EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1286614 - SP (2018/0098911-6)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
EMBARGANTE : CONSESP - CONCURSOS, RESIDENCIAS MEDICAS, AVALIACOES E PESQUISAS LTDA
EMBARGANTE : EDSON GOMES
ADVOGADOS : DARLEY BARROS JUNIOR E OUTRO(S) - SP139029
HELDER ANTÔNIO SOUZA DE CURSI - SP115643
ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA - SP131677
ANTONIO TITO COSTA - SP006550
JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIOS NÃO CONFIGURADOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos pela CONSESP - Concursos, Residências Médicas, Avaliações e Pesquisas Ltda. e Edson Gomes contra decisão, assim ementada (fl. 2.470):

> ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO. DISCUSSÃO SOBRE DOLO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PROJETO BÁSICO E CONSULTA DE PREÇOS. DISSÍDIO JUDICIAL INEXISTENTE. SUPORTE FÁTICO DIVERSO. AGRAVOS PARCIALMENTE CONHECIDOS, NEGANDO PROVIMENTO.

Os embargantes sustentam que o *decisum* embargado restou omisso quanto à alegada ofensa aos artigos 3 e 11 da Lei n. 8.429/1992, em virtude do indevido enquadramento dos embargantes naqueles ilícitos, além da impossibilidade de presumir o dolo, enquanto elemento subjetivo exigido para sua caracterização, pela simples escolha equivocada da modalidade licitatória, notadamente quando tal fato não restringiu a competitividade para beneficiar a embargante CONSESP em razão da participação de diversas empresas especializadas na organização de concursos públicos no certame em comento.

Aduz, ainda, omissão no tocante à alegada violação do art. 9, da Lei n. 8.666/93, ao presumir o conluio entre os embargantes sob o enfoque de que a CONSESP estaria proibida de participar do processo licitatório.

Subsidiariamente, pugna pela aplicação do princípio da fungibilidade, a fim de que os presentes embargos sejam recebidos na forma de recurso de agravo interno, nos termos do art. 1.024, § 3, do CPC/2015.

Com impugnação.

É o relatório. Decido.

Registre-se, inicialmente, que os embargos de declaração foram opostos após a entrada em vigor do CPC/2015, ocorrida em 18/3/2016.

Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009771 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): BENEDITO GONÇALVES Assinado em: 02/04/2020 14:15:55
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: b1d0b6ac-a79d-4a11-a8eb-217f4398fff7

O *decisum* embargado decidiu a controvérsia ao assentar que o Tribunal de origem, após ampla análise do conjunto fático-probatório dos autos, concluiu que, na hipótese dos autos, restou demonstrado o elemento subjetivo dos corréus para a prática do ato ímprobo em apreço, além da não configuração do dissídio jurisprudencial, em virtude da ausência de similitude fática entre os arestos confrontados.

Para tanto, consignou que (e-STJ fls. 2.472-2.473):

> Alegam, em síntese, que o Tribunal a quo teria partido de premissa equivocaca, ao pressupor ser a CONSESP autora de projeto básico de licitação, e não mera consulente da Administração Pública em procedimento de pesquisa de preços de mercado, o que, em tese, afastaria a probição legal de participação do autor de projeto básico no respectivo procedimento licitatório (art. 9.º, I, da Lei n.º 8.666/93). Sustenta, no ponto, possível dissídio judicial. Sobre a questão, observo que o dissídio judicial entre a Corte a quo e este Tribunal somente se apresentaria caso o Tribunal estadual atribuisse solução jurídica diversa para casos fáticos semelhantes, o que não ocorre na espécie. Sobre o argumento, consigno que a afirmação de que a CONSESP apenas limitou-se a responder consulta da Administração Pública não afasta, por si só, a possibilidade de responsabilização da empresa por ato de improbidade, verificação essa que compete ao juízo no qual discutido o acervo probante dos autos.
>
> Por essa razão, em relação à alegação de violação aos arts. 3.º e 11, da Lei n.º 8.429/92, e 9.º, da Lei n.º 8.666/93, a Corte de origem, após ampla análise do conjunto fático-probatório, firmou compreensão de que "no caso, ficou claro o dolo dos corréus, tendo em vista que, mesmo diante do valor apontado pela empresa corré (superior a faixa para realização de licitação na modalidade convite), foi esta a escolhida pelo ex-alcaide, com nítido nituito de restringir a competitividade para fins de beneficiá-la." (fl. 1.977). Cite-se trecho da decisão:
>
>> Em sede de improbidade administrativa, na maioria das vezes, verificam-se conluios entre os envolvidos difíceis de serem provados *a priori*, tendo em vista que são camuflados com aparência de legalidade.
>> E é justamente o caso destes autos.
>> Em análise do contexto fático, os documentos que instruem o inquérito civil, os quais não foram impugnados especificamente, demonstraram que a própria empresa corré foi consultada pelo ex-prefeito a respeito do valor do contrato necessário para realização dos concursos públicos, sendo que foi apontado valor não inferior a R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil).
>> Entretanto, mesmo diante de tal montante, o ex-alcaide optou pela modalidade de convite em claro arrepio à lei.
>> [...]
>> Sob esse prisma, fica claro que a escolha tão equivocada pela modalidade de convite somente se deu para o fim de favorecer terceiro, que no caso foi a empresa corré, por meio de restrição da competitividade, conforme bem apontou a D. Procuradoria de Justiça (fls. 1.859), o que seria impossível nas modalidades de tomada de preços ou da concorrência, nas quais a divulgação e participação são amplas, o que impede a manipulação de resultados.
>> **No presente caso, não se justificou o porquê da escolha da modalidade de convite, mesmo tendo a consulta prévia de preços apontado valor superior ao máximo previsto em lei, possibilitando à empresa corré, consultada na fase preliminar, lograr-se vencedora em detrimento de possíveis outros competidores, o que feriu claramente a isonomia e a possibilidade de obtenção de proposta mais vantajosa.**
>> Some-se a isto o fato "coincidente" da empresa ré ter se logrado vencedora em licitação para a qual foi consultada previamente (fls. 257/260), o que aponta o conluio firmado com o outro réu para obter vantagem ilícita, havendo o evidente favoritismo, afrontando a moralidade administrativa.
>> [...]
>> Sob esse panorama, ficou claro o dolo do ex-prefeito em favorecer a corré em detrimento das demais empresas do ramo.
>> Da mesma maneira, o dolo da empresa ré ficou devidamente comprovado, tendo em vista a sua anuência para conseguir se beneficiar

> do dinheiro público. (fl. 1.977/1.979, **grifou-se**)
>
> Assim, tem-se que revisar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial. Incide no caso a Súmula 7/STJ:
>
> [...]

Assim, evidencia-se não ter ocorrido falta de clareza, insuficiência de fundamentação ou erro material a ensejar esclarecimento ou complementação do que já decidido.

Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF) 01 de abril de 2020.

Ministro Benedito Gonçalves

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Documento eletrônico VDA25009771 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): BENEDITO GONÇALVES Assinado em: 02/04/2020 14:15:55
Publicação no DJe/STJ nº 2883 de 03/04/2020 (Aguardando confirmação da publicação). Código de Controle do Documento: b1d0b6ac-a79d-4a11-a8eb-217f4398fff7