com a CGU, foram verificadas irregularidades no procedimento, entre as quais estão a quebra de competitividade, tendo em vista a modalidade de licitação realizada, bem como a ausência de realização de pesquisa prévia de preços, o que, caracterizaria, em tese, atos de improbidade administrativa.

13. Houve julgamento de procedência da pretensão, condenando-se o então Alcaide às sanções de ressarcimento ao Erário (R\$ 12.814,43) e de multa civil em R\$ 10.000,00. O acórdão do TRF da 5a. Região, por sua vez, deu parcial provimento à Apelação da UNIÃO, a fim de majorar as sanções, impondo, também, as apenações de perda da função, pública, proibição de contratar com o Poder Público do dele receber incentivos/benefícios fiscais por 5 anos e suspensão dos direitos políticos por 5 anos.

14. Pois bem. Cinge-se a controvérsia em saber se houve ou não prática de ato de improbidade administrativa que causou dano ao Erário no procedimento de aquisição de Unidade Móvel de Saúde pelo Município de Catingueira/PB.

15. Sobre o ponto, sabe-se que é muito antiga – e remonta aos tempos iniciais das formulações teóricas dos institutos e das práticas judiciais do Direito Sancionador, cuja matriz histórica é o Direito Penal moderno – a sempre aguda contraposição conceitual entre a ilegalidade e a ilicitude ímproba dos atos humanos ou, em outras palavras (pondo-se aquela dicotomia no preciso espaço jurídico das sanções), a distinção (necessária distinção) entre a conduta ilegal e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta ímproba imputada ao agente (público ou privado) autor da ação ofensiva então submetida ao crivo judicial, para o efeito de sancionamento.

16. A confusão entre esses conceitos (e, por extensão, a confusão entre quaisquer outros conceitos) sempre leva a reflexão jurídica (ainda que bem intencionada) a resultados nefastos; conduz inevitavelmente o raciocínio a impasses lógicos e também éticos, cuja solução desafia a cognição dos atos em análise sem as pré-concepções comuns (ou vulgares) quanto às suas estruturas e aos seus significados; ainda que a linguagem usual empregue um termo (ilegal) por outro (ímprobo), o julgamento judicial há de fazer (sempre) a devida distinção entre ambos.

17. Essa proposta nada tem vanguardista e nem de garantismo jurídico radical: ela (a proposta) resulta da observação da tendência – aliás inexplicavelmente bastante generalizada – de se considerar, automaticamente, como ímprobos as condutas ilegais e, assim, aplicar-se aos seus agentes (agentes das condutas ilegais) as sanções (ásperas sanções) da Lei 8.429/92.

18. É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do *caput* do art. 11 dessa Lei, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta) que ofenda os princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo.

19. A aplicação cega e surda desse dispositivo (art. 11 da Lei 8.429/92) leva, sem dúvida alguma, à conclusão judicial (e mesmo quase à certeza ou à convicção judicial) de que toda ilegalidade é ímproba e, portanto, o seu autor (da ilegalidade) sujeita-se às sanções previstas para essa conduta.

20. Mas há um grave engano (ou uma brutal simplificação) nessa percepção, pois somente o decisionismo pode inspirar tal assertiva: se fosse consistente a postura de identificar a improbidade na ilegalidade, toda vez que se concedesse uma ordem de *habeas corpus* ou um mandado de segurança, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exemplo, a autoridade impetrada (num e noutro caso), o que seria – convenhamos – um rematado absurdo jurídico.

21. Portanto, a ilegalidade e a improbidade não são, em absoluto, situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), uma vez que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave.

22. Ademais, dessa atuação malsã do agente deve resultar (i) o enriquecimento ilícito próprio ou alheio (art. 90. da Lei 8.429/92), (ii) a ocorrência de prejuízo ao erário (art. 10 da Lei 8.429/92) ou (iii) a infringência aos princípios nucleares da Administração Pública (art. 37 da Constituição e 11 da Lei 8.429/92).

23. Observe-se, ainda, que a conduta do agente, nos casos dos arts. 90. e 11 da Lei 8.429/92, há de ser sempre dolosa, por mais complexa que seja a demonstração desse elemento subjetivo; nas hipóteses do art. 10 da Lei 8.429/92, cogita-se que possa ser culposa, mas, em nenhuma das hipóteses legais, se diz que possa a conduta do agente ser considerada apenas do ponto de vista objetivo, gerando a responsabilidade objetiva.

24. Quando não se faz a distinção conceitual entre ilegalidade e improbidade, ocorre a aproximação (perigosa aproximação) da sempre temível responsabilidade objetiva por infrações, embora às vezes alguém nem se dê conta disso; a jurisprudência do STJ, na esteira das lições dos doutrinadores, assenta essa distinção: AIA 30/AM, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 28.9.2011; REsp. 1.103.633/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 3.8.2010; EDcl no REsp. 1.322.353/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 11.12.2012; REsp. 1.075.882/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 12.11.2010; REsp. 414.697/RO, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 16.9.2010; REsp. 1.036.229/PR, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 2.2.2010.

25. No caso em comento, as instâncias de origem reconheceram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a prática de ato do então Prefeito de Catingueira/PB que importou em dano ao Erário.

26. Prefacialmente, demarque-se que a Lei 8.666/93 - édito legal que estabeleceu o dorso das licitações e dos contratos administrativos no País em sede da nova ordem constitucional de 1988 - destina-se a preservar o princípio da isonomia, por meio da escolha da proposta mais vantajosa à Administração.

