

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.305.137 - GO (2018/0134267-2)

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE GOIÂNIA
ADVOGADO : ANDRÉ QUINTINO SILVA PAIVA E OUTRO(S) -
GO047830A
AGRAVADO : CARLOS ALBERTO SANTA CRUZ SERRADOURADA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE GOIÁS -
CURADOR ESPECIAL
AGRAVADO : WALTER PUREZA
ADVOGADO : LUIZ VITOR PEREIRA FILHO - GO027701
AGRAVADO : C&C COMUNICACAO SOCIAL E CONSULTORIA LTDA
ADVOGADO : CÉSAR WILLAR CORREIA E OUTRO(S) - GO012312
AGRAVADO : GERALDA DARC RIBEIRO DE CASTRO
ADVOGADO : VALTERLI LEITE GUEDES E OUTRO(S) - GO003680
AGRAVADO : IRIS REZENDE MACHADO
ADVOGADOS : ROSEMBERG ANDRÉ BATISTA DE PRADO E OUTRO(S) -
GO018512
ROBERTO VILELA FRANÇA - GO021876

DECISÃO

Trata-se, na origem, de ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS em desfavor de IRIS REZENDE MACHADO, WALTER PUREZA, & C COMUNICAÇÃO SOCIAL E CONSULTORIA LTDA. – REVISTA HOJE, CARLOS ALBERTO SANTA CRUZ SERRADOURADA e GERALDA D'ARC RIBEIRO DE CASTRO. À causa foi arbitrado o valor de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais).

Sustenta-se, em síntese, que, por meio do processo n. 07069/2007, instaurado pelo Tribunal de Contas do Município, verificou-se a prática de fraude em licitação para a prestação de serviços de veiculação de campanhas educativas e informativos.

Segundo a exordial, constam nos autos do processo administrativo memorando de Walter Pureza, com data de 22/2/2007, sugerindo ao Prefeito de Goiânia à época, Iris Rezende Machado, que declarasse a inexigibilidade de licitação para a contratação direta da empresa de divulgação publicitária. Para tal fim, utilizou-se de fundamentação jurídica precária, vindo a ratificar a inexigibilidade em 28/2/2007, autorizando a contratação direta de serviços de divulgação publicitária. O contrato advindo desta negociação foi assinado em 9/3/2007, sob o n. 015/2007.

Prolatada a sentença, os pedidos foram julgados improcedentes, declarando a extinção do feito com resolução do mérito (fls. 1.417-1.431).

Em sede de recurso de apelação, a sentença foi mantida pelo

Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (fls. 1.523-1.552), nos termos assim ementados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA DE PUBLICIDADE PARA VEICULAÇÃO DE CAMPANHAS EDUCATIVAS E DE MATÉRIAS DE INTERESSE DA MUNICIPALIDADE, DE CARÁTER INFORMATIVO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. IRREGULARIDADE FORMAL. CONDUTAS DOS AGENTES PÚBLICOS E DE TERCEIROS NÃO CARACTERIZADORAS DE ATOS ÍMPROBOS. Embora a empresa de publicidade tenha sido contratada sem o devido procedimento licitatório, não restou comprovado nos autos que os agentes públicos e terceiros envolvidos no contrato agiram com dolo, culpa grave ou má-fé na referida contratação, elementos essenciais para a caracterização dos atos de improbidade.

É importante ressaltar que nem todo ato ilegal é ímprobo, mormente quando a contratação atinge a sua finalidade, com a efetiva prestação dos serviços pactuados, com custos bem abaixo daqueles realizados pelo mercado dos meios de comunicação. Assim, diante de uma irregularidade formal, não cabe a condenação dos agentes públicos e de seus contratantes a sanções tão severa previstas na Lei no 8.429/92, que visa punir atos de corrupção, de desonestidade e deslealdade para com a administração pública e os administrados. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.

O Ministério Público do Estado de Goiás interpôs o presente recurso especial, com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal (fls. 1.557-1.569). Sustenta violação aos preceitos normativos contidos nos artigos 25, inciso II da Lei n. 8.666/93, bem como no artigo 11, *caput* e inciso I, da Lei n. 8.429/92.

