



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 178.852 - RS (2013/0188659-0)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : INSTITUTO DE TECNOLOGIA APLICADA À INFORMAÇÃO ITEAI E OUTRO
ADVOGADO : FLÁVIO RODRIGUES ZEBRAL E OUTRO(S) - DF017589
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : JOSÉ AMÉRICO REPISO E SILVA
ADVOGADO : ARABELA RODRIGUES DE FREITAS E SILVA E OUTRO(S) - RS064830
INTERES. : LUIZ CARLOS REPISO RIELA
ADVOGADO : GLADIMIR CHIELE E OUTRO(S) - RS041290

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À LICITAÇÃO. DANO IN RE IPSA. ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. ELEMENTO SUBJETIVO CARACTERIZADOR DO ATO ÍMPROBO. AUSÊNCIA DE ABERTURA DA VIA ESPECIAL. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *"a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10" (AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011).*

2. Da mesma forma, *"a atual jurisprudência do STJ é no sentido de que para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), com a exceção da conduta do art.10, VIII, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo)" (AgInt no REsp 1.542.025/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 12/06/2018).*

3. Por sua vez, *"para a caracterização de improbidade administrativa, por frustração da licitude do processo 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" (REsp 1.624.224/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 06/03/2018).*

4. A caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII, da LIA exige, assim, a conjugação dos elementos subjetivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dolo ou, ao menos, culpa) e objetivo (dano, que pode ser presumido).

5. Caso concreto em que o acórdão embargado deu à controvérsia solução que se encontra em harmonia com a jurisprudência desta Corte, na medida em que expressamente reconheceu que *"a fraude à licitação tem como consequência o chamado dano in re ipsa"* (fl. 3.401), o que atrai a incidência da Súmula 168/STJ.

6. Quanto ao elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade administrativa, não houve a abertura da via especial, pois o acórdão embargado, nesse ponto, decidiu a controvérsia com fundamento na Súmula 284/STF. Logo, deve prevalecer a orientação segundo a qual *"não há como reconhecer a divergência entre acórdão que adentrou ao mérito da demanda e julgado que não ultrapassou o juízo de admissibilidade, ante a verificação de óbice processual"* (AgRg nos EAREsp 214.649/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe 25/04/2013).

7. Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 178.852 - RS (2013/0188659-0)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **INSTITUTO DE TECNOLOGIA APLICADA À INFORMAÇÃO ITEAI E OUTRO**
ADVOGADO : **FLÁVIO RODRIGUES ZEBRAL E OUTRO(S) - DF017589**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
INTERES. : **JOSÉ AMÉRICO REPISO E SILVA**
ADVOGADO : **ARABELA RODRIGUES DE FREITAS E SILVA E OUTRO(S) - RS064830**
INTERES. : **LUIZ CARLOS REPISO RIELA**
ADVOGADO : **GLADIMIR CHIELE E OUTRO(S) - RS041290**

RELATÓRIO

MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): Trata-se de agravo interno interposto pelo **Instituto de Tecnologia Aplicada à Informação - ITEAI e outro** contra decisão de minha lavra, que indeferiu liminarmente seus embargos de divergência.

Narram os autos que o **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul** propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face da **ITEAI e outros**, caracterizada na dispensa ilegal de licitação.

O Juízo de 1º Grau, com fundamento no art. 10, VI e VIII, da LIA, julgou procedente a ação, a fim de condenar os réus às seguintes sanções: "(I) *ressarcimento integral do dano, com responsabilidade solidária dos demandados*; (II) *suspensão dos direitos políticos por seis anos*; (III) *pagamento de multa civil de metade do dano causado, para cada um dos demandados*; (IV) *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 cinco anos*" (fls. 2.645/26.46).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou a sentença, nos termos da ementa que se segue (fl. 2.800):

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO PEDAGÓGICO DE PROJETO DE INFORMÁTICA EDUCATIVA NA REDE MUNICIPAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE ENSINO FUNDAMENTAL DE URUGUAIANA. ART. 24, XIII, DA LEI N. 8.666/93. REQUISITOS. PESQUISA DESVINCULADA E AUSÊNCIA DE FINS LUCRATIVOS INOCORRENTES. COMPRA DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA ENCOBERTA DE DOAÇÃO. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO.

Como regra, a licitação conduz à melhor contratação, por assegurar maior vantagem à Administração Pública.

A dispensa indevida de licitação, quando ausentes os requisitos do inciso XIII do art. 24 da Lei n. 8.666/93, configura ato improbidade administrativa, sujeitando os demandados às penalidades cabíveis.

Ausente atividade de pesquisa desvinculada do contrato e não demonstrada a ausência de fins lucrativos, não se tratando de serviço singular e não realizada prévia consulta de preços, realizada compra de equipamentos de informática encoberta de doação, sem licitação, impossibilitava-se a contratação direta.

Hipótese em que o instituto contratado firmou grande número de contratos similares, com vários Municípios brasileiros, havendo diversas ações civis e criminais envolvendo fatos análogos.

A alegação de o contrato ter sido cumprido não afasta a improbidade administrativa, ausente legalidade nas condutas, caracterizado prejuízo devido à desproporcional idade do valor desembolsado no caso concreto.

Precedentes do STJ e TJRGs.

PREQUESTIONAMENTO.

A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões entendidas pertinentes para solucionar a controvérsia.

Apelações desprovidas.

Opostos sucessivos embargos declaratórios, foram ambos rejeitados (fls. 2.864/2.869 e 2.878/2.883).

Contra esse acórdão a parte ora agravante interpôs recurso especial, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, apontando ofensa aos arts. 535 do CPC/1973; 1º, 2º, 3º, 4º, 11 e 12 da LIA, 41, IV da Lei 8.443/1992 e 24 da Lei 8.666/1994, aduzindo, em síntese: (a) omissão sobre a ausência de interesse e legitimidade da União para integrar o feito; (b) é competência da Justiça Federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita a prestação de contas perante órgão federal (Pet 4706 em trâmite no STF), dado que o município se valeu de recursos do FUNDEF para a contratação do ITEAI; e tal competência só pode ser examinada na Justiça Federal, à luz da Súmula 150/STJ; (c) ter havido dano ao erário.

Inadmitido o apelo nobre na origem, foi interposto agravo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O feito foi distribuído ao em. Ministro Herman Benjamin (fl. 3.303), tendo S.Ex^a negado provimento ao agravo em recurso especial,.

Ainda inconformada, a parte agravante interpôs agravo regimental, o qual foi improvido pela Segunda Turma desta Corte, pelos seguintes fundamentos: (i) não comprovação do dissídio jurisprudencial, pois não houve o necessário cotejo analítico entre os acórdãos confrontados, demonstrando-se a similitude de fato e de direito entre eles; (ii) os dispositivos da Lei 9.424/1996, tidos por afrontados, não têm comando normativo suficiente para alterar o quanto decidido no acórdão recorrido, incidindo na espécie a Súmula 284/STF; (iii) *"o artigo 3º da Lei 9.494/1996 prevê o repasse automático de verbas para contas únicas e específicas vinculadas ao fundo. Contudo, o acórdão recorrido atesta expressamente que não houve complementação pela União diante de sua natureza complementar, conforme trecho acima descrito. A solução da controvérsia, na forma proposta, esbarra na Súmula 7/STJ"* (fl. 3.400); (iv) *"a fraude à licitação tem como consequência o chamado dano in re ipsa"* (fl. 3.400); (v) impossibilidade de se conhecer do recurso especial no que tange à questão envolvendo o elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade administrativa, pois os argumentos deduzidos não possuem *"correlação com o conteúdo da demanda ou do acórdão recorrido"* e, ainda, porque não houve *"indicação de dispositivo violado, recomenda a aplicação da Súmula 284/STF"* (fl. 3.401).

O acórdão embargado recebeu a seguinte ementa (fls. 3.390/3.391):

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FRAUDE À LICITAÇÃO. PROJETO PEDAGÓGICO DE INFORMÁTICA. COMPRA E VENDA ENCOBERTA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL AFASTADA EM PRECEDENTE ANÁLOGO NA ESFERA PENAL. ALÍNEA "A". DISPOSITIVOS QUE NÃO INFIRMAM O ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STJ. DIVERGÊNCIA SOBRE A EXISTÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DANO AO ERÁRIO IN RE IPSA. ELEMENTO SUBJETIVO. SÚMULA 284/STF.
1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública por improbidade administrativa que narra contexto de contratações, por inúmeros municípios, sem licitação, do ITEAI para implantação de projeto pedagógico de informática – tudo dentro de contexto de transposição de negócios de empresa investigada em CPIs e judicialmente (a fundação ProEducar) para a empresa agravante, superfaturamentos, fraudes e propinas que montam prejuízo ao Erário de aproximadamente R\$ 18 milhões no País. Aponta que o ente municipal, por seu ex-prefeito e secretário de administração, contratou a referida empresa sem certame, de forma a encobrir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compra e venda de hardwares e softwares no valor de R\$ 450 mil. A sentença faz menção à Ação Penal que versa sobre os mesmos fatos para julgar o feito procedente e foi mantida pelo Tribunal de origem nos termos do acórdão.

2. Tampouco se pode conhecer do Recurso interposto pela alínea "c" do permissivo constitucional. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo ao recorrente demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. Contudo, o Recurso Especial se limita à transcrição de ementas (v. fls. 2957-2959/STJ). Reforça a conclusão o fato de que os julgados (recorrido e paradigma) partem de premissas fáticas distintas (a respeito da complementação da União para o Fundef).

3. Em relação à alínea "a", os agravantes apontam violação de dispositivos da Lei 9.424/1996 que tratam da instituição do Fundef, a composição dos recursos nele aplicados, que não guardam relação com o feito. Nessa parte, incide a Súmula 284/STF, porquanto os dispositivos legais narrados não têm comando suficiente para alterar o que se decidiu na origem. No mesmo sentido, confira-se recurso interposto pelos aqui interessados em demanda correspondente penal, examinado pelo STJ exatamente no ponto da (in)competência da Justiça Federal (AgRg no AREsp 92923/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 13.8.2012). Veja-se também o HC 198023 (Min. Maria Thereza de Assis Moura), em situação análoga à presente.

4. O artigo 3º da Lei 9.494/1996 aponta o repasse automático de verbas para contas únicas e específicas vinculadas ao fundo. Contudo, o acórdão recorrido atesta expressamente que não houve complementação pela União diante de sua natureza complementar, conforme trecho acima descrito. A solução da controvérsia, na forma proposta, esbarra na Súmula 7/STJ.

5. A fraude à licitação tem como consequência o chamado dano in re ipsa, reconhecido em julgados que bem se amoldam à espécie (REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 9.3.2012; REsp 1.190.189, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; STF, RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correlação com o conteúdo da demanda ou do acórdão recorrido e sem indicação de dispositivo violado, recomenda a aplicação da Súmula 284/STF.

7. Agravo Regimental não provido.

Contra esse acórdão foram interpostos embargos de divergência.

Inicialmente, o feito foi distribuído no âmbito da Corte Especial, à em. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, tendo S.Ex^a indeferido liminarmente os embargos de divergência, por entender que os precedentes oriundos dos CC 125.291/RO e CC 36.386/BA (3^a Seção); HC 25.548/MA (5^a Turma); e APNs 214/SP e 480/MG (Corte Especial) não se prestariam a comprovar a alegada divergência, com a determinação de redistribuição dos autos no âmbito da Primeira Seção, para exame da tese de divergência em relação ao REsp 1.192.056/DF (fls. 3.494/3.495).

Referido *decisum* foi confirmado pela Corte Especial, nos termos da ementa que se segue (fl. 3.526):

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ARESTOS SOBREVINDOS DE CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INCABIMENTO. RECURSO ESPECIAL COMO PARADIGMA. AGRAVO REGIMENTAL. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO MANTIDOS.

Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma.

Agravo desprovido.

Com o trânsito em julgado desse acórdão (fl. 3.536), foram os autos a mim distribuídos (fl. 3.537).

Em 14/03/2018 proferi decisão indeferindo liminarmente os embargos de divergência, pelos seguintes fundamentos: (a) quanto à questão do elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade administrativa, não houve a abertura da via especial, uma vez que o acórdão recorrido aplicou à espécie a Súmula 284/STF; (b) a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a existência de fraude a licitação autoriza a hipótese de reconhecimento de dano *in re ipsa*, incidindo, portanto, a Súmula 168/STJ.

Insiste a parte agravante que a simples dispensa indevida de licitação não dá ensejo à caracterização de um ato de improbidade administrativa, haja vista que, para tanto, seria necessária a demonstração da existência de dolo do agente e de dano efetivo ao erário, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insuficiente o mero dano *in re ipsa*.

Como paradigma, aponta o seguinte acórdão da Primeira Turma desta Corte:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. CONTRATAÇÃO DIRETA POR DISPENSA DE LICITAÇÃO. FORNECIMENTO DE LANCHES MATINAIS. DOLO NÃO CONFIGURADO. SUCESSIVA RENOVAÇÃO DO CONTRATO MOTIVADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DO OBJETO LICITADO.

1. O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011 REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.

2. In casu, pretende-se a condenação dos réus, ora recorrentes, por suposto desrespeito aos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei de improbidade Administrativa). Sucede que a Corte de apelação não indicou nenhum elemento de prova direto que evidenciasse o agir doloso do administrador, baseando-se o juízo de valor em presunção de dolo, de modo que é mister a reforma do acórdão recorrido.

3. Recursos especiais providos, divergindo do relator, Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

(REsp 1.192.056/DF, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/09/2012)

Nesse sentido, alega que "*enquanto no acórdão embargado restou prestigiada a tese de que a dispensa irregular de licitação gera dano/prejuízo in re ipsa à Administração Pública, o aresto paradigma dispõe ser necessária a comprovação do dolo específico e do prejuízo ao erário, não sendo possível a presunção do dano, para a configuração de ato improbo*" (fl. 3.561).

Afirma que "*não obstante tratar de agravo em recurso especial, o acórdão embargado, prolatado pela Segunda Turma, adentrou ao mérito do recurso especial, o que por si só autoriza o prosseguimento dos presentes embargos de divergência*" (fl. 3.561).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segue afirmando, ainda, a inaplicabilidade da Súmula 168/STJ ao caso concreto, na medida em que *"existem diversos precedentes deste Egrégio Tribunal que exigem a comprovação do elemento volitivo – dolo específico – e do efetivo prejuízo ao erário a fim de caracterizar ato de improbidade administrativa decorrente de dispensa irregular de licitação"* (fl. 3.566).

Da mesma forma, aduz que *"no caso em tela, o particular não teve qualquer gerência no procedimento adotado pela Administração Pública. A Prefeitura Municipal com base em parecer jurídico de sua procuradoria optou por contratar o agravante por meio de dispensa de licitação"* (fl. 3.567).

Por fim, requer a reconsideração ou a reforma da decisão agravada, *"a fim de admitir o processamento dos embargos de divergência para, ao final, provê-los"* (fl. 3.574).

Impugnação às fls. 3.584/3.589.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 178.852 - RS (2013/0188659-0)

VOTO

MINISTRO SÉRGIO KUKINA (Relator): O presente agravo interno não merece prosperar.

Como cediço, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que *"a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10"* (AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011).

Da mesma forma, *"a atual jurisprudência do STJ é no sentido de que para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), com a exceção da conduta do art.10, VIII, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo)"* (AgInt no REsp 1.542.025/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 12/06/2018).

Por sua vez, *"para a caracterização de improbidade administrativa, por frustração da licitude do processo 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"* (REsp 1.624.224/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 06/03/2018).

Verifica-se, dessa forma, que a caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII, da LIA exige a conjugação dos elementos subjetivo (dolo ou, ao menos, culpa) e objetivo (dano, que pode ser presumido).

No caso concreto, o acórdão embargado deu à controvérsia solução que encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, na medida em que expressamente reconheceu que *"a fraude à licitação tem como consequência o chamado dano in re ipsa"* (fl. 3.401).

Assim, nesse ponto, incide na espécie a Súmula 168/STJ: *"Não cabem embargos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

Por sua vez, como consignado na decisão agravada, no que tange ao elemento subjetivo necessário para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, o recurso não comporta seguimento. Isso porque falta aos embargos de divergência o pressuposto básico para a sua admissibilidade, qual seja, a discrepância entre acórdãos a respeito da mesma questão jurídica.

Ora, quanto ao tema, o aresto embargado limitou-se a afirmar que o seguinte:

[...]

Ademais, em relação ao elemento subjetivo, o Recurso Especial limita-se a afirmar: "para que haja condenação por ato de improbidade é necessário que exista prova da má-fé dos recorrentes, pois, d.m.v., não comete enriquecimento ilícito o agente público que, por ação ou omissão, não cometeu conduta ilícita com dolo ou culpa grave e nem obteve acréscimo de bens ou valores no seu patrimônio em detrimento do erário público" (fl. 2965/STJ). A natureza descritiva, sem correlação com o conteúdo da demanda ou do acórdão recorrido e sem indicação de dispositivo violado, recomenda a aplicação da Súmula 284/STF.

[...]

Desse modo, em relação ao referido tema (elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade administrativa) sequer houve a abertura da via especial, uma vez que não houve enfrentamento do mérito da controvérsia decidida nos arestos apontados como paradigmas.

Destarte, deve prevalecer a orientação segundo a qual *"não há como reconhecer a divergência entre acórdão que adentrou ao mérito da demanda e julgado que não ultrapassou o juízo de admissibilidade, ante a verificação de óbice processual"* (AgRg nos EAREsp 214.649/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, DJe 25/04/2013).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. TESE NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE. SANÇÕES. DOSIMETRIA DA PENA. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E DA RAZOABILIDADE. ARESTO PARADIGMA QUE NÃO ULTRAPASSA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). REVISÃO DA REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. INVIABILIDADE. INDEFERIMENTO LIMINAR MANTIDO.

[...]

4. No que diz respeito à dosimetria da pena, o acórdão embargado não examinou o mérito da questão, pois aplicou o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Não cabem Embargos de Divergência contra o acórdão que não veicula juízo de mérito. Não há, portanto, falar em discussão quanto à aplicação de regra técnica de admissibilidade do Recurso Especial.

6. Agravo Interno não provido.

(AgInt nos EDcl nos EREsp 1.412.214/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe 30/11/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. AGRAVO QUE NÃO ULTRAPASSA O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE (SÚMULA 7/STJ). INCIDÊNCIA DA SÚMULA 315/STJ. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. REVISÃO DA REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. INADEQUAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS.

[...]

3. Ademais, é pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que não se configura divergência entre julgados quando um deles adentra o mérito do recurso, apreciando a questão controvertida, enquanto o outro não conhece do recurso especial, sem enfrentar a tese, em razão de óbice relacionado à admissibilidade recursal.

4. Nesse sentido, a orientação pacífica da Corte Especial deste Tribunal Superior: AgRg nos EAREsp 64.278/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/08/2015, DJe 31/08/2015; AgRg nos EDcl nos EAREsp 353.115/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/07/2015, DJe 04/08/2015; AgRg nos EAREsp 606.676/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/06/2015, DJe 24/06/2015; AgRg nos EREsp 1321672/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/06/2015, DJe 29/06/2015; AgRg nos EREsp 1457375/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/06/2015, DJe 12/06/2015.

5. O Supremo Tribunal Federal também já proclamou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento no sentido que "são incabíveis embargos de divergência contra acórdão proferido em julgamento de agravo regimental em agravo de instrumento cujo seguimento foi negado por ausência de requisitos processuais, sem ter havido exame do mérito da questão" (excerto da ementa AI 836.992 AgR-EDv-AgR/SC, Tribunal Pleno, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, DJe 30.5.2012).

[...]

7. Embargos de divergência não conhecidos.

(EAg 1.109.310/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 07/06/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO ÍMPROBO. REEXAME DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. ACÓRDÃO EMBARGADO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 168/STJ.

1. A Corte Especial firmou compreensão segundo a qual não cabem embargos de divergência com a finalidade de discutir eventual equívoco quanto ao exame dos requisitos de admissibilidade de recurso especial, tais como aqueles referentes à deficiência de fundamentação, ausência de prequestionamento, ao reexame de provas, à necessidade de interpretação de cláusulas contratuais.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente quanto à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Incidência do óbice da súmula 168/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EREsp 1.294.456/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 19/05/2015)

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2013/0188659-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt nos EAREsp 178.852 / RS**

Números Origem: 00520011620058210037 10500052008 201201000866 520011620058210037 70043680768
70045539350 70046082194 70046800199 70048305601

PAUTA: 22/08/2018

JULGADO: 22/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : INSTITUTO DE TECNOLOGIA APLICADA À INFORMAÇÃO ITEAI E OUTRO
ADVOGADO : FLÁVIO RODRIGUES ZEBRAL E OUTRO(S) - DF017589
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : JOSÉ AMÉRICO REPISO E SILVA
ADVOGADO : ARABELA RODRIGUES DE FREITAS E SILVA E OUTRO(S) - RS064830
INTERES. : LUIZ CARLOS REPISO RIELA
ADVOGADO : GLADIMIR CHIELE E OUTRO(S) - RS041290

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : INSTITUTO DE TECNOLOGIA APLICADA À INFORMAÇÃO ITEAI E OUTRO
ADVOGADO : FLÁVIO RODRIGUES ZEBRAL E OUTRO(S) - DF017589
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : JOSÉ AMÉRICO REPISO E SILVA
ADVOGADO : ARABELA RODRIGUES DE FREITAS E SILVA E OUTRO(S) - RS064830
INTERES. : LUIZ CARLOS REPISO RIELA
ADVOGADO : GLADIMIR CHIELE E OUTRO(S) - RS041290

CERTIDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.