

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.737.731 - SC (2018/0099282-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
INTERES. : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
INTERES. : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
INTERES. : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
INTERES. : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ
ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. LICITAÇÃO. FRAUDE. DANO *IN RE IPSA* À ADMINISTRAÇÃO. CONDENAÇÃO.

1. 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).

2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da fraude a certame licitatório é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta.

3. No caso, o Tribunal de origem, a despeito de reconhecer a conduta ímproba e o seu elemento subjetivo, afastou a condenação pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, louvando-se no fato de que o serviço em comento foi efetivamente prestado, circunstância desinfluyente para a aplicação das sanções previstas na LIA.

4. Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho(voto-vista), negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2020 (Data do julgamento).

Superior Tribunal de Justiça

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator





SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 1.737.731 / SC
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2018/0099282-4

Número de Origem:

20150689534000000 20150689534 033100173139 33100173139 00173138020108240033 173138020108240033

Sessão Virtual de 03/03/2020 a 09/03/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES

RECORRIDO : JOAO BAPTISTA KREIN

ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476

RECORRIDO : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA

RECORRIDO : ARILDO JOSÉ ULLER

ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004

RECORRIDO : GERSON HÉLIO DA CRUZ

ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ

ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314

INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

ASSUNTO : DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - ATOS ADMINISTRATIVOS - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : JOAO BAPTISTA KREIN

ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES

INTERES. : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA

INTERES. : ARILDO JOSÉ ULLER

ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004

INTERES. : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
INTERES. : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ
ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

TERMO

O presente feito foi retirado de pauta.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 09 de março de 2020

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2018/0099282-4 **AgInt no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.737.731 / SC

Números Origem: 00173138020108240033 033100173139 173138020108240033
20150689534 20150689534000000 33100173139

PAUTA: 12/05/2020

JULGADO: 12/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
RECORRIDO : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
RECORRIDO : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
RECORRIDO : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
RECORRIDO : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ
ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
INTERES. : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
INTERES. : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
INTERES. : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
INTERES. : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ

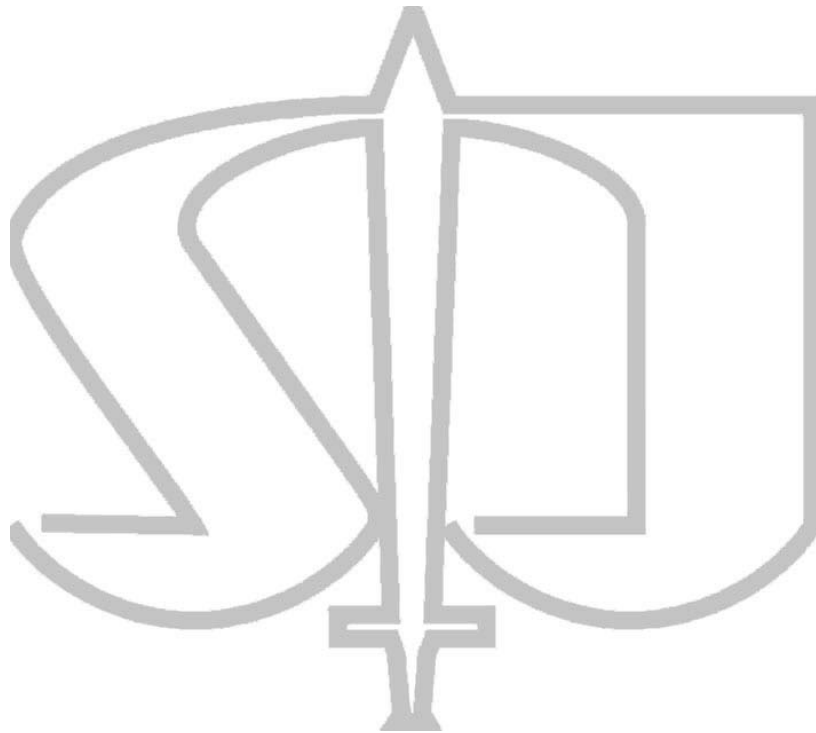
Superior Tribunal de Justiça

ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

CERTIDÃO

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

Adiado para a próxima sessão por indicação do Sr. Ministro Relator.



AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.737.731 - SC (2018/0099282-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por JOÃO BATISTA KREIN contra decisão de fls. e-STJ 2337/2340, que deu provimento ao recurso ministerial, determinando a baixa dos autos à origem para a readequação da dosimetria da pena decorrente da prática da conduta ímproba prevista no art. 10 da Lei n. 8.429/1992.

Sustenta o recorrente, em síntese, que: o serviço foi efetivamente prestado e não houve dano ao erário, sendo certo que a condenação ao ressarcimento geraria enriquecimento ilícito à Administração; foi indevido o julgamento monocrático; não procede o entendimento que considerou presumido o dano decorrente de fraude a processo licitatório.

Requer a reconsideração da decisão ou a submissão do recurso ao Órgão colegiado.

É o relatório

Superior Tribunal de Justiça

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.737.731 - SC (2018/0099282-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
INTERES. : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
INTERES. : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
INTERES. : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
INTERES. : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ
ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. LICITAÇÃO. FRAUDE. DANO *IN RE IPSA* À ADMINISTRAÇÃO. CONDENAÇÃO.

1. 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).

2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da fraude a certame licitatório é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta.

3. No caso, o Tribunal de origem, a despeito de reconhecer a conduta ímproba e o seu elemento subjetivo, afastou a condenação pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, louvando-se no fato de que o serviço em comento foi efetivamente prestado, circunstância desinfluyente para a aplicação das sanções previstas na LIA.

4. Agravo interno desprovido

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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).

Dito isso, cumpre afastar, de início, o aventado desrespeito ao princípio da colegialidade.

O art. 932 do CPC/2015, c/c o art. 253, I e II, do RISTJ, autoriza o relator a julgar monocraticamente o agravo em recurso especial nas hipóteses ali descritas, sendo facultada à parte a interposição de agravo interno, conforme se fez no caso.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE RESPEITADO. DECISÃO AGRAVADA QUE SE SUSTENTA EM FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS E SUFICIENTES. SÚMULA 182 DO STJ. APLICABILIDADE. AGRAVO INTERNO NÃO CONHECIDO.

1. O julgamento monocrático não viola o princípio da colegialidade, pois incidem harmonicamente os princípios da celeridade processual e presteza jurisdicional. Ademais, está "resguardada a possibilidade de interposição do agravo interno objetivando forçar o exame da matéria pelo Colegiado competente" (AgInt no AREsp 1.299.735/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 17/9/2018).

2. No caso em tela, a decisão monocrática consignou o seguinte fundamento suficiente e autônomo para obstar o recurso especial: incidência das Súmulas 7, 83 e 613 do STJ.

3. No agravo interno, o recorrente negligenciou a impugnação do óbice da Súmula 7 do STJ. Dessa forma, um dos fundamentos autônomos consignados no decisório recorrido não foi impugnado de forma específica, não se desincumbindo do ônus da dialeticidade recursal.

4. É inviável agravo interno que deixa de impugnar fundamento da decisão recorrida, por si só, suficiente para mantê-la. Incidência da Súmula 182 do STJ.

5. Agravo interno não conhecido.

(AgInt no AREsp 417.159/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 18/03/2019)

Quanto ao mais, observo que a orientação jurisprudencial das turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que o dano decorrente de fraude a processo licitatório é presumido, uma vez que o prejuízo decorre da impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, sendo desinfluyente a prestação do serviço contratado.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI N. 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO *IN RE IPSA* À ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Segundo entendimento consolidado no âmbito das Turmas que compõem a Primeira Seção, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano *in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta, não tendo o acórdão de origem se afastado de tal entendimento.

3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ação de improbidade administrativa implica reexame do conjunto fático-probatório, esbarrando na dicção da Súmula 7 do STJ, salvo quando, da leitura do acórdão recorrido, verificar-se a desproporcionalidade entre os atos praticados e as sanções impostas.

4. Hipótese em que, muito embora o Tribunal de origem tenha excluído as demais sanções impostas no primeiro grau de jurisdição, fixou a multa civil prevista no art. 12, II, da LIA em 5 remunerações mensais atualizadas, louvando-se nas peculiaridades da questão, notadamente no dano presumido causado à administração pública, incorrendo qualquer laivo de violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.499.706/SP, minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, DJe 14/03/2017). (Grifos acrescidos).

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 exposto 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 1.622.290/AL, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/12/2016, DJe 19/12/2016) (Grifos acrescidos).

No caso, o Tribunal de origem, a despeito de reconhecer a conduta ímproba e o seu elemento subjetivo, afastou a condenação pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, com arrimo na seguinte fundamentação: "Conquanto patente o desprezo dos quatro requeridos pela legislação pátria, o acervo probatório aponta no sentido de que o serviço em comento foi efetivamente prestado" (e-STJ fls. 2.177/2.178).

Vê-se que o entendimento sufragado no âmbito do Tribunal *a quo* encontra-se em desalinho com a jurisprudência desta Corte, sendo de rigor a baixa dos autos à origem para o reexame do tema, notadamente a questão alusiva à dosimetria da pena.

Consigne-se, por fim, que inexistente no presente comando qualquer determinação tendente à imposição do ressarcimento, mormente quando as instâncias de origem reconheceram que o serviço foi efetivamente prestado.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2018/0099282-4 **AgInt no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.737.731 / SC

Números Origem: 00173138020108240033 033100173139 173138020108240033
20150689534 20150689534000000 33100173139

PAUTA: 12/05/2020

JULGADO: 26/05/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
RECORRIDO : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
RECORRIDO : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
RECORRIDO : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
RECORRIDO : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ
ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
INTERES. : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
INTERES. : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
INTERES. : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
INTERES. : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ

Superior Tribunal de Justiça

ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao agravo interno, pediu vista o Sr, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa.



Superior Tribunal de Justiça

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.737.731 - SC (2018/0099282-4)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
INTERES. : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
INTERES. : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
INTERES. : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
INTERES. : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ
ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) -
SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

VOTO-VISTA

I. DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INSURGÊNCIA DO DEMANDADO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO ÓRGÃO ACUSADOR, PARA RECONHECER A CONFIGURAÇÃO PRESUMIDA DE DANO AO ERÁRIO E DETERMINAR AO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE MAJORE AS SANÇÕES ANTES IMPOSTAS, À LUZ DESTE NOVO FUNDAMENTO CONDENATÓRIO.

II. A PROPOSTA DO DOUTO RELATOR É POR MANTER A SOLUÇÃO MONOCRÁTICA POR ELE PROFERIDA, COM ESPEQUE NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL REFERENTE À POSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DO PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS, EM VIRTUDE DO SUPOSTO DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO.

III. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO JURÍDICA DE FATO LESIVO AO ERÁRIO OU DO CHAMADO DANO IN RE IPSA, EM PROCESSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. A EXTENSIFICAÇÃO DO DANO ALEGADO PELO ÓRGÃO ACUSADOR É FASE ANTERIOR NECESSÁRIA PARA A TIPIIFICAÇÃO E PARA A DOSIFICAÇÃO SANCIONADORA. ALÉM DE OSTENTAR-SE COMO COISA INACEITÁVEL EM SEDE SANCIONADORA, NESTE CASO CONCRETO HÁ PRONUNCIAMENTO JUDICIAL EXPRESSO E SOLENE NEGANDO A OCORRÊNCIA DE DANO, PELO QUE A PERSISTÊNCIA DE SUA PRESUNÇÃO É INSUSTENTÁVEL.

IV. NESTA HIPÓTESE, A ALUDIDA PRESUNÇÃO DE DANO É

Superior Tribunal de Justiça

FICTÍCIA, HIPOTÉTICA, IRREALÍSTICA E OBSTACULADORA DA PRÓPRIA DEFESA, NÃO ENSEJANDO A REAL CONFIGURAÇÃO DE LESÃO AO PATRIMÔNIO COLETIVO. E, SEM LESÃO A TAL INTERESSE, NÃO EMERGE TIPO SANCIONÁVEL, PORQUE ESSE EFEITO PREJUDICANTE É ESTRUTURANTE DA INFRAÇÃO.

V. A CORTE DE ORIGEM CONSTATOU A INEXISTÊNCIA OBJETIVA DE DANO AO ERÁRIO, POIS OS SERVIÇOS FORAM CORRETAMENTE PRESTADOS PELO IMPUTADO, TANTO QUE DEIXOU DE CONDENAR OS IMPLICADOS PELA PRÁTICA DE QUALQUER CONDOTA INFRACIONAL ELECADA NO ART. 10 DA LEI 8.429/1992.

VI. AGRAVO INTERNO DA PARTE DEMANDADA PROVIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO ÓRGÃO ACUSADOR, EM RESPEITOSA, MAS OUSADA, DIVERGÊNCIA À PROPOSTA DO EMINENTE RELATOR, MINISTRO GURGEL DE FARIA.

1. Trata-se de Agravo Interno interposto por JOÃO BAPTISTA KREIN contra decisão monocrática proferida pelo eminente Ministro GURGEL DE FARIA, na qual se deu provimento ao Recurso Especial do Órgão Acusador, para determinar *a readequação da dosimetria da pena decorrente da prática da conduta ímproba prevista no art. 10 da Lei 8.429/1992* (fls. 2.340).

2. Rememorando brevemente o histórico processual, o egrégio TJ/SC manteve a sentença (fls. 1.880/1.905) que condenou os Implicados com esquite no art. 11, I da Lei 8.429/1992, em virtude da suposta prática de frustração do caráter competitivo de licitação, que teria sido direcionada em favor da empresa ao final contratada.

3. O ora agravante foi sancionado porque ocupava o cargo de Secretário da Fazenda, tendo solicitado e dirigido os ritos da contratação. Em razão disso, foi-lhe aplicada unicamente a sanção de pagamento de *multa cível*, no valor de duas vezes a remuneração percebida pelo Servidor à época dos fatos. O acórdão confirmatório da sentença ficou assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONSULTORIA DE OTIMIZAÇÃO DA

Superior Tribunal de Justiça

ARRECAÇÃO MUNICIPAL. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE. PROPOSTAS RECEBIDAS ANTES DA CONFEÇÃO DO EDITAL. FRAUDE EVIDENCIADA. NOVO CERTAME, EM SITUAÇÃO IDÊNTICA. ILICITUDE CONSTATADA. AVENÇAS E ADITIVOS INVÁLIDOS. DOLO INEQUÍVOCO DOS ENVOLVIDOS. DANO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. CONDENAÇÃO ÀS SANÇÕES DO ART. 12, III DA LEI 8.429/1992. ALTERAÇÃO DAS PENALIDADES. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS (fls. 2.163/2.183).

4. Irresignado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA interpôs Recurso Especial, no qual busca acrescer à condenação as penas do art. 12, II da Lei 8.429/1992, pela alegada existência de dano ao Erário. Sua argumentação foi acolhida pela decisão ora agravada, ao fundamento de que *o dano decorrente de fraude a processo licitatório é presumido, uma vez que o prejuízo decorre da impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta* (fls. 2.338).

5. A parte agravante, em suas razões, insurge-se contra a possibilidade de presunção do dano ao Erário, tendo em vista que os serviços contratados (assessoria e consultoria à gestão municipal) foram efetivamente prestados. Deste modo, como também constatado pela Corte de origem, inexistiria prejuízo aos cofres públicos.

6. Na sessão de julgamento de 26.5.2020, o douto Ministro Relator propôs o desprovemento do Agravo Interno, confirmando o fundamento decisório relativo à presunção do dano. Naquela ocasião, pedi vista dos autos para empreender uma análise mais detida das questões em debate no processo.

7. Pois bem. Passa-se à análise da pretensão recursal.

8. Inegavelmente, como é do conhecimento de muitos, sou visceralmente adverso a qualquer *aplicação presuntiva de fato ou evento detrimetoso ao indivíduo*, nas ações de improbidade, na medida em que a categoria das presunções, embora prestante para dar suporte a medidas

Superior Tribunal de Justiça

cautelares ou provisórias, não é apta a gerar a prova exigível ao reconhecimento de qualquer conduta ímproba ou sancionável e, assim, fornecer suporte a condenações jurídicas.

9. Assim, não credito fé ou aplauso à presunção de dano, nem à de dolo, nem mesmo de perigo da demora para se decretar a indisponibilidade de bens. Não me arredo da convicção de que todos os elementos componentes de qualquer infração punível devem ser cumpridamente demonstrados pela parte que acusa. Acrescento que não incumbe ao imputado provar a sua inocência, embora essa inversão se venha firmando nas instâncias julgadoras do País, ao arrepio das elementares garantias processuais das pessoas acusadas.

10. Ancoro-me, ainda, na letra do art. 12, parág. único da Lei 8.429/1992, ao estatuir que, *na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente*. Como poderá o Juiz fixar as penas, se esses elementos (dano e proveito) não se acharem devidamente demonstrados?

11. Portanto, a detecção (ocorrência) e a extensificação (magnitude) do dano alegado pelo Órgão Acusador devem ser, sempre, efetivamente comprovadas, na fase anterior ao julgamento, necessária à tipificação da conduta, visando à dosificação sancionadora.

12. Acerca do tema, as Turmas desta Corte Superior especializadas em Direito Penal firmaram a diretriz de que, *para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 (dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses legais) exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo* (REsp. 1.485.384/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 2.10.2017; REsp. 1.367.663/DF, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 11.9.2017).

13. Em decisão unipessoal proferida em 7.4.2020 (transitada em

Superior Tribunal de Justiça

julgado em 11.5.2020), o eminente Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA reafirmou esse entendimento jurisprudencial desta Corte Superior e determinou o trancamento de Ação Penal quanto ao tipo da dispensa indevida de licitação. Na oportunidade, considerou o douto Ministro Relator, um dos mais exímios julgadores do País, que *não foi possível extrair do conjunto probatório trazido nos autos as circunstâncias elementares exigidas pela jurisprudência das Cortes Superiores para caracterizar o crime em questão, nem aponta a ocorrência de prejuízo aos cofres públicos, de modo a ensejar o encerramento do processo criminal por ausência de justa causa* (RHC 124.817/PR, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 6.4.2020, trânsito em julgado em 11.5.2020).

14. Bem por isso, não há possibilidade, segundo o entendimento dos experimentados Julgadores em matéria criminal desta Corte Superior, de que se aplique a tese de dano presumido ou dano *in re ipsa*, porquanto o dano ao Erário por eventual frustração do caráter competitivo da licitação deve ser empiricamente verificado, para além do dolo.

15. Este dano, corporificado em situações concretas da vida, quando realmente lesivas aos cofres públicos, deve ser apontado especificamente em todas as lides sancionadoras, tal como ocorre nas ações penais, até porque, como dito, a efetiva lesão aos cofres da coletividade compõe ponto elementar do ilícito, isto é, lhe dá estrutura ou consistência. É assim como a demonstração do fato gerador de um tributo, para se estabelecer a legitimidade da incidência da exação. Sem essa demonstração, se está diante de uma violência, de um confisco ou de qualquer outra figura desabonada pelo Direito.

16. Há exemplar paradigma desta Turma Julgadora afirmando que somente a compra pública que cause efetivo desfalque ao Erário ensejará apuração de ilícito, e essa tarefa de provar a lesividade da prática do Gestor Público cabe ao Órgão Acusador, conforme bem pontuou o eminente Ministro BENEDITO GONÇALVES (REsp. 1.314.122/MG, DJE 9.4.2014).

17. A presunção de dano é fictícia, hipotética, não se permitindo a

Superior Tribunal de Justiça

real configuração de lesividade ao patrimônio da coletividade e nem a adequada defesa subjetiva, a não ser que se venha a impor a algum acusado a prova de sua inocência.

18. No ato 2 de sua peça *A Pena e a Lei*, o saudoso Professor ARIANO SUASSUNA (1927-2014), *o maior ícone da cultura nordestina e um dos intelectuais que agigantaram a Academia Brasileira de Letras*, narra situação em que o personagem Cabo Rangel, fictício líder da força policial do Município de Taperoá/PB, se vê subitamente na posição de magistrado, ao julgar o caso do suposto roubo de um novilho. Dividido entre o poderio do acusador (um fazendeiro de muitas posses e poder político local) e a vulnerabilidade do vaqueiro acusado (que não era dono nem do seu cavalo), o Cabo é confrontado justamente com a questão do *ônus da prova* para a condenação.

19. Na figuração suassuniana ou na imaginação de antigo Bacharel, diz o escritor que um dos cidadãos presentes ao julgamento, o sitiante Benedito, homem simples, mas ponderado, modesto, mas altivo, interpela o julgador Cabo Rangel sobre o tema e a breve conversa se resolve nos seguintes termos:

BENEDITO: Você não vai prender um cidadão honesto sem ter certeza do roubo!

CABO RANGEL: Sim, mas é preciso provar que ele não roubou (A Pena e a Lei. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019, p. 65).

20. Na peça em comento, a injustiça da inversão do ônus probatório somente foi amenizada porque o imputado contava com o depoimento do Pároco em seu favor, coisa que, naqueles rincões e naquela altura, era decisiva. No presente processo, a parte agravante não dispõe de semelhante testemunho para repelir a fúria punitiva ministerial. Felizmente, o próprio Tribunal de origem já atestou a absoluta ausência de dano ao Erário, como se fizesse o papel do Vigário, na peça de SUASSUNA, tanto que deixou de condenar os Implicados pela conduta do art. 10, I da Lei 8.429/1992. Confira-se o que consta do

Superior Tribunal de Justiça

acórdão recorrido:

Por outro lado, o requerimento feito pelo Parquet, de subsunção das condutas ímprobas ao art. 9º., XI e art. 10, I da Lei 8.429/1992, não prospera.

Conquanto patente o desprezo dos quatro requeridos pela legislação pátria, o acervo probatório aponta no sentido de que o serviço em comento foi efetivamente prestado (fls. 2.177/2.178).

21. Apesar da rigidez da linguagem contida neste trecho, fato é que o egrégio TJ/SC deixou de vislumbrar qualquer prejuízo financeiro à Municipalidade, em decorrência da conduta imputada ao agravante. Esse aspecto factual e probatório, ressalte-se ou pinte-se com cores berrantes, fora expressamente represado no julgado recorrido e já não pode ser objeto de simples reexame em sede de recorribilidade extraordinária.

22. Veja-se que em momento algum do aresto proferido pelo Tribunal Local há qualquer indicativo de que o serviço contratado ostentasse sobrepreço, vantagens indevidas pagas a quem quer que seja ou que outra empresa fizesse o mesmo trabalho por preço mais em conta, tanto por tanto. É lícito supor-se que algum desses resultados ocorreu e, com base nessa suposição, condenar o imputado?

23. Por tudo isso, soa até mesmo contraditório condenar uma pessoa pela suposta prática de conduta causadora de dano ao Erário quando foi expressamente afastada, pela Corte de origem, a existência deste dano. Por conseguinte, ainda que se aceite a presunção de dano – coisa a que não me abalanço – há que ter em conta, neste caso, que o Tribunal de origem afastou expressa e solenemente tal ocorrência, ou seja, a análise da Corte Catarinense foi conclusiva em sentido contrário.

24. Mercê do exposto, conhece-se do Agravo Interno do Demandado e a ele se dá provimento, de modo a negar provimento ao Recurso Especial do Órgão Acusador. É como penso e é como voto, ousando

Superior Tribunal de Justiça

dissentir da proposta de voto do eminente Relator, Ministro GURGEL DE FARIA.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2018/0099282-4 **AgInt no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.737.731 / SC

Números Origem: 00173138020108240033 033100173139 173138020108240033
20150689534 20150689534000000 33100173139

PAUTA: 20/10/2020

JULGADO: 20/10/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
RECORRIDO : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
RECORRIDO : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
RECORRIDO : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
RECORRIDO : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ
ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : JOAO BAPTISTA KREIN
ADVOGADO : LARISSA SILVEIRA - SC041476
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PROCURADOR : JORGE OROFINO DA LUZ FONTES
INTERES. : CREDITOR ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
INTERES. : ARILDO JOSÉ ULLER
ADVOGADO : ODAIR LUIZ ANDREANI - SC017004
INTERES. : GERSON HÉLIO DA CRUZ
ADVOGADO : FÁBIO DA VEIGA E OUTRO(S) - SC019103
INTERES. : MUNICÍPIO DE ITAJAÍ

Superior Tribunal de Justiça

ADVOGADO : TIAGO THADEU SCHMITZ DE MENEZES E OUTRO(S) - SC022314
INTERES. : ROBERTO CARLOS IMME

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, a Primeira Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho(voto-vista), negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

