

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 488.842 - SP (2002/0163048-3)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **ADILSON FRANCO PENTEADO E OUTROS**
ADVOGADO : **JOSÉ GERALDO SIMIONI**
RECORRIDO : **ANTONIO SERGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS**
ADVOGADO : **CAMILA BARROS DE AZEVEDO GATO E OUTRO(S)**

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SERVIÇO DE ADVOCACIA. CONTRATAÇÃO COM DISPENSA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (LEI 8.429/92, ART. 11). EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL EM PATAMAR MÍNIMO.

1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais de notória especialização.

2. A contratação de escritório de advocacia quando ausente a singularidade do objeto contratado e a notória especialização do prestador configura patente ilegalidade, enquadrando-se no conceito de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, e inciso I, que independe de dano ao erário ou de dolo ou culpa do agente.

3. A multa civil, que não ostenta feição indenizatória, é perfeitamente compatível com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos), independentemente de dano ao erário, dolo ou culpa do agente.

4. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão da ausência de dano ao erário com a efetiva prestação dos serviços de advocacia contratados, deve ser aplicada apenas a multa civil, reduzida a patamar mínimo (10% do valor do contrato, atualizado desde a assinatura).

5. Recurso especial provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando a divergência, por maioria, dar parcial provimento ao recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) nos termos do art. 162, § 2º do RISTJ.

Brasília, 17 de abril de 2008(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator p/Acórdão

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 488.842 - SP (2002/0163048-3)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **ADILSON FRANCO PENTEADO E OUTROS**
ADVOGADO : **JOSÉ GERALDO SIMIONI**
RECORRIDO : **ANTONIO SERGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS**
ADVOGADO : **CAMILA BARROS DE AZEVEDO GATO E OUTROS**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Tratam os autos de ação civil pública proposta pelo **Ministério Público do Estado de São Paulo** contra **Prefeitura Municipal de Itatiba, Antônio Sérgio Baptista – Advogados Associados, Antônio Sérgio Baptista, Nádia Lúcia Sorrentino, Adilson Franco Penteado e Celso Aparecido Carboni** visando a declaração de nulidade do contrato administrativo firmado para prestação de serviços na área jurídica sem a respectiva licitação. Requereu, ainda, o autor a condenação dos réus ao ressarcimento dos danos ocasionados ao Município, a suspensão dos direitos políticos dos réus, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público.

A ação foi julgada improcedente, o que foi confirmado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em acórdão assim ementado:

“LICITAÇÃO – Contratação de advogado – Licitação inexigível – Requisitos de legalidade e moralidade que devem ser atendidos – Inexistência de nulidade, no caso – Ação Civil Pública julgada improcedente – Apelação improvida.”

Foram opostos embargos declaratórios os quais foram rejeitados pelo Tribunal.

O Ministério Público interpôs recurso especial com fulcro nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, apontando vulneração dos arts. 165, 243 e 458 do Código de Processo Civil, tendo em vista que os embargos declaratórios foram rejeitados. Alegam, ainda, ofensa aos arts. 13 e 25 da Lei n. 8.666/93 e a dispositivos constitucionais.

Aviui também recurso extraordinário.

Os recursos foram admitidos por decisão constante das fls. 1.152/1.158.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento e provimento do recurso

Superior Tribunal de Justiça

especial.

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 488.842 - SP (2002/0163048-3)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.

2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, e não demonstrada a notoriedade dos advogados que compõem o escritório de advocacia contratado, em relação aos diversos outros que atuam na mesma especialidade, decorre ilegal que a contratação tenha prescindido da respectiva licitação.

3. Nada obstante, na hipótese em que a ausência de licitação é confrontada com os termos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, impõe-se a análise das particularidades que informam a causa. Frente a este contexto, *in casu*, não há por que falar em improbidade administrativa, tendo em vista o seguinte: a) não houve prejuízos financeiros à municipalidade e tampouco enriquecimento ilícito da sociedade contratada; b) a remuneração ajustada contratualmente pelos serviços prestados foi razoável; c) a instabilidade causada pela divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da interpretação dos artigos 13 e 15 da Lei n. 8.666/93 acarreta incerteza sobre a legalidade da contratação direta de profissionais para patrocínio de causas jurídicas, fato que afasta o enquadramento dos recorridos nas disposições do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

4. Recurso especial improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

O recorrente, visando a declaração de nulidade de contrato administrativo firmado com o objetivo de obter prestação de serviços advocatícios sem a respectiva licitação, indica, nas razões de seu recurso especial, afronta aos arts. 165, 243 e 458 do Código de Processo Civil e 13 e 25 da Lei n. 8.666/93.

A irresignação não merece prosperar quanto à alegada violação dos artigos 165, 243 e 458 do Código de Processo Civil, que teria ocorrido ante a rejeição dos embargos declaratórios, pois verifica-se que o Tribunal de origem examinou e decidiu, fundamentadamente, todas as questões suscitadas pela parte, não havendo por que cogitar de negativa de prestação jurisdicional.

Extrai-se ainda que tais dispositivos envolvem os requisitos básicos que as decisões

Superior Tribunal de Justiça

judiciais devem ostentar e o recorrente não apontou nenhum tipo de irregularidade formal contida no acórdão recorrido, razão por que há um desajuste entre a argumentação contida no recurso especial e o apontamento de vulneração de lei, atraindo a incidência da Súmula n. 284 do STF.

No que tange aos arts. 13 e 25 da Lei n. 8.666/93, conheço do recurso, uma vez satisfeitos os requisitos de admissibilidade, estando a matéria devidamente prequestionada.

Estabelece o art. 25 da Lei n. 8.666/93 que a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição ou porque o objeto a ser contratado seja único, ou seja exclusivo o fornecedor do bem ou prestador de serviços. Confirmam-se os termos da lei:

"Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos; ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis" (sem destaque no original).

In casu, a discussão centra-se em torno da contratação de escritório de advocacia para o patrocínio de processos perante o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no ano de 1997.

Evidentemente, não se descuida de que a aprovação das contas do município e a análise de contratos e regularidade de procedimentos licitatórios apresentam-se como relevantes para o poder público e exigem a atuação profissional atenta e eficiente dos técnicos envolvidos. Todavia, isso não autoriza a Prefeitura a entender que o escritório contratado – Antônio Sérgio Baptista

Superior Tribunal de Justiça

Advogados Associados – seja o único habilitado ao patrocínio de tais causas, que, conforme restou aferido nos autos, antes da contratação do mencionado escritório, era feito pelos advogados da Prefeitura. **Ademais, trata-se de serviços ordinariamente demandados pelas prefeituras de forma geral.**

Caso a Procuradoria do Município não contasse, à época da contratação questionada, com profissionais hábeis ao patrocínio de tais ações (o que poderia acontecer ante a inexigência de tal requisito quando da realização de concurso público para seleção dos procuradores, embora essa hipótese que não me pareça plausível), é certo que poderia lançar-se no mercado em busca de outros. Mas isso de forma alguma pode ser corroborado com o entendimento de que apenas a recorrente seja habilitada a tanto, pois existem vários advogados especializados no assunto.

Nesse quadro, a dispensa da licitação e a contratação direta não encontram previsão em Lei. A propósito, releva transcrever o art. 13 e seu § 1º:

"Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei.

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato" (sem destaque no original).

Portanto, para a contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei 8.666/93 sem a respectiva licitação, é necessário que sejam de natureza singular e exijam a contratação de profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. Não obstante seja certo que a recorrida detenha tais requisitos, não é a única, havendo tantos outros igualmente hábeis.

Maria Sylvia Zanella di Pietro faz as seguintes considerações a esse respeito:

"A contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação (inciso II); não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de prestação de serviços, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de natureza singular, e o de ser contratado com profissional notoriamente especializado..."

Quanto à menção, no dispositivo, à natureza singular do serviço, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo, tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer, que torna inexigível a licitação..." (*in* Direito Administrativo, 12ª Edição, 2000, p. 312.)

Conclui-se, então, pela decisão constante do acórdão recorrido, que houve contrariedade aos arts. 13, V, e 25, II e § 1º, da Lei n. 8.666/93.

Todavia, essa conclusão não prescinde de outros aspectos que devem ser sopesados, mormente porque os pedidos formulados na presente ação estão sustentados nas penalidades previstas na Lei n. 8.429/92. São os seguintes:

a) não houve menção de que o erário tenha sofrido danos de ordem patrimonial, até porque não se pode desconsiderar que houve efetiva prestação de serviços por parte da sociedade contratada pela Municipalidade (tais conclusões decorrem de a presente ação ter sido ajuizada apenas sob o fundamento da ilegalidade da dispensa da licitação pública);

b) a remuneração ajustada contratualmente pelos serviços prestados foi razoável, cerca de cinco mil reais mensais;

c) deve-se considerar o que foi posto, com propriedade, no acórdão recorrido: "... à época, em tantos Municípios a diretriz administrativa trilhou esse caminho da contratação externa para o seguimento administrativo...". E mais à frente foi feita menção à especial circunstância verificada à época;

d) por fim, a interpretação dos dispositivos contidos nos arts. 13 e 15 da Lei n. 8.666/93 não é unânime desde aquela época, mormente em se tratando de contratos firmados para prestação de serviços jurídicos.

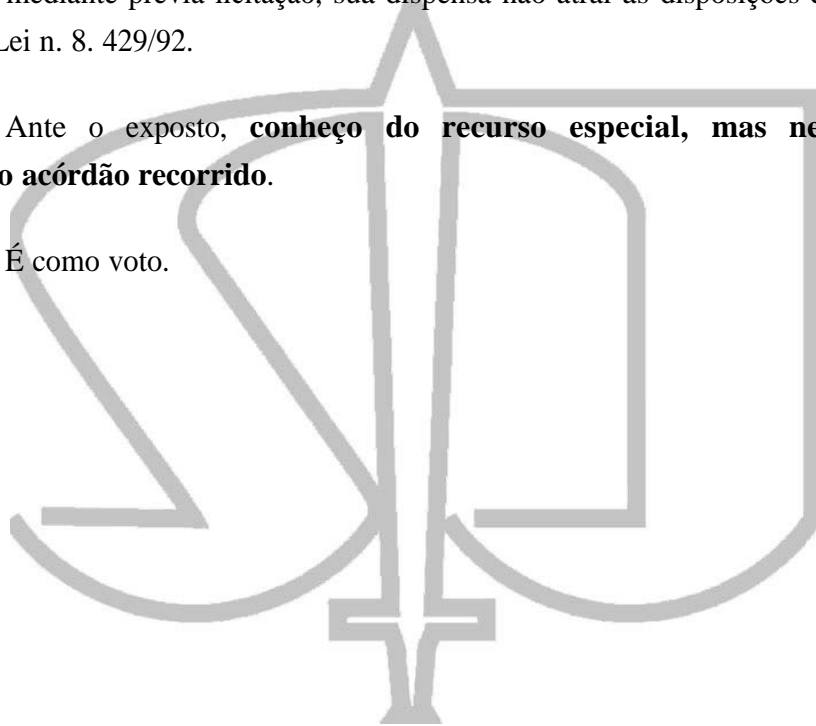
Superior Tribunal de Justiça

Tudo isso leva às seguintes conclusões: a) não houve prejuízos financeiros à municipalidade e tampouco enriquecimento ilícito da sociedade contratada; b) a instabilidade causada pelas interpretações e julgados distintos acerca dos arts. 13 e 15 da Lei n. 8.666/93 acarreta diversos entendimentos sobre a legalidade, ou não, da contratação direta de profissionais para patrocínio de causas jurídicas, fato que afasta o enquadramento dos recorridos nas disposições do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

Dessa forma, em que pese o reconhecimento de que a contratação em questão deveria ter-se dado mediante prévia licitação, sua dispensa não atrai as disposições contidas nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92.

Ante o exposto, **conheço do recurso especial, mas nego-lhe provimento, mantendo o acórdão recorrido.**

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2002/0163048-3

REsp 488842 / SP

Números Origem: 12371997 1633735302

PAUTA: 14/11/2006

JULGADO: 21/11/2006

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ADILSON FRANCO PENTEADO E OUTROS
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO SIMIONI
RECORRIDO : ANTONIO SERGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS
ADVOGADO : CAMILA BARROS DE AZEVEDO GATO E OUTRO(S)

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a) **JOSÉ MARIO PIMENTEL DE ASSIS MOURA**, pela parte: RECORRIDO: ANTONIO SERGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao recurso, pediu vista dos autos, antecipadamente, o Sr. Ministro Herman Benjamin."

Aguardam os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon.

Brasília, 21 de novembro de 2006

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 488.842 - SP (2002/0163048-3)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **ADILSON FRANCO PENTEADO E OUTROS**
ADVOGADO : **JOSÉ GERALDO SIMIONI**
RECORRIDO : **ANTONIO SERGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS**
ADVOGADO : **CAMILA BARROS DE AZEVEDO GATO E OUTROS**

VOTO-VISTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO DE ADVOCACIA. REQUISITOS DA SINGULARIDADE DO SERVIÇO E DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÕES (LEI 8.666/93, ARTS. 3º, 13 E 25) E À LEI DE IMPROBIDADE (ART. 11, LEI 8.429/92). APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL (ART. 12, III, LEI 8.429/92)

1. “1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. 2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, e não demonstrada a notoriedade dos advogados que compõem o escritório de advocacia contratado, em relação aos diversos outros que atuam na mesma especialidade, decorre ilegal que a contratação tenha prescindido da respectiva licitação.” (ipsis litteris da ementa do e. Min. Relator **João Otávio Noronha**)

2. A ilegalidade da contratação, sem licitação, ante a ausência de singularidade do objeto e notória especialização do Escritório de advocacia contratado, implica ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, *caput*, e inciso I, que independe de dano ao Erário, bem como de dolo ou culpa do agente.

3. Patente a ilegalidade da contratação, impõe-se a nulidade do contrato celebrado, e, em razão das circunstâncias específicas e peculiares do fato narrado nos autos, apenas a aplicação de multa civil aos agentes envolvidos, convertidos os pagamentos feitos em indenização por serviços de advocacia efetivamente prestados, na forma do art. 59, § único, da Lei das Licitações.

4. Recurso Especial parcialmente provido.

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Versa a presente

demanda sobre contratação, sem licitação, pela municipalidade de Itatiba-SP, de escritório de

Superior Tribunal de Justiça

advocacia para "acompanhamento de defesas no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo", a pretexto de que estaria amparada pelos arts. 13, V, c/c 25, II, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações).

No Recurso Especial o Ministério Público do Estado de São Paulo, ora recorrente, alega:

a) violação aos arts. 165, 243, 458 e 535, II, do Código de Processo Civil, tendo em vista que os Embargos Declaratórios foram rejeitados;

b) ofensa aos arts. 3º, 13 e 25, da Lei 8.666/93, em virtude da ausência da singularidade do objeto e inexistência de notoriedade do contratado; e,

c) infração as artigos 3º, 5º, 10, VIII e IX, art. 12, inciso I e II, da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), por conta da ilicitude da contratação, o que se constituiria em ataque ao dever de probidade do administrador.

A conta disso, o *Parquet* paulista requer:

"(...) seja provido este Recurso Especial ante a patente contrariedade aos arts. 3º, 13, 25, seu inciso II e parágrafo 1º, todos da Lei 8.666/93, bem assim o art. 37, caput, e seu inciso XXI, e seu parágrafo 4º, além do art. 5º, inciso LXXIII, todos da Constituição Federal.

Requer-se a reforma do v. Acórdão para ser julgada totalmente procedente o pedido, anulando-se o contrato inquinado, impondo-se a condenação de ressarcimento ao erário dos valores, impondo-se ainda sanções constantes do pedido, na forma dos arts. 3º, 5º, 10, incs. VIII e IX, e art. 12, inciso I e II da Lei nº 8.429/92. (fl. 947).

E, ainda:

"1. se entendido pela Turma que não houve o necessário prequestionamento, que se anule o v. Acórdão recorrido, por violação aos arts. 535, inc. II, 458; 165 e 243 do Código de Processo Civil e Art. 93, inc. IX da Constituição Federal, havendo dissídio jurisprudencial com o REsp nº 65.977/SP, determinando-se que outro seja prolatado, desta feita manifestando-se expressamente sobre as questões federais suscitadas;

2. se vencido o prequestionamento, como de fato esperamos, que seja reformado o v. Acórdão de fls. 818/830, anulando-se o contrato inquinado, com condenação solidária de ressarcimento dos danos causados ao erário, na forma do pedido inicial, cujo valor deve ser apurado em sede de liquidação, com imposição de condenação nas penas do Art. 12 da Lei nº 8.429/92." (fl. 953)."

Em seu judicioso voto-condutor o e. Min. **João Otávio de Noronha**,

Superior Tribunal de Justiça

afastando a violação aos arts. 165, 243 e 458 do Código de Processo Civil, e, acolhendo a ofensa aos arts. 13 e 25, da Lei 8.666/93, **reconheceu a ilegalidade da contratação** por:

- a) ausência de singularidade do serviço contratado; e,
- b) inexistência de notória especialização do escritório de advocacia.

Todavia, no que tange à Lei de Improbidade Administrativa, diante da peculiaridade do caso, entendeu o e. Relator não se configurar violação aos artigos 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92, conforme ementa divulgada em sessão:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. A contratação dos serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93 sem licitação pressupõe que sejam de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.

2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, e não demonstrada a notoriedade dos advogados que compõem o escritório de advocacia contratado, em relação aos diversos outros que atuam na mesma especialidade, decorre ilegal que a contratação tenha prescindido da respectiva licitação.

3. Nada obstante, na hipótese em que a ausência de licitação é confrontada com os termos dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, impõe-se a análise das particularidades que informam a causa. Frente a este contexto, in casu, não há por que falar em improbidade administrativa, tendo em vista o seguinte: a) não houve prejuízos financeiros à municipalidade e tampouco enriquecimento ilícito da sociedade contratada; b) a remuneração ajustada contratualmente pelos serviços prestados foi razoável; c) a instabilidade causada pela divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da interpretação dos artigos 13 e 15 da Lei n. 8.666/93 acarreta incerteza sobre a legalidade da contratação direta de profissionais para patrocínio de causas jurídicas, fato que afasta o enquadramento dos recorridos nas disposições do art. 11 da Lei n. 8.429/92.

4. Recurso especial improvido."

Pedi **vista dos autos**, para melhor estudo das complexas questões de direito trazidas a debate pelo e. Relator.

1. Violação aos arts. 165, 243 e 458, do Código de Processo Civil

Superior Tribunal de Justiça

Como bem apontado no voto condutor, não ocorreu violação aos arts. 165, 243 e 458, do Código de Processo Civil, eis que inexistente omissão no acórdão do Tribunal local, que decidiu a lide em sua inteireza.

2. Ofensa aos arts. 13 e 25, da Lei 8.666/93

São irretocáveis as **premissas jurídicas** aduzidas no voto do e. Ministro **João Otávio de Noronha**, quais sejam, **ausência de singularidade do objeto e de notória especialização da contratada**. Vale conferir o teor dos dispositivos da Lei de Licitações aplicáveis à espécie:

*"Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se **serviços técnicos profissionais especializados** os trabalhos relativos a:*

(...)

V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

(...)

§ 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração.

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

(..)

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

(...)

§ 1 - Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis."

Também inatacável a **primeira conclusão jurídica** que da carência de singularidade e notória especialização retira o e. Relator, vale dizer, faltando esses dois

Superior Tribunal de Justiça

requisitos exigidos para a dispensa de licitação, a contratação do escritório de advocacia seria **ilegal**, nos termos do art. 13, da Lei 8.666/93. Ilícita a forma a que se chegou a avença, nulo o contrato que emerge de procedimento viciado:

"Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."

Aliás, essas conclusões são consistentes com a linha de pensamento do e. Relator, esposada em significativo precedente, cuja ementa transcrevo:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS, MAS NÃO SINGULARES. ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. LICITAÇÃO. DISPENSA.

1. Os serviços descritos no art. 13 da Lei n. 8.666/93, para que sejam contratados sem licitação, devem ter natureza singular e ser prestados por profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa.

*2. Estando comprovado que os serviços jurídicos de que necessita o ente público são importantes, mas não apresentam singularidade, porque afetos à ramo do direito bastante disseminado entre os profissionais da área, e não demonstrada a notoriedade dos advogados – em relação aos diversos outros, também notórios, e com a mesma especialidade – que compõem o escritório de advocacia contratado, **decorre ilegal contratação que tenha prescindido da respectiva licitação.***

3. Recurso especial não-provido". (REsp 436.869/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06.12.2005, DJ 01.02.2006 p. 477, grifei).

Numa palavra, pode a Administração, excepcional e motivadamente, mesmo quando conta com consultoria jurídica própria, contratar Advogados. Mas para fazê-lo precisa licitar, exceto quando notável o saber jurídico do Advogado e absolutamente singular o serviço a ser prestado. Quanto a este último requisito, o que se observa *in casu* é que a Prefeitura de Itatiba buscou singularidade no atacado, como forma de disfarçar a terceirização em bloco de

atividades que são próprias e bem podem ser executadas pelos Advogados que integram, com vínculo público, a Administração. Já no que tange ao primeiro requisito, cabe lembrar que em Direito "notória especialização" é aquela de caráter absolutamente extraordinário e incontestável – que fala por si. É posição excepcional, que põe o profissional no ápice de sua carreira e do reconhecimento, espontâneo, do mundo jurídico, mesmo que regional, seja pela longa e profunda dedicação a um tema, seja pela publicação de obras e exercício da atividade docente em instituições de prestígio. Daí que, quanto a esses pontos, **acompanho integralmente o posicionamento do e. Relator** por entender violado o art. 13, da Lei 8.666/93, à falta de singularidade do serviço e de notória especialização do Escritório.

3. Aplicação do artigo 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92: caracterização de improbidade administrativa

Não obstante impressione-me o brilhantismo do voto-condutor, não me parece *data venia* feliz a **segunda conclusão jurídica** que o e. Relator retira das **duas premissas**, também jurídicas, em que tão bem assentou a análise do caso: **a ilegalidade do contrato, por faltarem singularidade do objeto e notória especialização do Escritório, não implicaria improbidade administrativa**, passando a contratação ao largo da Lei 8.429/92, tudo sob o fundamento de que:

"a) não houve prejuízos financeiros à municipalidade e tampouco enriquecimento ilícito da sociedade contratada;

b) a remuneração ajustada contratualmente pelos serviços prestados foi razoável;

c) a instabilidade causada pela divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da interpretação dos artigos 13 e 15 da Lei n. 8.666/93 acarreta incerteza sobre a legalidade da contratação direta de profissionais para patrocínio de causas jurídicas, fato que afasta o enquadramento dos recorridos nas disposições do art. 11 da Lei n. 8.429/92."

Quer me parecer, s.m.j., que as justificativas a) e b), acima apresentadas, até servem, neste caso específico e diante das peculiaridades fáticas presentes nos autos, para afastar a aplicação dos arts. 9º e 10 (enriquecimento ilícito e lesão ao erário), mas não se prestam à exclusão da responsabilidade por improbidade administrativa lastreada no art. 11, da Lei de Improbidade, que dispõe:

Superior Tribunal de Justiça

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os **deveres** de honestidade, **imparcialidade**, **legalidade**, e lealdade às instituições, e **notadamente** :

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II a VII - omissis."

Ora, o dispositivo transcrito é claro ao considerar como ato de improbidade aquele praticado com violação ao "**dever de legalidade**" e ao "**dever de imparcialidade**", bem com todo aquele que vise "**fim proibido em lei**". Na medida em que, *in casu*, a contratação afrontou os requisitos obrigatórios estabelecidos pelo legislador, o administrador insurgiu-se, a um só tempo, contra o *dever de legalidade* (= respeito às exigências legais de forma e de conteúdo do ato administrativo), o *dever de imparcialidade* (= garantia de igualdade de oportunidade, pelo uso de licitação, a todos os administrados em condições de prestar o serviço), e a *vedação de prática de ato lastreado em fim proibido em lei*, vale dizer, a celebração de contrato, com dispensa de de procedimento licitatório, mesmo ausentes a singularidade do objeto e a notória especialização do contratado.

Sendo assim, não vejo como o desfecho do voto-condutor possa evitar a incidência do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa. A lesão a princípios administrativos, muitos deles de fundo constitucional, independe tanto de **dano ao Erário**, como de **dolo ou culpa do agente**. Nesse sentido, a Lei 8.429/92, em seu art. 21, I, sensível ao fato de que a **forma** dos atos administrativos é garantia fundamental dos administrados no Estado Democrático de Direito, desvincula o ato de improbidade da efetiva lesão (= lesão material ou financeira) ao erário, *in verbis*:

"Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público".

Vale citar precedente desta Turma Julgadora, da lavra do respeitado Min. **Castro Meira**, que se enquadra perfeitamente à hipótese ora versada:

Superior Tribunal de Justiça

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma.

2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei 8.429/92).

3. Segundo o art. 11 da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI).

4. Simples relatórios indicativos apenas do motivo da viagem, do número de viajantes e do destino são insuficientes para comprovação de despesas de viagem.

5. A prestação de contas, ainda que realizada por meio de relatório, deve justificar a viagem, apontar o interesse social na efetivação da despesa, qualificar os respectivos beneficiários e descrever cada um dos gastos realizados, medidas necessárias a viabilizar futura auditoria e fiscalização.

6. Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

7. Sentença mantida, excluída apenas a sanção de ressarcimento ao erário e reduzida a multa civil para cinco vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.

8. Recurso especial provido". (REsp 880662/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15.02.2007, DJ 01.03.2007 p. 255, grifei)

4. Extensão da divergência

Pelas razões acima expostas, vislumbro, nos passos do e. Relator, violação da Lei das Licitações, mas vou além para também enxergar infração ao art. 11, da Lei da Improbidade Administrativa. Se assim é, inevitável a repercussão sancionatória, afastada

Superior Tribunal de Justiça

eventual condenação a ressarcimento, por descabimento em face da ausência de comprovação de prejuízo financeiro. Na apreciação do rol sancionatório, considerando-se as circunstâncias bem narradas pelo e. Relator, e que dão um tom peculiar ao caso, penso que é suficiente a multa civil, a ser aplicada com os olhos postos no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92.

Em conclusão, **conheço do Recurso Especial** e lhe dou **parcial provimento**, no essencial acompanhando o e. Relator, mas indo além do conteúdo do seu judicioso Voto, para:

a) reconhecer a ilicitude da contratação, sem licitação, do escritório de advocacia pela Prefeitura do Município de Itatiba-SP;

b) declarar a nulidade do contrato celebrado entre as partes, convertidas as quantias pagas pela Municipalidade em indenização do contratado pelo que executou, na forma do art. 59, § único, da Lei das Licitações; e,

c) impor a cada um dos co-réus, com a exclusão da Prefeitura, multa civil correspondente a 30% (trinta por cento) do valor do contrato firmado entre a Administração e o Escritório de advocacia, tomando-se tal *quantum* como "valor da remuneração percebida pelo agente" (art. 12, III, da Lei 8.429/92), que precisa ser devidamente atualizado desde 07 de abril de 1997, data em que firmada a avença (fl. 129), tudo revertendo para o Fundo de Interesses Difusos do Estado de São Paulo (Lei Estadual 6.536/89).

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2002/0163048-3

REsp 488842 / SP

Números Origem: 12371997 1633735302

PAUTA: 15/05/2007

JULGADO: 17/05/2007

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MARCELO ANTONIO CEARÁ SERRA AZUL**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ADILSON FRANCO PENTEADO E OUTROS
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO SIMIONI
RECORRIDO : ANTONIO SERGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS
ADVOGADO : CAMILA BARROS DE AZEVEDO GATO E OUTRO(S)

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin, divergindo em parte do Sr. Ministro-Relator, dando parcial provimento ao recurso, pediu vista dos autos o Sr. Ministro Castro Meira."

Aguardam os Srs. Ministros Humberto Martins e Eliana Calmon.

Brasília, 17 de maio de 2007

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 488.842 - SP (2002/0163048-3)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
RECORRENTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **ADILSON FRANCO PENTEADO E OUTROS**
ADVOGADO : **JOSÉ GERALDO SIMIONI**
RECORRIDO : **ANTONIO SERGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS**
ADVOGADO : **CAMILA BARROS DE AZEVEDO GATO E OUTRO(S)**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: Cuida-se de recurso especial fundado nas alíneas "a" e "c" e interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou provimento a recurso de apelação do Ministério Público estadual por entender que a contratação de escritório de advocacia, sem licitação, para atuar "no acompanhamento de defesas no Tribunal de Contas" não fere a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/93) nem a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

Alega o recorrente que o aresto viola o disposto nos arts. 3º, 13 e 25 da Lei 8.666/93, em virtude da ausência de singularidade do objeto e de notoriedade do contratado a justificar a dispensa ou inexigibilidade da licitação.

Aponta, também, contrariedade aos arts. 3º, 5º, 10, VIII e IX, e 12, I e II, da Lei 8.429/92. Argumenta que a ilicitude da contratação fere os princípios da legalidade e da moralidade administrativa e, por conseguinte, autoriza a condenação do agente a ressarcir o erário dos valores indevidamente auferidos.

Ao final, requer o *Parquet* estadual:

"(...) a reforma do v. acórdão para ser julgado totalmente procedente o pedido, anulando-se o contrato inquinado, impondo-se a condenação de ressarcimento ao erário dos valores, impondo-se ainda sanções constantes do pedido, na forma dos arts. 3º, 5º, 10, incisos VIII e IX, e art. 12, incisos I e II da Lei nº 8.429/92" (fl. 947).

O eminente Relator, Ministro João Otávio de Noronha, negou provimento ao recurso. Embora tenha afirmado não haver singularidade no serviço ou notoriedade dos advogados contratados sem licitação, concluiu não achar-se configurado o ato de improbidade porque:

a) não houve prejuízos financeiros à municipalidade e tampouco enriquecimento ilícito da sociedade contratada;

b) a remuneração ajustada contratualmente pelos serviços prestados foi razoável;

c) a instabilidade causada pela interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca do disposto nos arts. 13 e 15 da Lei 8.666/93 acarreta incerteza sobre a legalidade da contratação direta de profissionais para patrocínio de causas jurídica.

O não menos ilustre Ministro Herman Benjamin inaugurou a divergência ao prover o recurso apenas em parte.

Superior Tribunal de Justiça

Para Sua Excelência, embora não ocorrido o dano ao erário ou o enriquecimento ilícito da sociedade de advogados contratada (arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92), a situação fática dos autos amolda-se à previsão do art. 11 da Lei de Improbidade, que pune aqueles que faltarem com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Assim, reconheceu a ilicitude da contratação, declarou a nulidade do contrato celebrado e impôs, a cada um dos co-réus, multa civil correspondente a 30% do valor do contrato, importância que deveria reverter ao Fundo de Interesses Difusos e Coletivos do Estado de São Paulo, criado pela Lei Estadual 6.536/89.

Feito esse breve relato, passo ao exame do apelo.

Confesso que tive grandes dificuldades quanto ao juízo de admissibilidade recursal, já que a Corte estadual reconheceu a "notória especialização" do escritório contratado em razão de não ser a atividade desempenhada corrente entre os profissionais da advocacia.

A princípio, imaginei que a discussão trazida pelo recorrente, que defende a ausência de singularidade no serviço prestado e de notoriedade no escritório de advocacia contratado, exigisse o reexame de matéria fática, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7/STJ.

Todavia observo que o próprio acórdão impugnado firma a premissa de que o objeto do contrato é dotado de generalidade. Em outras palavras, foram os co-réus contratados para o acompanhamento de defesas do Município junto ao Tribunal de Contas do Estado, e não para uma causa específica, que exigisse notória qualificação.

Para corroborar a assertiva de que a análise do recurso não implica reexame de matéria fática, transcrevo a seguinte passagem extraída do voto condutor:

"Quanto à especialidade, o que vem mal em detrimento do caso é a generalidade da contratação para acompanhamento e sustentação administrativa no Tribunal de Contas, o que, naturalmente, no geral, poderia ser feito por Advogado interno da prefeitura, ou por outro funcionário, reservando-se eventual contratação específica para o caso de surgimento de alguma questão concreta, a exigir largo conhecimento e experiência" (fls. 825-826).

Ultrapassada a fase de conhecimento, quanto ao mérito, parece-me acertada a conclusão do voto divergente.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) prevê a responsabilização do agente público quando da prática de atos que importem:

- a) enriquecimento ilícito do gestor (art. 9º);
- b) prejuízo ao erário (art. 10) e
- c) lesão aos princípios da Administração Pública (art. 11).

As infrações de que tratam os arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/92, além de dependerem da comprovação de dolo ou culpa por parte do agente supostamente ímprobo, podem exigir, conforme as circunstâncias do caso, a prova de lesão ou prejuízo ao erário.

Já o art. 11 elenca diversas infrações para cuja consecução, em tese, é desnecessário perquirir se o gestor público se comportou com dolo ou culpa, ou se houve prejuízo material ao erário.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, nos quadrantes do Direito Penal, estar-se-ia diante de um crime formal ou de mera conduta, em oposição aos crimes materiais (arts. 9º e 10 da LIA), para os quais se exige um resultado no mundo fenomênico.

O entendimento perfilhado por esta Corte é o de que, havendo a prestação do serviço, ainda que decorrente de contratação ilegal, a condenação em ressarcimento do dano é considerada indevida, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração Pública. Nesse sentido é a exegese do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

"Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa" (grifo nosso).

Com as devidas ressalvas, esse foi o raciocínio adotado no julgamento do REsp 434.283/RS, da relatoria do Ministro Luiz Fux, conforme excertos do voto condutor do acórdão:

"O princípio da legalidade opera-se *pro et contra* a administração, de sorte que, rompida a licitação à luz da regra que veda o enriquecimento sem causa, não só se impunha reverter as partes ao estado anterior **como também impõe-se vedar a devolução de tarifas pagas por serviços já prestados**. Aliás, é o que deflui do art. 59 e seu parágrafo único da lei 8.666, *verbis*:

'Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Anulado o ato, as partes do vínculo devem retornar ao estado anterior; vale dizer: desfeito o contrato, recompõem-se os gastos inerentes à exploração do objeto da concessão e o Estado reassume o serviço. É efeito consectário previsto textualmente na lei.

A devolução do pedágio não pode estar compreendida nesse restabelecimento. Em primeiro lugar porque o serviço já foi prestado. Em segundo, porque os terceiros que eventualmente pagaram o pedágio não estão compreendidos no efeito ripristinatório do novel dispositivo da lei de licitações.

Aliás o E. STJ tem consagrado nas ações populares a tese da ausência de lesividade quando o serviço acimado de ilegal já foi prestado e quando dele já se beneficiou a administração pública" (DJU de 05.05.03 – grifo nosso).

Superior Tribunal de Justiça

Sendo assim, não havendo lesão, já que efetivamente prestados os serviços, não cabe condenar os co-réus em ressarcimento ao erário. Ficam afastadas, portanto, as penas do art. 12, incisos I e II, que estão relacionadas aos arts. 9º (enriquecimento ilícito) e 10 (prejuízo ao erário), respectivamente.

Por outro lado, a jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que os atos de improbidade descritos no art. 11 da Lei nº 8.429/92 (lesão a princípios da Administração Pública) não exigem dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público, sendo suficiente a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurada a infração.

Nesse sentido, o seguinte aresto que colaciono:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n.º 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente, nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade.

2. Recurso especial improvido" (REsp 826.678/GO, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 23.10.06).

A própria Lei 8.429/92, em seu art. 21, I, deixa claro que é possível caracterizar-se um ato de improbidade independentemente de efetiva lesão ao erário. Observe-se a redação do dispositivo:

"Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público."

Assim, a condenação dos co-réus por uma (ou algumas) das hipóteses dos arts. 9º ou 10 da Lei de Improbidade, e a conseqüente aplicação das penas articuladas no art. 12, I e II, depende da comprovação de dolo ou culpa, bem como de que tenha a ação ou omissão gerado prejuízo ao erário.

Já a incidência do art. 11 independe de dolo ou culpa do agente ou mesmo de lesão ao erário público e autoriza a aplicação das penalidades previstas no inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92, de seguinte teor:

"Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, **se houver**, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e 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 três anos" (grifo nosso).

Como na hipótese não ficou provado qualquer dano ao erário, deve ser afastada a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III. As demais penalidades, inclusive a multa civil,

Superior Tribunal de Justiça

que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92.

A doutrina é unânime em afirmar que a multa civil não tem natureza indenizatória, mas punitiva, não estando, pois, atrelada à comprovação de qualquer prejuízo ao erário. Nesse sentido:

"Partindo-se dos critérios utilizados pelo legislador, afigura-se adequado o patamar das multas cominadas, o que, aliado a uma aplicação justa e ponderada, culminará em valorizar as virtudes e afastar os inconvenientes do instituto. Cumpre ressaltar que a multa ora analisada tem natureza civil e sancionatória, o que inviabiliza o aproveitamento de argumentos comumente relacionados à multa aplicada na esfera penal, em especial a assertiva de que ela não seria transmissível aos herdeiros do improbo falecido. Como foi oportunamente visto, diversa é a solução nesta seara.

No mais, considerando a previsão autônoma de ressarcimento do dano, não há que se falar em caráter indenizatório da multa. Esta não se encontra alicerçada em uma relação de equilíbrio com o dano causado, que é valorado unicamente para fins de fixação do montante da multa, a qual sempre atingirá patamares superiores aos do dano" (Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves *in* Improbidade Administrativa, 3ª edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, pp. 482-483).

"A multa civil não tem natureza indenizatória, mas simplesmente punitiva. E, perante a sua índole genuinamente corretiva, não se estende aos sucessores do agente condenado por improbidade.

(...)

O ressarcimento integral do dano causado a entidade lesada em decorrência do ato de improbidade praticado pelo agente público, em verdade, não tem natureza de sanção, mas sim de indenização.

A reparação do dano é obrigatória quando se tratar de ato de improbidade administrativa lesivo ao Erário (art. 10) e condicional à efetiva comprovação da ocorrência de prejuízo patrimonial na hipótese de enriquecimento ilícito (art. 9º)" (Marino Pazzaglini Filho *in* Lei de Improbidade Administrativa Comentada, 3ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2006, pp. 152-153).

Nesse sentido já se manifestou esta Segunda Turma em processo de minha relatoria:

"ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESPESAS DE VIAGEM. PRESTAÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADE. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO. DANO AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SANÇÃO DE RESSARCIMENTO EXCLUÍDA. MULTA CIVIL REDUZIDA.

1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92 não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Precedente da Turma.

2. A aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal ou conselho de contas (art. 21, II, da Lei 8.429/92).

Superior Tribunal de Justiça

3. Segundo o art. 11 da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, notadamente a prática de ato que visa fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (inciso I), ou a ausência de prestação de contas, quando esteja o agente público obrigado a fazê-lo (inciso VI).

4. Simples relatórios indicativos apenas do motivo da viagem, do número de viajantes e do destino são insuficientes para comprovação de despesas de viagem.

5. A prestação de contas, ainda que realizada por meio de relatório, deve justificar a viagem, apontar o interesse social na efetivação da despesa, qualificar os respectivos beneficiários e descrever cada um dos gastos realizados, medidas necessárias a viabilizar futura auditoria e fiscalização.

6. Não havendo prova de dano ao erário, afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos).

7. Sentença mantida, excluída apenas a sanção de ressarcimento ao erário e reduzida a multa civil para cinco vezes o valor da remuneração recebida no último ano de mandato.

8. Recurso especial provido" (REsp 880.662/MG, DJU de 1º.03.07).

Dessarte, nada impede a condenação do réu na multa civil prevista no art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, como bem asseverado pelo Ministro Herman Benjamin.

Todavia, tendo em vista a inexistência de danos ao erário, entendo que deve ser fixada a penalidade em patamar mínimo. Assim, reduzo a multa civil fixada pelo voto divergente de 30% sobre o valor do contrato para 10% desse valor, que deve ser atualizado desde a assinatura do contrato.

Ante o exposto, **acompanhando a divergência com as considerações *supra*, dou provimento em parte ao recurso especial.**

É como voto.

**ERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2002/0163048-3

REsp 488842 / SP

Números Origem: 12371997 1633735302

PAUTA: 17/04/2008

JULGADO: 17/04/2008

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DULCINÉA MOREIRA DE BARROS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : ADILSON FRANCO PENTEADO E OUTROS
ADVOGADO : JOSÉ GERALDO SIMIONI
RECORRIDO : ANTONIO SERGIO BAPTISTA ADVOGADOS ASSOCIADOS E OUTROS
ADVOGADO : CAMILA BARROS DE AZEVEDO GATO E OUTRO(S)

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando a divergência, a Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Castro Meira, que lavrará o acórdão. Vencido o Sr. Ministro-Relator."

Votaram com o Sr. Ministro Castro Meira os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin e Eliana Calmon.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região) nos termos do art. 162, § 2º do RISTJ.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 17 de abril de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