27. Nesse particular, dúvida não há de que os princípios insculpidos no referido Estatuto das Licitações e dos Contratos são de observância cogente pelos Administradores Públicos - em especial pelos Municípios - a fim de que se preservem a competitividade, a isonomia, a moralidade e a probidade administrativas.

28. Porém, a pergunta crucial ao deslinde do presente feito é: poderia o Prefeito Municipal ser condenado por ato de improbidade por ter homologado o procedimento licitatório sobre o qual não tinha ingerência? Entende-se que não. Eis a exposição dos motivos.

29. A partir da moldura fático-probatória delineada pelo Tribunal de origem, percebe-se que o certame foi desempenhado por Agentes Públicos especificamente designados para a escolha da proposta mais vantajosa à aquisição da ambulância ao Município.

30. Nesse sentido, os elementos sobre os quais a UNIÃO aponta como ensejadores de prática desonesta - fuga da modalidade de licitação a partir de fracionamento do objeto, ausência de pesquisa de preços, sobrepreço do bem adquirido - se circunscrevem à atividade inerente aos membros da Comissão de Licitação.

31. Enxergada a questão de tal maneira, vê-se que o Acórdão recorrido mantém a sentença condenatória - e acrescenta sanções - por ter o Prefeito adjudicado e homologado o certame, sem que este participasse dos atos de indicação da modalidade licitatória, de compra separada dos objetos ou de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

escolha da empresa vencedora.

32. Relevante assinalar que, em sua defesa, o Recorrente traz à baila argumentação plausível segundo a qual o preço final da aquisição do bem (unidade móvel de saúde) se mostrou *em mais de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)* inferior aos critérios do Tribunal de Contas da União para a configuração de uma ambulância, o que é contraprova à alegação de prejuízo ao Erário.

33. Do ponto de vista dos atos de Agente Público que se arredam da probidade administrativa, não se verifica enquadramento da conduta do ora Recorrente, na condição de Prefeito Municipal, em tão somente finalizar - perceba-se, encerrar - a Licitação e realizar as contratações na forma desempenhada pelo prévio procedimento seletivo de compra pública.

34. O Prefeito não administra sozinho, pois conta com o nobre auxílio dos Agentes Públicos da Municipalidade. E embora possa ser responsabilizado pelos atos que estão sob sua condução (atos de gestão), certo é que referida carga de responsabilidade não pode ser objetiva, isto é, a ele imputada pelo simples fato de ser o Chefe do Executivo Municipal. Para a condenação por ato de improbidade administrativa, é necessária a ilegalidade qualificada, a atitude desonesta com a coisa pública, o que não se verifica na espécie.

35. Posto isto, não se percebe tenha o Agente Político atuado com culpa ou dolo de solapar o Erário ou de afrontar princípios basilares da Administração Pública.

36. Nessa ordem de ideias, emerge em plausibilidade a declaração do então Prefeito, ora recorrente, de que não tinha ingerência sobre o processo licitatório. Mas a Comissão de Licitação poderia intervir plenamente sobre o certame e sobre ela não recaiu responsabilização alguma.

37. Em outras palavras, inexistente a condenação dos Servidores que conduziram a Licitação - que mais intervieram no procedimento licitatório -, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fortiori, o então Prefeito, ora recorrente, deve ter sua isenção de responsabilidade pronunciada.

38. Nada obstante as preclaras argumentações da UNIÃO ao longo da trama processual, não se pode condenar o então Prefeito por improbidade administrativa pelo simples fato de ser o responsável por homologar o certame licitatório e por assinar a contratação, pois, como visto, exige-se a intenção malévola da conduta descrita na exordial para a condenação por improbidade administrativa e, nesse particular, o recorrente está com a razão em sua argumentação.

39. Razão socorre, portanto, o recorrente, devendo o acórdão ser reformado, para ser julgado improcedente o pedido em Ação Civil Pública.

40. Cumpre desde logo esclarecer que *em se tratando de ação civil pública, a condenação em honorários advocatícios será cabível desde que verificada a má-fé da parte autora, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85 (AgRg no REsp. 1.100.516/PR, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 12.5.2015).*

41. No caso dos autos, não se verifica má-fé do *Parquet*, especialmente porque tratou-se de uma causa extremamente técnica, embasada em estudos da Controladoria-Geral da União e do órgão de supervisão do Ministério da Saúde, que apontaram, ao menos, em tese, irregularidades no uso de verbas federais. Não há *mala fides* na atuação do órgão ministerial, portanto, não se justificando a condenação em honorários advocatícios.

42. Porventura seja mantida a condenação, entende-se que merece guarida o argumento recursal de violação do art. 12 da LIA, pois, de fato, a majoração das sanções efetuada pela Corte Regional mostra-se excessiva, uma vez que impôs todas as reprimendas da Lei de Improbidade. Assim, sendo, nessa circunstância, não houve individualização da medida sancionadora, pois a aplicação do máximo da pena pelo julgador é o zênite da desproporcionalidade.

43. A meu sentir, a dosimetria realizada pelo Magistrado de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeiro Grau, que empregou em sentença as sanções de multa civil e de ressarcimento ao Erário do dano, representa melhor balanceamento da conduta à norma regente, aquilatando com justa medida os fatos e provas da causa. Entendo que devem ser restabelecidas as sanções sentença, portanto, em caso de manutenção do decreto condenatório.

