

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 723.487 - SP (2015/0134852-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : MARIO FABRI FILHO
ADVOGADOS : JOÃO BATISTA DE ALMEIDA - DF002067A
LORENA MARIA DE ALENCAR NORMANDO DA FONSECA -
DF033980
RAFAELA SAMPAIO DE ALMEIDA - DF047430
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de Agravo, interposto por MARIO FABRI FILHO, em 29/05/2014, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LICITAÇÃO

1. Compra de pneus para a Municipalidade de Queluz - Fragmentação de valores com intuito de afastar a obrigatoriedade de licitação - Inexistência de ato administrativo justificador de eventual dispensa - Hipótese que não se enquadra na inexigibilidade prevista na Lei nº 8.666/93 - Violação dos princípios da Administração previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.
2. Penalidade aplicada sem observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - Inadmissibilidade - Aplicação somente da multa civil. Recurso parcialmente provido" (fl. 432e).

No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem deu parcial provimento à Apelação interposta pelo agravante de sentença que, por sua vez, julgara parcialmente procedente o pedido em Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Na referida ação, o **Parquet** postula a condenação do agravante, então Prefeito de Queluz, pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na indevida dispensa de licitação para compra de pneus.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 451/456e.

O agravante, nas razões de seu Recurso Especial, sustenta, além de divergência jurisprudencial, ofensa aos arts. (a) 535 do CPC/73, por não terem sido sanadas as omissões e nulidades apontadas nos Embargos de Declaração; (b) 11, I, da Lei 8.429/92, por não ter agido "de ma-fé ao realizar as contratações de fornecimento mencionadas no processo" (fl. 467e); e (c) 12, III, da Lei 8.429/92, por entender desproporcionais as sanções que lhe foram impostas.

O Recurso Especial não foi admitido pelo Tribunal de origem (fls.

550/551e), tendo sido interposto o presente Agravo (fls. 554/572e).

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral da República SANDRA CUREAU, opina "pelo desprovemento do Agravo" (fl. 595e).

Na petição de fls. 606/609e, o agravante, "diante da reconhecida ausência de dolo na conduta do requerido apurada na esfera criminal, amplamente discutida no AResp 893.456-SP, e, sendo este elemento necessário para a condenação pelo ilícito previsto no art. 11 da lei 8.429/92, o réu requer sua absolvição também na esfera administrativa, julgando-se improcedente a ação".

Intimado (fl. 661e), o agravado não se manifestou sobre as alegações do agravante (fl. 665e).

A irrisignação não merece acolhimento.

De início, cabe ressaltar que os Embargos de Declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte. Nesse sentido: STJ, REsp 739.711/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJ 14/12/2006.

Além disso, não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 23/4/2008.

No caso, o Tribunal de origem foi expresso ao decidir que:

"Restou evidenciado que o fracionamento das compras se dava com o intuito de não atingir o limite máximo de R\$ 8.000,00 para contratações de serviços sem licitação, conforme estabelecido na Lei. 8.666/93.

O fracionamento de contratos é tido como uma vantagem para a Administração somente quando permite a participação de mais licitantes no procedimento, trazendo a possibilidade de maior número de ofertas com preços ou serviços mais adequados.

Entretanto tal fracionamento não pode ser adotado para dispensar a licitação quando se verifica a continuidade da compra ou do serviço, configurando um contrato de valor global.

(...)

Ocorre que ao invés de proceder o licitação para que houvesse a compra de quantidade suficiente de pneus, optou-se por fracionar as operações com a finalidade de se desviar do procedimento licitatório.

Nesse sentido, afirmou a testemunha Eline em seu depoimento (fls. 312) que como o valor isolado de cada uma das compras não

ultrapassava o limite de R\$ 8.000,00, estas se davam sem licitação. Esta conduta, por óbvio, é totalmente censurável, pois é possível e até mesmo exigível que o Município tivesse em seu almoxarifado uma quantidade razoável de pneus à disposição para eventuais emergências ou quando a substituição se fizesse necessária, não podendo prevalecer a tese de que a necessidade de pneus era imprevisível.

Nesta esteira, a compra fragmentada indica a burla ao procedimento licitatório.

Também não merece prosperar a alegação de não ter havido, na espécie, favorecimento pessoal ou de terceiros.

Não é preciso ocorrer o favorecimento de alguém quando o interesse público passa a ser o principal desfavorecido.

Mesmo que não se possa auferir o quanto tenha sido lesado o patrimônio público, é dever do administrador público ao gerir o erário da coletividade se pautar em conformidade com os princípios que regem a atuação pública.

Desta forma restou evidenciada a má-fé do prefeito em seu proceder conforme acertadamente reconhecido pelo juízo a quo ao afirmar que "é possível extrair do conjunto probatório a intenção de infringir a exigência de licitação, mediante fracionamento de serviços a fim de não sobejar o valor máximo exigido para o realização de licitação" (fls. 433/435e).

Nesse contexto, as razões que levaram o Tribunal de origem a dar parcial provimento à Apelação foram devidamente expostas, no acórdão recorrido, pelo que não há falar em ofensa ao art. 535 do CPC.

Por oportuno vale esclarecer que não houve nulidade por **reformatio in pejus**, tendo em vista que sentença foi expressa ao decidir que **"não se desconhece que a má fé é elemento que não se confunde com a inabilidade do agente público, sob pena de se incorrer em condenação injusta. No entanto, esta não é a situação dos autos, haja vista que é possível extrair do conjunto probatório a intenção de infringir a exigência de licitação, mediante fracionamento de serviços, a fim de não sobejar o valor máximo exigido para a realização de licitação"** (fl. 382e).

Com relação à matéria de fundo, vale destacar que é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que **(a)** "o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico" (STJ, REsp 951.389/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/05/2011); e **(b)** "os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8.429/92, dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente" (STJ, AgInt no AREsp 271.755/ES, Rel. Ministro

BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 22/03/2017). Nesse sentido: STJ, AgInt no AREsp 1.209.815/MT, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/06/2018; AgInt no REsp 1.589.438/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 01/06/2018; AgRg no AREsp 712.341/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 29/06/2016; AgRg no REsp 1.355.136/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2015.

No caso, conforme transcrições supra, as instâncias ordinárias, com base no acervo fático dos autos, foram expressas ao reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa, pois "restou evidenciada a má-fé do prefeito em seu proceder conforme acertadamente reconhecido pelo juízo a quo ao afirmar que 'é possível extrair do conjunto probatório a intenção de infringir a exigência de licitação, mediante fracionamento de serviços a fim de não sobejar o valor máximo exigido para o realização de licitação'".

Nesse contexto, nos termos em que a causa fora decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, no tocante à configuração do ato de improbidade administrativa, demandaria reexame de matéria fática, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no AREsp 210.361/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 01/06/2016; AgRg no AREsp 666.459/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; AgRg no AREsp 535.720/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/04/2016.

Ressalto, ainda, quanto ao Recurso Especial, interposto pela alínea c, também não merece prosperar a irresignação, pois incide o mesmo óbice sumular. Nesse sentido: "A análise da divergência jurisprudencial quando trata da mesma matéria do Recurso Especial pela alínea 'a', cuja análise é obstada pela aplicação da Súmula 7 desta Corte, incide no mesmo óbice, ficando por isso prejudicada. Precedente: AgRg no AREsp 69.665/RO, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, Dje 16.2.2012" (STJ, AgRg no REsp 317052/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/05/2013).

No tocante à apontada ofensa ao art. 12, III, da Lei 8.429/92, as razões do Recurso Especial atacam diretamente os fundamentos da sentença, desconsiderando que a Apelação do ora agravante fora parcialmente provida, para, "tendo-se em visto os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o pagamento de multa civil no valor de cinco vezes o valor da remuneração percebida à época em que atuava como Prefeito Municipal de Queluz é suficiente como reprimenda, razão pela qual ficam afastadas as demais sanções impostas" (fl. 435e). Assim, é o caso de incidência da Súmula 284/STF.

Ademais, ainda que assim não fosse, levando em consideração os termos em que a causa fora decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, para acolher

as alegações do agravante, no tocante à apontada desproporcionalidade da sanção que lhe fora imposta, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.452.792/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 10/06/2015; AgRg no AREsp 533.862/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 04/12/2014; REsp 1.203.149/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/02/2014.

Por fim, no que se refere às alegações contidas na petição de fls. 606/631e, vale destacar que, de acordo com o art. 12 da Lei 8.429/92 e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa, que é afastada quando a esfera penal taxativamente afirmar que não houve o fato, e/ou, acaso existente, houver demonstrações inequívocas de que o agente não foi o seu causador. Este fundamento, inclusive, autoriza a conclusão no sentido de que as penalidades aplicadas em sede de processo administrativo disciplinar e no âmbito da improbidade administrativa, embora possam incidir na restrição de um mesmo direito, são distintas entre si, tendo em vista que se assentam em distintos planos" (STJ, REsp 1.364.075/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 02/12/2015). Nesse sentido: STJ, RMS 48.361/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/09/2015; AgRg no AREsp 587.848/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 15/12/2014; REsp 1.186.787/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/05/2014.

No caso, de acordo com as informações prestadas pelo agravante, no AREsp 893.456/SP foi absolvido, no âmbito criminal, ao fundamento de que "é exigível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo para que seja tipificado o crime previsto no artigo mencionado (artigo 89 da Lei n. 8.666/1993)" (fl. 624e).

Porém, conforme destacado acima, tais requisitos não são exigíveis para o reconhecimento do ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. Assim, a absolvição do agravante na esfera penal não tem o condão, por si só, de afastar a sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, II, **b**, do RISTJ, conheço do Agravo para negar provimento ao Recurso Especial.

I.

Brasília (DF), 1º de fevereiro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora