



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.153 - SP (2009/0022944-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**RECORRIDO** : **FIDELCINO MACENO COSTA E OUTROS**  
**ADVOGADO** : **FILDECINO MACENO COSTA (EM CAUSA PRÓPRIA)**

### **EMENTA**

ADMINISTRATIVO. SIMULAÇÃO DE LICITAÇÃO. TIPIFICAÇÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE QUE CAUSA PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTIGO 10 DA LEI 9.429/92). AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO. PRECEDENTES DO STJ. ATO DE IMPROBIDADE QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO. SANÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 12, INCISO III, DA LEI 8.429/92. ANÁLISE DA GRAVIDADE DO FATO. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O enquadramento do ato de "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente" na categoria de improbidade administrativa ensejadora de prejuízo ao erário (inciso VIII do artigo 10 da Lei 8.429/92) reclama a comprovação do efetivo dano ao patrimônio público, cuja preservação configura o objeto da tutela normativa (Precedentes do STJ).

2. O acórdão recorrido, ao definir a tipificação legal do ato de improbidade praticado e a sua gravidade impôs aos réus a sanção consistente na *"perda ou suspensão dos direitos políticos por três anos sem necessidade de ressarcimento ou pagamento de multa civil"* (fls. e-STJ 1.227/1.228). O exame da adequação da pena demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.  
Brasília, 16 de agosto de 2011

**MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.153 - SP (2009/0022944-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**  
**RECORRENTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**RECORRIDO** : **FIDELCINO MACENO COSTA E OUTROS**  
**ADVOGADO** : **FILDECINO MACENO COSTA (EM CAUSA PRÓPRIA)**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):**

1. Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com amparo na alínea "a" do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça Estadual, assim ementado:

Ação Civil Pública - ato de improbidade - simulação de licitação - ausência de danos - imposição das demais sanções previstas na Lei 8.429/92 - sentença reformada em parte.  
Dá-se provimento parcial aos recursos.

Segundo noticiam os autos, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO ajuizou ação civil pública em face de GÉRSON CAMINHOTO E OUTROS, imputando-lhes conduta tipificada como ato de improbidade administrativa, consistente na realização de concorrência pública simulada (para aquisição de peças para veículos do Município de Teodoro Sampaio), com fraude ao sentido competitivo do certame e danos aos erário. Além do prefeito do Município, foram incluídos no pólo passivo os integrantes da comissão de licitação e os particulares envolvidos no ato de licitação. Ao final, requereu o autor:

b - a procedência do pedido para declarar a nulidade da Carta Convite 040/95 e dos contratos firmados em decorrência dela ou com base nela;

c - a procedência do pedido para condenar o réu Gérson Caminhoto a devolver aos cofres públicos tudo o que foi pago pela Municipalidade de Teodoro Sampaio à firma Prudente Auto Peças Ltda. em razão das compras de peças para veículos feitas no ano de 1995 por força da carta convite 040/95, bem como para condená-lo às demais penas pelo ato de improbidade, no caso perda de função pública, caso venha a ocupar alguma, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano (R\$ 4.611,20), e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta e indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

d - a procedência do pedido para condenar os demais requeridos, com exceção do município, às penas pelo ato de improbidade, no caso perda de função pública, caso venham a ocupar algumas, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta e indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

e - alternativamente, caso não sejam aceitos os pedidos de itens "c" e "d", a condenação de todos os requeridos às penas do artigo 12, inciso III, da Lei 8.429/92;

O Juíz Singular julgou procedente a pretensão (fls. e-STJ 985/993) para: **(i)** anular a carta convite e todos os seus contratos, aditivos e acessórios; **(ii)** condenar solidariamente os réus na devolução de todos os valores recebidos em razão da licitação; e **(iii)** condenar os réus, no grau



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máximo, em todas as demais penas enumeradas no artigo 12 da Lei 8.429/92. Consoante a sentença, restou demonstrada a simulação no procedimento licitatório, mediante conluio entre o prefeito e as sociedades empresárias participantes do certame a fim de favorecer uma delas, enquadrando-se as condutas nas infrações previstas nos artigos 10 (ato de improbidade administrativa causador de lesão ao patrimônio público, uma vez que *"a burla ao caráter competitivo de qualquer procedimento licitatório implica em dizer que a Administração Pública ficou privada da oportunidade de contratar pelo menor preço, ou seja, poderia haver a prestação do mesmo serviço ou aquisição dos mesmos bens por valores inferiores"*) e 11 (porque *"burlar a competição de uma licitação, ou seja, direcionar o seu resultado é desrespeitar o princípio da legalidade"*) da Lei 8.429/92. Considerou presumido o dano ao erário, ante o desrespeito à exigência legal de realização de licitação. Ao final, consignou que os membros da comissão de licitação também deveriam ser responsabilizados, por terem anuído com a conduta ilícita do prefeito.

O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação interpostos por Fidelcino Maceno Costa, Cleiber Chiesa e José Arantes Bueno, reformou em parte a sentença, impondo-lhes *"a sanção consistente na perda ou suspensão dos direitos políticos por três anos, sem necessidade de ressarcimento ou pagamento de multa civil"*, na forma do inciso III do artigo 12 da Lei 8.429/95 (fl. e-STJ 1.228), pelos seguintes fundamentos:

- (i) *"substancialmente, os documentos acostados aos autos e os depoimentos coletados comprovam que a licitação, realizada sob a forma de convite, conforme Edital 040/95, foi realizada apenas para 'legalizar' as compras que estavam sendo feitas da empresa PRUDENTE, de Miguel da Silva Cabral, pois tendo sido ultrapassado o montante admitido para aquisições sem licitação, foram adotadas providências para ocultar a irregularidade"* (fl. e-STJ 1.220);
- (ii) *"a simulação da concorrência materializa a improbidade, mas não da forma apregoada na inicial, pois não há demonstração do efetivo dano, que não pode ser mensurado pelo total de compras feitas"* (fl. e-STJ 1.222);
- (iii) *"sem prova dos danos não há ressarcimento, e não havendo lesão, inviável a catalogação no art. 10 da Lei de Improbidade, uma vez que não existe lesão"* (fl. e-STJ 1.222); e
- (iv) *"a condenação deve ser mantida, com a redefinição da catalogação legal e a eliminação do dever de ressarcir"*, o que impõe *"uma nova dosagem das sanções, para que estas passem, do grau máximo, para o grau mínimo"* (fl. e-STJ 1.224).

No recurso especial, o Ministério Público Estadual sustenta que o acórdão regional incorreu em negativa de vigência dos artigos 10, *caput*, inciso VIII, da Lei 8.429/92 (ao concluir que a ausência de prova de danos consubstancia inexistência de lesão, malgrado a norma verse sobre dano presumido que independe de comprovação), e 12, incisos II e III, do mesmo diploma legal (ao ter afastado as demais sanções impostas pela norma).

Não foram apresentadas contra-razões ao apelo extremo, consoante certificado à fl. e-STJ 1.292.

Às fls. e-STJ 1.329/1.334, consta parecer do Ministério Público Federal, assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO E INDEPENDÊNCIA DE DOLO POR PARTE DO AGENTE.

- O ato lesivo à Administração nem sempre traduz prejuízo ao Erário, porquanto a lesão pode incidir apenas sobre o patrimônio moral do Poder Público.
- Parecer pelo conhecimento e pelo provimento do nobre apelo.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.169.153 - SP (2009/0022944-7)

**RELATOR** : MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI  
**RECORRENTE** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**RECORRIDO** : FIDELCINO MACENO COSTA E OUTROS  
**ADVOGADO** : FILDECINO MACENO COSTA (EM CAUSA PRÓPRIA)

### EMENTA

ADMINISTRATIVO. SIMULAÇÃO DE LICITAÇÃO. TIPIFICAÇÃO COMO ATO DE IMPROBIDADE QUE CAUSA PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTIGO 10 DA LEI 9.429/92). AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO. PRECEDENTES DO STJ. ATO DE IMPROBIDADE QUE ATENTA CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CARACTERIZAÇÃO. SANÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 12, INCISO III, DA LEI 8.429/92. ANÁLISE DA GRAVIDADE DO FATO. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO.

1. O enquadramento do ato de "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente" na categoria de improbidade administrativa ensejadora de prejuízo ao erário (inciso VIII do artigo 10 da Lei 8.429/92) reclama a comprovação do efetivo dano ao patrimônio público, cuja preservação configura o objeto da tutela normativa (Precedentes do STJ).

2. O acórdão recorrido, ao definir a tipificação legal do ato de improbidade praticado e a sua gravidade impôs aos réus a sanção consistente na *"perda ou suspensão dos direitos políticos por três anos sem necessidade de ressarcimento ou pagamento de multa civil"* (fls. e-STJ 1.227/1.228). O exame da adequação da pena demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):**

1. A presente controvérsia cinge-se: **(i)** à necessidade ou não de comprovação de dano ao erário para enquadramento de conduta ímproba nos atos de improbidade administrativa enumerados no artigo 10 da Lei 8.429/92; e **(ii)** ao alegado cabimento, no grau máximo, de todas as sanções previstas nos incisos II e III do artigo 12 da Lei 8.429/92.