44. Ante o exposto, conhece-se do Recurso Especial de JOSÉ EDIVAN FÉLIX e a ele se dá provimento para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido na Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, sem condenação do autor em honorários advocatícios. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0224600-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.519.597 / PB

Números Origem: 00000052920104058202 551022

PAUTA: 03/11/2015

JULGADO: 03/11/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ EDIVAN FÉLIX

ADVOGADO : PAULO ÍTALO DE OLIVEIRA VILAR E OUTRO(S)

RECORRIDO : UNIÃO

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

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento para julgar improcedente o pedido na ação civil pública por improbidade administrativa, sem condenação em honorários advocatícios, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.519.597 - PB (2014/0224600-1)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : JOSÉ EDIVAN FÉLIX
ADVOGADO : PAULO ÍTALO DE OLIVEIRA VILAR E OUTRO(S)
RECORRIDO : UNIÃO

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES APLICADAS. REDIMENSIONAMENTO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE REFORMOU A SENTENÇA DE MÉRITO NO PONTO. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS INFRINGENTES. SÚMULA 207/STJ. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTS. 10 E 11, DA LIA. PRESENÇA DE DOLO E PREJUÍZO AO ERÁRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO, DIVERGINDO DO E. RELATOR MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Como bem delimitado no voto proferido pelo Ministro Napoleão, versam os autos, na origem, sobre ação civil pública, por improbidade administrativa, ajuizada pela União contra José Edivan Félix, ex-prefeito de Catingueira/PB, imputando-lhe a prática de ato previsto no art. 10 da Lei n. 8.429/1992.

Narra a exordial (fls. 2-14, e-STJ) que houve a frustração do procedimento licitatório destinado à aquisição de uma unidade móvel de saúde devidamente equipada (ambulância), frustrando o procedimento licitatório e gerando prejuízo ao erário de R\$12.814,43 (doze mil, oitocentos e quatorze reais e quarenta e três centavos).

A sentença (fls. 238-253, e-STJ) julgou procedente o pedido, sendo parcialmente reformada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual, por maioria, majorou as sanções aplicadas ao recorrente, em acórdão assim ementado (fls. 367/370):

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. SUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS COLACIONADOS. PRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESNECESSIDADE DE OUVIDA DE TESTEMUNHAS. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE NULIDADE. CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E UNIÃO/MINISTÉRIO DA SAÚDE, COM REPASSE DE VERBAS FEDERAIS PARA A AQUISIÇÃO, PELA MUNICIPALIDADE, DE UNIDADE MÓVEL DE SAÚDE/AMBULÂNCIA, DEVIDAMENTE EQUIPADA, PARA FORTALECIMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FRACIONAMENTO DO OBJETO. FUGA À MODALIDADE LICITATÓRIA IMPOSTA POR LEI (TOMADA DE PREÇOS). ART. 23, II, DA LEI Nº 8.666/93. CONVITE. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DEFEITUOSO. DINÂMICA FRAUDULENTA SIMILAR À APURADA NA "OPERAÇÃO SANGUESSUGA". AUSÊNCIA DE PESQUISA DE PREÇOS. SUPERFATURAMENTO. NÃO APLICAÇÃO DOS VALORES REPASSADOS NO MERCADO FINANCEIRO. EQUIPAMENTO PAGO DUAS VEZES. PREJUÍZOS AOS COFRES PÚBLICOS. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS ÍMPROBOS. ELEMENTO SUBJETIVO. PRESENÇA. ARTS. 10, V, VIII E XII, E 11 DA LEI Nº 8.429/92. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 12 DA LEI Nº 8.429/92 E PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. Apelações interpostas pela parte autora e pelo réu, contra sentença de procedência do pedido de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada com vistas à responsabilização de ex-prefeito pelo fracionamento indevido do objeto definido no Convênio nº 512/2004 (firmando entre o Município de Catingueira/PB e a União/Ministério da Saúde, com vistas ao fortalecimento do SUS, através da aquisição de uma unidade móvel de saúde/ambulância, devidamente equipada, no importe de R\$82.400,00, sendo R\$80.000,00, pela União, e R\$2.400,00, pela Municipalidade), com fuga, em decorrência, à modalidade de licitação cabível (tomada de preços), realizando-se convite, o que lhe teria permitido a escolha das empresas fornecedoras, além de ser o demandado responsável por outras irregularidades graves apuradas no referido procedimento administrativo, geradoras de prejuízos aos cofres públicos - de modo similar à dinâmica apurada na "Operação Sanguessuga".

2. Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, haja vista que a prova dos fatos em discussão é de natureza, fundamentalmente, documental, já se encontrando os autos instruídos, de modo suficiente, com os documentos necessários à apreciação do feito, inclusive, parte deles, fornecidos pelo demandado. Nesse tocante, a prova pericial pretendida pelo réu é absolutamente prescindível, assim como a ouvida de testemunhas nada acrescentaria de relevante, ante o conjunto probatório documental reunido. **Preliminar de nulidade rejeitada.**

3. De acordo com as apurações levadas a efeito pelos órgãos de controle (Departamento Nacional de Auditoria do SUS e Controladoria Geral da União), nos seus aspectos mais relevantes, compatíveis com a documentação coligida nos autos (especialmente, com a vistoria *in loco*), e cuja força probatória o réu não logrou infirmar por prova hábil, concluiu-se: "[...] o Edital não incluiu no objeto da licitação os itens: *maleta com equipamentos médicos (estetoscópio adulto/infantil, ressuscitador manual adulto/infantil, esfigmomanômetro adulto/infantil) e tubo de oxigênio; constantes do Plano de Trabalho*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aprovado pelo Parecer Técnico 3472/04 [...];/foram realizados dois processos de compra, um relativo ao Convite 021/2005 (valor de R\$79.000,00) e outro à aquisição direta (valor de R\$3.400,00), ocasionando fuga à modalidade correta de licitação, ou seja, Tomada de Preços, conforme disciplina o art. 23 da Lei 8666/1993;/aquisição de uma régua tripla no valor de R\$980,00 [...] apesar da proposta vencedora do certame já fazer menção ao item relativo à régua tripla; de acordo com os cálculos do SGI/CGU, foi constatado prejuízo ao erário no valor de R\$6.289,24 [...] Considerando que a participação do Ministério da Saúde foi de 97,09%, o valor do prejuízo para a União foi de R\$6.106,06 [...], mais o valor de R\$980,00 [...] pelo pagamento em duplicidade na aquisição da régua tripla, perfazendo um total de R\$7.086,06 [...] que deverá ser ressarcido ao Fundo Nacional de Saúde com os devidos acréscimos legais, tendo em vista o descumprimento da Lei 8.666/1993, Decreto 201/1967 e IN/STN nº 01/1997;/[...] não houve aplicação dos recursos do convênio no mercado financeiro;/o valor repassado pelo concedente R\$80.000,00 [...] foi creditado em 17/03/2005 e a contrapartida do conveniente R\$2.400,00 [...] em 02/05/2005. Nesta mesma data, 02/05/05, o saldo da conta foi sacado [...] permanecendo o saldo zerado até 09/10/2005. Em 10/10/2005, sem juros ou correção, o valor de R\$82.400,00 [...] foi devolvido à conta específica do convênio, contrariando art. 20 da IN/STN 01/97". De fato, os documentos coligidos permitem formar convicção no sentido da prática das seguintes principais ilicitudes: **fuga da modalidade de licitação cabível, a partir do inadmissível fracionamento do objeto a adquirir; ausência de pesquisa de preços de mercado, deixando sem parâmetro a licitação realizada; prejuízos ao erário (decorrentes de sobrepreço do bem adquirido, de não aplicação dos valores repassados no mercado financeiro e de pagamento em duplicidade do mesmo equipamento).**

4. Embora, isoladamente consideradas, algumas dessas constatações pudessem ser qualificadas como meras irregularidades formais, que não dariam ensejo à improbidade administrativa, quando vistas em conjunto e, especialmente, quando depuradas no contexto maior em que inseridas, caracterizam ato de improbidade administrativa, que se subsume nos tipos inscritos no art. 10, V, VIII e XII da Lei nº 8.429/92. Ainda que assim não fosse, a violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92) é evidente, inclusive com materialização do dolo, especialmente quando se tem em conta que, pela própria função exercida pelo réu, sabia da inadmissibilidade de fracionamento do objeto a licitar, para fugir da modalidade escorreita de licitação, e da obrigatoriedade de realização de pesquisa de preços para apuração do parâmetro de mercado como forma de evitar aquisições com sobrepreço. De se ressaltar que, segundo entendimento pacífico do STJ, para a caracterização do tipo do art. 10 é suficiente a presença de culpa.

5. Não se sustenta a tese de que a pesquisa de preços foi feita informalmente, seja porque não demonstrada sua ocorrência, seja porque não seria possível admitir esse tipo de procedimento. "[...] Registre-se que a pesquisa de preços encontra seu embasamento legal em diversos dispositivos da Lei das Licitações, entre os quais o inciso IV do art. 43 [...] Ademais, a pesquisa de preços deve ser dirigida a empresas que comercializam o bem a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adquirido, com vistas a tornar-se instrumento fundamental para a demonstração da legalidade da licitação, na medida em que evidencia a adequação dos preços contratados com os de mercado. A esse respeito, reproduz-se, a seguir, excerto do Acórdão 1861/2008-TCU-1ª Câmara:/Quando da elaboração do orçamento-base da licitação, realize ampla pesquisa de mercado para a formação dos preços orçados, utilizando-se de fontes oficiais ou de orçamentos emitidos por, no mínimo, três fornecedores, quando houver, a qual deverá necessariamente estar documentada no processo licitatório, previamente à publicação do edital, de forma a atender aos princípios da impessoalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório" (TCU, 2ª Câmara, Acórdão nº 380/2012, Relator Min. Aroldo Cedraz, trechos do relatório, em caso similar). Também não encontra embasamento a alegação de que o convite teria resultado em adequada competitividade (em verdade, suspeitas são as propostas tão próximas das empresas "convidadas"): "Cabe ressaltar que a Lei 8.666/1993 não veda a realização de dois certames, desde que observada a modalidade pertinente para a aquisição do objeto licitado (no caso uma unidade móvel de saúde), conforme disposto no art. 23, inciso II e § 2º Assinala-se, ainda, que a observância do valor global do objeto licitado, por meio de Tomada de Preços, permite tanto a publicidade quanto a concorrência mais ampla, no intuito de preservar a proposta mais vantajosa para a administração. É este o entendimento do TCU em diversos julgados, como se depreende dos Acórdãos 276/2010- P,6552/2009-2ª Câmara, 88/2000, 313/2000, 2.367/2005 e 1.477/2005, da 2ª Câmara; 258/1995 e 93/1999, da 1ª Câmara; e 45/1993, 85/1999, 125/2000, 1.339/2003, 871/2005 e 966/2005, do Plenário" (idem).

