

Superior Tribunal de Justiça

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.394.487 - SP (2018/0291450-7)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ**
PROCURADORES : **LUIZ MARTIN FREGUGLIA - SP105877**
 : **PAULA HUSEK SERRÃO - SP227705**
AGRAVANTE : **FRANCISCO CARLOS BIGOTTI**
AGRAVANTE : **BIGOTTI - ENTREPOSTO DE CARNES E DERIVADOS LTDA**
ADVOGADOS : **MARCELO CERTAIN TOLEDO - SP158313**
 : **PEDRO TRUFFI DE OLIVEIRA COSTA - SP375526**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
AGRAVADO : **DURVAL LOPES ORLATO**
ADVOGADO : **GABRIELA FABRETTI RIBEIRO - SP385386**
AGRAVADO : **DENIS ANDRE JOSE CRUPE**
ADVOGADO : **RICARDO SOARES LACERDA - SP164711**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 1.022 E 489 DO CPC/2015. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. ALEGAÇÕES GENÉRICAS E RAZÕES DISSOCIADAS. SÚMULA 284/STF. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. FASE INSTRUTÓRIA. ABERTURA. REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. NECESSIDADE. JUÍZO FIRMADO COM LASTRO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial manejado por FRANCISCO CARLOS BIGOTTI E BIGOTTI - ENTREPOSTO DE CARNES E DERIVADOS LTDA., em face de decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão assim ementado (fl. 1.835 e-STJ):

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - DANO AO ERÁRIO - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - CERCEAMENTO DE DEFESA - Ato de improbidade consistente em direcionamento de licitação e superfaturamento de produtos alimentícios adquiridos pelo Município de Jundiaí para merenda escolar.

PRELIMINAR - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA - RECONHECIMENTO - É defeso ao juiz conhecer diretamente da lide, sem abrir às partes oportunidade para a produção de provas, e, ao mesmo tempo, afastar a tese da parte autora por falta de provas - Cerceamento de defesa reconhecido - Precedentes no Colendo STJ - Desconstituição da sentença é medida que se impõe.

Preliminar acolhida, com anulação do julgado.

Embargos de declaração opostos e rejeitados (fls. 1.886/1,887 e-STJ).

No recurso especial interposto pela alínea *a* do permissivo constitucional, os recorrentes sustentam afronta aos arts. 489, § 1º, III e IV, e 1.022, II e III, do CPC/2015 alegando: (i) erros materiais: inexistência de pedido de perícia, suposta desconsideração

Superior Tribunal de Justiça

da fase instrutória; e (ii) omissões: preclusão lógica, impossibilidade de inversão do ônus da prova em ação de improbidade administrativa e não apreciação de questão de ordem para sustentação oral.

Apontam violação dos arts. 937 do CPC/2015 quanto ao direito de a defesa realizar sustentação oral na sessão de julgamento, e afronta ao art. 1.000 do CPC/2015, em razão de que, em se tratando de pedido formulado pelo Ministério Público, não cabe a inversão do ônus probatório, além de haver preclusão lógica para o pedido de produção probatória, visto que nenhuma das partes do processo nem mesmo a acusação requereu a realização de prova pericial.

Alegam contrariedade aos arts. 373, I, e 379, *caput*, III, do CPC/2015, ao argumento de que acatar a alegação de cerceamento de defesa do MP resulta em indevida inversão do ônus da prova.

Contrarrazões a fls. 2.008/2.009 e-STJ.

Neste agravo afirma que seu recurso especial satisfaz os requisitos de admissibilidade e que não se encontram presentes os óbices apontados na decisão agravada.

Parecer do Ministério Público Federal, a fls. 2.116-2.124 e-STJ, pelo não provimento do recurso especial.

É o relatório. Decido.

De início, cumpre registrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não incorre em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelo recorrente.

No respeitante à alegação de indevida inversão do ônus probatório, é de se ver que, posto a matéria não tenha sido decidida pela Corte de origem, o recurso não enseja conhecimento. Isso porque foi anulada a sentença para que, retornando os autos à primeira instância, o juízo primevo abrisse a fase instrutória.

Em sede preliminar, pois, a sua falta de análise pelo acórdão não configura vício de omissão, uma vez que não caberia à segunda instância se manifestar acerca da distribuição do ônus da prova, sem antes haver seu processamento pela primeira instância, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

No mérito, a alegação recursal configura razão dissociada dos fundamentos adotados no acórdão para solver a controvérsia, situação essa que não permite a exata compreensão da controvérsia e impede o conhecimento do recurso. Incide à hipótese a Súmula 284/STF.

No respeitante à alegação de não apreciação do pedido de sustentação oral, o recorrente, nas razões recursais, informa que a "Turma julgadora ponderou que o acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa tornaria prejudicada a sustentação oral" (fl. 1.959 e-STJ).

Com efeito, o próprio recorrente expõe que houve manifestação da Corte de origem, que apenas o indeferiu, de forma fundamentada, em razão do acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, com o retorno dos autos à primeira instância.

No mérito, não é possível conhecer do recurso especial no que tange à suposta violação do art. 937 do CPC/2015, uma vez que as razões recursais não explicam de que forma o aludido dispositivo legal teria sido violado pelo entendimento adotado pelo acórdão recorrido. Incide, na espécie, o óbice contido na Súmula 284/STF.

Da análise do acórdão recorrido, verifica-se que o Tribunal de origem se

manifestou, de maneira clara e fundamentada, acerca da necessidade de se acatar a preliminar de nulidade, por caracterizado o cerceamento de defesa, para desconstituir a sentença que desconsiderou a fase instrutória, firmando conclusão quanto à necessidade da produção pericial requerida pelas partes (*pela defesa de uma das partes - fl. 1.482 e-STJ, conforme consignado no acórdão; pelo autor, na sua inicial - fl. 12 e-STJ*), diante da existência de indícios de prática de improbidade administrativa relativos a direcionamento do objeto licitado e a superfaturamento de preços, com possível prejuízo ao patrimônio público, sendo inadequado o julgamento antecipado da lide, no caso dos autos (fls. 1.836-1.839 e-STJ).

Dessa forma, considerando a argumentação apontada como omissa ou eivada de erro material, correta a rejeição dos embargos de declaração ante a inexistência de vício a ser sanado e cujas razões configuraram indevida tentativa de re julgamento da matéria, em sede de aclaratórios, diante de entendimento que apenas se mostrou desfavorável à tese defendida pela parte.

Na espécie, a Corte de origem, formando sua conclusão quanto à nulidade da sentença que desconsiderou a fase instrutória para julgar improcedente a ação ao fundamento mesmo de falta de provas pela parte autora, assim dispôs em sua fundamentação (fls. 1.836-1.839 e-STJ):

Conforme se infere dos autos, **houve requerimento de produção de prova pericial (fl. 1327) [atual fl. 1.482 e-STJ]**. Não obstante o julgamento favorável aos requeridos, a dilação probatória se mostrava imprescindível na situação sob exame.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público visando à condenação dos requeridos pela contratação superfaturada empreendida pelo Município de Jundiá, o que gerou prejuízo ao patrimônio público.

Apurou-se em inquérito civil que a empresa vencedora da licitação superfaturou os produtos - especialmente coxinhas de asa de frango - em mais de 200% do valor de mercado.

Por outro lado, apurou-se que a licitação foi realizada contendo especificações que limitaram sobremaneira a concorrência, uma vez que os alimentos deveriam ser temperados, assados e congelados. **Haveria, portanto, indícios de direcionamento da licitação**, uma vez que os dois outros concorrentes que se apresentaram fizeram propostas menos vantajosas ao ente público.

Delineadas as circunstâncias concretas, tem-se que a questão nevrálgica dos autos é saber se houve direcionamento da licitação e superfaturamento do preço.

Conquanto haja indícios do direcionamento do objeto licitado - diante da especificidade do preparo dos alimentos que acabou por restringir a concorrência - , a sentença considerou inexistirem provas da relação íntima entre o Secretário de Administração e o sócio da empresa ré. Ora, tais provas deveriam ser produzidas na regular instrução do feito, o que torna inadequado o julgamento antecipado da lide.

Por outro lado, a apuração do superfaturamento exigiria a produção da prova pericial, requerida, inclusive, pela defesa.

Observa-se que o Juízo de Primeiro Grau não acolheu a pretensão inicial justamente sob o fundamento de que **faltavam elementos à condenação dos requeridos.**

Neste ponto **se evidencia o cerceamento de defesa**, pois, a despeito da avaliação da necessidade da prova estar ao livre arbítrio do juiz, não lhe

Superior Tribunal de Justiça

é permitido indeferir ou, como houve **no caso, desconsiderar a fase instrutória e, ao mesmo tempo, julgar improcedente a demanda, de forma antecipada, fundamentando sua convicção, justamente, na inexistência de provas da parte autora.**

Há nítida incoerência nesta atitude, ocasionando a nulidade do ato sentencial.

[...]

Destarte, considerando o cerceamento de defesa ocorrido, deve ser acolhida a preliminar de nulidade e desconstituída a sentença.

Diante do exposto, voto por acolher a preliminar de nulidade suscitada nas razões de apelação e desconstituir a sentença, a fim de que seja oportunizada a dilação probatória postulada.

Assim, no tocante às alegações de preclusão lógica para produção de prova, de inexistência de pedido de perícia por nenhuma das partes ou pela acusação e de ausência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide, inviável a revisão da conclusão a que chegou a Corte de origem sobre as referidas questões no sentido das alegações recursais, sem o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que, no âmbito do recurso especial, é vedado por força da Súmula 7/STJ.

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial de FRANCISCO CARLOS BIGOTTI E BIGOTTI - ENTREPOSTO DE CARNES E DERIVADOS LTDA. e, nessa extensão, negar-lhe provimento.

Publique-se Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator