



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1929685 - TO (2021/0086118-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO TOCANTINS**
RECORRIDO : **JOSÉ EDUARDO DE SIQUEIRA CAMPOS**
RECORRIDO : **VANDA MARIA GONCALVES PAIVA**
ADVOGADOS : **DOMINGOS DA SILVA GUIMARÃES - TO000260**
ADRIANO GUINZELLI - TO002025
JUVENAL KLAYBER COELHO - TO000182
RECORRIDO : **J.CAMARA & IRMAOS S/A**
ADVOGADOS : **TARCÍSIO VIEIRA DE CARVALHO NETO E OUTRO(S) -**
DF011498
EDUARDO AUGUSTO VIEIRA DE CARVALHO E OUTRO(S) -
DF017115
TAYRONE DE FRANÇA E MELO - GO021491
INTERES. : **ESTADO DO TOCANTINS**
PROCURADOR : **CARLOS CANROBERT PIRES - TO000298**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE TOCANTINS**, fundado no permissivo constitucional, contra aresto proferido pelo TJ/TO assim ementado (e-STJ fl. 1.160):

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PROGRAMA DE GOVERNO "AGENDA TOCANTINS" - CONTRATAÇÃO DIRETA POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO - NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 10 DA LEI 8.429/92 - INVIABILIDADE DE NOVO ENQUADRAMENTO DAS CONDUTAS EM SEDE RECURSAL - RECURSO INTERPOSTO EXCLUSIVAMENTE PELAS PARTES CONDENADAS - APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1- A contratação direta exige o atendimento de todos os requisitos que caracterizem a inviabilidade de competição como taxativamente exposto na norma correlata. O fato de uma empresa possuir tão somente capacidade técnica para atender ao objeto de determinada contratação não significa a autorização para a inexigibilidade, caso em que a inobservância dos requisitos da lei, configura ato ímprobo capitulado no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

2- Contudo, in casu, a sentença recorrida limitou a condenação dos apelantes ao artigo 10, incisos VIII e XI, cujo dispositivo exige a demonstração de dano ao erário. Todavia, no caso em apreço não há um elemento de prova nos autos, ou um dado informativo sequer, que venha a demonstrar qual é o valor que o Estado teria que arcar em decorrência da prestação dos serviços contratados.

3- A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no caso em que os

recorrentes foram condenados com fundamento no art. 10 da Lei n. 8.429/92 e posteriormente, em sede de apelação, sem recurso do Ministério Público, foi recapitulado, para o art. 11 da referida lei, entendeu que a "mudança da capitulação jurídica não pode se dar em sede recursal, especialmente quando o Ministério Público se conformou com o enquadramento das condutas dos réus no art. 10 da Lei n. 8.249/92."

4- Ausente recurso por parte do Ministério Público neste ponto, resta inviável ao Órgão Judiciário de segunda instância alterar, de ofício, a capitulação da conduta. 5- Apelação a que se dá provimento para afastar a condenação dos apelantes como incurso nos moldes do art. 10, incisos VIII e XI, da Lei 8.429/92, bem como nas penas do art. 12, inciso II, da mesma Lei, por ausência de prejuízo ao erário.

Não foram opostos embargos de declaração.

No recurso especial interposto, a parte recorrente sustenta ofensa aos arts. 10, VIII, e 12, II, da Lei n. 8.429/1992, alegando, resumidamente, que a dispensa indevida de licitação enseja a condenação por ato de improbidade administrativa, tendo em vista o dano, nestes casos, ser presumido. Logo, há de ser provido o recurso para que sejam restabelecidas as sanções aplicadas pelo juiz sentenciante.

Com contrarrazões às e-STJ fls. 1.214/1.239. Parecer do Ministério Público, às fls. 1.480/1.487, pelo provimento do recurso.

Passo a decidir.

Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado Administrativo n. 3).

No caso dos autos, verifico que os recorridos foram condenados em primeira instância com arrimo nos arts. 10, VIII, da LIA, em virtude de terem efetivado a contratação direta de serviços de execução do projeto de governo denominado "Agenda Tocantins", cujo montante do contrato foi de R\$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais) (e-STJ fls. 632/637), tendo-lhes sido aplicadas as sanções previstas no art. 12, II, da Lei n. 8.429/1992, compreendido, entre elas, o pagamento de multa equivalente ao dano, além do dever de ressarcir o valor do contrato firmado (e-STJ fls. 641/646).

O Tribunal de origem, por sua vez, afastou a condenação por improbidade administrativa, nos seguintes termos (e-STJ fls. 1.112/1.124):

(...)

A ação proposta pelo Ministério Público visa à responsabilização civil dos envolvidos na contratação direta de serviços de execução do projeto de governo denominado "Agenda Tocantins", fundada na inexigibilidade de licitação, publicada no Diário Oficial n.º 3.451, de 23 de agosto de 2011, mediante Portaria/SEPLAN n.º 071, de 03 de agosto de 2011.

Do compulsar dos autos, ficou evidente que ambos apelantes Sr.

José Eduardo de Siqueira Campos e Vanda Maria Gonçalves de Paiva insistiram na contratação da 3ª apelante, a empresa J. CÂMARA & IRMÃOS S/A, mesmo havendo o Parecer da Procuradoria Geral do Estado, em sentido contrário.

José Eduardo Siqueira Campos, na condição de Secretário de Estado, foi quem editou o Ato impugnado pelo Ministério Público, qual seja, a Portaria nº 071/2011, que foi expedida com a justificativa feita então pela Secretária – Executiva, Vanda Paiva.

Consta nos autos que o ato de dispensa indevida foi praticado mais de uma vez, mesmo depois da emissão de um Parecer do Órgão Consultivo – PGE – no sentido da impossibilidade legal da citada dispensa.

Vale dizer, as condutas de ambos os agentes públicos Secretário de Estado e Secretária Executiva ultrapassaram o campo da simples culpa e adentraram na seara do dolo, da vontade consciente de assim agir.

É preciso ter em mente que o fato de uma empresa possuir capacidade técnica para atender ao objeto de determinada contratação não significa a autorização para a inexigibilidade ou dispensa de licitação, com vistas a impossibilitar que outras empresas também se habilitem e demonstrem possuir referida capacidade para a execução da obrigação que for assumida.

A contratação direta, sem licitação, foi feita de forma expressa e deliberada, frise-se, mesmo com a advertência expressa da Procuradoria do Estado no sentido de que as declarações apresentadas pela J. CÂMARA não justificavam a sua contratação, sem que se sagra-se vencedora em um processo licitatório.

Ademais consta nos autos a inequívoca ciência do texto legal contido no artigo 25, inciso II, última parte, da Lei nº 8.666/93, que veda a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade e divulgação (...)

(...)

Conforme já mencionado e destacado na sentença recorrida, consta nos autos que a Subprocuradoria de Consultoria Especial da Procuradoria Geral do Estado, emitiu o Parecer – SCE – nº 180/2011, alertando que:

b) O objeto a ser contratado envolve não só a realização de audiências públicas, mas também a divulgação das ações, datas dos fóruns, locais e temas a serem discutidos, bem como a publicação de cadernos especiais sobre o programa Agenda Tocantins, além de anúncios em jornal, campanha de TV e rádio, vídeos institucionais, anúncios institucionais do Governo, que são serviços de publicidade e divulgação, cuja inexigibilidade de licitação é expressamente vedada pela ordem jurídica. “Desta forma, não é possível contratar diretamente a empresa, por inexigibilidade de licitação, para a prestação de serviços de publicidade e divulgação, mas tão somente para a realização das audiências públicas, desde que o Gestor demonstre que a Jaime Câmara é a única que poderá prestar esse serviço de organização dos fóruns a contento c) Quanto à inexigibilidade para o serviço de organização dos fóruns, que a Douta Procuradora do Estado chamou de “operacionalização do evento“, esclarece que “tal demonstração de inexigibilidade para operacionalização do evento faz-se necessária, uma vez que a Justificativa apresentada pela Pasta apenas torna única a empresa para realização de publicidade e divulgação, ressaltando que possui jornal de circulação diária, emissoras de TV e rádio e portal de internet”.

d) Concluindo pela inevitável diminuição do objeto do negócio, pondera que “com a redução do serviço a ser contratado, é preciso que ser refeito valor da cota a ser paga pelo Estado como contraprestação, devendo o Secretário justificar o preço da contratação, através de juntada detalhada do orçamento para prestação do serviço de organização do evento Agenda Tocantins, excluído a publicidade e divulgação”.

Referido Parecer – PGE nº 180/2011 foi encaminhado à Secretaria do Planejamento e da Modernização da Gestão Pública do Estado do Tocantins, para conhecimento e adoção das providências cabíveis (evento 1, ANEXOS PET INI5, p. 14), porém, os Agentes Públicos responsáveis pela Pasta que realizou a contratação realizaram a contratação sob o fundamento da inexigibilidade de processo licitatório, assumindo, portanto, as consequências da apontada contrariedade ao Órgão Consultivo do Estado.

Ademais, conforme observado na sentença, não existe nenhum atestado de capacitação técnica que demonstre que a empresa Jaime Câmara & Irmãos S/A era a única capaz de prestar os serviços contratados.

Portanto, não estiveram presentes os requisitos necessários à caracterização de inexigibilidade do procedimento licitatório.

Todavia, no caso em apreço não há um elemento de prova nos autos, ou um dado informativo sequer, que venha a demonstrar qual é o valor que o Estado teria que arcar em decorrência da prestação dos serviços contratados.

Faço essa ressalva, porque é fato incontroverso nos autos que o serviço contratado foi executado pelo valor de R\$ 2.200.000,00 (dois milhões e duzentos mil reais), custeados pelos cofres públicos.

Mas em momento algum, o Autor da ação traz aos autos qualquer apontamento do correto valor que deveria ter sido praticado.

Se houve a prestação do serviço não há como impingir aos apelantes a obrigação de ressarcir o erário, sob pena de enriquecimento sem causa por parte da própria Administração Pública, frise-se, salvo se comprovado um indevido sobrepreço.

Sempre que se falar em prejuízo, este deve restar claramente demonstrado, ou seja, devidamente quantificado, para fins de se estabelecer eventual ressarcimento.

Essa providência não cabe ao órgão julgador.

Neste contexto, resta inviável a capitulação da conduta dos Apelantes, nos moldes do artigo 10, da Lei 9.242/93, o qual exige para a sua configuração a ocorrência do prejuízo ao erário.

(...)

Pelo exposto, desacolhendo o r. Parecer do Órgão de Cúpula Ministerial, DOU PROVIMENTO aos recursos interpostos por J. CÂMARA & IRMÃOS S/A, JOSÉ EDUARDO SIQUEIRA CAMPOS E VANDA MARIA GONÇALVES DE PAIVA, para afastar a condenação dos apelantes como incursos nos moldes do art. 10, incisos VIII e XI, da Lei 8.429/92, bem como nas penas do art. 12, inciso II, da mesma Lei, por ausência de prejuízo ao erário.

Sobre a questão, esclareço que a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que configura ato de improbidade administrativa a dispensa indevida da licitação, porquanto, nestes casos, o dano é presumido, haja vista a impossibilidade de a Administração contratar a melhor proposta. Nessa linha:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS DELINEADOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISPENSA INDEVIDA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DANO IN RE IPSA. ELEMENTO SUBJETIVO. PRESENÇA. PARTICULARES. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ART. 3º DA LIA. MAJORAÇÃO DAS PENALIDADES APLICADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONSEQUÊNCIA LÓGICA.

1. Na forma da jurisprudência desta Corte, "é possível a reavaliação jurídica da premissa fática contida no acórdão, não havendo que se falar em incidência da Súmula n. 7/STJ" (AgInt no REsp 1.554.394/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe 14/5/2018).

2. A decisão agravada, em momento algum, alterou as premissas estabelecidas pela origem; em vez disso, limitou-se a asseverar que, segundo o arcabouço fático delineado, restou comprovada prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992, consistente na dispensa indevida de licitação.

3. Também é pacífico neste Superior Tribunal o entendimento de que "o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta" (STJ, AgRg no REsp 1.499.706/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 14/03/2017)" (AgInt no

AgRg no AREsp 83.968/SE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 24/4/2020).

4. "A teor do art. 3º da LIA, 'As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta'. Portanto, as regras da Lei de Improbidade, por força do preceituado nos seus arts. 2º e 3º, alcançam também os particulares que, de qualquer forma, tenham concorrido para o ato acoimado de ímprobo" (REsp 1.789.492/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe 23/5/2019)

5. Diante da alteração dos termos em que fora determinada a condenação das partes, decidiu-se pela substituição das sanções impostas pela instância ordinária, adequando-as ao que estabelece o art. 12, II, da Lei 8.429/1992, e não há que se falar em desproporcionalidade.

6. Reconhecida a ocorrência de dano in re ipsa, como consequência da dispensa indevida de licitação (art. 10, VIII, da LIA), os valores a serem ressarcidos ao erário devem ser aferidos em fase de liquidação de sentença. Nesse sentido: REsp 1.376.524/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 9/9/2014.

7. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1743546/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 29/06/2020, DJe 01/07/2020).

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. FRACIONAMENTO INDEVIDO DE LICITAÇÃO. FRUSTRAÇÃO DE COMPETITIVIDADE. DANO AO ERÁRIO E PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. OCORRÊNCIA. MEMBRO DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO MUNICIPAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL, RESTABELECER A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, QUE RECONHECEU A PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO E A SITUAÇÃO IRREGULAR DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

1. Pretende a União restabelecer a condenação de Paulo Eduardo Martins por ato de improbidade administrativa, com a consequente condenação de ressarcimento ao erário.

2. Em vez de realizar a licitação na modalidade Tomada de Preços, compatível com os valores do convênio, a Comissão Licitante do Município de São José da Laje fracionou o objeto da licitação, de modo a tornar possível a adoção da modalidade convite, em dois procedimentos apartados - convite nº 016/2002, para aquisição do veículo tipo Van, e o convite nº 17/2002, para aquisição dos equipamentos odontológicos para a ambulância, permitindo, assim, a escolha das empresas participantes dos certames. Após realização de auditoria, constataram-se diversas irregularidades no procedimento licitatório.

3. Da análise dos autos, observam-se presentes elementos concretos aptos a infirmar as conclusões adotadas no acórdão recorrido, através de simples valoração da prova produzida nos autos, o que afasta a incidência da Súmula 7/STJ.

4. Os autos reforçam a irregularidade apontada. Isso porque, quando levado em consideração o fato de que a empresa DIVEPEL - Distribuidora de Veículos e peças Ltda. participou de ambos os procedimentos licitatórios (convite 016/2002 e convite 017/2002), sendo convidada pela comissão licitante, evidencia-se a possibilidade de procedimento licitatório único, a fim de garantir o melhor preço. A situação denota não só a existência de empresa que forneça ambos os objetos, como também o expresse conhecimento do fato por parte da Comissão Licitante.

5. Tudo isso leva à conclusão inafastável da ocorrência de ato ímprobo, uma vez que a Comissão Licitante, a fim de frustrar a competitividade da licitação e os princípios que regem o tema, fracionou o procedimento, ensejando dano ao erário.

6. O STJ possui o entendimento de que, em casos como o ora analisado, o prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade do procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar

a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta. Precedente: REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 9.3.2012.

7. Recurso Especial provido para, em consonância com o parecer ministerial, restabelecer a sentença proferida em primeiro grau, que reconheceu a prática de ato ímprobo e a situação irregular do procedimento licitatório.

(REsp 1622290/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 19/12/2016).

Contudo, mesmo que configurado o ato ímprobo previsto no art. 10, VIII, da LIA em virtude da indevida dispensa da licitação, a condenação ao dever de ressarcir e a imposição da multa civil prevista no art. 12, II, do mesmo diploma legal têm como requisito necessário a demonstração do efetivo prejuízo patrimonial sofrido pela Administração, ainda que a apuração do valor seja feita na fase da execução, consoante esclarece o seguinte julgado desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022 DO CPC/2015.FALTA DE COMBATE A FUNDAMENTO AUTÔNOMO DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA N. 283/STF. AFRONTA AOS ARTS. 13, 25, II, E 65, §1º, DA LEI N. 8.666/1993. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA A DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 284/STF. DOLO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSIGNA A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO DOS AUTOS DIANTE DO QUE PREVÊ A SÚMULA N. 7/STJ. PREFEITO MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE PRESTADOR DE SERVIÇOS SEM O DEVIDO PROCESSO LICITATÓRIO. PRESUNÇÃO DE DANO. LIMITAÇÃO AO JUÍZO DE CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. EFETIVO PREJUÍZO PATRIMONIAL. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 10, VIII, E 21, I, DA LEI N. 8.429/1992. MULTA CIVIL. ART. 12, II, DA LEI N. 8.429/1992. PARÂMETRO PARA FIXAÇÃO VINCULADO AO DANO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

V - Diante da necessidade de interpretação sistemática dos dispositivos da Lei n. 8.429/1992 e de harmonização da jurisprudência desta Corte, impende entender-se que a presunção de dano ao erário restringe-se ao juízo de configuração do ato de improbidade administrativa por ausência de regular procedimento licitatório, previsto no art. 10, VIII, desse diploma legal, não abrangendo a imposição da obrigação de ressarcimento ao erário, que, nos termos do art. 21, I, dessa lei, pressupõe a demonstração de efetivo prejuízo patrimonial, ainda que a apuração do seu exato valor seja feita na fase de execução.

VI - A aplicação de multa civil com lastro no art. 12, II da Lei n. 8.429/1992 depende da demonstração da existência de efetivo dano ao erário, por ser este o seu parâmetro para fixação na hipótese de condenação promovida nos termos do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

VII - Recurso Especial parcialmente conhecido e parcialmente provido.

(REsp 1755958/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 06/09/2019).

Tendo isso em vista, merece parcial acolhimento a pretensão recursal, a fim de entender configurado o ato previsto no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, devendo os autos retornarem ao Tribunal de origem para a readequação das sanções a serem aplicadas, levando-se em consideração o entendimento do STJ sobre a questão, notadamente o efetivo dano ao erário, conforme estampado no julgado acima indicado.

Ante o exposto, com base no art. 255, §4º, III, do RISTJ, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para restabelecer a condenação por ato previsto no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992, devendo os autos retornarem à Corte de origem para a readequação das penas.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 19 de abril de 2021.

Ministro GURGEL DE FARIA
Relator