Finalmente, não encontra sustentáculo o argumento de que não se evidenciou o dolo ou má-fé do demandado: "[...] sobressai que a conduta subjetiva do ex-prefeito está relacionada à adjudicação e homologação dos Convites [...] Registre-se que tais irregularidades não constituem mera falha formal do ex-gestor. Isto porque o defendente, como chefe da Administração Municipal, tinha o dever de observar os princípios insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia, da moralidade e da probidade administrativa, de modo a garantir a melhor oferta (preço e qualidade) para a aquisição da UMS [...] Por ter sido, à época, o responsável pela adjudicação e homologação dos certames, entende-se que o ex-prefeito não poderia se furtar da responsabilidade de supervisionar todo o processo de aquisição da UMS [...] Caberia, portanto, ao ex-prefeito, ante a constatação das irregularidades em questão, proceder à anulação do procedimento licitatório, bem como providenciar a repetição do certame, na modalidade de Tomada de Preços, em razão de haver sido constatado que a soma dos dois certames alcançou o valor de R\$ 88.000,00 [...], observando-se os preceitos da Lei 8.666/1993. [...] Dessa forma, tem-se que a adjudicação e homologação dos procedimentos licitatórios ensejou em ato praticado contrário aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993, em especial os da competitividade, isonomia, moralidade e da probidade administrativa, restando configurada a conduta dolosa por parte do ex-prefeito [...]"(idem).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *"A auditoria realizada pelo Ministério da Saúde concluiu pela existência de fraude à licitação. Houve fracionamento do objeto da licitação, frustração de seu caráter competitivo, pagamento irregular e superfaturamento. Os apelantes não provaram que as conclusões da auditoria estavam erradas./Há dolo evidente nas hipóteses de fraude à licitação, pois os princípios constitucionais da moralidade, legalidade e eficiência foram desrespeitados. Ademais, espera-se de todo administrador público uma conduta ética que, no caso, não foi alcançada"*(TRF1, 4T, AC 200943000011095, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, j. em 26.09.2011).

7. As sanções impostas pelo Magistrado *a quo* (ressarcimento do valor integral do dano de R\$12.814,43 (valor de dezembro de 2009) e pagamento de multa civil no valor de R\$10.000,00) não são suficientes à penalização pela improbidade administrativa perpetrada, sendo mister incluir as seguintes punições: perda da função pública; proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos; suspensão dos direitos políticos por 5 anos. Essa majoração atende às exigências dispostas no art. 12 da Lei nº 8.429/92, estando coerente, outrossim, com os preceitos de razoabilidade e de proporcionalidade.

8. Pelo provimento da apelação da União e pelo desprovimento da apelação do réu.

Nas razões do recurso especial (fls. 375-413, e-STJ) alega-se violação do art. 330, I, do CPC/1973, porquanto o julgamento antecipado da lide teria acarretado o cerceamento de defesa.

Sustenta afronta aos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ao fundamento de que não restou caracterizado dano ao erário, bem como o elemento subjetivo do tipo e que é necessária a comprovação de dolo para a aplicação do art. 10 e 11 da Lia.

Afirma que "o Gestor apenas homologou o procedimento licitatório que veio da Comissão Permanente de Licitação, não há qualquer indício da má-fé do Recorrente apenas a passagem genérica e abstrata, sem qualquer prova que possa lhe embasar e dar sustentabilidade de que o mesmo supostamente conhecia os fatos apresentados" (fl. 402, e-STJ).

Por fim, aponta violação ao art. 12 da LIA, em razão da desproporcionalidade das sanções aplicadas pelo Tribunal de origem, consubstanciadas na perda da função pública, proibição de contratar com órgão público, bem como a suspensão de direitos políticos.

O recurso especial foi inadmitido pelo Tribunal de origem (fl. 479, e-STJ), razão pela qual foi manejado agravo em recurso especial (fls. 483-511, e-STJ), no qual se alega a ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação na decisão de inadmissibilidade, bem como repisa as razões apresentadas no apelo nobre.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do agravo, em razão da aplicação da Súmula 207/STJ (fls. 579-581, e-STJ).

O relator, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, determinou a conversão do agravo em recurso especial, oportunizando o seu julgamento pela Primeira Turma (fl. 583, e-STJ).

Em seguida, levado o presente feito ao julgamento colegiado, o Ministro Relator votou no sentido de dar provimento ao recurso especial para reconhecer a ausência de prática de ato ímprobo, julgando improcedente o pedido da ação civil pública, sem condenação em honorários advocatícios.

Pedi vista dos autos para melhor reflexão sobre o tema.

De início, quanto ao pedido de revisão das sanções aplicadas ante a incidência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, verifica-se que não foram interpostos embargos infringentes contra o acórdão que deu parcial provimento à apelação por maioria, reformando a sentença para majorar tais sanções, não havendo, portanto, o esgotamento das vias recursais.

Nesse sentido, incide, neste ponto, o teor da Súmula 207 desta Corte, segundo a qual "é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".

Confiram-se, ainda, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. SENTENÇA DE MÉRITO PARCIALMENTE REFORMADA POR MAIORIA. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. SÚMULA 207/STJ. PRESTAÇÃO DEVIDA DA TUTELA JURISDICIONAL. ATO DE IMPROBIDADE. ELEMENTOS ESSENCIAIS.

CONFIGURAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. VIA INADEQUADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. No caso dos autos, o Tribunal de origem, reformando em parte a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença, por maioria, condenou o recorrente à pena do art. 12, III, da Lei 8.429/92 e majorou a pena de multa cominada.

2. Enquadrada a hipótese na previsão contida no art. 530 do CPC, verifica-se a necessidade da interposição de embargos infringentes para fins de esgotamento de instância. Incide, ao caso, a Súmula 207/STJ.

[...]

6. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1137664/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/12/2011). **(grifo nosso)**

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO PROVIDA POR MAIORIA. EXAURIMENTO DE INSTÂNCIA. EMBARGOS INFRINGENTES NÃO OPOSTOS. SÚMULA 207/STJ.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul contra Cláudio Fernando Brayer Pereira, Paulo Roberto Marcowich, Maria de Lourdes Oliveira, Daniel Blotta Bacelo, Cassius Maximila Correa e Unisaúde Veículos Especiais Ltda, por ato de improbidade administrativa em decorrência das irregularidades no processo licitatório que redundou na aquisição, pelo Município de Santa Vitória do Palmar, de uma unidade móvel de saúde.

2. Conforme fls. 1.061-1.062 e 1.078-1.079, e-STJ, o Recurso de Apelação do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul foi provido, por maioria, tendo sido reformada sentença de mérito que julgara improcedente a Ação Civil Pública.

3. Nesse caso, cabia à parte interpor Embargos Infringentes, segundo o disposto no art. 530 do CPC. Não o fazendo, incide o óbice da Súmula 207/STJ: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".

4. Agravo Regimental não provido (AgRg no AREsp 621.621/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/08/2015).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. REFORMA DA SENTENÇA DE MÉRITO. ALTERAÇÃO DO PEDIDO MEDIATO. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

1. A sentença proferida na ação civil pública condenou o recorrente a três sanções distintas: a) suspensão dos direitos políticos por três anos; b) proibição de contratar com o poder público pelo prazo de três anos e c) multa civil no valor de 15 vezes o valor dos vencimentos do requerido.

2. O voto vencedor do acórdão reformou a sentença para manter as duas primeiras sanções, mas reduziu a multa civil para 8 vezes o valor dos vencimentos do recorrente. Já o voto vencido, além de reduzir ainda mais a multa civil (para 4 vezes o vencimento), afastava as duas primeiras sanções.

3. Muito embora não tenha havido alteração quanto à espécie de provimento visado, já que o acórdão manteve a condenação, ocorreu modificação substancial quanto ao bem da vida (as sanções impostas foram diferentes). O direito declarado pelo provimento jurisdicional foi alterado após o acórdão recorrido, ou seja, a carga declaratória da sentença que condenou o recorrente foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substancialmente modificada.

4. São cabíveis embargos infringentes quando a reforma da sentença de mérito alcança, apenas, o pedido mediato (bem da vida), já que integra o objeto do processo. Precedentes: REsp 983.010/MG, Rel.

Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 17.12.2007; REsp 715.934/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, DJ 05.02.2007; REsp 808.439/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 06.03.2008; REsp 672.057/RS, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJe 26.06.2008; REsp 710940/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU 04.05.2006.

5. Incidência da Súmula 207/STJ: "É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem".

6. Inexiste, na espécie, a presença da chamada dúvida objetiva, ou seja, a existência na doutrina ou na jurisprudência, de controvérsia na identificação do recurso adequado, o que impede a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

7. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 599.458/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11/11/2009).

Por outro lado, quanto a apontada violação do art. 330, I, do CPC, porquanto o julgamento antecipado da lide teria acarretado o cerceamento de defesa, não há nada a acrescentar ao consignado no voto do Relator, uma vez que é pacífico o entendimento desta corte no sentido de que inexistente cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de provas. Além disso, a discussão sobre a necessidade de dilação probatória na espécie, implicaria o reexame dos fatos e provas delineados nos autos, providência vedada em face da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRESTAÇÕES. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste cerceamento de defesa quando o julgador, ao constatar nos autos a existência de provas suficientes para o seu convencimento, indefere pedido de produção de prova documental.

2. O art. 131 do Código de Processo Civil consagra o princípio da persuasão racional, segundo qual o magistrado fica habilitado a julgar a demanda, conforme seu convencimento, "à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto", rejeitando, por conseguinte, "diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual" (AgR no Ag 60.78/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 10/05). [...] (AgR no REsp 1.096.147/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lima, Primeira Turma, DJe 18/03201,**grifo nosso**).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSO ESPECIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ILEGALIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. EXISTÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA 7/STJ. APONTADA LEGALIDADE DA DISPENSA DE LICITAÇÃO. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

[...] 3. É inviável rever, em sede de recurso especial, a adequação do julgamento antecipado da lide calcado em suficiência do conjunto probatório, incidindo o óbice da súmula 7/STJ. [...] (AgRg no AREsp 8407 / DF, desta relatoria, Primeira Turma, DJe 09/04/2014, grifo nosso).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. ASSUNÇÃO DE DÍVIDA NOS DOIS ÚLTIMOS QUADRIMESTRE DO MANDATO. ART. 42 DA LC 101/2000. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO. REEXAME DE PROVAS: SÚMULA 7/STJ. CONFIGURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO.

1. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.

2. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da recorrente demanda o reexame de provas. [...] (REsp 1252341 / SP. Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/09/2013, grifo nosso).

PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO ENVIADA POR CORREIO ELETRÔNICO. INTEMPESTIVIDADE. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.

[...] 2. É inviável a discussão sobre cerceamento de defesa quando o aresto recorrido fundamenta seu convencimento em elementos constantes dos autos do processo, conforme o enunciado da Súmula 7/STJ. [...] (AgRg nos EDcl no AREsp 111803 / MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 15/04/2013, grifo nosso).

Por fim, no caso dos autos, o Tribunal *a quo* manteve a sentença ao entender pela configuração do ato ímprobo, restando caracterizado o dolo na conduta do Recorrente, bem como o efetivo prejuízo ao erário, de forma que a conduta do réu amolda-se ao tipificado nos arts. 10, V, VIII e XII, e 11 da Lei de Improbidade Administrativa. É o que se revela no seguinte excerto do acórdão recorrido (fls. 356-358, e-STJ):

De acordo com as apurações levadas a efeito pelos órgãos de controle



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Departamento Nacional de Auditoria do SUS e Controladoria Geral da União), nos seus aspectos mais relevantes, compatíveis com a documentação coligida nos autos (especialmente, com a vistoria *in loco*), e cuja força probatória o réu não logrou infirmar por prova hábil, concluiu-se: "[...] o Edital não incluiu no objeto da licitação os itens: maleta com equipamentos médicos (estetoscópio adulto/infantil, ressuscitador manual adulto/infantil, esfigmomanômetro adulto/infantil) e tubo de oxigênio; constantes do Plano de Trabalho aprovado pelo Parecer Técnico 3472/04 [...];/foram realizados dois processos de compra, um relativo ao Convite 021/2005 (valor de R\$79.000,00) e outro à aquisição direta (valor de R\$3.400,00), ocasionando fuga à modalidade correta de licitação, ou seja, Tomada de Preços, conforme disciplina o art. 23 da Lei 8666/1993;/aquisição de uma régua tripla no valor de R\$980,00 [...] apesar da proposta vencedora do certame já fazer menção ao item relativo à régua tripla; de acordo com os cálculos do SGI/CGU, foi constatado prejuízo ao erário no valor de R\$6.289,24 [...] Considerando que a participação do Ministério da Saúde foi de 97,09%, o valor do prejuízo para a União foi de R\$6.106,06 [...], mais o valor de R\$980,00 [...] pelo pagamento em duplicidade na aquisição da régua tripla, perfazendo um total de R\$7.086,06 [...] que deverá ser ressarcido ao Fundo Nacional de Saúde com os devidos acréscimos legais, tendo em vista o descumprimento da Lei 8.666/1993, Decreto 201/1967 e IN/STN nº 01/1997;/[...] não houve aplicação dos recursos do convênio no mercado financeiro;/o valor repassado pelo concedente R\$80.000,00 [...] foi creditado em 17/03/2005 e a contrapartida do conveniente R\$2.400,00 [...] em 02/05/2005. Nesta mesma data, 02/05/05, o saldo da conta foi sacado [...] permanecendo o saldo zerado até 09/10/2005. Em 10/10/2005, sem juros ou correção, o valor de R\$82.400,00 [...] foi devolvido à conta específica do convênio, contrariando art. 20 da IN/STN 01/97".

De fato, os documentos coligidos permitem formar convicção no sentido da prática das seguintes principais ilicitudes: **fuga da modalidade de licitação cabível, a partir do inadmissível fracionamento do objeto a adquirir; ausência de pesquisa de preços de mercado, deixando sem parâmetro a licitação realizada; prejuízos ao erário (decorrentes de sobrepreço do bem adquirido, de não aplicação dos valores repassados no mercado financeiro e de pagamento em duplicidade do mesmo equipamento).**

Embora, isoladamente consideradas, algumas dessas constatações pudessem ser qualificadas como meras irregularidades formais, que não dariam ensejo à improbidade administrativa, quando vistas em conjunto e, especialmente, quando depuradas no contexto maior em que inseridas, caracterizam ato de improbidade administrativa, que se subsume nos tipos inscritos no art. 10, V, VIII e XII da Lei nº 8.429/92.

Ainda que assim não fosse, a violação aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92) é evidente, inclusive com materialização do dolo, especialmente quando se tem em conta que, pela própria função exercida pelo réu, sabia da inadmissibilidade de fracionamento do objeto a licitar, para fugir da modalidade escorreita de licitação, e da obrigatoriedade de realização de pesquisa de preços para apuração do parâmetro de mercado como forma de evitar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aquisições com sobrepreço.

De se ressaltar que, segundo entendimento pacífico do STJ, para a caracterização do tipo do art. 10 é suficiente a presença de culpa.

Diga-se que não se sustenta a tese de que a pesquisa de preços foi feita informalmente, seja porque não demonstrada sua ocorrência, seja porque não seria possível admitir esse tipo de procedimento. "[...] Registre-se que a pesquisa de preços encontra seu embasamento legal em diversos dispositivos da Lei das Licitações, entre os quais o inciso IV do art. 43 [...] Ademais, a pesquisa de preços deve ser dirigida a empresas que comercializam o bem a ser adquirido, com vistas a tornar-se instrumento fundamental para a demonstração da legalidade da licitação, na medida em que evidencia a adequação dos preços contratados com os de mercado. A esse respeito, reproduz-se, a seguir, excerto do Acórdão 1861/2008-TCU-1ª Câmara:/Quando da elaboração do orçamento-base da licitação, realize ampla pesquisa de mercado para a formação dos preços orçados, utilizando-se de fontes oficiais ou de orçamentos emitidos por, no mínimo, três fornecedores, quando houver, a qual deverá necessariamente estar documentada no processo licitatório, previamente à publicação do edital, de forma a atender aos princípios da impessoalidade, da publicidade e da vinculação ao instrumento convocatório" (TCU, 2ª Câmara, Acórdão nº 380/2012, Relator Min. Aroldo Cedraz, trechos do relatório, em caso similar).

Também não encontra embasamento a alegação de que o convite teria resultado em adequada competitividade (em verdade, suspeitas são as propostas tão próximas das empresas "convidadas"): *"Cabe ressaltar que a Lei 8.666/1993 não veda a realização de dois certames, desde que observada a modalidade pertinente para a aquisição do objeto licitado (no caso uma unidade móvel de saúde), conforme disposto no art. 23, inciso II e § 2º Assinala-se, ainda, que a observância do valor global do objeto licitado, por meio de Tomada de Preços, permite tanto a publicidade quanto a concorrência mais ampla, no intuito de preservar a proposta mais vantajosa para a administração. É este o entendimento do TCU em diversos julgados, como se depreende dos Acórdãos 276/2010-P, 6552/2009-2ª Câmara, 88/2000, 313/2000, 2.367/2005 e 1.477/2005, da 2ª Câmara; 258/1995 e 93/1999, da 1ª Câmara; e 45/1993, 85/1999, 125/2000, 1.339/2003, 871/2005 e 966/2005, do Plenário" (TCU, idem).*

Finalmente, não encontra sustentáculo o argumento de que não se evidenciou o dolo ou má-fé do demandado: "[...] sobressai que a conduta subjetiva do ex-prefeito está relacionada à adjudicação e homologação dos Convites [...] Registre-se que tais irregularidades não constituem mera falha formal do ex-gestor. Isto porque o defendente, como chefe da Administração Municipal, tinha o dever de observar os princípios insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993, em especial os da competitividade, da isonomia, da moralidade e da probidade administrativa, de modo a garantir a melhor oferta (preço e qualidade) para a aquisição da UMS [...] Por ter sido, à época o responsável pela adjudicação e homologação dos certames, entende-se que o exprefeito não poderia se furtar da responsabilidade de supervisionar todo o processo de aquisição da UMS [...] Caberia, portanto, ao ex-prefeito, ante a constatação das irregularidades em questão, proceder à anulação do procedimento licitatório, bem como providenciar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a repetição do certame, na modalidade de Tomada de Preços, em razão de haver sido constatado que a soma dos dois certames alcançou o valor de R\$ 88.000,00 [...], observando-se os preceitos da Lei 8.666/1993. [...] Dessa forma, tem-se que a adjudicação e homologação dos procedimentos licitatórios ensejou em ato praticado contrário aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei 8.666/1993, em especial os da competitividade, isonomia, moralidade e da probidade administrativa, restando configurada a conduta dolosa por parte do ex-prefeito [...]" (TCU, idem).

Quadra referenciar, a propósito, precedente do TRF1, em discussão análoga: "A auditoria realizada pelo Ministério da Saúde concluiu pela existência de fraude à licitação. Houve fracionamento do objeto da licitação, frustração de seu caráter competitivo, pagamento irregular e superfaturamento. Os apelantes não provaram que as conclusões da auditoria estavam erradas./Há dolo evidente nas hipóteses de fraude à licitação, pois os princípios constitucionais da moralidade, legalidade e eficiência foram desrespeitados. Ademais, espera-se de todo administrador público uma conduta ética que, no caso, não foi alcançada"(TRF1, 4T, AC 200943000011095, Rel. Des. Federal Hilton Queiroz, j. em 26.09.2011).

Dessa forma, como dito acima, observa-se que, com base no conjunto fático-probatório dos autos, o Tribunal de origem entendeu pela presença do elemento subjetivo (dolo), bem como do efetivo dano ao erário, a caracterizar os atos ímprobos previstos nos arts. 10, V, VIII e XII, e 11 da LIA. Assim, a reversão do entendimento exarado no acórdão exige o reexame de matéria fática, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. ATO ÍMPROBO. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. DOLO NÃO CONFIGURADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

[...]

2. A análise acerca da existência do dolo na espécie exigiria, inevitavelmente, o exame do acervo probatório da causa, o que é vedado no âmbito do recurso especial pela Súmula 7 desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 630605 / MG, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 19/06/2015, **grifo nosso**).

Com essas breves considerações, com a devida vênia, dirijo do Ministro Relator para **não conhecer** do recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0224600-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.519.597 / PB

Números Origem: 00000052920104058202 551022

PAUTA: 18/08/2016

JULGADO: 18/08/2016

Relator

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

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JOSÉ EDIVAN FÉLIX

ADVOGADO : PAULO ÍTALO DE OLIVEIRA VILAR E OUTRO(S)

RECORRIDO : UNIÃO

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

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, não conheceu do recurso especial, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (voto-vista) os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, primeira parte).