

RECURSO ESPECIAL Nº 1.666.454 - RJ (2011/0255662-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A E OUTROS
ADVOGADO : ANTÔNIO DE OLIVEIRA TAVARES PAES E OUTRO(S) - RJ001646A
SOC. de ADV. : PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO - ADVOGADOS ASSOCIADOS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : CESAR EPITACIO MAIA
INTERES. : EIDER RIBEIRO DANTAS FILHO E OUTROS
INTERES. : DIMENSIONAL ENGENHARIA LTDA

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 17, §§ 8º E 9º. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO VESTIBULAR PARA PROCESSAMENTO DA DEMANDA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. BROCARDO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. AUSENTE A OFENSA AO ART. 535 DO CPC. CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. ELEMENTO SUBJETIVO E NEXO DE CAUSALIDADE SUFICIENTEMENTE BEM NARRADOS. AUSÊNCIA DE INÉPCIA. JUSTA CAUSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÕES DA SEGUNDA TURMA EM CASOS IDÊNTICOS.

INTRODUÇÃO

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública por improbidade administrativa movida contra os então Prefeito, Secretários de Obras e das Culturas do Rio de Janeiro, Diretor Presidente, Diretor de Administração e Finanças da Riourbe e quatro pessoas jurídicas. A inicial questiona concepção e realização da obra denominada Cidade das Artes/da Música no Rio de Janeiro, para a qual já haviam sido destinados mais de R\$ 490 milhões (em 2009). A demanda questiona a impossibilidade de realização de obra de vulto sem previsibilidade adequada do custo total; a ilegalidade dos aditivos e da prorrogação de prazo; a contratação de empresas inidôneas; a pessoalidade na inauguração, em 2009, de obra inacabada e a falta de cuidado com o dinheiro público. O *Parquet* aponta que a falta de projeto básico/executivo impediu a definição da respectiva previsão orçamentária e deveria ter obstado a realização da obra e os certames a ela correlacionados. Tais condições levaram à oneração excessiva e a um gasto desmesurado, o que frustrou o procedimento licitatório. Pede condenação por danos morais, além da fixação das sanções da LIA.

2. A decisão que acolheu a petição inicial foi mantida pelo Tribunal de origem. A Segunda Turma decidiu no mesmo sentido no AgrRg no AREsp 177.675/RJ, admitindo o recebimento da inicial em outro recurso interposto na mesma demanda.

3. O presente recurso se origina de decisão que recebeu Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 17, §§ 8º e 9º. Esse *decisum* se insere na

fase preliminar do subsistema, criada de forma a proporcionar juízo de delibação, em cognição não exauriente, sobre a possibilidade de procedência da demanda.

4. A cognição sumária impede juízos de maior profundidade sobre a pretensão deduzida. Na presença de dúvida fundada a respeito da existência de ato ímprobo, deve o magistrado permitir o prosseguimento da demanda, como tripla garantia: a) ao autor, que terá a oportunidade de robustecer em instrução suas ponderações; b) aos réus, que, finalizado o trâmite processual, obterão resposta definitiva que, se lhes for favorável, estará albergada pela coisa julgada material, em situação de efetiva pacificação, e não meramente formal, como decorre do indeferimento da petição inicial; c) à coletividade, cuja proteção é a finalidade última da demanda. A recomendação do processamento do feito é corroborada ainda pelo entendimento de que "na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei n. 8.429/92, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público" (AgRg no AREsp 3.030/MS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/5/2011; cfr. ainda AgRg no REsp 1.204.965/MT, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14/12/2010).

5. O recebimento da demanda não depende de extensa argumentação. *In casu*, o julgador originário foi além e dedicou tratamento suficiente ao recebimento da demanda, fato que apenas reforça a existência de indícios de ato ímprobo, que, a despeito de não conduzirem inexoravelmente a uma condenação, merecem ser investigados.

DA INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC

6. Sobre a via utilizada, o acórdão afirma que "a via eleita poderá trazer á coletividade o resultado pretendido, estando preenchido o binômio interesse-adequação e interesse-utilidade, o que reforça a ideia de proteção ao interesse público existente na presente ação" (fl. 2287, e-STJ). Mais adiante continua: "a *ratio legis* engloba o dano moral coletivo, sendo inegável a possibilidade de o Ministério Público persegui-lo em sede de ação civil pública referente a prática de ato de improbidade administrativa pelas partes envolvidas no processo" (fl. 2288/STJ); "não há que se falar em impossibilidade de pleitear o dano moral coletivo em sede de ação civil pública por ato ímprobo. Pelo contrário, a via eleita foi acertadamente escolhida pelo *Parquet* que irá buscar todos os fins que a lei lhe permite para ressarcir o erário, até porque a ação coletiva busca a reparação integral do dano, inclusive o moral" (fl. 2317, e-STJ).

7. Sobre o elemento subjetivo/legitimidade e o nexo de causalidade, por sua vez, o aresto aduz: "conforme destacado no parecer da Procuradoria de Justiça, fazendo referência ao voto do conselheiro do Tribunal de Contas do Município, 'diversas foram as prorrogações, sempre beneficiando as construtoras com mais prazo e mais dinheiro'" (fl. 2294, e-STJ); "no tocante à ilegitimidade passiva dos agravantes em razão da ausência de apontamentos sobre os benefícios obtidos pelos recorrentes, entendo que foi correta a rejeição da preliminar pelo juízo a quo, já que o que pretende o Ministério Público é demonstrar que os agravantes obtiveram benefício com os atos praticados pelos demais réus" (fl. 2317, e-STJ).

8. O acórdão recorrido confirma ainda o dano ("o benefício pode até ser

indireto, o que enseja uma delimitação focada nos atos improbos, que possam ter refletido em benefício indevido aos agravantes" - fl. 2321, e-STJ) e a existência de indícios a justificar a propositura ("foram demonstrados provas mínimas para fundamentar a interposição da ação coletiva em questão" (fl. 2321, e-STJ)).

9. O acórdão recorrido descreve o papel das recorrentes como elo relevante na consecução de obra imputada como violadora de padrões éticos e morais que desembocaram no afirmado desperdício de dinheiro público. Presente na fundamentação a indicação do nexo de causalidade entre os aditivos e a ofensa moral à coletividade, e a qualificação dos indícios que justificam a propositura da demanda. É preciso questionar se o enfoque foi adequado, não contendo omissão, razão pela qual o recurso reflete insurgência quanto ao mérito, a ser examinada em capítulo próprio.

DA ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *ULTRA PETITA*.

10. Os recorrentes alegam ofensa aos arts. 512, 515 e 522 do CPC (*juízo ultra petita*). Afirmam que o acórdão não compreendeu a real abrangência da alegação de descabimento da Ação Civil Pública para reparação de danos à coletividade. Verifico que, a despeito do oferecimento de Embargos, os dispositivos não foram prequestionados (Súmula 211/STJ) porquanto impertinentes e sem comando suficiente para alterar a decisão recorrida. É questionável a tese do desbordamento dos limites objetivos da demanda amparada na utilização de *fundamento* que, aos olhos das recorrentes, é incompatível com a solução fixada no acórdão recorrido, porquanto o objeto do processo é revelado essencialmente pelo pedido.

11. Apesar de afirmar que não foi questionada, no agravo manejado, a veiculação de pedidos de dano moral coletivo, basta uma simples leitura da peça de interposição para verificar argumentação nesse sentido (fls. 11, 17, 18 e 19 da petição de interposição do recurso).

12. A questão suscitada guarda relação com a alegação de *error in iudicando*, em contrariedade a precedentes do STJ no sentido de que há interesse de agir (adequação) no ajuizamento de Ação Civil Pública pelo *Parquet* para a obtenção de indenização por danos morais coletivos, sem mais divagações sobre o destinatário da reparação (AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/5/2011). Cito acórdão relatado pelo eminente Ministro Castro Meira, no qual se afirma que "não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal" (REsp 960.926/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1/4/2008).

DA LEGITIMIDADE (ELEMENTO SUBJETIVO) E DO NEXO

13. O acórdão recorrido, nos limites da cognição permitida para a fase processual, afirma que as prorrogações de contrato "beneficiaram as construtoras com mais prazo e mais dinheiro".

14. Há fundados indícios de violação do art. 65, §1º, da Lei de Licitações, que dispõe: "§1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do

contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos". Trata-se de critério *ope legis*, limitação absoluta e inafastável às variações de preço, insuscetível de mitigação *ope judicis*, a não ser em situações extraordinárias e anômalas.

15. *A priori*, alterações quantitativas sujeitam-se ao padrão legal, de modo a prestigiar a *ratio* e a letra da Lei de Licitações, visando à proteção do interesse público na garantia da mais ampla transparência, livre concorrência e *seleção da proposta mais vantajosa*, nos termos do art. 3º da Lei de Licitações. Lembro que a fraude à licitação tem como consequência o chamado dano *in re ipsa*, reconhecido em julgados que bem se amoldam à espécie (REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 9.3.2012; REsp 1.190.189, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; STF, RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994).

16. A LIA admite condenação com amparo em culpa e que o STJ entende que a vasta experiência em contratações com o Poder Público (o que inegavelmente pode ser atribuído às recorrentes) justifica, em tese, a caracterização do elemento subjetivo a motivar a condenação por improbidade em hipóteses de fraude à licitação (cfr. REsp 817.921/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 6/12/2012).

17. Desbordar as premissas estabelecidas pelo acórdão demanda, portanto, revisão de matéria fática, vedada pela Súmula 7/STJ.

DA ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL

18. A leitura da inicial atribui, com alguma segurança, a relação entre a falta de previsibilidade da obra, a questionável legitimidade dos aditamentos, os benefícios indevidos percebidos pelas recorrentes, a caracterização do ato de improbidade (dentre outros motivos, pela frustração do procedimento licitatório) e o pedido de aplicação das sanções.

19. O pedido de dano moral é apenas um entre aqueles deduzidos na exordial, ao qual se somam a restituição aos cofres públicos de valores despendidos, a suspensão de direitos políticos, o pagamento de multa, a proibição de contratação com o Poder Público, todos eles consentâneos com a causa de pedir e com a LIA.

20. Às fls. 151-152, e-STJ, a petição inicial indica como fundamento da propositura os arts. 10, VIII, XIX e XI, e 11 da LIA.

DA JUSTA CAUSA

21. O acórdão afirma textualmente existirem provas mínimas para justificar a demanda, as quais estão contidas nos 11 volumes de documentação, com destaque para cláusula do Contrato 34/04, cotejada com a situação fática narrada na inicial. Tudo isso foi feito dentro de um contexto de cognição sumária e de ponderação pelo processamento da demanda (aplicação do brocardo *in dubio pro societate*).

22. A reapreciação da *justa causa* à luz de decisões administrativas não juntadas, de inquéritos civis não concluídos ou de informações mais ou menos consistentes esbarra na revisão de provas e de cláusulas contratuais, o que é vedado pelas Súmulas 5 e 7/STJ.

CONCLUSÃO

Superior Tribunal de Justiça

23. A Segunda Turma decidiu no mesmo sentido no AgrRg no AREsp 177.675/RJ, admitindo o recebimento da inicial em outro recurso interposto na mesma demanda.

24. Recurso Especial não provido, **esclarecendo-se que, neste momento, não se faz nenhuma apreciação peremptória ou final acerca da matéria de fundo, ou seja, a improbidade administrativa em si mesma.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Dr. GABRIEL DE OLIVEIRA MATHIAS, pela parte RECORRENTE:
CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A
PRONUNCIAMENTO ORAL DO SUBPROCURADOR-GERAL DA
REPÚBLICA, Dr. JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA"

Brasília, 27 de junho de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2011/0255662-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.666.454 / RJ

Números Origem: 00638545120098190000 20090011252785 638545120098190000

PAUTA: 16/05/2017

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A E OUTROS
ADVOGADO : ANTÔNIO DE OLIVEIRA TAVARES PAES E OUTRO(S) - RJ001646A
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : CESAR EPITACIO MAIA
INTERES. : EIDER RIBEIRO DANTAS FILHO E OUTROS
INTERES. : DIMENSIONAL ENGENHARIA LTDA

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

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

RECURSO ESPECIAL Nº 1.666.454 - RJ (2011/0255662-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : **CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A E OUTROS**
ADVOGADO : **ANTÔNIO DE OLIVEIRA TAVARES PAES E OUTRO(S) - RJ001646A**
SOC. de ADV. : **PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO - ADVOGADOS ASSOCIADOS**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
INTERES. : **CESAR EPITACIO MAIA**
INTERES. : **EIDER RIBEIRO DANTAS FILHO E OUTROS**
INTERES. : **DIMENSIONAL ENGENHARIA LTDA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública por improbidade administrativa movida contra os então Prefeito, Secretários de Obras e das Culturas do Rio de Janeiro, dois Diretores Presidentes e Diretor de Administração e Finanças da Riourbe, bem como contra quatro pessoas jurídicas

A inicial tem como escopo o questionamento da concepção e realização da obra denominada Cidade das Artes/da Música no Rio de Janeiro, para a qual já haviam sido destinados mais de R\$ 490 milhões (em 2009), já computados a) contratos firmados com dispensa de licitação e b) outros contratos com aditamentos que representaram significativa majoração dos valores fixados em certame (em um dos contratos teria chegado à ordem de 78%) e/ou dilação dos prazos originais (a previsão original de entrega foi em 2004). Indica que o orçamento original foi de R\$ 80 milhões.

A demanda questiona a impossibilidade de realização de obra de vulto sem previsibilidade adequada do custo total; ilegalidade dos aditivos e da prorrogação de prazo; contratação de empresas inidôneas; pessoalidade na inauguração, em 2009, de obra inacabada e falta de cuidado com o dinheiro público.

O *Parquet* aponta que a falta de projeto básico/executivo impediu a definição de orçamento detalhado, da respectiva previsão orçamentária e deveria ter obstado a realização da obra e os certames com ela correlacionados. Tais condições

Superior Tribunal de Justiça

levaram à oneração excessiva e a um gasto desmesurado, o que frustrou o procedimento licitatório. Pede a condenação por danos morais, além da fixação das sanções da LIA.

A decisão que acolheu a petição inicial foi mantida nos termos de acórdão assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO COLETIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS DE INDEFERIMENTO DA INICIAL. RECEBIMENTO DA PEÇA INAUGURAL E REGULAR PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO COLETIVA.

1- Inconformismo do agravante em relação à decisão que acolheu a inicial para averiguar eventuais irregularidades no empreendimento "Cidade da Música". Preliminares arguidas rejeitadas, visto que estão presentes os requisitos para o recebimento da inicial, além de imprescindível necessidade de apurar e punir, se for o caso, os possíveis culpados pelo irresponsável gasto do dinheiro público na obra em questão.

2- O dano moral pleiteado pelo parquet, em nome da sociedade, é legítimo e pode ser perseguido através da ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Honra do grupo social que não pode ficar sem reparação moral. Lei de Ação Civil Pública que prevê ressarcimento integral do dano causado à coletividade, não restringindo o dano moral coletivo. A ratio legis engloba o dano moral coletivo, sendo inegável a possibilidade de o Ministério Público persegui-lo em sede de ação civil pública referente a prática de ato de improbidade administrativa pelas partes envolvidas no processo. Interesse de agir presente. Precedentes do STJ, TJ/SP, TJ/MG, TJ/MS.

3- Legitimidade passiva dos recorrentes, já que o Ministério Público visa demonstrar que os agravantes obtiveram benefício com os atos praticados pelos demais réus. Se o pedido será ou não acolhido, a questão é de mérito e será dirimida após a dilação probatória. Aplicação do art. 30, da Lei n. 8.429/92.

4- Inépcia da petição inicial não demonstrada. Peça inicial que precisamente narrou os fatos, estando preenchidos os requisitos da petição inicial, que possibilitou inclusive os recorrentes de exercerem a ampla defesa e o contraditório em sede de defesa prévia, tendo os próprios Agravantes informado detalhadamente as causas de pedir e pedidos da ação.

5- A justa causa está presente nos autos, já que foram demonstrados provas mínimas para fundamentar a interposição da ação coletiva em questão. Provas indiciárias que são o bastante para receber a inicial. Princípio do in dubio pro societate. Art. 17, § 6º, da Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes do TJ/RJ.

6- Manutenção da decisão. Desprovimento do recurso.

Os Embargos de Declaração foram desacolhidos (fls. 2348-2353, e-STJ).

Superior Tribunal de Justiça

Interpôs-se o Recurso Especial com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição da República. As recorrentes alegam violação dos arts. 165; 267, I e VI; 295, I; 458, II; 512; 515; 522 e 535, I e II, do CPC de 1973 e arts. 3º; 5º; 9º; 10 e 11 da LIA. O recurso não foi admitido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (fls. 2486-2494, e-STJ).

Aduzem omissão sobre: a ausência de elemento subjetivo; a inadequação da ação de improbidade para veicular pedido de indenização da coletividade, e não do Erário; o nexo de causalidade entre os aditivos; a ofensa moral à coletividade e a qualificação dos indícios que justificam a propositura da demanda.

Apontam que: a) o acórdão teria discorrido desnecessariamente sobre o dano moral, dado que devia ter-se limitado a examinar se o pedido de indenização por danos sofridos pela coletividade é adequado a uma ação de improbidade; b) as recorrentes seriam partes ilegítimas, porquanto não descrita conduta que lhes seja imputável; c) a inicial não teria exposto a razão pela qual teria incluído as recorrentes no polo passivo, a modalidade da demanda proposta (quais dos permissivos da LIA - arts. 9-11), a adequada correlação entre as causas de pedir e os pedidos; d) não teria sido comprovada a justa causa para a propositura, porquanto não bastaria a afirmação de que existem provas e indícios que a fundamentam.

Contrarrazões ao Recurso Especial às fls. 2456-2471, e-STJ.

Contraminuta presente às fls. 2552-2568, e-STJ.

O Ministério Público Federal opina pelo desprovimento do recurso (fls. 2610-2620, e-STJ).

Interposto o Agravo, decidi convertê-lo em Recurso Especial para examinar de modo mais profundo o caso.

É o **relatório**.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.666.454 - RJ (2011/0255662-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

1. Do recebimento de uma Ação Civil Pública de improbidade

Necessário deixar claro que o presente recurso se origina de decisão que recebeu Ação de Improbidade Administrativa, nos termos do art. 17, §§8º e 9º. Esse *decisum* se insere na fase preliminar do subsistema, criada de forma a proporcionar juízo de delibação, em cognição não exauriente, sobre a possibilidade de procedência da demanda.

Tal dispositivo conduz a premissas de duas ordens no caso concreto.

De um lado, a cognição sumária impede juízos de maior profundidade sobre a pretensão deduzida. O indeferimento de plano cabe, portanto, somente nos casos em que os pressupostos de admissibilidade de julgamento do mérito estão manifestamente ausentes, ou em que, numa projeção sumária do desenvolvimento da demanda, não lhes seja possível atribuir a procedência.

Na presença de dúvida fundada a respeito da existência de ato ímprobo, deve o magistrado permitir o prosseguimento da demanda, como tripla garantia: a) ao autor, que terá a oportunidade de robustecer em instrução suas ponderações; b) aos réus, que, finalizado o trâmite processual, obterão resposta definitiva que, se lhes for favorável, estará albergada pela coisa julgada material, em situação de efetiva pacificação, e não meramente formal, como decorre do indeferimento da petição inicial; c) à coletividade, cuja proteção é a finalidade última da demanda.

A recomendação do processamento do feito é corroborada ainda pelo entendimento de que, na fase inicial prevista no art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, da Lei 8.429/1992, vale o princípio do *in dubio pro societate*, a fim de possibilitar o maior resguardo do interesse público. Precedentes: AgRg no AREsp 604.949/RS, Rel.

Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/5/2015; AgRg no REsp 1.466.157/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 26/6/2015; REsp 1.504.744/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 24/4/2015; AgRg nos EDcl no AREsp 605.092/RJ, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada), Primeira Turma, DJe 6/4/2015; AgRg no AREsp 612.342/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 11/3/2015; AgRg no AREsp 444.847/ES, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 20/2/2015; AgRg no REsp 1.455.330/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 4/2/2015; REsp 1.259.350/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 29/8/2014; AgRg no AREsp 318.511/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/9/2013; AgRg no AREsp 268.450/ES, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25/3/2013; AREsp 531.550/SP (decisão monocrática), Rel. Ministra Assusete Magalhães, DJe 5/3/2015.

De outro, não se exige fundamentação verticalizada, como se a própria sentença de mérito devesse ser antecipada.

O questionável espírito que provocou a inserção (combate aos aludidos exageros na propositura de ACPs) fez com que a fase preliminar estatuísse contraditório prévio, demandando-se, em caso de rejeição da inicial, a devida fundamentação (LAI, art. 17, §8º). Os elementos motivadores da alteração legislativa querem fazer presumir que também o recebimento da petição inicial e a determinação de citação deverão ser embasados (LAI, art. 17, §8º). O § 9º do art. 17 da LIA estabelece que, "recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação".

No caso concreto, o julgador originário dedicou linhas suficientes ao recebimento da demanda, fato que apenas reforça a existência de indícios de ato ímprobo, que, a despeito de não conduzirem inexoravelmente a uma condenação, merecem ser investigados.

2. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC.

Superior Tribunal de Justiça

As recorrentes apontam as omissões que não se verificam no caso concreto. O acórdão recorrido aponta, ainda que em sentido contrário à pretensão deduzida:

a) (*a via utilizada*) "a via eleita poderá trazer á coletividade o resultado pretendido, estando preenchido o binômio interesse- adequação e interesse-utilidade, o que reforça a ideia de proteção ao interesse público existente na presente ação" (fl. 2287, e-STJ); "a *ratio legis* engloba o dano moral coletivo, sendo inegável a possibilidade de o Ministério Público persegui-lo em sede de ação civil pública referente a prática de ato de improbidade administrativa pelas partes envolvidas no processo" (fl. 2288, e-STJ); "não há que se falar em impossibilidade de pleitear o dano moral coletivo em sede de ação civil pública por ato ímprobo. Pelo contrário, a via eleita foi acertadamente escolhida pelo *Parquet* que irá buscar todos os fins que a lei lhe permite para ressarcir o erário, até porque a ação coletiva busca a reparação integral do dano, inclusive o moral" (fl. 2317, e-STJ);

b) (*o elemento subjetivo/legitimidade e o nexo de causalidade*) "conforme destacado no parecer da Procuradoria de Justiça, fazendo referência ao voto do conselheiro do Tribunal de Contas do Município, 'diversas foram as prorrogações, sempre beneficiando as construtoras com mais prazo e mais dinheiro'" (fl. 2294, e-STJ); "no tocante à ilegitimidade passiva dos agravantes em razão da ausência de apontamentos sobre os benefícios obtidos pelos recorrentes, entendo que foi correta a rejeição da preliminar pelo juízo *a quo*, já que o que pretende o Ministério Público é demonstrar que os agravantes obtiveram benefício com os atos praticados pelos demais réus" (fl. 2317, e-STJ).

c) (*o prejuízo*) "o benefício pode até ser indireto, o que enseja uma delimitação focada nos atos ímprobos, que possam ter refletido em benefício indevido aos agravantes" (fl. 2321, e-STJ);

d) (*as provas*) "foram demonstrados provas mínimas para fundamentar a interposição da ação coletiva em questão" (fl. 2321, e-STJ); "os autos do presente recurso possuem 11 volumes, repletos de farta documentação sobre a construção da

"Cidade da Música', como o contrato, os termos aditivo, tudo isso com valores discriminados"; "merece intenso destaque a cláusula terceira do contrato n. 34/04 (fl. 248 do recurso), firmado pela municipalidade e os agravantes, no qual o custo da obra contratada foi fixado em R\$ 77.599.584,26 (setenta e sete milhões, quinhentos e noventa e nove mil, quinhentos e oitenta e quatro reais e vinte e seis centavos). Esse era o valor da obra. Esse foi o valor que levou os recorrentes a vencer o certame licitatório. Esse era, a princípio, o teto do valor a ser gasto pela Administração Pública na construção daquele prédio" (fl. 2322, e-STJ).

Está claro, portanto, que o acórdão identificou que a conduta das recorrentes foi relevante na consecução de obra imputada como violadora de padrões éticos e morais, ocasionando desperdício de dinheiro público (fl. 2293/STJ). Presente na fundamentação a indicação do nexo de causalidade entre os aditivos e a ofensa moral à coletividade, e a qualificação dos indícios que justificam a propositura da demanda.

3. Alegações de ofensa à lei federal

3.1. Julgamento *ultra petita*

As recorrentes alegam ofensa aos arts. 512, 515 e 522 do CPC (*juízo ultra petita*). Afirmam que o acórdão não compreendeu a real abrangência da alegação de descabimento da Ação Civil Pública para reparação de danos à coletividade. Sobre o tema, verifico que, a despeito do oferecimento de Embargos, os dispositivos não foram prequestionados (Súmula 211/STJ), porquanto impertinentes e sem comando suficiente para alterar a decisão recorrida.

Acresço ser questionável a tese do desbordamento dos limites objetivos da demanda amparada na utilização de *fundamento* que, aos olhos das recorrentes, é incompatível com a solução fixada no acórdão recorrido, porquanto o objeto do processo é revelado essencialmente pelo pedido.

A questão suscitada guarda relação com a alegação de *error in iudicando* que sustenta, em contrariedade a precedentes desta Corte, segundo os quais há

interesse de agir (adequação) no ajuizamento de Ação Civil Pública pelo *Parquet* para a obtenção de indenização por danos morais coletivos, sem mais divagações sobre o destinatário da reparação (AgRg no REsp 1003126/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 10/05/2011). Cito ainda acórdão relatado pelo eminente Ministro Castro Meira, no qual se afirma que "não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal" (REsp 960.926/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 01/04/2008).

3.2. Legitimidade e nexo de causalidade

Sobre a ilegitimidade passiva e o nexo de causalidade, faço referência aos trechos do acórdão descritos no item anterior, os quais, dentro dos limites da cognição permitida para a fase processual, demonstram que as prorrogações de contrato "beneficiaram as construtoras com mais prazo e mais dinheiro".

Há fundados indícios de violação do art. 65, § 1º, da Lei de Licitações, que dispõe: "O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos".

Trata-se de critério *ope legis*, limitação absoluta e inafastável às variações de preço, insuscetível de mitigação *ope judicis*, a não ser em situações extraordinárias e anômalas.

Sabe-se ainda que, *a priori*, alterações quantitativas sujeitam-se ao padrão legal, de modo a prestigiar a *ratio* e a letra da Lei de Licitações, visando à proteção do interesse público na garantia da mais ampla transparência, livre concorrência e *seleção da proposta mais vantajosa*, nos termos do art. 3º da Lei de Licitações. Lembro que a fraude à licitação tem como consequência o chamado dano

in re ipsa, reconhecido em julgados que bem se amoldam à espécie (REsp 1.280.321/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma DJe 9.3.2012; REsp 1.190.189, Relator Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10.9.2010; STF, RE 160.381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 12.8.1994).

Identifico ainda que a LIA admite condenação com amparo em culpa e que esta Corte entende que a vasta experiência em contratações com o Poder Público (o que inegavelmente pode ser atribuído às recorrentes) justificam, em tese, a caracterização do elemento subjetivo a justificar a condenação por improbidade em hipóteses de fraude à licitação (cfr. REsp 817.921/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 06/12/2012).

Desbordar as premissas estabelecidas pelo acórdão demanda, ainda, revisão de matéria fática, vedada pela Súmula 7/STJ.

3.3. Inépcia da petição inicial

As recorrentes alegam inépcia da inicial por falta de fundamentação na definição do polo passivo, do dispositivo que justifica a propositura da demanda e da correlação da causa de pedir e do pedido.

Contudo, a leitura da inicial atribui, com alguma segurança, a relação entre a falta de previsibilidade da obra; a questionável legitimidade dos aditamentos; os benefícios indevidos percebidos pelas recorrentes; a caracterização do ato de improbidade (dentre outros motivos, pela frustração do procedimento licitatório) e o pedido de aplicação das sanções.

Acrescento que o pedido de dano moral é apenas um entre aqueles deduzidos na exordial, ao qual se somam a restituição aos cofres públicos de valores despendidos, a suspensão de direitos políticos, o pagamento de multa, a proibição de contratação com o Poder Público, todos eles consentâneos com a causa de pedir e com a LIA.

Por fim, às fls. 151-152 a petição inicial indica como fundamento da

propositura os arts. 10, VIII, XIX e XI, e 11 da LIA.

Logo, ratifico o afastamento da inépcia.

3.4. Comprovação da justa causa para a propositura da demanda

As recorrentes afirmam que não houve justa causa para a propositura da demanda. Aduzem que "não basta afirmar que há provas ou indícios que fundamentem o ajuizamento da ação, como fez o v. acórdão recorrido. Há que se identificar quais seriam esses indícios, justificando, devidamente, a instauração da ação de improbidade".

Conforme exposto acima, o acórdão afirma textualmente existirem provas mínimas para justificar a demanda, contidas nos 11 volumes de documentação, com destaque para cláusula do contrato n. 34/04, cotejada com a situação fática narrada na inicial. Tudo isso foi feito dentro de um contexto de cognição sumária e de ponderação pelo processamento da demanda (aplicação do brocardo *in dubio pro societate*).

Diante desse cenário, fica claro que a reapreciação da justa causa à luz de decisões administrativas não juntadas, de inquéritos civis não concluídos ou de informações mais ou menos consistentes esbarra na revisão de provas e de cláusulas contratuais, o que é vedado pelas Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Conclusão

Por fim, merece destaque que a Segunda Turma, em outro recurso interposto contra o mesmo acórdão, decidiu no mesmo sentido deste *decisum* no AgrRg no AREsp 177.675/RJ.

Por tudo isso, **nego provimento ao Recurso Especial, esclarecendo-se**

Superior Tribunal de Justiça

que, neste momento, não se faz nenhuma apreciação peremptória ou final acerca da matéria de fundo, ou seja, a improbidade administrativa em si mesma, o que será objeto de instrução.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2011/0255662-6 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.666.454 / RJ**

Números Origem: 00638545120098190000 20090011252785 638545120098190000

PAUTA: 27/06/2017

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A E OUTROS
ADVOGADO : ANTÔNIO DE OLIVEIRA TAVARES PAES E OUTRO(S) - RJ001646A
SOC. de ADV. : PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO - ADVOGADOS ASSOCIADOS
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
INTERES. : CESAR EPITACIO MAIA
INTERES. : EIDER RIBEIRO DANTAS FILHO E OUTROS
INTERES. : DIMENSIONAL ENGENHARIA LTDA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. **GABRIEL DE OLIVEIRA MATHIAS**, pela parte RECORRENTE: CONSTRUTORA ANDRADE GUTIERREZ S/A
PRONUNCIAMENTO ORAL DO SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, Dr. **JOSÉ ELAERES MARQUES TEIXEIRA**

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.