Argumenta, em resumo, que: a) houve dispensa ilegal de licitação para a contratação de serviço de publicidade; b) é dispensável o dolo específico; c) o dano ao erário é presumido.

Contrarrazões ao recurso foram apresentados por Iris Rezende Machado (fls. 1.577-1.611) e pela Defensoria Pública do Estado de Goiás (1.626-1.637).

Em juízo de admissibilidade, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás inadmitiu o recurso especial (fls. 1.640-1.641).

Adveio a interposição de agravo (fls. 1.649-1.657), a fim de possibilitar a subida do recurso interposto.

Foram apresentadas contrarrazões pelo Município de Goiânia (fls. 1.667-1.671) e pela Defensoria Pública Estadual (fls. 1.678-1.688).

O Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento e provimento do agravo, para que o recurso especial seja igualmente conhecido e provido (fls. 1.699-1.703), em parecer assim ementado:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. I – CONFIGURAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE DO ART. 10 DA LEI Nº 8.429/92. LESÃO AO ERÁRIO. II – SUFICIÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO CULPA. III – A FRAUDE À LICITAÇÃO, COMO NA HIPÓTESE DOS AUTOS, TEM COMO CONSEQUÊNCIA O CHAMADO DANO *IN RE IPSA*. PRECEDENTES. IV – PARECER PELO PROVIMENTO DO AGRAVO, PARA QUE O RECURSO ESPECIAL SEJA IGUALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

É o relatório. Decido.

A Corte de origem entendeu pela inadmissibilidade do recurso especial interposto com fundamento na Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

Diante da impugnação à fundamentação apresentada na decisão agravada e atendidos os demais pressupostos de admissibilidade do presente agravo, passa-se ao exame do recurso especial.

Lastreado na jurisprudência, o entendimento aqui consignado é prevalente no Superior Tribunal de Justiça, sendo aplicável à espécie o enunciado da Súmula n. 568/STJ, *in verbis*: O relator, monocraticamente e no STJ, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

Analisado o acórdão recorrido (fls. 1534-1536), denota-se que os fundamentos fáticos da dispensa ilegal e do reconhecimento da inexigibilidade de licitação para contratação de serviço de publicidade estão bem delineados. Veja-se:

Na hipótese dos autos e das circunstâncias dos fatos narrados, não resta evidente que os apelados tenham agido com dolo, culpa ou má-fé, condições indispensáveis para a condenação por atos de improbidade administrativa, não se podendo considerar meras irregularidades administrativas, ou seja, desrespeito à formalidade legal de um procedimento licitatório que foi considerado inexigível, como faltas funcionais graves de improbidade sujeitas às sanções previstas na Lei no 8.429/92.

[...]

É importante salientar que o serviço contratado entre os agentes públicos e a empresa de comunicação e consultoria e seus sócios foi devidamente prestado, tendo sido direcionada a verba para a finalidade pactuada, sem qualquer desvirtuamento dos recursos financeiros para outro fim, não havendo se falar em enriquecimento ilícito dos apelados, superfaturamento, lesão ou prejuízo ao erário, ao interesse público, à administração pública e, por fim, em promoção pessoal dos agentes públicos e demais recorridos. Embora fora da estrita legalidade, não há na conduta dos agentes a ilegalidade qualificada pela má-fé, própria daqueles que visam lesar o interesse público, não havendo prática de ato visando um fim proibido em lei, mas a ocorrência de uma irregularidade formal, não se podendo falar em conduta que possa ser caracterizada como ímproba, nos termos pleiteados pelo

representante do Ministério Público Estadual.

In casu, não há prova robusta, clara e cristalina de que os apelados tenham agido com desonestidade ou deslealdade para administração pública, quando contrataram a empresa de comunicação para prestar os serviços de publicação de campanhas educativas, orientação comunitária, datas comemorativas, matérias de interesse da municipalidade em caráter informativo ou em conformidade com os programas das secretarias municipais.

Para que se constitua ato de improbidade, repito, faz-se mister verificar se há indícios que comprovem a presença de um comportamento desonesto ou relevantemente culposos por parte dos agentes, sendo insuficiente, portanto, a prática de um ato ilegal, uma vez que o tipo da improbidade requer um mínimo que seja de subjetividade negativa dos sujeitos ativos, o que não se verifica no caso em comento. Há de se observar, que tanto o dolo quanto a culpa não se presumem, devem ser inquestionavelmente demonstrados, sob pena de atipicidade do fato.