2. No que concerne à alegada desnecessidade de comprovação de dano efetivo ao erário para enquadramento de conduta nos atos de improbidade administrativa enumerados no artigo 10 da Lei 8.429/92, não merece reforma o acórdão recorrido. Com efeito, malgrado o ato de "frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente" esteja expressamente enumerado no rol exemplificativo dos atos de improbidade administrativa ensejadores de prejuízo ao erário (inciso VIII do artigo 10 da Lei 8.429/92), o enquadramento da conduta na aludida categoria de improbidade administrativa reclama a comprovação do efetivo dano ao patrimônio público, cuja



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preservação configura o objeto da tutela normativa. No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, DA LEI 8.429/92. DANO AO ERÁRIO. MODALIDADE CULPOSA. POSSIBILIDADE. FAVORECIMENTO PESSOAL. TERCEIRO BENEFICIADO. REQUISITOS CONFIGURADOS. INCURSÃO NAS PREVISÕES DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

1. O ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.429/92 exige a comprovação do dano ao erário e a existência de dolo ou culpa do agente. Precedentes.

(...)

6. Recurso especial provido em parte. (REsp 1.127.143/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/08/2010)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. UTILIZAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PÚBLICOS POR PARTICULAR. ANÁLISE DE LEI LOCAL E DOS ELEMENTOS FÁTICO-PROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 280/STF E 7/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 10 DA LEI 8.429/1992 NÃO-CONFIGURADA.

1. Hipótese em que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina propôs Ação Civil Pública contra prefeito, imputando-lhe ato de improbidade administrativa por disponibilizar máquinas e servidores para uso de particular.

2. O Tribunal de Justiça rechaçou a alegada improbidade ao fundamento de que o demandado agiu em conformidade com lei municipal que, para fins de incentivo agrícola, autoriza o uso transitório de serviços e bens por particulares, mediante o pagamento das despesas.

3. A verificação de que a conduta do recorrido não teve respaldo legal demandaria, no caso específico, a análise de lei local e dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é inviável em Recurso Especial. Aplicação da Súmula 280/STF, por analogia, e da Súmula 7/STJ.

4. A configuração de ato de improbidade administrativa censurado pelo art. 10 da Lei 8.429/1992 pressupõe a ocorrência de dano ao Erário. In casu, a Corte estadual não apontou a existência de prejuízo ao patrimônio público, ao contrário, consignou que as despesas foram previamente pagas pelo particular, constatação não questionada pelo Parquet, que se limita a sustentar a ilegalidade da conduta.

5. A ausência de dano ao Erário não exclui, em tese, eventual enquadramento da conduta do agente público e do particular nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992, que coíbem os atos de improbidade por enriquecimento ilícito e por atentado aos princípios da Administração Pública. No caso dos autos, contudo, as razões recursais e o acórdão recorrido limitam-se a debater a norma contida no art. 10 da referida lei.

6. Recurso Especial não provido. (REsp 1.040.814/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 27/08/2009)

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO DE IMPROBIDADE – ART. 11 DA LEI 8.429/92 – PROVA DE DANO MATERIAL AO ERÁRIO – DESNECESSIDADE – ELEMENTO SUBJETIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INOCORRÊNCIA.

(...)

5. Embora mereçam acirradas críticas da doutrina, os atos de improbidade do art. 10, como está no próprio caput, são também punidos a título de culpa, mas deve estar presente na configuração do tipo a prova inequívoca do prejuízo ao erário.

6. Recurso especial improvido. (REsp 804.052/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJe 18/11/2008)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, restou assente na origem que *"a simulação da concorrência materializa a improbidade, mas não da forma apregoada na inicial, pois não há demonstração do efetivo dano, que não pode ser mensurado pelo total de compras feitas"* (fl. e-STJ 1.222), e que, *"sem prova dos danos não há ressarcimento, e não havendo lesão, inviável a catalogação no art. 10 da Lei de Improbidade, uma vez que não existe lesão"* (fl. e-STJ 1.222). Conseqüentemente, não merece prosperar a pretensão recursal no particular, revelando-se hígido o enquadramento da conduta ímproba na categoria de improbidade administrativa prevista no artigo 11 da Lei 8.429/92 (atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública).

3. Na hipótese, o Tribunal de origem, ao redefinir a tipificação legal do ato de improbidade praticado (do tipo previsto no artigo 10 para o tipo do artigo 11 da Lei 8.429/92), reconsiderou a gravidade do fato, impondo aos réus, tão-somente, a sanção consistente na *"perda ou suspensão dos direitos políticos por três anos sem necessidade de ressarcimento ou pagamento de multa civil"* (fls. e-STJ 1.227/1.228). O exame da adequação da pena demanda o reexame do contexto fático-probatório, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nesta parte, nego-lhe provimento. É como voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0022944-7

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.169.153 / SP

Números Origem: 3723455

3723455502

PAUTA: 16/08/2011

JULGADO: 16/08/2011

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO

Secretária

Bela. MÁRCIA ARAUJO RIBEIRO (em substituição)

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RECORRIDO : FIDELCINO MACENO COSTA E OUTROS

ADVOGADO : FILDECINO MACENO COSTA (EM CAUSA PRÓPRIA)

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:

A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Benedito Gonçalves (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.