AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.014.527 - DF (2016/0296142-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE	:	INSTITUTO FECOMERCIO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
ADVOGADOS	:	CELITA OLIVEIRA SOUSA - DF003174 LIRIAN SOUSA SOARES CAVALHERO - DF012099
ADVOGADA	:	RAQUEL CORAZZA E OUTRO(S) - DF017240
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
INTERES.	:	DISTRITO FEDERAL
PROCURADOR	:	FERNANDO ZANETTI STAUBER E OUTRO(S) - DF030114
INTERES.	:	WIGBERTO FERREIRA TATURCE
ADVOGADO	:	JACQUES MAURICIO VELOSO DE MELO E OUTRO(S) - DF013588

EMENTA

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. DISPENSA DE LICITAÇÃO INDEVIDA. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE PESQUISA. NULIDADE DECRETADA. DANO *IN RE IPSA*. PRESSUPOSTO DA AÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CABIMENTO. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA.

I - Na origem foi ajuizada ação popular com o objetivo de obter a nulidade de contrato firmado entre a Fecomércio e o Distrito Federal para realização de pesquisa, com dispensa de licitação.

II - Reformando a decisão monocrática de improcedência do pedido, o acórdão recorrido reconheceu a ilegalidade na dispensa da licitação, anulando o referido contrato e determinando o ressarcimento de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) – valor contratado –, aos cofres públicos. No STJ não se conheceu do recurso especial.

III - Esta Corte somente pode conhecer da matéria objeto de julgamento no Tribunal de origem. Ausente o prequestionamento da matéria alegadamente violada, não é possível o conhecimento do recurso especial. Nesse sentido, o enunciado n. 211 da Súmula do STJ : "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*"; e, por analogia, os enunciados n. 282 e 356 da Súmula do STF.

IV - As alegações de violação indicadas pela parte

recorrente no recurso especial demandam a reanálise do conjunto fático-probatório dos autos.

V - A Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração o contexto fático-probatório dos autos. No caso, a Corte de origem concluiu que não haveria prova nos autos da reputação ética profissional do Instituto Fecomércio para o enquadramento na dispensa de licitação, conforme se percebe do seguinte trecho do acórdão: "O administrador deve pautar-se por parâmetros mínimos para qualificar a entidade de inquestionável reputação ético-profissional, comprovada a qualificação por declarações, atestados e outros documentos que comprovem a qualidade dos serviços a ser contratado, conforme parecer da Procuradoria do Distrito Federal (fls. 62/8). Não há provas da reputação ética profissional do Instituto Fecomercio de Pesquisa e Desenvolvimento - IFPD. O parecer técnico da secretaria limitou-se a informar que o instituto "atende às exigências para dispensa de licitação" (f. 110). Inexiste, portanto, prova da reputação ético-profissional da entidade contratada (art. 24, XIII, parte final, da Lei n° 8666/93). Em tomada de contas especial n° 003.097/2001 - TCU (fls. 466/534), a contratada não provou o requisito de inquestionável reputação ético-profissional para dispensa de licitação".

VI - Assim, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório dos autos, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

VII - Relativamente à alegação de violação do art. 59 da Lei n. 8.666/93, com fundamento na inexistência do dever de devolver o valor recebido pela prestação do serviço, a Corte de origem considerou, não a obrigação de devolução, mas sim a de ressarcir a administração pelo dano decorrente, no caso, da dispensa irregular de licitação. Eis o trecho do acórdão: "O Instituto Fecomercio de Pesquisa e Desenvolvimento, ciente da falta de notória especialização para o serviço contratado, celebrou contrato, com dispensa de licitação (art. 24, XIII, L. 8.666/93). E, ainda que tenha prestado o serviço, é responsável pelos prejuízos decorrentes do ato lesivo - dispensa irregular de licitação. E não fez o recolhimento dos encargos previdenciais decorrentes da execução do contrato, de acordo com a cláusula 5.2 (f. 21) e o art. 71 da L. N° 8.666/1993. Procedente a ação popular, decretado anulado contrato, por dispensa irregular de licitação, os responsáveis pela sua prática devem ressarcir o dano ao erário (art. 11 da L. 4.717/65).

VIII - Assim, quanto à alegação de inexistência de lesão ao erário, o acórdão objeto do recurso especial está em consonância com a jurisprudência do STF e do STJ, segundo a

qual para o cabimento da ação popular é suficiente a ilegalidade do ato administrativo, independentemente da existência de prejuízo. Nesse sentido: RE 170768, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/03/1999, DJ 13-08-1999 PP-00016 EMENT VOL-01958-03 PP-00445.

IX - Tal entendimento não difere do ratificado na jurisprudência desta Corte. Segundo a jurisprudência do STJ, o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (*dano in re ipsa*), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta. Nesse sentido: REsp 1.685.214/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017; RMS 54.262/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2017, DJe 13/9/2017.

X - Ainda que assim não fosse, o dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria.

XI - Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp 1.235.867/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp 1.109.608/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp 1.717.512/AL, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

XII - Portanto, como no casos dos autos não se trata de devolução de valores cobrados em razão da prestação do serviço, mas de dever de indenizar pela dispensa indevida de licitação, faltam aos precedentes, trazidos como divergência jurisprudencial, a necessária similitude fática. Assim, fica inviabilizada a comprovação da alegação de divergência jurisprudencial.

XIII - Agravo interno improvido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator