

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.505.260 - RS (2014/0203163-1)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : EDISON DE ALENCAR HERMEL
ADVOGADO : CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : DANILO MENEZES FLORES
INTERES. : OTILIA BEATRIZ STURZBERCHER
INTERES. : DERLI DA SILVA QUADROS
INTERES. : ROSELAINÉ FREITAS MARTINS
INTERES. : CASEMIRO MILANI JÚNIOR

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS PARA MUNICÍPIO. SUPERFATURAMENTO NOS PREÇOS PRATICADOS. SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AOS TIPOS PREVISTOS NOS ARTS. 10, V, E 11 DA LEI N. 8.429/1992. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARATÓRIOS, SEM APONTAR AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. SÚMULA N. 211/STJ. ÓBICE QUE TAMBÉM INVIABILIZA O CONHECIMENTO DO APELO NOBRE PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO DO APELO NOBRE PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. SÚMULA N. 83/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO, DIVERGINDO DO RELATOR, SR. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (voto-vista) os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, primeira parte).

Brasília (DF), 12 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
Relator p/ Acórdão

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.505.260 - RS (2014/0203163-1)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : EDISON DE ALENCAR HERMEL
ADVOGADO : CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

INTERES. : DANILO MENEZES FLORES
INTERES. : OTILIA BEATRIZ STURZBERCHER
INTERES. : DERLI DA SILVA QUADROS
INTERES. : ROSELAINÉ FREITAS MARTINS
INTERES. : CASEMIRO MILANI JÚNIOR

RELATÓRIO

1. Trata-se de Recurso Especial interposto por ÉDISON DE ALENCAR HERMEL, ex-Prefeito do Município Dois Irmãos das Missões-RS, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Inexiste litisconsórcio necessário, na ação de improbidade, relativamente aos eventuais beneficiários da fraude praticada contra o erário público.

AÇÃO DE IMPROBIDADE. AGENTE POLÍTICO. CABIMENTO. PREFEITO MUNICIPAL.

O julgamento da Reclamação 2.138, pelo Supremo Tribunal, restringiu a inaplicabilidade da Lei de Improbidade apenas àqueles alcançados pela Lei 1.079/50, entre os quais não estão incluídos os Prefeitos Municipais.

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ARTIGOS 10, V, E 11, LEI 8.429/92. VENDA DE COMBUSTÍVEIS E SOBREPREGO. AJUSTE IMORAL E ILEGAL. PROVA DOS AUTOS.

Comprovado nos autos sobrepreço no óleo diesel e gasolina adquiridos pelo município, cuja justificativa assenta em imoral e ilegal ajuste entre o Prefeito Municipal e o licitante, inafastável a configuração

Superior Tribunal de Justiça

das infrações administrativas dos artigos 10, V, e 11, lei de Licitações (fls. 2.014/2.057).

2. Os Embargos Declaratórios opostos por ÉDISON DE ALENCAR HERMEL (fls. 2.068/2.087) foram rejeitados (fls. 2.089/2.103).

3. Nas razões do seu Apelo Nobre, sustenta o recorrente, além de divergência jurisprudencial, vulneração, pelo acórdão recorrido, dos arts. 333, I do CPC; arts. 10, V e VII, e 11, *caput* da Lei 8.429/92, ante os seguintes fundamentos: (a) a prova do fato constitutivo do direito incumbe a quem alega, sendo certo que, na hipótese, tal ônus não caberia ao réu. Defende, quanto ao tema processual, que teria sofrido condenação por improbidade administrativa sem que houvesse prova de seu dolo no que concerne ao alegado superfaturamento no preço do combustível para fornecimento ao Município de Dois Irmãos das Missões-RS, no qual era Prefeito. Por isso, em sua visão, o acórdão recorrido não poderia ter desprezado a prova pericial para a caracterização do superfaturamento e, por conseguinte, ter condenado o réu com base em elementos meramente documentais; (b) não houve a demonstração do dolo, a fim de responsabilizar o agente público por atos de improbidade administrativa. Argumenta que, na situação dos autos, em que se aponta direcionamento em licitação e superfaturamento de preços em contrato para fornecimento de combustível aos veículos e máquinas de propriedade do Município, *a condenação imposta ao recorrente só haveria de prosperar na hipótese de se ter provado sua dolosa conduta, porquanto, há de se convir, não há superfaturamento sem querer* (fls. 2.149). Por tal razão, sustenta que não ficou demonstrada nos autos a presença do necessário elemento subjetivo e que o acórdão, ao manter a sentença condenatória por improbidade administrativa, infirmou os arts. 10, V e VI, e 11, *caput* da Lei 8.429/92. A tese do recorrente é a de que não existe modalidade culposa nas hipóteses de superfaturamento. Pugna, por isso, a reforma do acórdão, a fim de que seja afastada a condenação, tanto pela ausência de prova técnica para a comprovação do superfaturamento, quanto pela inexistência da prova do dolo na conduta.

Superior Tribunal de Justiça

4. Com contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem (fls. 2.227/2.2236), sobrevindo Agravo a esta Corte Superior.

5. Inicialmente, o recurso foi obstado pela ilustre Presidência deste Tribunal, ao fundamento de que *o Recurso Especial não foi instruído com a guia de porte e remessa dos autos e o respectivo comprovante de pagamento* (fls. 2.289). Advindo Agravo Regimental, foi reconsiderada a decisão de deserção do Apelo Raro e determinada a conversão do AREsp em Recurso Especial, para apreciação colegiada.

6. Registre-se haver sido deferido o pedido de liminar na Medida Cautelar 23.579/RS, *para conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial dirigido a esta Corte, que encontra-se atuado como ARESP 565.648/RS, mas sem qualquer antecipação quanto ao seu mérito, e, por conseguinte, para suspender o cumprimento, ainda que provisório, do acórdão recorrido* (fls. 2.511).

7. É o relatório, em síntese.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.505.260 - RS (2014/0203163-1)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : EDISON DE ALENCAR HERMEL
ADVOGADO : CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : DANILO MENEZES FLORES
INTERES. : OTILIA BEATRIZ STURZBERCHER
INTERES. : DERLI DA SILVA QUADROS
INTERES. : ROSELAINÉ FREITAS MARTINS
INTERES. : CASEMIRO MILANI JÚNIOR

VOTO VENCIDO

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO POR INFRINGÊNCIA DO ART. 333, I DO CPC, ANTE A AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. INOCORRÊNCIA. IMPUTAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELOS ARTS. 10, V E 11 DA LEI 8.429/92. ALEGAÇÃO DE DIRECIONAMENTO EM ITEM NO EDITAL DE CERTAME LICITATÓRIO A FIM DE FAVORECER O PREFEITO E O LICITANTE VENCEDOR. COMPRA DE COMBUSTÍVEL COM SOBREPREÇO. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA CALCADA EM ELEMENTO INSUFICIENTE. AFASTADA A IMPUTAÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AOS MEMBROS DA COMISSÃO LICITANTE, MAIOR RAZÃO AO PREFEITO, QUE APENAS HOMOLOGOU O ATO. CONDENAÇÃO COM BASE EXCLUSIVAMENTE NA PALAVRA DO CORRÉU. INSUFICIÊNCIA. DELAÇÃO NÃO CONSTITUI PROVA. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREJUDICADA A MC 23.579/RS.

1. A violação do art. 333, I do CPC é inexistente, pois a análise de preços visando à constatação de superfaturamento na contratação independe de prova técnica, na medida em que a comparação de preços é simplesmente possível pelos documentos trazidos aos autos, não se exigindo a intervenção de perito no tema.

2. A mera comparação de preços com a finalidade de identificar eventual superfaturamento é elemento perceptível primo oculi pelo julgador, à vista das diligências empreendidas, mas não se presta,

Superior Tribunal de Justiça

por si só, para suportar juízo condenatório.

3. *As declarações que embasaram a condenação do recorrente advêm de pessoa interessada na solução do processo, sendo imperiosa a corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos objetivos e externos ao instituto e, por isso, como meio de prova, não é bastante para a condenação in casu.*

4. *A palavra do corréu-delator, associada aos documentos, pode ser, por um lado, reputada para a constatação do julgador de que os preços do combustível estavam elevados e de que o caráter competitivo da licitação fora frustrado, resultando em prejuízo ao Erário, mas, por outro, não pode ser superdimensionada para se confirmar a participação do Prefeito na fraude ao procedimento de licitação e contratação, sobretudo quando se percebe que, por falta de provas, a Comissão de Licitação e o Assessor Jurídico foram totalmente exonerados de condenação.*

5. *O fundamento empregado pelo Tribunal a quo no acórdão confirmatório da sentença condenatória, segundo o qual fatos recentes, e notórios, da vida nacional, estão a mostrar que em casos tais aquele que vem a público para desvendar ilegalidades de que também participou o faz coberto pela verdade (fls. 2.050), não pode ser admitido, não apenas por ser insuficiente per se em termos probatórios para estabelecer ligação de conduta do então Prefeito com os fatos narrados na exordial, mas sobretudo porque o discurso pode ser enxergado como argumento de Córax.*

6. *O delator, por exageradamente pensar que todos acreditarão naquele que vem a público para desvendar supostas verdades e com isso obter benesses processuais de menor reprimenda, pode se estimular a proceder de tal modo e, por isso, seu depoimento perde crédito, especialmente se não estiver arrimado em outros elementos de prova do suposto ajuste para se auferir os valores de combustível superfaturados - caso dos autos; ademais, a delação, por mais valiosa que seja, não substitui a instrução processual e representa, quando isolada de meios probantes, como neste caso, simples indício da prática de ilícito, mas não a sua prova.*

7. *Afastada a responsabilidade da Comissão de Licitação - que mais interveio no procedimento licitatório -, a fortiori o então Prefeito deve ter sua isenção de responsabilidade pronunciada.*

Superior Tribunal de Justiça

8. *Recurso Especial conhecido e provido, para julgar improcedente o pedido da Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, apesar do parecer ministerial em contrário. Prejudicada a MC 23.579/RS.*

1. Dessume-se dos autos que, em dezembro de 2008, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ajuizou Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa contra ÉDISON DE ALENCAR HERMEL, então Prefeito do Município de Dois Irmãos das Missões-RS; DANILO MENEZES FLORES, administrador da empresa Flores & Flores Ltda., vencedora da Tomada de Preços 01/05; os membros da Comissão de Licitação OTÍLIA BEATRIZ STURZBECHER, DERLI DA SILVA QUADROS, ROSELAINÉ FREITAS MARTINS FIGUEIRA; e CASEMIRO MILANI JUNIOR, Assessor Jurídico do mencionado Município.

2. Na petição inicial, imputou-lhes a conduta descrita nos arts. 10, II, V, IX, X, XI e 11, I da Lei 8.429/92, consistente em acerto para que a empresa Flores & Flores Comércio de Combustíveis Ltda., única licitante e vencedora de direcionada Tomada de Preços 01/05, fornecesse combustível ao Município por valores superiores aos praticados pelo mercado, pagando certa quantia ao Prefeito; esta é a imputação.

3. Houve condenação apenas dos réus ÉDISON DE ALENCAR HERMEL, então Prefeito Municipal, e DANILO MENEZES FLORES como incurso nos arts. 10, V e VII, e 11, *caput* da Lei de Improbidade Administrativa, decreto esse confirmado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

4. Inicialmente, sustenta o recorrente violação ao art. 333, I do CPC, ao argumento de que teria sofrido condenação por improbidade administrativa *sem que houvesse prova de seu dolo no que concerne ao alegado superfaturamento no preço do combustível.*

5. Sobre o tema, leciona o Professor JOSÉ ROGÉRIO

CRUZ E TUCCI que as regras que permitem ao juiz dispensar prova desnecessária devem ser aplicadas com extremo cuidado, pois podem representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa. Porém, não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto, pois deve ser observado nos limites em que se revele necessário ao fim a que se destina - correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias (Garantias Constitucionais do Processo Civil, São Paulo, RT, 1999, p. 168).

6. Nessa linha, em que pesem os doutos argumentos do recorrente, a violação do art. 333, I do CPC é inexistente, pois a análise de preços visando à constatação de superfaturamento na contratação *independe de prova técnica*, na medida em que a comparação de preços é simplesmente possível pelos documentos trazidos aos autos, não se exigindo a intervenção de *expert* no tema.

7. Com efeito, a prova emprestada da ação penal, esta já enriquecida por prévia e extensa investigação policial, associada aos testemunhos prestados em juízo e os documentos relativos aos procedimentos licitatórios carreados pelo Município, tudo sob o mais absoluto crivo do contraditório, propiciaram ao julgador – destinatário da prova, como é cediço – o acervo necessário para a solução da lide.

8. Caso fosse necessário, hipoteticamente, investigar alguma adulteração nas bombas de abastecimento que pudesse redundar em vantagem ao réu acionado por improbidade, dúvida não haveria que a prova técnica seria a mais adequada. Porém, mera comparação de preços com a finalidade de identificar eventual superfaturamento é elemento identificável *ictu oculi* pelo Julgador, à vista das diligências empreendidas às fls. 1.449/1.467.

9. Neste passo, não resta dúvida que o fato probando controvertido, sobrepreço em licitações e contratos, não depende de prova técnica, até porque, conforme constatou o Tribunal Gaúcho, foi possível comprovar a disparidade no valor do combustível quando são comparados os

Superior Tribunal de Justiça

preços dos procedimentos licitatórios Tomada de Preços 46/05 e 55/05, nos quais a empresa do réu DANILO FLORES não se sagrou vencedora, posteriores àquela TP 01/05, apontado como fraudulento.

10. Inclusive é possível verificar a diferença entre os próprios preços apresentados pelo réu DANILO FLORES na licitação seguinte à TP 01/05, conforme se deduz do seguinte trecho do acórdão, *verbis*:

O próprio Danilo, sem os R\$ 0,13 a repassar ao prefeito Edison, cotou os preços em R\$ 2,61 o litro da gasolina e R\$ 1,79 o litro do diesel (fls. 85/89) (fls. 2.054).

11. Posto isto, não havendo nulidade no acórdão quanto à produção da prova, rejeito a preliminar quanto à vulneração do art. 333 do CPC, ao que analiso as demais insurgências.

12. Quanto ao mérito do Recurso Especial, em termos objetivos, é possível afirmar, para logo, que o preço do combustível praticado no contrato advindo da Tomada de Preços 01/05 era nitidamente superior àqueles que foram adotados nas contratações de Municípios próximos e até mesmo em Dois Irmãos das Missões-RS em ulteriores procedimentos licitatórios. A moldura fático-probatória delineada pelo Tribunal *a quo* permite essa averiguação.

13. Como consequência, a indagação que se faz é se era possível ao Município contratar o fornecimento do combustível por um mais baixo valor do litro. A resposta é afirmativa, conforme a prova analisada de modo percuciente pelo Tribunal *a quo*, tendo em vista as contratações públicas realizadas por Municípios próximos.

14. Noutro questionamento, era possível ao Município contratante, por meio de sua Comissão de Licitação, evitar no Edital de convocação o item que restringia a concorrência de outras empresas, é dizer, obrigava as *forasteiras* a instalar bombas de abastecimento por produto e

Superior Tribunal de Justiça

dispensando as *nativas* de referida exigência? Certamente que sim, pois impediria que apenas a empresa Flores & Flores Ltda., administrada pelo réu DANILO FLORES, se apresentasse no certame e se sagra-se vencedora com sua proposta. Este é um ponto.

15. Postas essas premissas, a pergunta que também se faz, para efeito de perscrutar a condenação por improbidade administrativa, é se todos os fatos ocorridos na TP 01/05 podem ser imputados ao Prefeito? A pergunta está imbuída de especial relevo porque, no caso em tela, vê-se que, além do Prefeito ÉDISON HERMEL, a Comissão de Licitação e o Assessor Jurídico do Município foram acionados por improbidade administrativa, mas apenas os réus ÉDISON e o empresário DANILO foram condenados por afronta dos arts. 10, V e VIII, e 11, *caput* da Lei de Improbidade Administrativa.

16. Pelo curso dos acontecimentos processuais, toda a Comissão de Licitação foi excluída de qualquer responsabilidade sobre os fatos, *por falta de provas de participação no certame em que o preço do combustível se mostrou superior ao preço de mercado* (LIA, art. 10, V), após inserção de item no Edital que restringia a concorrência (LIA, art. 10, VIII), mas o Prefeito ÉDISON HERMEL foi condenado *tão-somente a partir das declarações de DANILO FLORES à Promotoria de Seberi-RS, única pretensa prova da ingerência do Prefeito sobre todo o processo licitatório*.

17. Então, o debate é saber em que medida se pode, isoladamente, conferir valor probatório absoluto à delação do empresário DANILO, que se apresentou no Ministério Público de Seberi-RS para revelar um suposto esquema de fraude em licitação e contrato?

18. Sobre o tema, traz-se à balha o ensinamento do Juiz Federal FREDERICO VALDEZ PEREIRA, em artigo sobre o valor probatório da delação:

As declarações do colaborador advêm de pessoa interessada na solução do processo, e não se pode dizer que seja mero interesse extraprocessual como o que podem ter os familiares, amigos ou

Superior Tribunal de Justiça

inimigos do imputado. O colaborador tem interesse, ao menos, na obtenção dos benefícios advindos do instituto, mas não se pode descartar também a provável existência de circunstâncias advindas das próprias relações internas entre os membros de uma quadrilha ou organização criminosa que estão em julgamento e que influam sobre os móveis do arrependido.

Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova, e que será aprofundado mais adiante, é a necessidade de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos objetivos e externos ao instituto. Significa que, como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só.

(...).

O exame da presença de elementos de corroboração extrínsecos às declarações de arrependido é a mais importante exigência na aferição da matéria, não apenas por ser a condição que faz da colaboração premiada um meio de prova peculiar, mas principalmente, seguindo-se na coerência interna da exposição, por se tratar do requisito primordial na preservação da garantia constitucional da presunção de inocência na sua projeção de impedir a condenação de acusado somente com base em delação não fortalecida em dados externos.

O interesse da análise sobreleva ante a complexidade de se delimitar com precisão o conteúdo desse requisito. Partindo-se da premissa de que é necessário algum elemento exterior à colaboração processual que lhe ateste a veracidade suficiente para embasar um juízo condenatório, somente na casuística é que se poderá determinar a existência ou não dessa mínima corroboração. E não é somente a natureza dos dados corroborativos que será relevante definir: isto é, se determinado elemento é de fato, pelas circunstâncias do caso concreto, confirmador da veracidade da acusação. Também sofrerá variantes a quantidade dos elementos externos que deverão concorrer no evento para conferir credibilidade à declaração (Valor probatório da colaboração processual - delação premiada, Revista de Doutrina da 4a. Região, no. 25, 29.8.2008, p. 11/15).

19. O estudo do citado articulista sobre a necessidade de *algum elemento exterior à colaboração processual que lhe ateste a veracidade suficiente para embasar um juízo condenatório* assume especial relevo no

Superior Tribunal de Justiça

caso concreto, pois se é certo, por um lado, que as declarações do réu DANILO FLORES, associadas aos documentos, podem ser reputadas para a constatação do Julgador de que os preços do combustível estavam elevados e de que o caráter competitivo da licitação foi frustrado, resultando em prejuízo ao Erário, por outro não podem ser superdimensionadas para se confirmar a participação do Prefeito na fraude ao procedimento de licitação e contratação, sobretudo quando se percebe que, por falta de provas, a Comissão de Licitação e o Assessor Jurídico foram por total exonerados de condenação.

20. A tentativa de se estabelecer uma ligação entre o sobrepreço em cada litro de combustível e a vantagem recebida por DANILO FLORES para futura divisão com o então Prefeito ÉDISON HERMEL termina, a meu ver, por militar em favor do ora recorrente, pois tudo o que se conseguiu trazer aos autos, de uma acusação de vantagem de R\$ 6.690,25 (valores liquidados em sentença condenatória, fls. 1.867), foi uma suposta comissão ao Prefeito paga no valor de R\$ 700,00 sob a forma de frete de mudança ao sogro de candidato a Vereador da base política de ÉDISON HERMEL. Note-se:

Ainda nestas declarações consta explicitado como foi paga a comissão do Prefeito Municipal, mediante o pagamento de mudança do sogro de candidato a vereador da base política de Édison, sendo R\$ 350,00 em dinheiro ao motorista Márcio Flores e outros R\$ 350,00 em cheque ("cujo número informará à justiça").

Neste passo, há o depoimento de Márcio Menezes, parente de Danilo, que confirma ter transportado mudança de Salvador do Sul para a região de Dois Irmãos, a mando de Danilo, de quem o pagamento, sendo parte em combustível e parte em dinheiro, cujo valor não lembra, assim como também não sabe o nome do beneficiário do transporte (fl. 494).

Entretanto, os autos igualmente referem o transporte dos móveis de Eduardo, parente de Gilmar, de Erval Seco para Dois Irmãos, com autorização de Carlito Caetano, chefe de obras, como descreve o motorista Antônio Alves da Silva, fls. 1.378v a 1.379 (fls. e-STJ 2.048).

Superior Tribunal de Justiça

21. Nesta ordem de ideias, emerge em plausibilidade a declaração do então Prefeito, ora recorrente, de que o agir de DANILO poderia ser atribuído à derrota do empresário nas licitações ulteriores e à negativa do Prefeito em auxiliá-lo, pois afirmara que não tinha ingerência sobre o processo licitatório. Mas a Comissão de Licitação poderia intervir plenamente sobre o certame e sobre ela não recaiu condenação alguma, por falta de provas.

22. Em outras palavras, afastada a responsabilidade da Comissão de Licitação - que mais interveio no procedimento licitatório -, *a fortiori* o então Prefeito, ora recorrente, deve ter sua isenção de responsabilidade pronunciada.

23. Nada obstante as preclaras argumentações do *Parquet* ao longo da trama processual, não se pode condenar o então Prefeito por improbidade administrativa pelo simples fato de ser o responsável por homologar o certame licitatório e por assinar a contratação, pois, como visto, exige-se o dolo da conduta descrita na exordial para a condenação por improbidade administrativa e, nesse particular, o recorrente está com a razão em sua argumentação.

24. Mais a mais, o fundamento empregado pelo Tribunal *a quo* no acórdão confirmatório da sentença condenatória, segundo o qual *atos recentes, e notórios, da vida nacional, estão a mostrar que em casos tais aquele que vem a público para desvendar ilegalidades de que também participou o faz coberto pela verdade* (fls. 2.050), não pode ser admitido, não apenas por ser insuficiente *per se* em termos probatórios para estabelecer ligação de conduta do então Prefeito com os fatos narrados na exordial, mas sobretudo porque o discurso pode ser enxergado como *argumento de Córax*.

25. O delator, por exageradamente pensar que todos acreditarão naquele que vem a público para desvendar supostas verdades e com isso obter benesses processuais de menor reprimenda, pode se estimular a proceder de tal modo e, por isso, seu depoimento perde crédito,

Superior Tribunal de Justiça

especialmente se não estiver arrimado em outros elementos de prova do suposto ajuste para se auferir os valores de combustível superfaturados - caso dos autos.

26. Definitivamente, não serve como fundamento para condenar o recorrente por improbidade administrativa a afirmação do acórdão recorrido segundo o qual *não consoa com normal da conduta humana* a negativa de participação do então Prefeito ÉDISON em fraude, justificando a conduta de DANILO por ter sido este derrotado em segunda licitação do Município.

27. É que, como dito, também pode ser normal da conduta humana prestar declarações desprovidas de pleno arrimo na realidade e sem que, efetivamente, houvesse outros elementos a confirmar os fatos narrados - caso dos autos.

28. Dito isso, não havendo provas suficientes de improbidade da Comissão de Licitação por prejuízo ao Erário nessa contratação de fornecimento de combustível, por lógica jurídica ao Prefeito também não há - até porque ele apenas homologou o certame - e, por todos os fundamentos, o Acórdão merece ser reformado.

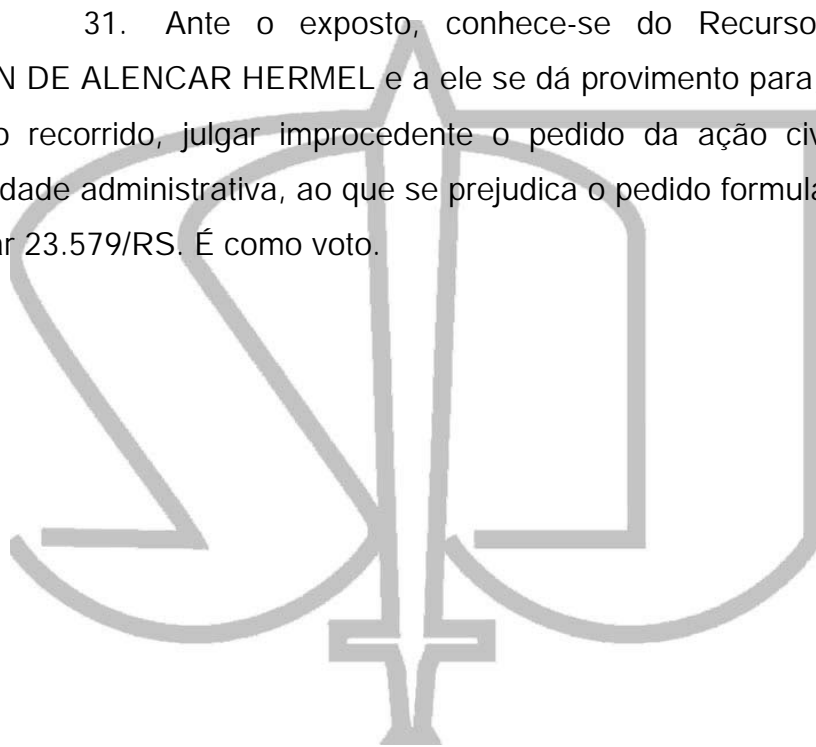
29. A situação dos autos é daquelas que torna oportuna a afirmação de que *a delação de corréu, por mais premiada que possa ser, não substitui a instrução processual e representa, quando isolada de meios probantes, como neste caso, simples indício da prática de ilícito, mas não a sua prova*; como é curial no domínio do Direito Sancionador, uma coisa é a presença de indícios que autorizam investigações, enquanto outra coisa, muito diferente, é a constatação de elementos que autorizam a instauração de ação condenatória e, outra coisa ainda muito mais diferente dessas duas, é a convicção de condenação, *que sempre requer comprovação inquestionável da autoria e da materialidade do ilícito*.

30. Tenho para mim que compete aos juízes não permitir que o

Superior Tribunal de Justiça

chamado funcionalismo sancionador ou efficientismo repressivo façam tabula rasa das garantias constitucionais e processuais que foram elaboradas em longos e penosos trabalhos científicos e acadêmicos, desde o classicismo do Direito Penal, constituindo, hoje em dia, a mais preciosa herança cultural e das sociedades organizadas segundo o modelo democrático; sem essas garantias, a atividade sancionadora seria confundida com mero exercício de poder e mesmo com a própria vingança.

31. Ante o exposto, conhece-se do Recurso Especial de ÉDISON DE ALENCAR HERMEL e a ele se dá provimento para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido da ação civil pública por improbidade administrativa, ao que se prejudica o pedido formulado na Medida Cautelar 23.579/RS. É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0203163-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.505.260 / RS

Números Origem: 00166013620088210133 00785692020148217000 13310800016600 70058860065

PAUTA: 17/11/2015

JULGADO: 17/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDISON DE ALENCAR HERMEL
ADVOGADO : CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : DANILO MENEZES FLORES
INTERES. : OTILIA BEATRIZ STURZBERCHER
INTERES. : DERLI DA SILVA QUADROS
INTERES. : ROSELAINE FREITAS MARTINS
INTERES. : CASEMIRO MILANI JÚNIOR

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Improbidade Administrativa

SUSTENTAÇÃO ORAL

A Exma. Sra. Dra. DENISE VINCI TULIO, Subprocuradora-Geral da República, pela parte RECORRIDA: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento para julgar improcedente o pedido da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, julgando prejudicada a MC 23.579/RS, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa e Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região).

RECURSO ESPECIAL Nº 1.505.260 - RS (2014/0203163-1)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
RECORRENTE : **EDISON DE ALENCAR HERMEL**
ADVOGADO : **CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
INTERES. : **DANILO MENEZES FLORES**
INTERES. : **OTILIA BEATRIZ STURZBERCHER**
INTERES. : **DERLI DA SILVA QUADROS**
INTERES. : **ROSELAINÉ FREITAS MARTINS**
INTERES. : **CASEMIRO MILANI JÚNIOR**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEIS PARA MUNICÍPIO. SUPERFATURAMENTO NOS PREÇOS PRATICADOS. SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AOS TIPOS PREVISTOS NOS ARTS. 10, V, E 11 DA LEI N. 8.429/1992. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARATÓRIOS, SEM APONTAR AFRONTA AO ART. 535 DO CPC. SÚMULA N. 211/STJ. ÓBICE QUE TAMBÉM INVIABILIZA O CONHECIMENTO DO APELO NOBRE PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO DO APELO NOBRE PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. SÚMULA N. 83/STJ. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO, DIVERGINDO DO RELATOR, SR. MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Trata-se de recurso especial de relatoria do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, cujo relatório foi consignado por Sua Excelência, nos seguintes termos:

1. Trata-se de Recurso Especial interposto por ÉDISON DE ALENCAR HERMEL, ex-Prefeito do Município Dois Irmãos das Missões-RS, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do art. 105, III da Constituição Federal, objetivando a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA.

Inexiste litisconsórcio necessário, na ação de improbidade, relativamente aos eventuais beneficiários da fraude praticada contra o erário público.

AÇÃO DE IMPROBIDADE. AGENTE POLÍTICO. CABIMENTO. PREFEITO MUNICIPAL.

O julgamento da Reclamação 2.138, pelo Supremo Tribunal, restringiu a inaplicabilidade da Lei de Improbidade apenas àqueles alcançados pela Lei 1.079/50, entre os quais não estão incluídos os Prefeitos Municipais.
ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ARTIGOS 10, V, E 11, LEI

Superior Tribunal de Justiça

8.429/92. VENDA DE COMBUSTÍVEIS E SOBREPREÇO. AJUSTE IMORAL E ILEGAL. PROVA DOS AUTOS.

Comprovado nos autos sobrepreço no óleo diesel e gasolina adquiridos pelo município, cuja justificativa assenta em imoral e ilegal ajuste entre o Prefeito Municipal e o licitante, inafastável a configuração das infrações administrativas dos artigos 10, V, e 11, lei de Licitações (fls. 2.014/2.057).

2. Os Embargos Declaratórios opostos por ÉDISON DE ALENCAR HERMEL (fls. 2.068/2.087) foram rejeitados (fls. 2.089/2.103).

3. Nas razões do seu Apelo Nobre, sustenta o recorrente, além de divergência jurisprudencial, vulneração, pelo acórdão recorrido, dos arts. 333, I do CPC; arts. 10, V e VII, e 11, *caput* da Lei 8.429/92, ante os seguintes fundamentos: (a) a prova do fato constitutivo do direito incumbe a quem alega, sendo certo que, na hipótese, tal ônus não caberia ao réu. Defende, quanto ao tema processual, que teria sofrido condenação por improbidade administrativa sem que houvesse prova de seu dolo no que concerne ao alegado superfaturamento no preço do combustível para fornecimento ao Município de Dois Irmãos das Missões-RS, no qual era Prefeito. Por isso, em sua visão, o acórdão recorrido não poderia ter desprezado a prova pericial para a caracterização do superfaturamento e, por conseguinte, ter condenado o réu com base em elementos meramente documentais; (b) não houve a demonstração do dolo, a fim de responsabilizar o agente público por atos de improbidade administrativa. Argumenta que, na situação dos autos, em que se aponta direcionamento em licitação e superfaturamento de preços em contrato para fornecimento de combustível aos veículos e máquinas de propriedade do Município, *a condenação imposta ao recorrente só haveria de prosperar na hipótese de se ter provado sua dolosa conduta, porquanto, há de se convir, não há superfaturamento sem querer* (fls. 2.149). Por tal razão, sustenta que não ficou demonstrada nos autos a presença do necessário elemento subjetivo e que o acórdão, ao manter a sentença condenatória por improbidade administrativa, infirmou os arts. 10, V e VI, e 11, *caput* da Lei 8.429/92. A tese do recorrente é a de que não existe modalidade culposa nas hipóteses de superfaturamento. Pugna, por isso, a reforma do acórdão, a fim de que seja afastada a condenação, tanto pela ausência de prova técnica para a comprovação do superfaturamento, quanto pela inexistência da prova do dolo na conduta.

4. Com contrarrazões, o recurso foi inadmitido na origem (fls. 2.227/2.2236), sobrevindo Agravo a esta Corte Superior.

5. Inicialmente, o recurso foi obstado pela ilustre Presidência deste Tribunal, ao fundamento de que *o Recurso Especial não foi instruído com a guia de porte e remessa dos autos e o respectivo comprovante de pagamento* (fls. 2.289). Advindo Agravo Regimental, foi reconsiderada a decisão de deserção do Apelo Raro e determinada a conversão do AREsp em Recurso Especial, para apreciação colegiada.

6. Registre-se haver sido deferido o pedido de liminar na Medida Cautelar 23.579/RS, *para conferir efeito suspensivo ao Recurso Especial dirigido a esta Corte, que encontra-se atuado como ARES 565.648/RS, mas sem qualquer antecipação quanto ao seu mérito, e, por conseguinte, para suspender o cumprimento, ainda que provisório, do acórdão recorrido* (fls. 2.511).

7. É o relatório, em síntese.

O Sr. relator, inicialmente, afastou a alegação de violação do art. 331, I, do CPC, com os seguintes argumentos: **(i)** a constatação de superfaturamento independe de prova técnica, pois a comparação de preços é possível, simplesmente, pelo cotejo dos documentos juntados aos

Superior Tribunal de Justiça

autos; **(ii)** a prova emprestada da ação penal acrescida dos testemunhos prestados em juízo e dos documentos relativos aos procedimentos licitatórios propiciaram ao julgador o acervo necessário para a solução da lide; e **(iii)** inexistem dúvidas acerca da desnecessidade de prova técnica para comprovação da ocorrência de sobrepreço. Confirmam-se:

4. Inicialmente, sustenta o recorrente violação ao art. 333, I do CPC, ao argumento de que teria sofrido condenação por improbidade administrativa *sem que houvesse prova de seu dolo no que concerne ao alegado superfaturamento no preço do combustível*.

5. Sobre o tema, leciona o Professor JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI que as regras que permitem ao juiz dispensar prova desnecessária devem ser aplicadas com extremo cuidado, pois podem representar violação a um dos componentes do contraditório e da ampla defesa. Porém, não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto, pois deve ser observado nos limites em que se revele necessário ao fim a que se destina - correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias (Garantias Constitucionais do Processo Civil, São Paulo, RT, 1999, p. 168).

6. Nessa linha, em que pesem os doutos argumentos do recorrente, a violação do art. 333, I do CPC é inexistente, pois a análise de preços visando à constatação de superfaturamento na contratação *independe de prova técnica*, na medida em que a comparação de preços é simplesmente possível pelos documentos trazidos aos autos, não se exigindo a intervenção de *expert* no tema.

7. Com efeito, a prova emprestada da ação penal, esta já enriquecida por prévia e extensa investigação policial, associada aos testemunhos prestados em juízo e os documentos relativos aos procedimentos licitatórios carreados pelo Município, tudo sob o mais absoluto crivo do contraditório, propiciaram ao julgador – destinatário da prova, como é cediço – o acervo necessário para a solução da lide.

8. Caso fosse necessário, hipoteticamente, investigar alguma adulteração nas bombas de abastecimento que pudesse redundar em vantagem ao réu acionado por improbidade, dúvida não haveria que a prova técnica seria a mais adequada. Porém, mera comparação de preços com a finalidade de identificar eventual superfaturamento é elemento identificável *ictu oculi* pelo Julgador, à vista das diligências empreendidas às fls. 1.449/1.467.

9. Neste passo, não resta dúvida que o fato probando controvertido, sobrepreço em licitações e contratos, não depende de prova técnica, até porque, conforme constatou o Tribunal Gaúcho, foi possível comprovar a disparidade no valor do combustível quando são comparados os preços dos procedimentos licitatórios Tomada de Preços 46/05 e 55/05, nos quais a empresa do réu DANILO FLORES não se sagrou vencedora, posteriores àquela TP 01/05, apontado como fraudulento.

10. Inclusive é possível verificar a diferença entre os próprios preços apresentados pelo réu DANILO FLORES na licitação seguinte à TP 01/05, conforme se dessume do seguinte trecho do acórdão, *verbis*:

O próprio Danilo, sem os R\$ 0,13 a repassar ao prefeito Edison, cotou os preços em R\$ 2,61 o litro da gasolina e R\$ 1,79 o litro do diesel (fls. 85/89) (fls. 2.054)

11. Posto isto, não havendo nulidade no acórdão quanto à produção da prova, rejeito a preliminar quanto à vulneração do art. 333 do CPC, ao que analiso as demais insurgências.

No respeitante ao mérito do recurso especial, o Sr. relator entendeu por bem acolher a

pretensão recursal, a fim de julgar improcedente a pretensão deduzida na ação civil pública. Para tanto, asseverou os seguintes pontos: **(i)** as declarações prestadas pelo corréu Danilo Flores, em sede de colaboração premiada no processo criminal, não são bastantes para comprovar a participação do ex-prefeito, ora recorrente, na fraude ao procedimento de licitação, justamente em razão da ausência de outras provas que dêem suporte à delação premiada, utilizada nesta ação civil pública como prova emprestada; **(ii)** também é plausível a alegação do recorrente, de que o agir do corréu Danilo Flores foi atribuído à sua derrota nas licitações ulteriores; **(iii)** se a responsabilização da comissão de licitação foi afastada, como muito mais razão o recorrente deve ter a sua isenção de responsabilidade pronunciada; **(iii)** o recorrente, então prefeito, não pode ser condenado pelo simples fato de ter homologado o certame licitatório; **(iv)** se não há provas suficientes quanto ao cometimento de ato de improbidade administrativa pela comissão de licitação, também não há, por lógica jurídica, relativamente ao ex-prefeito, ora recorrente; e **(v)** "[...] a delação de corréu, por mais premiada que possa ser, não substitui a instrução processual e representa, quando isolada de meios probantes, como neste caso, simples indício da prática de ilícito, mas não a sua prova; como é curial no domínio do Direito Sancionador [...]".
Confirmam-se:

12. Quanto ao mérito do Recurso Especial, em termos objetivos, é possível afirmar, para logo, que o preço do combustível praticado no contrato advindo da Tomada de Preços 01/05 era nitidamente superior àqueles que foram adotados nas contratações de Municípios próximos e até mesmo em Dois Irmãos das Missões-RS em ulteriores procedimentos licitatórios. A moldura fático-probatória delineada pelo Tribunal *a quo* permite essa averiguação.

13. Como consequência, a indagação que se faz é se era possível ao Município contratar o fornecimento do combustível por um mais baixo valor do litro. A resposta é afirmativa, conforme a prova analisada de modo percuciente pelo Tribunal *a quo*, tendo em vista as contratações públicas realizadas por Municípios próximos.

14. Noutro questionamento, era possível ao Município contratante, por meio de sua Comissão de Licitação, evitar no Edital de convocação o item que restringia a concorrência de outras empresas, é dizer, obrigava as *forasteiras* a instalar bombas de abastecimento por produto e dispensando as *nativas* de referida exigência? Certamente que sim, pois impediria que apenas a empresa Flores & Flores Ltda., administrada pelo réu DANILO FLORES, se apresentasse no certame e se sagra-se vencedora com sua proposta. Este é um ponto.

15. Postas essas premissas, a pergunta que também se faz, para efeito de perscrutar a condenação por improbidade administrativa, é se todos os fatos ocorridos na TP 01/05 podem ser imputados ao Prefeito? A pergunta está imbuída de especial relevo porque, no caso em tela, vê-se que, além do Prefeito ÉDISON HERMEL, a Comissão de Licitação e o Assessor Jurídico do Município foram acionados por improbidade administrativa, mas apenas os réus ÉDISON e o empresário DANILO foram condenados por afronta dos arts. 10, V e VIII, e 11, *caput* da Lei de Improbidade Administrativa.

16. Pelo curso dos acontecimentos processuais, toda a Comissão de Licitação foi excluída de qualquer responsabilidade sobre os fatos, por falta de provas de participação no certame em que o preço do combustível se mostrou superior ao preço de mercado (LIA, art. 10, V), após inserção de item no Edital que restringia a concorrência (LIA, art. 10, VIII), mas o Prefeito ÉDISON HERMEL foi condenado tão-somente a partir das declarações de DANILO FLORES à Promotoria de Seberi-RS, única pretensa prova da ingerência do Prefeito sobre todo o processo licitatório.

17. Então, o debate é saber em que medida se pode, isoladamente, conferir valor probatório absoluto à delação do empresário DANILO, que se apresentou no Ministério Público de Seberi-RS para revelar um suposto esquema de fraude em licitação e contrato?

18. Sobre o tema, traz-se à balha o ensinamento do Juiz Federal FREDERICO VALDEZ PEREIRA, em artigo sobre o valor probatório da delação:

As declarações do colaborador advêm de pessoa interessada na solução do processo, e não se pode dizer que seja mero interesse extraprocessual como o que podem ter os familiares, amigos ou inimigos do imputado. O colaborador tem interesse, ao menos, na obtenção dos benefícios advindos do instituto, mas não se pode descartar também a provável existência de circunstâncias advindas das próprias relações internas entre os membros de uma quadrilha ou organização criminosa que estão em julgamento e que influam sobre os móveis do arrendido.

Fundamental conclusão extraída da singularidade desse meio de prova, e que será aprofundado mais adiante, é a necessidade de corroboração das informações advindas da colaboração premiada por outros elementos objetivos e externos ao instituto. Significa que, como meio de prova, a colaboração premiada não basta por si só.

(...).

O exame da presença de elementos de corroboração extrínsecos às declarações de arrendido é a mais importante exigência na aferição da matéria, não apenas por ser a condição que faz da colaboração premiada um meio de prova peculiar, mas principalmente, seguindo-se na coerência interna da exposição, por se tratar do requisito primordial na preservação da garantia constitucional da presunção de inocência na sua projeção de impedir a condenação de acusado somente com base em delação não fortalecida em dados externos.

O interesse da análise sobreleva ante a complexidade de se delimitar com precisão o conteúdo desse requisito. Partindo-se da premissa de que é necessário algum elemento exterior à colaboração processual que lhe ateste a veracidade suficiente para embasar um juízo condenatório, somente na casuística é que se poderá determinar a existência ou não dessa mínima corroboração. E não é somente a natureza dos dados corroborativos que será relevante definir: isto é, se determinado elemento é de fato, pelas circunstâncias do caso concreto, confirmador da veracidade da acusação. Também sofrerá variantes a quantidade dos elementos externos que deverão concorrer no evento para conferir credibilidade à declaração (Valor probatório da colaboração processual - delação premiada, Revista de Doutrina da 4a. Região, no. 25, 29.8.2008, p. 11/15).

19. O estudo do citado articulista sobre a necessidade de *algum elemento exterior à colaboração processual que lhe ateste a veracidade suficiente para embasar um juízo condenatório* assume especial relevo no caso concreto, pois se é

certo, por um lado, que as declarações do réu DANILO FLORES, associadas aos documentos, podem ser reputadas para a constatação do Julgador de que os preços do combustível estavam elevados e de que o caráter competitivo da licitação foi frustrado, resultando em prejuízo ao Erário, por outro não podem ser superdimensionadas para se confirmar a participação do Prefeito na fraude ao procedimento de licitação e contratação, sobretudo quando se percebe que, por falta de provas, a Comissão de Licitação e o Assessor Jurídico foram por total exonerados de condenação.

20. A tentativa de se estabelecer uma ligação entre o sobrepreço em cada litro de combustível e a vantagem recebida por DANILO FLORES para futura divisão com o então Prefeito ÉDISON HERMEL termina, a meu ver, por militar em favor do ora recorrente, pois tudo o que se conseguiu trazer aos autos, de uma acusação de vantagem de R\$ 6.690,25 (valores liquidados em sentença condenatória, fls. 1.867), foi uma suposta comissão ao Prefeito paga no valor de R\$ 700,00 sob a forma de frete de mudança ao sogro de candidato a Vereador da base política de ÉDISON HERMEL. Note-se:

Ainda nestas declarações consta explicitado como foi paga a comissão do Prefeito Municipal, mediante o pagamento de mudança do sogro de candidato a vereador da base política de Edison, sendo R\$ 350,00 em dinheiro ao motorista Márcio Flores e outros R\$ 350,00 em cheque ("cujo número informará à justiça").

Neste passo, há o depoimento de Márcio Menezes, parente de Danilo, que confirma ter transportado mudança de Salvador do Sul para a região de Dois Irmãos, a mando de Danilo, de quem o pagamento, sendo parte em combustível e parte em dinheiro, cujo valor não lembra, assim como também não sabe o nome do beneficiário do transporte (fl. 494).

Entretanto, os autos igualmente referem o transporte dos móveis de Eduardo, parente de Gilmar, de Erval Seco para Dois Irmãos, com autorização de Carlito Caetano, chefe de obras, como descreve o motorista Antônio Alves da Silva, fls. 1.378v a 1.379 (fls. e-STJ 2.048).

21. Nesta ordem de ideias, emerge em plausibilidade a declaração do então Prefeito, ora recorrente, de que o agir de DANILO poderia ser atribuído à derrota do empresário nas licitações ulteriores e à negativa do Prefeito em auxiliá-lo, pois afirmara que não tinha ingerência sobre o processo licitatório. Mas a Comissão de Licitação poderia intervir plenamente sobre o certame e sobre ela não recaiu condenação alguma, por falta de provas.

22. Em outras palavras, afastada a responsabilidade da Comissão de Licitação - que mais interveio no procedimento licitatório -, *a fortiori* o então Prefeito, ora recorrente, deve ter sua isenção de responsabilidade pronunciada.

23. Nada obstante as preclaras argumentações do *Parquet* ao longo da trama processual, não se pode condenar o então Prefeito por improbidade administrativa pelo simples fato de ser o responsável por homologar o certame licitatório e por assinar a contratação, pois, como visto, exige-se o dolo da conduta descrita na exordial para a condenação por improbidade administrativa e, nesse particular, o recorrente está com a razão em sua argumentação.

24. Mais a mais, o fundamento empregado pelo Tribunal a quo no acórdão confirmatório da sentença condenatória, segundo o qual fatos recentes, e notórios, da vida nacional, estão a mostrar que em casos tais aquele que vem a público para desvendar ilegalidades de que também participou o faz coberto pela verdade (fls. 2.050), não pode ser admitido, não apenas por ser insuficiente per se em termos probatórios para estabelecer ligação de conduta do então Prefeito com os fatos narrados na exordial, mas sobretudo porque o discurso pode ser enxergado como

Superior Tribunal de Justiça

argumento de Córax.

25. O delator, por exageradamente pensar que todos acreditarão naquele que vem a público para desvendar supostas verdades e com isso obter benesses processuais de menor reprimenda, pode se estimular a proceder de tal modo e, por isso, seu depoimento perde crédito, especialmente se não estiver arrimado em outros elementos de prova do suposto ajuste para se auferir os valores de combustível superfaturados - caso dos autos.

26. Definitivamente, não serve como fundamento para condenar o recorrente por improbidade administrativa a afirmação do acórdão recorrido segundo o qual *não consoa com normal da conduta humana* a negativa de participação do então Prefeito ÉDISON em fraude, justificando a conduta de DANILO por ter sido este derrotado em segunda licitação do Município.

27. É que, como dito, também pode ser normal da conduta humana prestar declarações desprovidas de pleno arrimo na realidade e sem que, efetivamente, houvesse outros elementos a confirmar os fatos narrados - caso dos autos.

28. Dito isso, não havendo provas suficientes de improbidade da Comissão de Licitação por prejuízo ao Erário nessa contratação de fornecimento de combustível, por lógica jurídica ao Prefeito também não há - até porque ele apenas homologou o certame - e, por todos os fundamentos, o Acórdão merece ser reformado.

29. A situação dos autos é daquelas que torna oportuna a afirmação de que a delação de corrêu, por mais premiada que possa ser, não substitui a instrução processual e representa, quando isolada de meios probantes, como neste caso, simples indício da prática de ilícito, mas não a sua prova; como é curial no domínio do Direito Sancionador, uma coisa é a presença de indícios que autorizam investigações, enquanto outra coisa, muito diferente, é a constatação de elementos que autorizam a instauração de ação condenatória e, outra coisa ainda muito mais diferente dessas duas, é a convicção de condenação, que sempre requer comprovação inquestionável da autoria e da materialidade do ilícito.

30. Tenho para mim que compete aos juízes não permitir que o chamado funcionalismo sancionador ou eficientismo repressivo façam tabula rasa das garantias constitucionais e processuais que foram elaboradas em longos e penosos trabalhos científicos e acadêmicos, desde o classicismo do Direito Penal, constituindo, hoje em dia, a mais preciosa herança cultural e das sociedades organizadas segundo o modelo democrático; sem essas garantias, a atividade sancionadora seria confundida com mero exercício de poder e mesmo com a própria vingança.

31. Ante o exposto, conhece-se do Recurso Especial de ÉDISON DE ALENCAR HERMEL e a ele se dá provimento para, reformando o acórdão recorrido, julgar improcedente o pedido da ação civil pública por improbidade administrativa, ao que se prejudica o pedido formulado na Medida Cautelar 23.579/RS. É como voto.

Solicitei vista dos autos para melhor analisar a questão controvertida.

É o relatório.

Inicialmente, devo expor que ousou divergir do relator, Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, e conheço, parcialmente, do recurso especial e, nessa extensão, nego-lhe provimento, rogando vênias à Sua Excelência.

Preliminarmente, o recurso em apreço não merece conhecimento no concernente ao art. 333, I, do Código de Processo Civil. Isso porque não foi cumprido o requisito do prequestionamento. Inere-se que o Tribunal *a quo* não emitiu nenhuma consideração quanto ao tema inserto no dispositivo em testilha, de modo que é defeso ao STJ sindicarem acerca desse particular. É imperioso que o recorrente, em caso de omissão, oponha embargos de declaração para que o Tribunal *a quo* se pronuncie sobre o dispositivo infraconstitucional tido por contrariado. Sucede que o recorrente, ainda que tenha manejado o imprescindível recurso integrativo, furtou-se, todavia, a alegar violação do art. 535 do CPC do bojo das razões do seu recurso especial. Tem-se, inarredavelmente, a aplicação do disposto na Súmula n. 211 do STJ, que tem o seguinte teor: "[i]nadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Melhor sorte não socorre o recorrente no respeitante ao suposto dissenso pretoriano acerca da interpretação do inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil, porque a falta do prequestionamento impede o aperfeiçoamento da divergência jurisprudencial, pois impossibilita a demonstração da similitude das circunstâncias de fato e da discrepância da tese jurídica. À guisa de exemplo, confirmam-se outros julgados do STJ nesse mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211/STJ. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA.

1. A tese veiculada nos artigos apontados como violados no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente, não foi indicada a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de ser indispensável o prequestionamento para o conhecimento do recurso especial, mesmo nas hipóteses que versem acerca de matéria de ordem pública.

3. O dissídio jurisprudencial não restou caracterizado na forma exigida pelos arts. 541, parágrafo único, do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, pois não basta a mera transcrição de ementas ou de excertos do julgado alegadamente dissidente, sem exposição das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

4. A falta de prequestionamento inviabiliza o recurso especial também pela alínea "c" do permissivo constitucional, restando, portanto, prejudicado o exame da divergência jurisprudencial.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 738.599/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 23/2/2016)

Superior Tribunal de Justiça

(grifamos).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO DISTRITAL. ESCALONAMENTO NA CARREIRA. REVOGAÇÃO. ART. 54 DA LEI 9.784/99. PRAZO DECADENCIAL QUINQUENAL. IMPOSIÇÃO CONTRA NOVA ORDEM LEGAL. ATO DE NATUREZA LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 83/STJ. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI REVOGADA EM CONTROLE ABSTRATO. EFEITOS. ART. 265, IV, "A", DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NÃO ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.

1."A regra contida no art. 54 da Lei 9.784/99, que impede a Administração de anular atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários, quando já ultrapassado o prazo de 5 (cinco) anos, não pode ser imposta ao Poder Legislativo, que, por meio de lei nova, altera o regime jurídico dos servidores." (AgRg no REsp 1.242.479/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 17/08/2012.) 2. O Tribunal a quo, ao entender que o art. 54 da Lei 9.784/99 não se aplica aos atos de natureza legislativa, decidiu de acordo com jurisprudência desta Casa. Incidência da Súmula 83/STJ.

3. A Corte de origem não analisou a controvérsia acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.820/2001 em controle abstrato pelo Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios à luz do art. 265, IV, "a", do CPC, mas sim com base no Regimento Interno daquele tribunal. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Imprescindível a alegação de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, quando da interposição do recurso especial com fundamento na alínea "a" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, quando o recorrente entende persistir algum vício no acórdão impugnado, sob pena de incidir no intransponível óbice da ausência de prequestionamento.

5. É entendimento assente nesta Corte que a ausência de prequestionamento obsta o conhecimento do recurso também pela alínea "c" do permissivo constitucional, haja vista a impossibilidade de confronto dos acórdãos trazidos como paradigmas com tese não enfrentada pelo julgado recorrido.

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 721.334/DF, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/12/2015) (grifamos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. EXECUÇÃO DE ACÓRDÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM AO TEMPO DA IMPETRAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL CONCESSIVA DA SEGURANÇA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. PREQUESTIONAMENTO. ANÁLISE DA DEMANDA IMPLICA EM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO E ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO LOCAL. ÓBICES CONTIDOS NAS SÚMULA 7/STJ E 280/STF. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE GOIÁS DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o Acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade, razão pela qual não há que se falar em violação ao art. 535 do CPC.

2. As alegações do Recorrente acerca da impossibilidade de cominação de multa

pessoal ao Secretário da Fazenda; possibilidade da sucessão processual não ofender a coisa julgada, nem agredir o princípio da segurança jurídica; e a inadmissibilidade de cominação de multa cominatória em sede de Mandado de Segurança, a despeito de não terem sido enfrentadas pelo Tribunal de origem, não foram aventadas pelo Estado no momento de oposição de Embargos de Declaração, onde foi requerido tão somente pronunciamento sobre o art. 730 do CPC. Carece, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais, atraindo os óbices previstos nas Súmulas 282 e 356 do STF, aplicáveis por analogia.

3. A ausência de prequestionamento dos dispositivos legais que fundamentam o Recurso Especial interposto pela alínea a do permissivo constitucional também prejudica a análise do recurso fundado em divergência jurisprudencial.

4. No tocante, à alegada infração ao rito dos precatórios, é firme o entendimento desta Corte de que, em sede de Mandado de Segurança, o pagamento das parcelas compreendidas entre a data da impetração e a concessão da ordem independe do rito previsto no artigo 730 do CPC.

5. Por fim, a legitimidade da autoridade coatora foi reconhecida pelo Tribunal com base na análise do conjunto fático-probatório dos autos e na legislação goiana. Assim, a alteração do decidido, na forma pretendida, demandaria, necessariamente, não só o reexame de provas, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ, mas também a análise da legislação local, especialmente a Lei Complementar Goiana 16.884/2010, medida vedada na via estreita do Recurso Especial, a teor da Súmula 280 do STF, aplicável ao caso por analogia.

6. Agravo Regimental do ESTADO DE GOIÁS desprovido (AgRg no AREsp 360.999/GO, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 9/6/2015) (grifamos).

O recurso especial também não deve ser conhecido na parte em que alega dissenso pretoriano no respeitante aos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/1992. Deveras, o acórdão impugnado assentou ter sido dolosa a conduta do ex-prefeito, que aturara, de forma decisiva, para superfaturar o preços dos combustíveis que seriam fornecidos ao Município de Dois Irmãos das Missões. E os julgados paradigmáticos, nessa mesma linha, consignam que a caracterização de ato de improbidade demanda a efetiva comprovação da conduta dolosa do agente, bem como que meras irregularidades havidas em procedimento licitatório não são suficientes para consubstanciar a prática de ato ímprobo. Dessarte, como os julgados postos em confronto ostentam o mesmo entendimento sobre a questão controvertida, deve incidir a Súmula n. 83/STJ, segundo a qual: "[n]ão se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

O apelo nobre deve ser conhecido quanto ao seu cabimento pela alínea "a" do permissivo constitucional, precisamente no concernente à alegação de má interpretação dos arts. 10, V e VII, e 11 da Lei n. 8.429/1992, pois tais dispositivos foram prequestionados pelo acórdão recorrido e os demais requisitos de admissibilidade recursal, preenchidos.

Superior Tribunal de Justiça

Todavia, no mérito, a pretensão recursal não merece guarida, e o acórdão recorrido deve permanecer incólume.

O Tribunal de Justiça gaúcho, com cognição plenária e exauriente, assentou a ocorrência de superfaturamento de preços no fornecimento de gasolina e óleo diesel, derivado do conluio havido entre o então prefeito, ora recorrente, e o proprietário do Posto do Galo, Danilo Flores, que adjudicou o objeto constante da Tomada de Preços n. 001/2005, objeto desta ação civil pública por ato de improbidade administrativa, conforme se infere do seguinte excerto do acórdão recorrido:

Já em relação aos corréus Édison e Danilo Flores este tema será objeto de apreciação específica.

Exatamente em relação a eles, a acusação tem origem nas declarações prestadas por Danilo Menezes Flores na Promotoria de Seberi, fls. 23 a 24, quando relata ter sido chamado por Édison a seu gabinete, ocasião em que este, justificando-se com dívidas assumidas na campanha, propôs-lhe comprar combustível para o Município de Dois Irmãos das Missões no posto da empresa de Danilo, em troca recebendo R\$ 0,15 por litro... Como seria muito, ofertou contraproposta: R\$ 0,10, tendo o prefeito barganhando com R\$ 0,13 (“treze centavos por litro e não se fala mais nisso”). Certo é que do acordo resultou valor do diesel em R\$ 1,89 para o Município, quando para demais consumidores a empresa de Édison vendia por R\$ 1,79. Valor que continuou a ser praticado após aumento do preço dos combustíveis, levando a redução da comissão do Prefeito para R\$ 0,10.

Ainda nestas declarações consta explicitado como foi paga a comissão do Prefeito Municipal, mediante o pagamento de mudança do sogro de candidato a vereador da base política de Édison, sendo R\$ 350,00 em dinheiro ao motorista Márcio Flores e outros R\$ 350,00 em cheque (“cujo número informará à justiça”).

Neste passo, há o depoimento de Márcio Menezes, parente de Danilo, que confirma ter transportado mudança de Salvador do Sul para a “região de Dois Irmãos”, a mando de Danilo, de quem o pagamento, sendo parte em combustível e parte em dinheiro, cujo valor não lembra, assim como também não sabe o nome do beneficiário do transporte (fl. 494).

Entretanto, os autos igualmente referem o transporte dos móveis de Eduardo, parente de Gilmar, de Erval Seco para Dois Irmãos, com autorização de Carlito Caetano, chefe de obras, como descreve o motorista Antônio Alves da Silva, fls. 1.378v a 1.379. De qualquer sorte, cumpre restringir, em termos subjetivos, o alcance de tal fato aos seus personagens: Danilo e Édison, já que dele, caso verdadeiro, não participaram os demais demandados. Aliás, rigorosamente, o ignoravam por inteiro.

Das declarações de Danilo ainda há de se destacar a referência a ter sido a empresa de Danilo a única licitante e, depois, quando deflagrada outra licitação para fornecimento de combustível ao Município, ter Édison falado em estar “desmanchado” o negócio.

Nesta segunda licitação, Tomada de Preços nº 46/2005 (fl. 77) “participou o Posto do Gringo. Mas surpreendentemente a proposta foi assinada pela Distribuidora Charrua, que cotou o preço da gasolina a R\$ 2,59, enquanto o declarante cotou a R\$ 2,61, pois pretendia vencer a licitação” .

Registro que os números são exatos. O lance, com os R\$ 2,61, está a fl. 128, assim

Superior Tribunal de Justiça

como da Charrua, a R\$ 2,59 a fl. 130.

Prestando depoimento à polícia, imediatamente após tais declarações, o Prefeito Municipal a tudo nega, atribuindo o agir de Danilo a sua derrota na segunda licitação e a sua negativa em auxiliar o empresário, até por não poder fazê-lo (fl. 25).

Não por outra razão ter ofertado queixa crime (fl.27).

Negativa esta que teria igualmente apresentado ao Presidente da Câmara de Vereadores, Josilco de Oliveira Santos, quando este, logo após ter ouvido a versão de Danilo, procurou o Prefeito para esclarecimentos, fl. 1.374.

Em juízo, igualmente, modo peremptório, nega qualquer acerto com Danilo, atribuindo as declarações deste a mágoa decorrente da derrota na segunda licitação (fl. 1.368), o que, há de se convir, não consoa com o normal da conduta humana. Fatos recentes, e notórios, da vida nacional, estão a mostrar que em casos tais aquele que vem a público para desvendar ilegalidades de que também participou o faz coberto pela verdade.

Também aqui vale registrar a ata de julgamento da Tomada de Preços nº 046/2005, com a vitória da Distribuidora de Produtos de Petróleo Charrua Ltda., inobstante impugnações lançadas pela empresa Flores & Flores.

Como também cabe realçar não ter a empresa Flores & Flores participado da terceira licitação, a Tomada de Preços nº 55/2005, em que única licitante foi a empresa Distribuidora Charrua, sua vencedora (ata de julgamento, fl. 194).

Quanto a esta terceira tomada de preços, há referências testemunhais de que Danilo queixava-se de não ter sido avisado e, por isso, deixado de ofertar proposta (dep. de José Breno Teixeira da Silva, fl. 530).

Tais dados, mais a prova oral coletada, todavia, não impressionaram a autoridade policial responsável pelo inquérito nº 292/2006 (fls. 909 a 913), o que não impede, muito menos diminui, a apuração judicial da improbidade.

Afigura-se, em seguida, relevante apreciar o Relatório de Auditoria Ordinária Tradicional do Tribunal de Contas, Processo nº 9.328-0200/05-6.

Confronta ele, fl. 510, os preços praticados entre a TP nº 01/2005, a qual apresentava a questionada cláusula 9.3 e a ressalva de beneficiamento às empresas locais (na verdade, à empresa local, já que havia apenas uma única sediada em Dois Irmãos das Missões) e a TP nº 046/2005, em que dita ressalva desaparece.

Assim, o preço por litro de óleo diesel na primeira licitação ficou em R\$ 1,89 e, na outra, R\$ 1,68, numa diferença de R\$ 0,21 por litro.

Igual diferença vai se observar na gasolina: R\$ 2,83 por litro na TP nº 01/2005 e R\$ 2,59 na TP nº 046/2005.

Com o que extrai o relatório conclusão de ter derivado da ausência de competitividade na primeira licitação, fruto da cláusula restritiva a outros competidores, prejuízo de R\$ 11.931,13 (fl. 513).

Inobstante tal, verdade é que o Prefeito de Dois Irmãos das Missões teve as contas aprovadas pelo TCE.

Embora isso, tenho por procedente a demanda de improbidade quanto ao Ex-Prefeito Édison, assim como relativamente a Danilo.

Em primeiro lugar, ninguém pode ignorar a chamada da autoria pelo coautor da infração.

É dizer, mesmo que Danilo Flores estivesse impregnado dos piores sentimentos, custa crer fosse ele incriminar a si próprio, sem algum fundamento assente na realidade.

Especialmente, destoa de toda e qualquer lógica, passasse o fornecedor a inventar e, mais, detalhar, fatos, como a diferença de preços e a comissão.

No ponto, extrai-se do depoimento criminal de Danilo, trazido ao feito como prova emprestada, as seguintes passagens, escorreitamente selecionadas e apreciadas pela sentença:

“Referida fraude ficou muito clara no interrogatório do réu Danilo Menezes Flores, realizado nos autos do processo-crime nº 70014589865 (fls. 1.454-1.466).

Danilo Menezes Flores disse que convidado pelo réu Edison de Alencar Hermel, então prefeito municipal, para participar da licitação, transcrevendo-se o seguinte trecho:

“(…). Aí o Edison falou: “Olha, eu quero R\$ 0,15”, e eu: “0,15 não, 0,13 e fechamos em 0,13, ficou R\$ 0,13 por litro”. (...) “Edison é o prefeito. Se eu disser o preço, não vou dizer certinho porque faz tempo, mas o diesel era R\$ 1,70, e como tinha R\$ 0,13 dele, foi para R\$ 1,83. A Senhora entende, para o posto era R\$ 1,70, mas como ele queria R\$ 0,13 ele disse: “Coloca a mais, e me devolve”, e eu: “Tá bom”, e fiz isso. Passou um tempo, o governo aumentou o combustível – não lembro ao certo quanto era a porcentagem -, e eu falei: “O governo aumentou, tenho que aumentar”, aí ele falou: “Aí fica muito caro! Então tu baixa de R\$ 0,13 e de dá R\$ 0,10”, e fechou, continuou a mesma licitação, não teve alteração de preço. Eu é que paguei mais caro na Ipiranga, mas no acerto ele diminuiu 0,03, e continuou o mesmo preço para a prefeitura. (...) O acordo é assim: ou eu faço o acordo, ou ele não comprava de mim. E se eu vender para a Prefeitura... Tanto que quando não vendi mais para a Prefeitura, vendi o posto e fui embora, porque não tem como viver em Dois Irmãos das Missões, posto só sobrevive com a Prefeitura... eu tinha posto, tinha comprado o posto para mim, queria que desse certo, mas não deu. (...)”

Danilo Menezes Flores também descreveu que ele quem “montou a licitação”, afirmando ainda que a conversa com o prefeito foi no gabinete dele. Salientou que o acusado Derli da Silva Quadros também sabia da fraude. Referiu que ao sair encontrou o “Doutor”, o advogado da prefeitura, tendo dito que estava muito caro, mas ele respondeu: “O Derli sabe o que faz”. Referiu ao ser indagado especificamente, que o doutor Casemiro Milani Júnior sabia do acordo de pagar R\$ 0,13 para o prefeito. Disse, ainda, que falou para Derli que o preço era muito alto.”

Em segundo aspecto, mas não menos fundamental, o superfaturamento resta evidenciado nos autos e sua explicação apenas pode se ajustar ao ilegal, e imoral, ajuste entre Prefeito e fornecedor.

Neste passo, vale transcrever, mais uma vez, a exaustiva apreciação sentencial:

“O superfaturamento restou evidente, pois o Município de Dois Irmãos das Missões pagou em razão da Tomada de Preços 1/2005, o valor de R\$ 1,89 o litro do óleo diesel, em janeiro de 2005, enquanto Seberi contratou, em março de 2005, o mesmo produto a R\$ 1,53 (fls. 1.162-1.166) e Frederico Westphalen contratou a R\$ 1,57, em julho de 2005 (fl. 1.303).

O Município de Erval Seco, mais próximo que os demais de Dois Irmãos das Missões, contratou, na época, óleo diesel a R\$ 1,74, ou seja, R\$ 0,15 a menos que a Tomada de Preços 1/2005.

Facilmente se conclui que a justificativa para tal diferença efetivamente é o montante de R\$ 0,13 repassados ao réu Edison e R\$ 0,02 de diferença aceitável por litro em razão do frete.

O superfaturamento fica ainda mais evidente quanto se compara o preço do litro de gasolina, contratado na tomada de preços 1/2005 por R\$ 2,83 (fl. 67).

Seberi contratou em março de 2005 a R\$ 2,24 (fls. 1.162-1.166), Erval

Superior Tribunal de Justiça

Seco a R\$ 2,49 (fl. 1.169) e Frederico Westphalen a R\$ 2,23 (fl. 1.303). Em síntese, Erval Seco contratou a R\$ 0,34 mais barato que Dois Irmãos, sendo nítido o acréscimo do valor a ser repassado ao prefeito.

A fraude fica ainda mais evidente quanto o Município de Dois Irmãos das Missões fez nova licitação para a compra de preços e Danilo afirma que não houve ajuste.

Referida licitação, antes mencionada, realizada seis meses depois da tomada de preços 1/2005, importou na contratação da distribuidora Charrua, ao preço de R\$ 2,59 o litro da gasolina e R\$ 1,68 o litro do diesel (fls. 132-135).

O próprio Danilo, sem os R\$ 0,13 a repassar ao prefeito Edison, cotou os preços em R\$ 2,61 o litro da gasolina e R\$ 1,79 o litro do diesel (fls. 85/89).

Como bem referiu o Ministério Público, somente a fraude engendrada entre Edison e Danilo justifica tamanha diferença entre os preços, a ponto de o mesmo posto de combustíveis propor, seis meses depois, preços menores em R\$ 0,22 e R\$ 0,10.

Dúvida não resta a respeito do superfaturamento quando se analisa o preço contratado na tomada de preços 1/2005 ao praticado por Danilo para pessoas naturais, em seu comércio de combustíveis.

O levantamento de fls. 807-811 bem demonstra as diferenças nos preços, estampadas nas notas fiscais juntadas aos autos.

No dia 19/01/2005 Danilo vendeu óleo diesel para Cláudia Bridi a R\$ 1,60 o litro (fl. 816); no dia 20/01/2005 vendeu para Rubem Bressan o mesmo combustível a R\$ 1,65 (fl. 816), mesmo preço descrito nas notas de fl. 821.

Portanto, o preço do diesel foi superfaturado, pois se vendia na bomba a R\$ 1,60 ou R\$ 1,65, resta nítido o acréscimo indevido para se chegar a R\$ 1,83 para o Município.

O mesmo relatório apresenta o preço da gasolina praticado na época do contrato, vendida a pessoas naturais, na bomba, a R\$ 2,60 para Vanderlei (fl. 1.083), oscilando para baixo até R\$ 2,50 (fls. 820-822).

Repete-se que o valor contratado pelo Município foi de R\$ 2,83 o litro, ou seja, entre R\$ 0,33 e R\$ 0,23 a maior.

As notas fiscais juntadas pelos réus não se prestam para o fim destinado, pois a grande maioria é de período diverso ao da tomada de preços 1/2005, referindo-se aos anos de 2004 e período posterior a julho de 2005, parte delas ainda de outra empresa.

Como bem referiu o Ministério Público, não foi juntado o talonário completo, apenas pinçadas algumas notas que se coadunam com a tese defensiva.

Ainda assim, acabou sendo juntada a nota fiscal de fl. 1.226, emitida em 19/08/2005, no valor de R\$ 1,45 o litro do óleo diesel.

Em síntese, houve superfaturamento na tomada de preços 1/2005, demonstrado nas declarações de Danilo Menezes Flores e na confrontação do valor do combustível licitado pelos Municípios vizinhos e, em especial, pelo valor das vendas aos consumidores pessoas naturais, praticados na bomba do posto de combustíveis Flores.”

Com isso, resta evidente o enquadramento de Edison e Danilo na infração administrativa capitulada em o art. 10, V, Lei nº 8.429/92, despiendo o afastamento do tipo previsto no inciso VII do referido dispositivo legal.

Como também o agir de ambos, sem subsunção na infração administrativa já

Superior Tribunal de Justiça

reconhecida, implicou quebra aos princípios da legalidade, imparcialidade e honestidade, descritos no art. 11 da Lei de Improbidade.

Quanto ao mais, o apenamento apresenta-se perfeitamente adequado e razoado, ausente qualquer excesso, quanto ao corrêu Édison.

Relativamente ao corrêu Danilo, assiste razão à manifestação ministerial, em contrarrazões, quanto à redução da multa para uma vez o prejuízo (fl. 1.685).

E, por derradeiro, afasto a multa aplicada pelo juízo, no que se refere aos embargos de declaração veiculados pelo corrêu Édison (fl. 1.647), por não se poder atribuir a eles caráter protelatório.

Com tais fundamentos, estou conhecendo e desprovendo o apelo do Ministério Público e provendo, em parte, as apelações de Édison de Alencar Hermel e Danilo Menezes Flores (fls. 2.047-2.056)

Consignou, outrossim, a Corte de origem, ser "[...] nada mais doloso, há de se convir, do que Prefeito Municipal ajustar com empresário participação no preço pago pelo Município pelo combustível" (fl. 2.102).

Portanto, ressoa evidente ter havido, por parte do Tribunal *a quo*, subsunção da conduta perpetrada pelo recorrente aos tipos previstos no arts. 10, V, e 11 da Lei n. 8.429/1992.

Mas isso não é só. Ainda deve ser realçado que o depoimento do corrêu Danilo Flores prestado na sede da correlata ação penal, utilizado como prova emprestada nesta ação civil pública, não foi a única prova que arrimou tanto a sentença quanto o acórdão atacado para condenar a si e o recorrente por ato de improbidade administrativa. A prova documental produzida nos autos pôde corroborar o depoimento supra, no sentido de que os preços eram, sim, superfaturados.

Vale frisar, ainda quanto à prova documental, ter sido realizada ampla comparação dos preços dos combustíveis praticados nos municípios próximos a Dois Irmãos das Missões, deixando claro o superfaturamento resultante da ilegal combinação de preços.

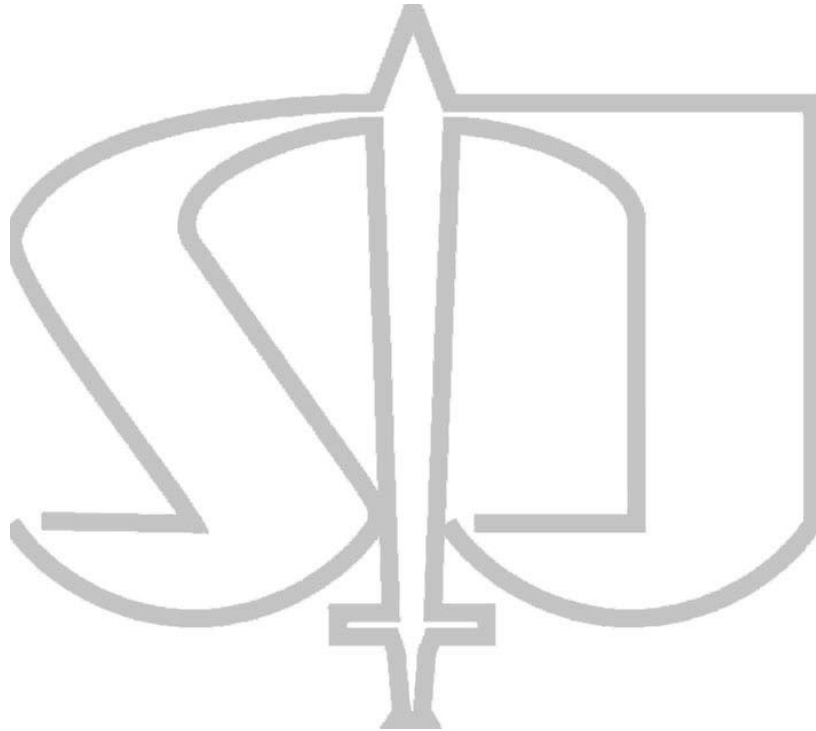
Ademais, o fato de os membros da comissão de licitação terem sido absolvidos não implica, por si só, a presunção de inocência do recorrente, sob a alegação de ter apenas homologado o resultado do certame. Nesse ponto, deve ser salientado que o Juízo de primeiro grau julgara improcedente a pretensão ministerial quanto aos membros da comissão, tendo sido mantida essa conclusão pela Corte de origem, à luz dos fatos e das provas, no sentido de que o conluio apenas se deu entre o corrêu Danilo Flores e o então prefeito, ora recorrente, bem como em razão da ausência de dolo na conduta dos membros da comissão de licitação,- de

Superior Tribunal de Justiça

não barrar a ilícita cláusula de direcionamento.

Isso posto, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **nego-lhe provimento**, divergindo, *data venia*, do relator, Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2014/0203163-1

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.505.260 / RS

Números Origem: 00166013620088210133 00785692020148217000 13310800016600 70058860065

PAUTA: 12/04/2016

JULGADO: 12/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO RODRIGUES DOS SANTOS SOBRINHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : EDISON DE ALENCAR HERMEL
ADVOGADO : CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARAG E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
INTERES. : DANILO MENEZES FLORES
INTERES. : OTILIA BEATRIZ STURZBERCHER
INTERES. : DERLI DA SILVA QUADROS
INTERES. : ROSELAINÉ FREITAS MARTINS
INTERES. : CASEMIRO MILANI JÚNIOR

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos Administrativos - Improbidade Administrativa

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Relator, conheceu parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Benedito Gonçalves (voto-vista) os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente) e Regina Helena Costa.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria (RISTJ, art. 162, §4º, primeira parte).