Dessa forma, não há necessidade de revolvimento fático-probatório para análise do acórdão recorrido, mas apenas a reavaliação jurídica conferida ao contexto fático delineado. A propósito desse tema, vejamos os seguintes precedentes desta Corte Superior:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. MUNICÍPIO DE ITUPORANGA/SC. REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. AFASTAMENTO DA SÚMULA 7/STJ. DESAPROPRIAÇÃO. DESVIO DE FINALIDADE. CONSTRUÇÃO DE LAGOA PARA ATENDER INTERESSE DE GRUPO RESTRITO DE PRATICANTES DE JET SKI. TENTATIVA FRUSTRADA DE COMPRA DA MESMA ÁREA DESAPROPRIADA. PAGAMENTO DE DEPÓSITO PARA IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE COM RECURSOS DOS ASSOCIADOS DO JET CLUBE. DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO.

[...]

REVALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS DESCRITOS DE FORMA DETALHADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO: AFASTAMENTO DA SÚMULA 7/STJ

4. O inteiro teor do acórdão recorrido é minucioso na descrição do contexto fático em torno da controvertida desapropriação, de modo que, no presente caso, o conhecimento do Recurso Especial demanda apenas reavaliação jurídica dos fatos, procedimento comumente adotado pelo STJ, em demandas similares, para avaliação do elemento subjetivo em atos de improbidade administrativa (REsp 1.453.570/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 7/5/2015; AgRg no AREsp

470.565/PA, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/11/2015).

5. Em elucidativo precedente, a Segunda Turma fixou que "Não incide o óbice da Súmula 7/STJ, quando o Tribunal a quo detalha a conduta imputada ao agente. Nesses casos, inexistente a reapreciação do contexto probatório da demanda, mas tão somente a reavaliação jurídica dos elementos fáticos delineados pela Corte recorrida" (REsp 1.156.564/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 8/9/2010).

[...]

(AgInt no AREsp 824.675/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA

TURMA, julgado em 29/8/2016, DJe 2/2/2017)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARTA-CONVITE. MODALIDADE DE LICITAÇÃO INADEQUADA. LICITANTE VENCEDORA. QUADRO SOCIETÁRIO. FILHA DO PREFEITO. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. CARACTERIZAÇÃO. PREJUÍZO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de ação civil pública por ato de improbidade administrativa

ajuizada em face de ex-Prefeito e de sociedades empresárias (postos de gasolina) em razão da contratação alegadamente ilegal dos referidos postos pela Municipalidade. A ação é fundada no art. 11 da Lei n. 8.429/92.

[...]

4. Como se observa, os fatos estão bem delimitados pela origem no acórdão da apelação, que foi confirmado pelo acórdão dos embargos infringentes, o que está sujeita a exame nesta Corte Superior é a simples qualificação jurídica desse quadro fático-probatório, não sendo aplicável, pois, sua Súmula n. 7.

5. Em primeiro lugar, é de se afastar o argumento (b), retro, porque pacífico no Superior Tribunal de Justiça entendimento segundo o qual, para o enquadramento de condutas no art. 11 da Lei n. 8.429/92, é despicienda a caracterização do dano ao erário e do enriquecimento ilícito. Confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 1.119.657/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30.9.2009, e REsp 799.094/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 16.9.2008.

[...]

(REsp 1245765/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/6/2011, DJe 3/8/2011)

No tocante à violação ao art. 10, *caput* e VIII, da Lei 8.429/92, melhor sorte socorre ao ora recorrente.

De acordo como o art. 10, *caput*, inciso VIII, da Lei n. 8.429/92, a dispensa ilegal do processo licitatório sem a estrita observância das normas pertinentes, por ato doloso ou culposos, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário.

Pois bem. No presente caso, segundo admite o próprio acórdão recorrido, o agente público, por conduta livre e consciente, dispensou ilegalmente a licitação para contratar serviço de publicidade por reconhecer a singularidade deste serviço.

Ocorre que não há prova que corrobora a natureza singular do serviço a ensejar a inexigibilidade de licitação.

Ao assim agir, o recorrido prejudicou a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração pública, nos termos do artigo 3º da Lei n. 8.666/93, bem como violou os princípios da legalidade e moralidade, o que gerou um dano *in re ipsa* ao erário.

Presentes, desse modo, o dolo ainda que genérico e também o prejuízo mesmo que presumido ao erário. A propósito do tema, vejam-se os seguintes e recentes precedentes desta Corte Superior:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, VIII, DA LEI 8.429/1992. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. DANO IN RE IPSA À ADMINISTRAÇÃO. 1. A jurisprudência do STJ entende que o prejuízo decorrente da dispensa indevida de licitação é presumido (dano in re ipsa), consubstanciado na impossibilidade da contratação pela Administração da melhor proposta. 2. O próprio art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992 "conclui pela existência de dano quando há frustração do processo de licitação, inclusive abarcando a conduta meramente culposa. Assim, não há perquirir-se sobre a existência de dano ou má-fé nos casos tipificados pelo art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa." (Resp 769.741/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 20.10.2009). 3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1685214/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUBSUNÇÃO. LICITAÇÃO. SISTEMA DE LIMPEZA DA CIDADE. COLETA DE LIXO. VARRIÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS. TRANSPORTE DE RESÍDUOS SÓLIDOS. EDITAL E PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ERRO NO EDITAL. CLÁUSULAS NULAS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NÃO CONFIGURADO. SERVIÇO DE COLETA DE LIXO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.666/93. TIPO DE LICITAÇÃO. TÉCNICA E PREÇO. EXCLUSIVIDADE PARA SERVIÇO PREDOMINANTE INTELECTUAL. NÃO ABRANGE O CASO EM EXAME. SERVIÇO MANUAL. VEDAÇÃO EXPRESSA À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONSORCIADA SEM FUNDAMENTAÇÃO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DO PROCESSO LICITATÓRIO. PRESCINDIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, VIII, E 11, AMBOS DA LEI N. 8.429/92.

I - O magistrado singular reconheceu expressamente na sentença que: "o Edital 10/2003, sem observar a natureza jurídica de uma ou de outra prestação de serviços, mesclou ambos os institutos. Permitiu uma concessão de serviço, por conta e risco do Município, com prazo de 12 (doze) anos, prorrogável por mais 12 (doze) anos, em completo desrespeito ao art. 57, II, da Lei 8.666/93. Logo, o Edital não pode subsistir na forma como foi lançado. (...) No entanto, considerando que o preço será pago pelo Município e não pelos usuários, nada há a justificar a incidência de outra Lei que não a Lei 8.666/93" (fl. 1.371).

II - O critério de técnica e preço é previsto exclusivamente para as licitações de natureza predominantemente intelectual. Ao adotar referido critério, houve afronta ao art. 46, caput, da Lei 8.666/93, pois o serviço licitado é preponderantemente manual.

III - Segundo entendimento consolidado nesta Corte de Justiça, para a caracterização de improbidade administrativa, por frustração da licitude do processo de licitação, tipificada no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/92, o dano apresenta-se presumido, ou seja, trata-se de dano in re ipsa.

IV - Recurso especial provido, a fim de remeter os autos à origem

Superior Tribunal de Justiça

para a fixação das sanções previstas no art. 12, II e III, da Lei n. 8.429/92. (REsp 1624224/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 1/3/2018, DJe 6/3/2018)

Não há dúvida, assim, da violação ao art. 10, VIII, da Lei 8.429/92, o que implica no conhecimento e provimento do recurso especial do Ministério Público do Estado de Goiás para modificar o acórdão recorrido e condenar os réus pela prática de atos de improbidade administrativa, com a determinação da baixa dos autos para a fixação das respectivas penas pelo Tribunal de origem.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, c, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço do presente agravo em recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Goiás para conhecer e dar provimento ao recurso especial, a fim de condenar os réus às sanções do artigo 12, II, da Lei n. 8.429/92, remetendo os autos à origem para a fixação das correspondentes sanções.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de março de 2020.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator