

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.543.951 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
RECTE.(S) : **AIRTON JOSE DE SOUZA**
ADV.(A/S) : **THIAGO RAFAEL VIEIRA**
ADV.(A/S) : **JEAN MARQUES REGINA**
RECTE.(S) : **AVANEX INDUSTRIA E COMERCIO LTDA**
ADV.(A/S) : **EDUARDO CAVALCA ANDRADE**
RECDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

DECISÃO: Trata-se de Agravos contra decisão mediante a qual foram inadmitidos Recursos Extraordinários interpostos em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (eDOC 33, p. 2-3):

“APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. REVOGAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO NÃO DEMONSTRADO. RENOVAÇÃO DA LICITAÇÃO. MAJORAÇÃO DO PREÇO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. CARACTERIZAÇÃO DE ATO ÍMPROBO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Os atos de improbidade restaram devidamente comprovados, consistindo em realização de processo licitatório pela Companhia de Indústrias Eletroquímicas - CIEL para a aquisição de hidróxido de alumínio. Processo licitatório revogado, por alegadas razões de interesse público, sobrevindo determinação para realização de nova licitação, meses depois, em que houve a contratação de empresa, antes inabilitada, por preço significativamente superior ao proposto no primeiro certame. Após a exoneração de correu que exercia a função de Diretor-Presidente da Companhia, houve a celebração de termo

ARE 1543951 / RS

aditivo, resultante de revisão do contrato, que ocasionou a redução do preço em 14,2%.

2. Caracterizada a violação ao artigo 10, *caput*, da Lei de Improbidade, não a elidindo a mera alegação de ausência de dolo e de prejuízos ao erário, máxime quando o contexto probatório aponta firmemente para a ocorrência de ato irregular. Variação nas especificações do produto, a justificar diferenciação de preço por alteração do objeto, a par de pouco relevantes, sequer tiveram repercussão no contrato celebrado, uma vez que acabou firmado com base nas mesmas especificações que foram objeto do primeiro procedimento licitatório.

3. A responsabilidade nas ações de improbidade é solidária, concorrendo todos os colaboradores para a pena cominada para o ato ímprobo.

4. Consoante reiterada jurisprudência do STJ, a imposição de penalidade pela prática de ato previsto no artigo 10 da Lei nº 8.429/92 prescinde da comprovação de dolo, bastando a firme demonstração de culpa grave, o que resta plenamente caracterizado.

5. Manutenção da sentença relativamente à condenação ao ressarcimento dos valores ao erário, nos termos dos artigos 37, §5º, da Constituição Federal e 12, III, da Lei de Improbidade e aos ônus sucumbenciais.

6. Pedido de gratuidade judiciária indeferido. Corréu que é empresário, figurando anteriormente como Diretor - Presidente da CIEL, Vereador do Município de Canoas, por três mandatos, e Secretário Municipal das Relações Institucionais, cuja situação de hipossuficiência econômica não se evidencia, havendo elementos, ao revés, capazes de demonstrar sua capacidade relativamente ao pagamento das custas e demais ônus processuais sem prejuízo de seu próprio sustento, o que,

ARE 1543951 / RS

aliás, fez no curso do processo.

NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. UNÂNIME.”
(grifei).

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados.

Com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, **Avanex Indústria e Comércio LTDA.**, interposto aponta ofensa aos arts. 37, XXI e 173, § 1º, II, da Constituição da República, alegando-se, em síntese, ser “(...) *inconstitucional atribuir lucro ou prejuízo ao erário, representado pela empresa de economia mista, sem tomar por base seus Resultados Financeiros, publicados nos moldes do art. 176 da Lei 6.404/76, o qual obriga todas as empresas privadas que disputam o respectivo segmento econômico*” (eDOC 51, p. 10).

Aduz-se, ademais, que o Recorrido “(...) *ingenuamente fez uma conta matemática e supôs que a aquisição de um material por preço maior – pouco importando se é melhor, dá mais rendimento, se é menos poluente, dá menos manutenção etc. – obrigatoriamente gera prejuízo à Companhia de economia mista e por decorrência, a Administração foi lesada*”, quando, em verdade, as demonstrações financeiras provariam exatamente o contrário (eDOC 51, p. 14).

Por sua vez, com amparo no art. 102, III, *a*, da Constituição da República, **Airton José de Souza** sustenta violação ao art. 37, *caput*, do texto constitucional, bem como ao enunciado da Súmula nº 473 desta Corte, ao argumento de que “(...) *a revogação da licitação deu-se estritamente na busca pela melhoria do produto, por fato superveniente (alteração/adequação técnica) muito pertinente e suficiente a ensejar tal conduta, não havendo que se falar, portanto, em improbidade administrativa*” (eDOC 62, p. 9).

Assevera, ademais, ter buscado “(...) *a eficiência do serviço aplicado ao objeto pretendido, não havendo que se falar em improbidade administrativa quando o agente agiu na busca pela eficiência administrativa, não tendo incorrido em ato de improbidade*” (eDOC 62, p. 12).

ARE 1543951 / RS

O Tribunal de origem inadmitiu o recurso de **Avanex Indústria e Comércio LTDA.**, ante a ausência de prequestionamento (eDOC 72, p. 24-26), bem como negou seguimento ao interposto por **Airton José de Souza**, com fundamento no caráter infraconstitucional da controvérsia e na aplicação da Súmula nº 636/STF (eDOC 72, p. 45-47).

É o relatório. Decido.

I. Do recurso de Avanex Indústria e Comércio LTDA.

A irresignação não merece prosperar.

O Tribunal de origem, quando do julgamento dos recursos, assim asseverou (eDOC 33, p. 15-16):

“(…) Como visto, tanto a negociação foi realizada de forma a ensejar malversação das verbas públicas que, tão logo ocorreu a exoneração de Airton, a AVANEX teve por bem reduzir o preço praticado em 14,2%, porção bastante significativa se considerado o volume contratado de 2.000 (duas mil) toneladas. **A tese relativa, assim, à inexistência de dano, não socorre os apelantes.**

A frustração da licitude de processo licitatório veio, reitero, acompanhada da demonstração de, ao menos, culpa grave. **Tal reconhecimento, à luz da prova produzida nos autos, revela a pertinência da condenação dos implicados nas sanções previstas pelo enquadramento das condutas em tal dispositivo legal, ao passo que o prejuízo aos cofres públicos decorre logicamente da prática ilícita verificada. (…)**

A alegada variação de mercado como justificativa para alteração substancial no preço não serve a conferir legalidade e adequação dos atos de que praticou ao interesse público, mormente quando, como visto, beneficiou-se da revogação de licitação, da qual fora inabilitada, sendo contratada, posteriormente, para fornecer a mesma matéria-prima por valor significativamente superior.

ARE 1543951 / RS

Outrossim, diversamente do que aduziu em suas razões, não se está concluindo pela ocorrência de ato de improbidade pelo resultado de mera operação aritmética. O resultado financeiro que sobreveio em prejuízo do ente público, de modo outro, apenas representa o desfecho de uma sequência de atos engendrados de forma a possibilitar a contratação da AVANEX, em detrimento da empresa SULFATO.

Relativamente às alegações de que há diferenciação entre os objetos da licitação, bem como sobre a ausência de prejuízos ao erário, já houve a apreciação quando da apreciação das razões de Airton, havendo, neste momento, sua reafirmação.

A prática dos atos de improbidade pelos apelantes, assim, exsurge do contexto probatório, mormente da revogação do ato licitatório sem justificativa suficiente, expressiva variação quanto ao preço, desaparecimento dos autos do processo de licitação anterior, sob a guarda de Airton e posterior redução do preço, tudo a justificar a sentença condenatória.

(...)”

Sendo essas as razões de decidir, observa-se que eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo juízo *a quo*, acerca dos elementos de convicção utilizados para a caracterização do ato de improbidade administrativa, demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, além de exame da legislação infraconstitucional aplicável à espécie. Dessa forma, resta demonstrada a não ocorrência de ofensa constitucional direta, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, além da vedação contida na Súmula 279 do STF. Nesse sentido, colho:

“AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO

ARE 1543951 / RS

MUNICIPAL. CONVÊNIO COM O MINISTÉRIO DO TURISMO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS REPASSADOS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. ENUNCIADO N. 279 DA SÚMULA DO SUPREMO.

1. Dissentir da conclusão alcançada pelo Colegiado de origem – quanto à ausência de comprovação da aplicação dos recursos públicos repassados por meio de convênio e à configuração de atos de improbidade administrativa – demandaria revolvimento dos elementos fático-probatórios. Incidência do enunciado n. 279 da Súmula do Supremo.

2. Agravo interno desprovido.” (ARE 1431787 AgR, Rel. Nunes Marques, Segunda Turma, DJe 21.08.2024)

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 14.06.2023. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/1992. PREFEITO E VICE-PREFEITA. PUBLICIDADE. AUTOPROMOÇÃO. UTILIZAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE FATOS E PROVAS E DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. SÚMULAS 279, 282 E 356 DO STF. TEMA 660 DA REPERCUSSÃO GERAL. INAPLICABILIDADE DO TEMA 1199. CARACTERIZAÇÃO DE DOLO PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL. INVIABILIDADE. ART. 323 DO RISTF.

1. Os dispositivos constitucionais apontados pela parte Recorrente (arts. 5º, LIV e LV e 37, § 4º) não se encontram prequestionados. Incidem, no caso, as Súmulas 282 e 356 do STF.

ARE 1543951 / RS

2. Ademais, ainda que fosse possível superar os óbices processuais, mesmo assim, o recurso não mereceria prosperar, porquanto, eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos e a análise da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.429/1992), o que é vedado, a teor da Súmula 279 do STF e por ser reflexa a alegada afronta à Constituição Federal.

3. Além disso, o Supremo Tribunal Federal já assentou a inexistência da repercussão geral quando a alegada ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da legalidade e dos limites da coisa julgada é debatida sob a ótica infraconstitucional (AREREG 748.371, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 1º.08.2013, Tema 660 da sistemática da RG).

4. Inaplicável, ao caso concreto, o Tema 1199 da repercussão geral, tendo em vista que o Tribunal de origem entendeu que restou caracterizado o dolo nas condutas dos Recorrentes, enquanto no referido Tema 1199 cuidou-se da modalidade culposa. Precedentes.

5. Ademais, ainda que assim não fosse, conforme o art. 323 do RISTF, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 42/10, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”. No caso, os dispositivos constitucionais dados como violados sequer foram prequestionados (Súmulas 282 e 356). Desatendido pressuposto de admissibilidade recursal.

6. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC, condicionando-se a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio da quantia fixada, observado o disposto no art. 1.021, § 5º, do CPC. Sem honorários, por se tratar de ação civil

ARE 1543951 / RS

pública (art. 18 da Lei 7.347/1985).” (ARE 1374383 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 04.09.2023)

II. Do recurso de Airton José de Souza

A insurgência igualmente não merece acolhida.

De igual modo, eventual divergência relativa à conclusão adotada na origem encontra óbice na Súmula 279 desta Suprema Corte e e as ofensas suscitadas demandam exame da legislação infraconstitucional aplicável. Nesse sentido, colho:

“Agravo regimental em segundos embargos de declaração em recurso extraordinário com agravo. **Direito administrativo. Improbidade administrativa. Gestão. Fraudes à licitação e em laudos periciais. Enriquecimento ilícito e dano ao erário. Configuração. Alegação de nulidade ocorrida no Tribunal de Origem no julgamento dos embargos declaratórios. Questão não examinada pela Corte de Origem. Ausência de prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356 do STF. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade.** Precedentes. 1. A questão relativa “ao quorum necessário para julgamento dos embargos de declaração pelo Tribunal de origem” carece do necessário prequestionamento. 2. É inadmissível o recurso extraordinário se os dispositivos constitucionais que nele se alegam violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF. 3. **Não se presta o recurso extraordinário para o reexame do conjunto fático-probatório. Incidência da Súmula nº 279 do STF.** 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento, com imposição de multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). 5. Não houve majoração da verba honorária, tendo em vista a ausência de sua fixação pela origem.” (ARE 1332378 ED-segundos-AgR, Rel. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 16.05.2024)

ARE 1543951 / RS

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ENQUADRAMENTO DA CONDUTA APONTADA COMO FRAUDE À LICITAÇÃO. DOLO. MÁ-FÉ. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO INC. IX DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS: SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO INC. LV DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO: AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INOVAÇÃO EM AGRAVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (ARE 1479523 AgR, Rel. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 17.04.2024)

Ante o exposto, **nego provimento aos recursos**, nos termos do art. 932, IV, *b*, do CPC e art. 21, §1º, RISTF.

Sem honorários, por força do art. 18 da Lei 7.347/1985.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 15 de abril de 2025.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente