

Superior Tribunal de Justiça

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

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ

PROCURADORE : LUIZ MARTIN FREGUGLIA - SP105877

S

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. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. JUÍZO FIRMADO COM FUNDAMENTO NOS FATOS E PROVAS DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial manejado pelo MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, 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, o recorrente sustenta negativa de vigência aos arts. 370 e 373, I, do CPC/2015 alegando a ausência de razões para a desconstituição da sentença se o juiz se deu por satisfeito com as provas contidas nos autos, julgando o feito improcedente. Argumenta que a dilação probatória configuraria total ofensa ao regramento processual vigente. Sustenta que o ônus da prova incumbe ao autor, o que não foi observado, pois cabia ao Ministério Público a produção da prova, o qual não o requereu no curso do inquérito civil, e não ao réu requerê-la.

Superior Tribunal de Justiça

Contrarrazões a fls. 2.013/2.014 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.

Verifica-se no acórdão recorrido que o Tribunal de origem firmou sua convicção acerca da necessidade de se acatar a preliminar de nulidade, por caracterizado o cerceamento de defesa, e assim desconstituir a sentença que desconsiderou a fase instrutória. Em seus fundamentos, referiu-se ao requerimento de produção pericial pela defesa de uma das partes (*fl. 1.327, atual fl. 1.482 e-STJ*) e que, 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, mostrava-se inadequado o julgamento antecipado da lide, no caso dos autos (fls. 1.836-1.839 e-STJ).

Na espécie, pois, 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, 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.**

Superior Tribunal de Justiça

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 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, consignando a Corte de origem que também houve o requerimento de produção pericial por uma das partes e firmando de forma fundamentada sua convicção quanto à necessidade da instrução probatória, inviável rever a conclusão a que chegou o órgão julgador da segunda instância sobre a questão, sem o reexame do conjunto 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 e não conheço do recurso especial do MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019.

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator