

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.851 - SP (2008/0009389-5)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **CBPO ENGENHARIA LTDA**
ADVOGADO : **PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A**
ADVOGADO : **GERSON ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **JOSÉ REIS DA SILVA**
ADVOGADO : **SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **PAULO GOMES MACHADO**
ADVOGADO : **ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
ADVOGADO : **REGINA MARTINS LOPES E OUTRO(S)**
INTERES. : **CARLOS ALBERTO VENTURELLI**
INTERES. : **CLIBA LTDA**
INTERES. : **AFONSO CELSO TEIXEIRA DE MORAES**
INTERES. : **ALFREDO MARIO SAVELLI**

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E PROPRIEDADE DA VIA ELEITA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – NULIDADE: INEXISTÊNCIA – LEI 8.666/93 – ART. 12 DA LEI 8.429/92 – POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DAS PENAS – FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE: SÚMULA 284/STF – VIOLAÇÃO DO ART. 458 DO CPC: INEXISTÊNCIA – OFENSA A LEI LOCAL: SÚMULA 280/STF – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO: SÚMULA 282/STF – SÚMULA 5 E 7/STJ.

1. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem indicação precisa da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.

2. Considera-se deficiente o recurso especial também quando há indicação de ofensa à lei federal sem que se justifique em que consiste a violação. Súmula 284/STF.

3. Em sede de recurso especial, a análise de violação à lei local encontra óbice na Súmula 280/STF.

4. Inviável o recurso especial articulado com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, se não demonstrada a identidade de suporte fático entre as hipóteses confrontadas.

5. Aplica-se o enunciado da Súmula 282/STF quando o Tribunal, sequer implicitamente, emite juízo de valor sobre tese trazida no especial.

6. Descabida a análise de questão suscitada no recurso especial quando a constatação de ofensa à lei federal depender do reexame do contexto fático-probatório e de revisão de cláusulas contratuais. Súmulas 5 e 7/STJ.

7. Inexiste óbice a que o magistrado, ao proferir sua decisão, acolha os argumentos de uma das partes ou de outros julgados, adotando fundamentação que lhe pareceu adequada. O que importa em nulidade, por ofensa ao art. 458 do CPC, é a absoluta ausência de fundamentação.

8. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, sendo perfeitamente

Superior Tribunal de Justiça

possível a cumulação com pedido de reparação de danos causados ao erário.

9. Inexiste cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide, se desnecessária a realização de prova pericial.

10. Hipótese dos autos em que o edital do certame foi elaborado antes e o contrato assinado pelas empresas, sem ressalvas, após o advento do Plano Real. Inviável a alegação de que são legais os aditamentos por se tratar de circunstâncias supervenientes e desconhecidas, até porque não ficou demonstrado em momento algum, segundo abstraído nas instâncias ordinárias, que os aditamentos - para modificação da forma de pagamento e da alteração do objeto - tiveram como justificativa os supostos prejuízos decorrentes do Plano Real.

11. Pretensão de modificação da forma de pagamento que não encontra justificativa no fato de que as despesas com salários e encargos se concentravam na primeira quinzena do mês. Circunstância que não adveio do Plano Real.

12. Ofensa a dispositivos da Lei 8.666/93 que se afasta.

13. Os limites de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93 aplicam-se tanto para as hipóteses da alínea "a", quanto da alínea "b" do inciso I do mesmo dispositivo legal. Ademais, se os aditivos são inválidos porque não houve alteração nas condições econômicas envolvidas na execução dos serviços e a inclusão de serviços extras foi ilegal, desimportante que tenha sido obedecido ou não o limite de 25%.

14. Acórdão recorrido que analisou individualmente a situação dos réus e, por isso, não contrariou o art. 12 da Lei 8.429/92.

15. É possível a cumulação das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, cabendo a magistrado a dosimetria, que não pode ser revista por esta Corte em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

16. Recursos especiais conhecidos em parte e, nessa parte, não providos.

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, conheceu em parte dos recursos e, nessa parte, negou-lhes provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Dr(a). PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE, pela parte RECORRENTE: CBPO ENGENHARIA LTDA

Dr(a). ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO, pela parte RECORRENTE: PAULO GOMES MACHADO.

Brasília-DF, 12 de agosto de 2008(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora

RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.851 - SP (2008/0009389-5)

RECORRENTE : CBPO ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)
RECORRENTE : CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A
ADVOGADO : GERSON ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTRO(S)
RECORRENTE : JOSÉ REIS DA SILVA
ADVOGADO : SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL E OUTRO(S)
RECORRENTE : PAULO GOMES MACHADO
ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : REGINA MARTINS LOPES E OUTRO(S)
INTERES. : CARLOS ALBERTO VENTURELLI
INTERES. : CLIBA LTDA
INTERES. : AFONSO CELSO TEIXEIRA DE MORAES
INTERES. : ALFREDO MARIO SAVELLI

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: - Trata-se de recursos especiais interpostos contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (fl. 3.748):

Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa.
Agravo Retido - Valor da causa - Determinante é o valor perseguido (art. 259, IV, do CPC) - Agravo improvido.
Condições da ação e pressupostos processuais preenchidos - Inexistência de incompatibilidade de ações - Legitimidade do Ministério Público - Interesse de agir - Ilegalidade e nulidade dos aditamentos - Contrariedade à lei que não gera efeito jurídico - Patente a improbidade administrativa (conduta, dano e nexo causal) - Cabimento da aplicação de sanções à pessoa jurídica - Penas bem fixadas - Litigância de má-fé do Ministério Público inexistente - Sentença mantida - Recursos improvidos.

A CBPO ENGENHARIA LTDA. e a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, com amparo na alínea "a" do permissivo constitucional, apontam contrariedade a diversos dispositivos legais, cujas teses podem ser assim resumidas:

1) arts. 267, VI, do CPC - o Ministério Público não é parte legítima para propor ação civil com o objetivo de recuperar eventuais danos em nome da Prefeitura Municipal, que pode demandar em juízo em nome próprio; o art. 129, III, da Constituição e os arts. 17 da Lei 8.429/92 e 1º da Lei 7.347/85 não autorizam a Promotoria Pública a defender interesse que esteja fora daqueles enquadráveis como difusos e coletivos; nesse sentido, invoca precedentes do STJ no REsp 34.980/SP e do próprio Tribunal de origem;

Superior Tribunal de Justiça

2) arts. 267, I e IV e 295, parágrafo único, II e IV, do CPC - é inadequada a via processual eleita porque cabível, na hipótese, a ação popular, de acordo com o art. 1º da Lei 4.717/65, já que se pretende anular atos jurídicos praticados entre a Municipalidade e sua prestadora de serviço público - o recorrido é, pois, carecedor de ação, em virtude da inegável ausência de interesse de agir por inadequação da via eleita; não é possível converter a ação civil pública em ação popular por incompatibilidade de procedimentos; além disso, é inepta a petição inicial por impossibilidade de cumulação dos pedidos e dos ritos;

3) arts. 330, I, 332, 420 e 427, todos do CPC - as decisões de primeiro e segundo graus são nulas pois firmadas em infundados elementos colacionados pelo autor, restringindo a aplicação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório; dada a complexidade da causa, afigura-se patente não se tratar de hipótese de julgamento antecipado da lide; necessária a instrução do feito, com a produção de prova pericial, para provar o aditamento contratual não superou o limite 25%, cálculo que se apresenta extremamente complexo; o mesmo ocorre com a verificação dos alegados prejuízos da Municipalidade quando da fixação da data para pagamento;

4) art. 458, II e III, do CPC - o acórdão recorrido, ao manter a sentença escorando-se exclusivamente nas contra-razões de apelação apresentada pelo Ministério Público, é nulo por ausência de fundamentação;

5) 40, XIV, "a" e "c", 55, III, 57, II, 65, II, "c" e "d", todos da Lei 8.666/93 e art. 81, II, "c", da Lei Municipal 10.544/88 - os contratos de serviços de limpeza pública são *sui generis* e não podem sofrer solução de continuidade; o contrato originário foi firmado com base em propostas de preço à vista, não se incluindo qualquer expectativa inflacionária, mas, com o advento do Plano Real, quando se proibiu nos contratos qualquer previsão de atualização financeira, a realidade mudou, e o pagamento dos serviços realizados somente após o decurso de trinta dias tornaria a manutenção do ajuste extremamente onerosa para as contratadas (o Plano Real surgiu após a elaboração do edital mas antes do início do contrato); além disso, as despesas com salários e encargos encontravam-se concentrada na primeira quinzena do mês; legítimo, portanto, com fundamento no art. 81, II, "c", da Lei Municipal 10.544/88 e no art. 65, II, "c", da Lei 8.666/93, o Segundo Aditamento Contratual para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da avença;

6) arts. 24, IV e 65, I, "a", da Lei 8.666/93 - os serviços de varrição de passeios e calçadas e de limpeza de ruas logo após a realização de feiras livres atendeu ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório; explica que o edital foi elaborado em 1993, quando

Superior Tribunal de Justiça

estava em vigor a Lei Municipal 10.315/87, que responsabilizava os proprietários de cada imóvel pela varrição das calçadas e pelo acondicionamento dos detritos para posterior coleta, o mesmo ocorrendo com os feirantes, a quem cabia a varrição das ruas logo após cada evento; por isso, não foi necessário constar tais serviços do edital; como a população não estava cumprindo a referida lei, foi preciso prestar o serviço e como não seria razoável ter duas empresas prestando o mesmo tipo de serviço, a Prefeitura alterou as especificações do contrato para determinar a varrição das calçadas, calçadões e feiras livres; a Lei 8.666/93 não impõe limitações para mudança qualitativa dos serviços e os limites dos §§ 1º e 2º do art. 65 da referida lei não se aplicam na hipótese de alteração do contrato com fundamento na letra "a" do inciso I do mesmo artigo, mas apenas para a hipótese da letra "b"; é possível a alteração qualitativa dos serviços desde que não haja alteração no objeto do contrato, o que foi observado na hipótese dos autos (quanto à sua essência); o art. 65, § 1º da Lei 8.666/93 não se aplica aos contratos administrativos de tempo (que se encerram pelo decurso do prazo) porque mais suscetíveis a adequações técnicas e alterações de circunstâncias variadas que exigem a substancial adaptação do conteúdo do contrato; o Prefeito formulou consulta ao Tribunal de Contas do Município, que se manifestou no sentido da inaplicabilidade do limite estabelecido no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93;

7) arts. 10, II, "b", 6º, VIII, "a" e 57, II, todos da Lei 8.666/93 - o acórdão, indevidamente, considerou o contrato atípico de serviços contínuos de limpeza pública, que são remunerados através de preços unitários e firmados por tempo determinado, como um contrato de objeto e não como um contrato de tempo, como deveria.

Subsidiariamente, alegam ofensa ao art. 535 do CPC, caso não conhecido o especial por falta de prequestionamento.

Com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, JOSÉ REIS DA SILVA, por sua vez, reputa violados os seguintes dispositivos legais:

1) arts. 458 e 535, II, do CPC - o acórdão deixou de se manifestar sobre inúmeras alegações feitas pelo recorrente, utilizando-se quase que exclusivamente da transcrição de Parecer da Procuradoria de Justiça para fundamentar as razões da decisão, o que não se apresenta suficiente;

2) art. 6º do CPC - o Ministério Público não está autorizado a representar entidade pública em juízo; somente tem legitimidade para pleitear direitos em juízo em nome de terceiros nos casos de interesses difusos e coletivos e, em se tratando de direitos individuais, apenas aqueles que são indisponíveis para o indivíduo; a atuação do *Parquet* é, pois, restrita,

Superior Tribunal de Justiça

sendo vedada sua atuação para fins de consultoria ou representação judicial de entidades públicas; trata-se, na hipótese, de direitos patrimoniais supostamente lesados, ou seja, direito individual disponível;

3) arts. 130 e 333, I, do CPC - descabido o julgamento antecipado da lide por não se tratar de matéria exclusivamente de direito; o recorrente foi impedido de demonstrar a veracidade de suas alegações, sendo desrespeitado o princípio da ampla defesa;

4) art. 65 da Lei 8.666/93 - tal dispositivo (regra geral) foi incorretamente aplicado pois há regra mais específica: o art. 81 da Lei Municipal 10.544/88, que dispõe sobre a realização e celebração de contratos administrativos pela Municipalidade de São Paulo; deve prevalecer a regra municipal em obediência ao princípio da autonomia municipal, insculpido no art. 18 da Constituição Federal; se esse não for o entendimento, deve-se reconhecer que a vedação legal de elevação do valor contratual superior a 25% do valor original (art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93) não se aplica no caso da alínea "a" do inciso I do mesmo artigo;

5) art. 5º da Lei 8.429/92 - para que o agente público possa ser responsabilizado por ato supostamente lesivo necessária a comprovação de que o tenha praticado com dolo ou com culpa, o que não restou provado; também não se especificou qual teria o suposto benefício atribuído ao recorrente;

6) art. 12 da Lei 8.429/92 - o acórdão recorrido não levou em consideração a boa-fé e a boa conduta do recorrente durante o período em que prestou serviços, sendo injusta a condenação; o recorrente foi responsável pela assinatura de apenas dois aditamentos contratuais impugnados pelo MP, os quais não elevaram o valor do contrato acima do permitido em lei, nem tampouco incluíram serviços não contratados que configurassem fraude ao procedimento licitatório; no primeiro aditamento, além de absolutamente legal e regular, tinha a prévia aprovação do Tribunal de Contas do Município, de caráter obrigatório e vinculante para a Administração e, em relação segundo, esse resultou em diminuição do valor contratual, não podendo cogitar de suposto prejuízo ao erário; o acórdão manteve condenação idêntica para todos os réus, sem que houvesse individualização das condutas de cada um e sem que fossem respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação da pena; além disso, não houve demonstração da extensão do suposto dano causado à Administração ou comprovação de proveito patrimonial; a cumulação de sanções mostra-se absolutamente excessiva.

O recurso especial de PAULO GOMES MACHADO foi interposto com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Superior Tribunal de Justiça

Afirma o recorrente, de início, que a contratação era de R\$ 82.064.413,62 (oitenta e dois milhões, sessenta e quatro mil, quatrocentos e treze reais e sessenta e dois centavos) e que assinou aditamentos até o valor de R\$ 101.526.689,19 (cento e um milhões, quinhentos e vinte e seis mil, oitocentos e nove reais e dezenove centavos), ou seja, aproximadamente 23% (vinte e três por cento) do valor inicial e, por isso, não poderia ter sido condenado por improbidade administrativa.

Indica, além de dissídio jurisprudencial, ofensa aos seguintes dispositivos legais:

1) arts. 3º e 267, VI, do CPC - o Ministério Público é parte ilegítima para defender os interesses de entes da Administração Pública; não se trata de direitos difusos e coletivos;

2) art. 10, VIII e IX, da Lei 8.429/92 - a responsabilização dos entes da Administração depende da comprovação de culpa ou dolo, sendo clara a necessidade de observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa; o recorrente não poderia ter sido condenado por ato de improbidade sem a verificação da culpabilidade na sua conduta; a prova dos autos demonstra a legalidade de sua conduta; é fato incontroverso que todos os aditamentos foram feitos após pareceres favoráveis dos setores técnico e jurídico; o recorrente tomou todas as cautelas do bom administrador público para firmar os aditamentos contratuais e cumpriu as ordens emanadas do Secretário de Serviços e Obras; acatou ordem legítima de seu superior hierárquico; o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa não é punir o administrador incompetente, mas aquele que pratica os atos ilícitos, desleais e desonestos; o Tribunal de Contas do Município de São Paulo considerou sua conduta legal e proba;

3) art. 12, V, da Lei 8.429/92;

4) art. 65 da Lei 8.666/93 - os aditamentos assinados pelo recorrente não superaram o teto legal de 25%, limite que não se aplica à hipótese da alínea "a" do inciso I do art. 65 da Lei 8.666/93; as alterações contratuais referiam-se a modificações no projeto buscando uma melhor adequação técnica, obedecida a natureza contratual e a primazia do interesse da Administração Pública;

5) art. 65, II, "c", da Lei 8.666/93 - de acordo com o edital, o pagamento deveria ocorrer até 30 (trinta) dias, mas a partir, no máximo, do oitavo dia (último dia para aferição), o valor devido passaria a ser reajustado financeiramente; os preços do orçamento foram compostos pelo Departamento de Limpeza Urbana com data-base no mês de outubro de 1993 (subitem 13.2.4.1 do edital); nessas condições os interessados participaram da licitação; entretanto, com o advento do Plano Real, no momento da celebração do contrato, já estava em vigor as Portarias

Superior Tribunal de Justiça

SF 40/94 (expedida em atenção à MP 429/94, que alterou os dispositivos da Lei 8.666/93) e 104/94, de forma que o prazo de pagamento seria de 30 (trinta) dias, a contar da data final do período de adimplemento de cada parcela ou do objeto do contrato, no caso de pagamento único, restando proibido o pagamento de qualquer atualização ou compensação financeira; com a finalidade de não atrasar ou inviabilizar a licitação, os preços foram mantidos pelas licitantes vencedoras, não tendo sido embutido qualquer encargo financeiro no valor, considerando-o como preço à vista; apesar do certame ter-se iniciado em novembro/1993, o contrato somente foi celebrado em 13/04/1995; a forma de pagamento trouxe ônus excessivo às pessoas jurídicas réus, na medida em que, grande parte das despesas são concentradas na primeira quinzena do mês (encargos trabalhistas, benefícios, vale-transporte e tributos), além do que 40% da quantia referente a salários dos trabalhadores de limpeza urbana são pagos no dia 20 (vinte) do próprio mês de execução dos serviços a título de adiantamento e os 60% restantes até o 5º dia do mês subsequente; evidente, pois, o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato; a lei federal, bem assim a legislação do Município de São Paulo, prevêem a possibilidade de alteração da forma de pagamento diante da ocorrência de fator superveniente (no caso, o Plano Real); o Ministério Público não demonstrou quais os danos causados ao erário com a alteração da forma de pagamento; se os serviços incluídos através de contratos aditivos eram da mesma natureza do objeto da concorrência realizada e visavam a complementação dos serviços, desnecessária a realização de nova licitação;

6) art. 12 da Lei 8.429/92 - todos os réus foram condenados por ato de improbidade de forma solidária, sem acenar o acórdão recorrido para a natureza e culpabilidade da conduta de cada um, bem como suas capacidades econômicas e ainda aos eventuais danos causados ao erário; foram descumpridos os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quanto à aplicação da pena; nesse ponto, traz o recorrente doutrina acerca da observância dos critérios relativos à natureza, à gravidade, aos danos efetivamente causados ao erário, bem como à capacidade do agente no momento da fixação da pena por ato de improbidade administrativa;

7) arts. 293 e 460 do CPC - houve julgamento *ultra petita*; o pedido do Ministério Público limitou-se à condenação dos prejuízos oriundos dos aditamentos subscritos pelo recorrente e não mencionou qualquer efeito reflexo; o recorrente foi condenado também em relação aos aditamentos que não subscreveu; e

8) art. 610 do CPC.

Sustenta, ainda, que a má-fé não se presume, devendo ser comprovada; que a declaração de nulidade de contrato por decisão judicial não caracteriza improbidade

Superior Tribunal de Justiça

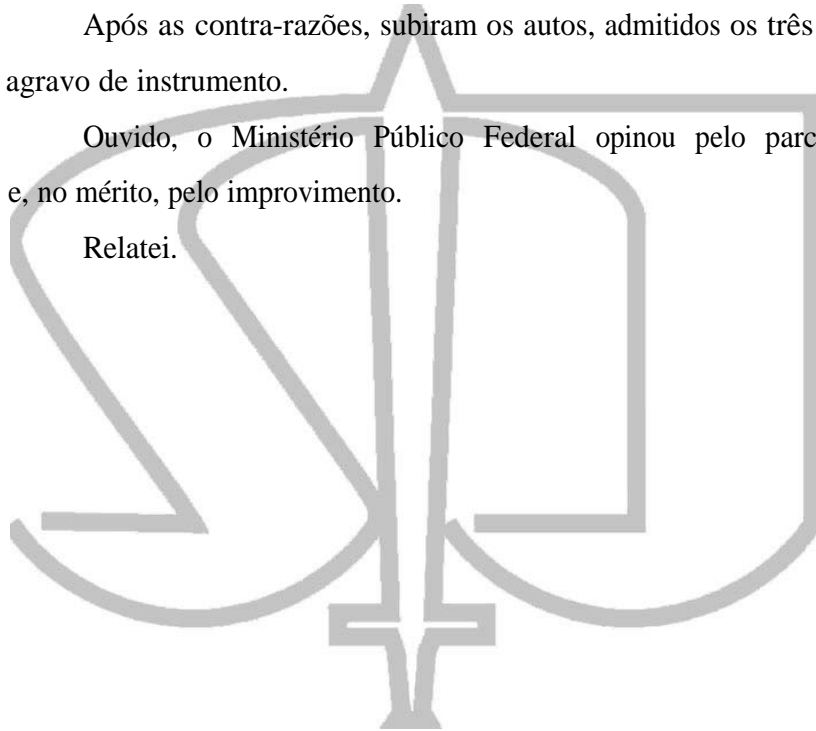
administrativa, sendo necessária a verificação da culpabilidade na conduta. Partindo dessas premissas, para configurar o dissídio, colaciona o recorrente precedente desta Corte no REsp 213.994/MG, no qual o STJ entendeu que, não havendo enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário, apesar da inabilidade do administrador público, não cabem as punições da Lei de Improbidade Administrativa.

Alega que o acórdão recorrido, diferentemente, inobstante a ausência de ilegalidade na conduta do recorrente e a ausência de danos aos administrados, entendeu pela inadequada punição do mesmo. Daí a divergência.

Após as contra-razões, subiram os autos, admitidos os três recursos especiais por força de agravo de instrumento.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pelo parcial conhecimento dos recursos e, no mérito, pelo improvimento.

Relatei.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.851 - SP (2008/0009389-5)

RELATORA : **MINISTRA ELIANA CALMON**
RECORRENTE : **CBPO ENGENHARIA LTDA**
ADVOGADO : **PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A**
ADVOGADO : **GERSON ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **JOSÉ REIS DA SILVA**
ADVOGADO : **SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **PAULO GOMES MACHADO**
ADVOGADO : **ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
ADVOGADO : **REGINA MARTINS LOPES E OUTRO(S)**
INTERES. : **CARLOS ALBERTO VENTURELLI**
INTERES. : **CLIBA LTDA**
INTERES. : **AFONSO CELSO TEIXEIRA DE MORAES**
INTERES. : **ALFREDO MARIO SAVELLI**

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA): -
Verifico que os recursos especiais da CBPO ENGENHARIA LTDA. e da CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A e de JOSÉ REIS DA SILVA encontram-se deficientemente fundamentados na parte que alegam contrariedade ao art. 535 do CPC. Os recorrentes não apresentaram, com clareza e objetividade, quais os fatos que amparam a suposta violação. Limitaram-se a fazer alegações genéricas sobre a existência de defeito na prestação jurisdicional, sem contudo indicar precisamente em que consiste a omissão, contradição ou obscuridade. Dessa forma, aplico o teor da Súmula 284/STF.

O mesmo ocorre quanto à alegação de ofensa aos arts. 610 do CPC e 12, V, da Lei 8.429/92 constante do recurso especial de PAULO GOMES MACHADO, que deixou de justificar em que consistia a violação.

Deixo de analisar a indicada ofensa ao art. 81, II, "c", da Lei Municipal 10.544/88, trazida no primeiro recurso especial, porque descabe ao STJ analisar, em sede de recurso especial, violação a dispositivo de lei local (Súmula 280/STJ).

Por outro lado, não merece conhecimento o recurso especial do mesmo recorrente, PAULO GOMES MACHADO, na parte relativa ao dissídio jurisprudencial. Não basta a comparação feita às fls. 4.291, demonstrando que o objeto da ação, em ambos os acórdãos confrontados, é a reparação de danos, que o fundamento é a improbidade administrativa

e que a divergência reside na conclusão de que os atos praticados no acórdão recorrido são passíveis da sanção de que trata a Lei 8.429/92, enquanto que, no acórdão paradigma, concluiu-se em sentido contrário. Na interposição do recurso especial pela alínea "c", é indispensável a demonstração da absoluta similitude fática entre acórdãos confrontados, o que não ocorreu na hipótese dos autos, restando desatendido o disposto no art. 255 do RISTJ.

Passo, pois, a analisar as demais questões, separando-as por tópicos:

I - ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA:

a) ofensa aos arts. 3º, 6º 267, VI, do CPC - todos os recorrentes alegam que o Ministério Público não é parte legítima para propor ação civil pública com o objetivo de recuperar eventuais danos causados à Prefeitura Municipal de São Paulo, que tem legitimidade para demandar em juízo em nome próprio; o MP somente tem legitimidade para defender em juízo direitos de terceiros nos casos de interesses difusos e coletivos e, em se tratando de direitos individuais, apenas os indisponíveis; na hipótese, trata-se de direitos patrimoniais disponíveis; e

b) contrariedade aos arts. 267, I e IV e 295, parágrafo único, II e IV, do CPC - a CBPO e a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A sustentam a inadequação da via processual eleita porque cabível, na hipótese, a ação popular, de acordo com o art. 1º da Lei 4.717/65, já que se pretende anular atos jurídicos praticados entre a Municipalidade e sua prestadora de serviço público; o recorrido é, pois, carecedor de ação, em virtude da inegável ausência de interesse de agir por inadequação da via eleita; não é possível converter a ação civil pública em ação popular por incompatibilidade de procedimentos; além disso, é inepta a petição inicial por impossibilidade de cumulação dos pedidos e dos ritos.

O TJ/SP afastou a alegação de ilegitimidade do Ministério Público e de falta de interesse de agir por inadequação da via eleita.

Após transcrever o teor do art. 17 da Lei 8.429/92 e dos arts. 127 e 129 da CF/88, concluiu que cabe ao Ministério Público a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, o que pode ser exercitado com fundamento na Lei 7.347/85 ou na Lei 8.429/92.

E continua (fls. 3.764/3.766):

De igual maneira o pretense afastamento da legitimação do Ministério Público por substituição processual vedada em lei.

Mas, como bem ponderou, também, o ilustre Procurador de Justiça oficiante:

"a legitimação constitucional do Ministério Público para

o exercício das ações visando à defesa dos interesses meta-individuais e do patrimônio público, ao contrário do que ocorre em relação a ação penal, não é privativa e sim concorrente e disjuntiva, conforme expressamente disposto no § 1º, do artigo 129, da Constituição Federal e artigos 5º da Lei 7.347/85 e 16 e 17 da Lei 8.429/92.

Depois de estabelecer que a ação principal será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, o § 2º do artigo 17 da Lei 8.429/92 confirma a regra disposto que "*A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessários à complementação do ressarcimento do patrimônio público*". (sic)

É exatamente porque o Ministério Público não representa a Fazenda Pública que esta, como co-legitimada, poderá complementar o ressarcimento do patrimônio público através das ações necessárias!

Por derradeiro, a norma contida no § 3º do artigo 17 da Lei 8.429/92, com redação que lhe foi dada pela Lei 9.366, de 17 de dezembro de 1996, determinando a aplicação da norma prevista no art. 6º, § 3º, da Lei da Ação Popular, só vem confirmar o que vem sendo dito, pois a *pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato está sendo objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido ou poderá atuar ao lado do autor*" (fls. 3.504/3.505)

O Tribunal também deixou consignado às fls. 3.761/3.763, *verbis*:

A petição inicial não é inepta pois como bem decidiu o MM. Juiz "a quo":

"De efeito, no que condiz com a alegada inépcia da petição inicial, resta evidente que não incide a peça inicial nesse defeito de forma. Muito pelo contrário, a petição inicial é de clareza absoluta, descrevendo minuciosamente os atos impugnados de cada um dos réus, de forma que não resta dúvida razoável da conduta que se atribui a cada um dos suplicados e as conseqüências que entende o autor devam advir para cada um deles, à luz do ordenamento jurídico pertinente" (fls. 2.995).

(...)

No que se refere à impossibilidade de cumulação de pedidos e ritos, o ordenamento jurídico expressamente prevê a possibilidade de cumulação de ação civil pública com reparatória por ato de improbidade administrativa ou pedidos incompatíveis entre si pois:

"A improbidade administrativa, de fato, uma vez reconhecida, há de ensejar, como regra, a nulidade absoluta do ato administrativo, com efeitos ex tunc e demais consectários, dada a natureza significativa e grave da ilicitude. Nesse caso, fala-se na improbidade administrativa em qualquer de suas modalidades: enriquecimento ilícito, dano ao erário ou violação aos princípios" (in Improbidade Administrativa - observações sobre a Lei 8.429/92, Fábio Medina Osório, Porto Alegre, Síntese, 1998, p. 132).

(...)

No que diz respeito à tese de que a ação civil pública não é meio idôneo para alcançar a pretensão do *parquet*, por não discutir proteção a direitos difusos e coletivos, ao contrário do que argumentam os recorrentes, entendo que esse tipo de ação é o meio processual

Superior Tribunal de Justiça

cabível, pois ajuizada para defender o patrimônio público. Senão vejamos:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

A Lei n. 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa - nada dispõe sobre a ação que deverá ser intentada para se buscar a responsabilização do agente, disciplinando que é passível de inquérito judicial, ação ordinária civil principal, declaração de indisponibilidade de bens e ação penal, havendo a determinação de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no art. 16 da referida lei.

O legislador constituinte, por sua vez, ao dispor no inciso III do art. 129 da CF/88 que compete ao Ministério Público a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, nada mais fez que determinar a aplicação simultânea dos dois diplomas legais (Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública e Lei 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa):

"Veja-se que o Constituinte de 1988 quebrou o sistema anterior, no qual as ações civis públicas eram conferidas ao Ministério Público caso a caso, por leis expressas, ampliando tal titularidade, destinando a ação civil pública, agora, à proteção do patrimônio público e social, e de outros interesses coletivos e difusos, consagrando-se norma de extensão na própria Lei 7.347/85.

Não procede, pois, eventual alegação de que a ação civil pública da Lei n. 8.429/92 seria absolutamente incompatível com o alcance da Lei n. 7.347/85, porquanto esta última contém cláusula que permite sua utilização para defesa do patrimônio público *lato sensu*" (Fábio Medina Osório, *Improbidade Administrativa - observações sobre a lei 8.429/92*, 2º ed., Editora Síntese, Porto Alegre/RS, pág. 233 e 234).

Esta Corte tem entendido ser perfeitamente cabível esta espécie de ação, regulada pela Lei 7.347/85, e legítimo o Ministério Público para pedir reparação de danos causados ao erário pelos atos de improbidade administrativa, tipificados na Lei 8.429/92, de forma que se apresenta de absoluta correção o acórdão impugnado, em sintonia com a posição deste Tribunal, refletida nos julgados que destaco:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EX-PREFEITO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. COGNIÇÃO DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. O Ministério Público está legitimado à propositura da ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do patrimônio público, com supedâneo no art. 1.º, inciso IV, da Lei n.º 7.347/85, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil

Superior Tribunal de Justiça

pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social (Precedentes: REsp n.º 686.993/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25/05/2006; REsp n.º 815.332/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08/05/2006; e REsp n.º 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30/05/2005)

(...)

11. Recurso especial parcialmente provido para afastar a condenação imposta à parte, ora recorrente.

(REsp 861.566/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25.03.2008, DJ 23.04.2008 p. 1)

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS. POSSIBILIDADE. DISPENSA DE LICITAÇÃO. CASO DE EMERGÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7.

1. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública que vise aplicar as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

2. A ação civil pública é meio processual adequado para buscar a responsabilização do agente público nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, sendo também possível a cumulação de pedidos.

(...)

5. Recurso especial do Parquet não conhecido e recurso especial de Nei Eduardo Serra conhecido em parte e não provido.

(REsp 944.295/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04.09.2007, DJ 18.09.2007 p. 291)

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SÚMULAS 282, 284/STF E 7/STJ – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL – LEI 8.429/92 – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOTIVADA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MARINGÁ – HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO.

(...)

4. Na ação civil por ato de improbidade, quando o autor é o Ministério Público, pode o município figurar, no pólo ativo, como litisconsorte facultativo (art. 17, § 3º, da Lei 8.429/92, com a redação da Lei 9.366/96), não sendo o caso de litisconsórcio necessário.

5. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando reparar danos ao erário causados por ato de improbidade praticado por prefeito.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp 737.972/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26.06.2007, DJ 03.08.2007 p. 330)

PROCESSUAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (L. 8.429/92) - ARRESTO DE BENS - MEDIDA CAUTELAR - ADOÇÃO NOS AUTOS DO PROCESSO PRINCIPAL - L. 7.347/85, ART. 12.

1. O Ministério Público tem legitimidade para o exercício de ação civil pública (L. 7.347/85), visando reparação de danos ao erário causados por atos de improbidade administrativa tipificados na Lei 8.429/92.

2. A teor da Lei 7.347/85 (art. 12), o arresto de bens pertencentes a pessoas acusadas de improbidade, pode ser ordenado nos autos do processo principal.

(REsp 199.478/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.03.2000, DJ 08.05.2000 p. 61)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INDISPONIBILIDADE DE BENS.

I - "O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor ação civil pública visando o ressarcimento de danos causados ao patrimônio público por prefeito municipal." (REsp 159231/Humberto)

II - A indisponibilidade patrimonial, na ação civil pública para ressarcimento de dano ao Erário deve atingir bens na medida em que bastam à garantia da indenização.

(REsp 226.863/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.03.2000, DJ 04.09.2000 p. 123)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 127 E 129, III. LEI 7.347/85 (ARTS. 1º, IV, 3º, II, E 13). LEI 8.429/92 (ART. 17). LEI 8.625/93 (ARTS. 25 E 26).

1. Dano ao erário municipal afeta o interesse coletivo, legitimando o Ministério Público para promover o inquérito civil e ação civil pública objetivando a defesa do patrimônio público. A Constituição Federal (art. 129, III) ampliou a legitimação ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública na defesa dos interesses coletivos.

2. Precedentes jurisprudenciais.

3. Recurso não provido.

(REsp 154.128/SC, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Rel. p/ Acórdão Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11.05.1998, DJ 18.12.1998 p. 294)

II - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO: - violação do art. 458, II e III do CPC - a CBPO e a CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, bem assim o recorrente JOSÉ REIS DA SILVA afirmam ser carente de fundamentação o acórdão recorrido, ao manter a sentença escorando-se exclusivamente nas contra-razões de apelação apresentada pelo Ministério Público; concluem ser nulo o julgado.

Não têm razão. É perfeitamente possível que o magistrado, ao proferir sua decisão, acolha os argumentos de uma das partes, de outros julgados ou de parecer do Ministério Público, adotando-os como fundamentação. O que importa em nulidade é a ausência de fundamentação, hipótese não ocorrida neste processo.

Inexiste violação do art. 458 do CPC se o Tribunal *a quo*, para resolver a controvérsia, analisa suficientemente a questão, adotando fundamentação que lhe pareceu adequada.

III - NULIDADE DO JULGADO POR CERCEAMENTO DE DEFESA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE: ofensa aos arts. 130, 330, I, 333, I, 332, 420 e 427, todos do CPC - nos dois primeiros recursos especiais, alegam os recorrentes que, com o julgamento antecipado da lide, foram violados os princípios constitucionais da ampla defesa e do

Superior Tribunal de Justiça

contraditório; necessária a instrução do feito, com a produção de prova pericial para provar que o aditamento contratual não superou o limite de 25% (cálculo que se apresenta extremamente complexo), o mesmo ocorrendo com a verificação dos alegados prejuízos da Municipalidade quando da fixação da data para pagamento.

Nesse ponto, o Tribunal de origem afirmou (fl. 3.760/3.762):

3. Foi realizado procedimento licitatório, pela Prefeitura do Município de São Paulo, na modalidade concorrência pública para contratar a "execução dos serviços de limpeza de vias e logradouros públicos, coleta e transporte de resíduos domiciliares, de varrição e de feiras livres e de todos aqueles resultantes dos serviços de limpeza nas áreas e vias existentes nas Administrações Regionais que compõem os Agrupamentos, pertencentes ao Município de São Paulo".

Adjudicado o objeto licitatório à empresa Norberto Odebrecht S/A, foram celebrados quinze termos de aditamento, tidos por ilegais no que diz respeito às condições de pagamento; inclusão de serviços não contratados elevando o valor ajustado; elevação do contrato, desconforme com o edital e a lei de regência; ultrapassagem do limite determinado na Lei nº 8.666/93, fixado em 25%, desde que haja justificação jurídica, tornando ilegal os aditivos, tudo a demonstrar a prática de atos de improbidade administrativa com proveito patrimonial e dano ao erário municipal.

4. Inexiste o alegado cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide. Aplicou-se a norma contida no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Assim, decisão do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

Tanto é assim que proporcionou a todos os réus a mais ampla defesa, afastada a presunção de responsabilidade solidária ante o que dispõe o artigo 1518 do Código Civil que prevê a solidariedade na obrigação por atos ilícitos.

Não vislumbro nulidade do julgado por cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide. Primeiro porque desnecessária a realização de prova pericial para verificação de que se ultrapassou ou não o limite dos 25%. Perfeitamente possível tal análise a partir da comparação entre o valor inicial do contrato e o valor final, após os aditivos, como bem demonstrou o Tribunal de origem, quando adotou como fundamentação os argumento do Procurador de Justiça oficiante (fls. 3.789/3.790):

Por meio dos sucessivos aditamentos ao contrato, elevou-se, paulatinamente, o valor da contratação, sendo que, até o aditivo de nº 15º, o valor sofreu um aumento abusivo de R\$ 82.064.413,62 para R\$ 162.799.653,57. Isto representou um acréscimo na ordem de 93,38% do valor original, em inequívoco desrespeito ao comando insculpido nos §§ 1º e 2º do artigo 65 da supracitada lei.

Enfim, Excelências, o aumento acima de 25% é inequívoco; está plenamente documentado e não foi objeto de contestação.

Por outro lado, observo que o Tribunal não analisou a preliminar a partir da alegação da necessidade de prova para verificação dos alegados prejuízos da Municipalidade quando da fixação da data para pagamento. Nesse ponto, entendo que não houve o devido

prequestionamento e, por isso, deixo de analisá-lo em atenção à Súmula 282/STF.

Por fim, o Tribunal foi categórico em afirmar ter sido observado o princípio da ampla defesa para todos os réus. Nessas circunstâncias, a constatação em sentido contrário implicaria em reexame do contexto fático-probatório, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

IV - JULGAMENTO ULTRA PETITA: negativa de vigência aos arts. 293 e 460 do CPC - o recorrente PAULO GOMES MACHADO afirma que o pedido do Ministério Público limitou-se à condenação dos prejuízos oriundos dos aditamentos subscritos pelo recorrente e não mencionou qualquer efeito reflexo e ele, recorrente, foi indevidamente condenado também em relação aos aditamentos que não subscreveu.

Embora o TJ/SP não tenha se pronunciado explicitamente sobre a alegação de julgamento *ultra petita*, quando analisou a afirmação de litigância de má-fé do Ministério Público, deixou claro (fls. 3.805/3.806):

Descabido, por todo o exposto, o pleito de condenação do Ministério Público por litigância de má-fé pois "a ilegalidade apontada na inicial é indiscutível e está comprovada nos autos.

Os fatos vêm descritos de modo claro e honesto, sem interesse em induzir o Poder Judiciário a qualquer erro, tendo havido, até cautela excessiva, já que somente são réus aqueles que subscreveram os aditivos ilegais" (fl. 3.546) "... Cumpre notar que o pedido formulado na inicial teve a cautela de incluir no pólo passivo da ação, somente os agentes públicos e as empresas que subscreveram os aditivos legais, deixando para outra investigação, ainda em curso, a apuração da responsabilidade por omissão dos demais funcionários ou autoridades públicas.

Outra cautela do *Parquet* pode ser observada: os pedidos de ressarcimento ao erário não deixam dúvidas de que a responsabilidade advém somente daqueles aditamentos subscritos por cada co-réu (ora apelante). Daí as pertinentes ressalvas: 'respectivamente aos aditamentos que subscreveram' (fl. 34 e 35 da inicial) e 'com relação aos termos do aditamento que subscreveram, na qualidade de diretores do Limpurb' (fl. 36 da inicial)" (fls. 3.546/3.547).

A partir das premissas abstraídas pelo Tribunal de origem, pode-se concluir que não houve julgamento *ultra petita* e, portanto, não houve violação dos arts. 293 e 460 do CPC.

V - MÉRITO: negativa de vigência aos arts. 6º, VIII, "a"; 10, II, "b"; 24, IV; 40, XIV, "a" e "c"; 55, III; 57, II; 65, I, "a", II, "c" e "d", todos da Lei 8.666/93 e arts. 5º, 10, VIII e IX e 12 da Lei 8.429/92.

O voto condutor do julgado, no mérito, foi proferido com base nos seguintes fundamentos (fls. 3.766/3.806):

1) a sentença declarou a nulidade dos aditamentos, a partir do segundo, tendo

Superior Tribunal de Justiça

em vista sua manifesta ilegalidade;

2) o segundo termo aditivo do contrato 15/Limpurb/95 reduziu de 30 (trinta) para 10 (dez) dias úteis o prazo de pagamento dos serviços, em claro favorecimento às empresas apelantes e, principalmente, sem amparo normativo;

3) não havia justa razão a embasar o benefício ilegal concedido à empresa apelante; as contratações semelhantes não tiveram as mesmas vantagens, só elas;

4) o art. 65, II, "c", da Lei 8.666/93 não sustenta a legalidade de alteração do prazo de pagamento; tal norma exige justa razão para alteração bilateral dos contratos administrativos, o que não ocorreu na hipótese;

5) não se aplica, igualmente, o art. 65, II, letra "d", da Lei 8.666/93, (Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos. II - por acordo das partes. d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviços ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porem de conseqüências incalculáveis.....) haja vista que não se trata de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; o Plano Real não alterou a situação econômica do País, de forma mais gravosa para as empresas contratadas pelo Poder Público; ao inverso, o Plano real brecou a inflação;

6) a comissão intersecretarial constituída pelo Município de São Paulo, para apuração de responsabilidades nos contratos de lixo, concluiu que esses aditamentos são totalmente irregulares, já que a legislação não lhes dava suporte formal, nem a situação vigente no país os permitia; à época, a inflação era praticamente nula, não se admitido, portanto, a argumentação acolhida pela Secretaria de Serviços e Obras de que altos custos oneravam as empresas contratadas;

7) todos os contratos em vigor, na data da implantação do Plano Real, que continham previsão de atualização financeira, foram dela privados de acordo com o subitem 3.1 da Portaria SF 1-4/94, sem que, por essa razão, lhes fossem reduzidos os prazos de pagamento; além disso, todos os demais contratos (semelhantes aos ora analisados), nos quais havia período não contemplado pela atualização financeira entre a data de implemento da obrigação e o início do prazo de pagamento (os 8 dias correspondentes ao período de aferição), tiveram seus valores reduzidos por expurgo da expectativa inflacionária, que se presumia neles embutida por conta da elevada inflação da época e do período não corrigido; essa é a norma contida nos subitens 3.3 e

Superior Tribunal de Justiça

3.4 da mesma Portaria SF 104/94 e detalhados na alínea "o" do citado comunicado SF 11/94; para os contratos cujas disposições estavam em consonância com a Portaria SF 40/94 (que não é a hipótese dos autos), existe normatização diferente, dada pela alínea "p" do mesmo comunicado;

8) o argumento da concentração de dispêndios nos primeiros dias de cada mês, embora válido, em nada diferencia as empresas prestadoras de serviços de limpeza pública das demais contratadas da Prefeitura do Município de São Paulo; todas as demais estavam na mesma situação, sem que lhes tivesse sido reconhecido o direito a prazo menor de pagamento;

9) o segundo aditamento, firmado pelos recorrentes PAULO GOMES MACHADO e CONSTRUTORA ODEBRECHT S/A, no singelo interstício de seis meses após a contratação, também é ilegal; a redução do prazo de pagamento das prestações, de 30 para 10 dias (ainda que úteis) não foi feito senão no exclusivo interesse da empresa contratada, sem que houvesse qualquer justificativa real para tanto; motivação intempestiva, insuficiente ou inconsistente é o mesmo que não motivação; não prospera o argumento de que não houve prejuízo algum ao erário com a alteração contratual questionada, pois uma vez verificado o desacordo do ato administrativo com a lei, a lesividade está ínsita, a ilegalidade do comportamento por si só causa o dano;

10) com o quarto aditamento foi incluída uma série de serviços que não foram licitados, não constavam do contrato e muito menos do edital (varrição de feiras e varrições tipo "A"); não se pode aceitar, de maneira alguma, a dissociação dos acréscimos e decréscimos pretendida pelos réus em quantitativa e qualitativa porque qualquer aumento qualitativo importa seu correspondente quantitativamente;

11) as limitações impostas pela Lei 8.666/93 não fazem distinção, tanto os 25% estabelecidos pelos §§ 1º e 2º do art. 65, como o princípio da vinculação ao edital não podem ser violados;

12) a modificação no objeto contratual introduzida pelos aditivos impugnados importou em verdadeira ofensa aos princípios basilares da licitação de igualdade, moralidade, legalidade, vinculação ao edital, conquanto se ampliou o objeto licitatório, para lhe introduzir novos serviços que até então não eram contemplados (fato incontroverso);

13) não tem fundamento alegar-se a imprescindibilidade para atendimento do interesse público, pois "a cidade estava ficando suja"; não há como sustentar tal imprescindibilidade se nem mesmo os serviços já contemplados no contrato estavam sendo satisfatoriamente cumpridos (como amplamente denunciado nos meios de comunicação e atestado por relatórios apresentados pela empresa contratada pela Municipalidade para

Superior Tribunal de Justiça

gerenciamento do serviço de lixo);

14) sem que houvesse qualquer controle quanto aos serviços, objeto da contratação, acresceram-lhe outros, novos, diversos daqueles, para serem prestados nos mesmos locais e período;

15) não há que se falar em "complementaridade", tentativa de "maquiar" a ilegalidade que estava sendo praticada; o Município celebrou um contrato nos termos da licitação e, posteriormente, aumentou o seu valor e incluiu novos serviços, burlando princípios básicos da concorrência, que garantem o tratamento igualitário entre os licitantes e têm por objeto selecionar a proposta mais vantajosa para o erário; criou-se nova avença, sem que tivessem o "incômodo" de passar por novo procedimento licitatório; o que ocorreu, na verdade, foi a realização de concorrência apenas de alguns serviços ("a fim de que o valor do contrato não ficasse tão elevado"), para, posteriormente, por meio de aditivos, incluir os serviços restantes no objeto do contrato;

16) a Prefeitura Municipal de São Paulo, através de sua Secretaria de Obras e Serviços, em nenhum momento, nega a inclusão de serviços não licitados; para tanto, alega apenas que pretendia "aprimorar e melhorar a qualidade da parcela dos serviços de limpeza referentes à varrição", o que é forçoso admitir como justificativa para a dispensa do procedimento licitatório, sobretudo porque os serviços que foram indevidamente incluídos eram serviços previsíveis à época da licitação; fez-se constatar como objeto da licitação a lavagem de feiras-livres, porém não a sua varrição e acondicionamento de resíduos, que foram incluídos posteriormente à contratação;

17) se o serviço não vinha sendo desempenhado a contento, deveria a Municipalidade ter aberto nova licitação com objeto mais amplo, colhido a melhor proposta, mediante justo e amplo processo seletivo e, então, feito o contrato que melhor atendesse ao interesse público, ao invés de, mediante simplório aditamento ao contrato inicial, burlar os comandos normativos;

18) ainda que se admitisse que os serviços incluídos a partir do quarto aditamento estavam devidamente previstos no edital, a ilegalidade fica ainda mais evidente, pois não haveria porque aditar a avença para incluir serviços que já constavam da contratação;

19) não há justificativa para a assinatura de tais aditivos, sendo eles apenas meio de tornar possível a elevação do valor do contrato para patamares astronômicos;

20) a inclusão de novos serviços, estranhos ao objeto licitatório, por mero aditamento contratual ou por igualitária licitação, não está no âmbito da discricionariedade do

Superior Tribunal de Justiça

administrador municipal; não se trata de juízo de conveniência e oportunidade a abertura ou não de certame licitatório; na hipótese dos autos, a licitação era procedimento obrigatório;

21) desrespeitada exigência legal, o ato é nulo, devendo ser reconhecido como ato de improbidade administrativa, diante do que dispõe o art. 10, VIII, da Lei 8.429/92; os termos aditivos com a inclusão de objeto novo, excedendo o limite máximo legal para alteração do objeto não passaram de meio fraudulento para frustrar o procedimento licitatório;

22) conforme decidiu o magistrado sentenciante, o 4º, 5º, 7º, 9º, 10º, 11º, 13º, 14º e 15º aditamentos incluíram serviços que não constavam da licitação e provocaram aumento do valor contratual até quase o dobro do valor inicial;

23) a questão relativa ao limite de 25% estabelecido pela Lei de Licitações é ainda mais singela, tratando-se, exclusivamente, de matéria de direito; por meio de aditivos elevou-se, paulatinamente, o valor da contratação, sendo que, até o aditivo de número 15º, o valor sofreu um aumento abusivo de R\$ 82.064.413,62 para R\$ 162.799.653,57, o que representou um acréscimo da ordem de 93,38% do valor original, em inequívoco desrespeito ao comando insculpido no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei 8.666/93; o aumento acima de 25% é inequívoco, está plenamente documentado e não foi objeto de contestação;

24) a Lei 8.666/93 é clara e taxativa ao vedar acréscimos ou supressões nas obras, serviços ou compras fora do limite de 25%, não dando qualquer margem para exceções (art. 65, § 2º), sejam de ordem técnica, sejam referentes a quantitativos ou qualitativos; trata-se de norma geral sobre contratos administrativos, que prevalece sobre a lei local antecedente; inaplicável, portanto, o art. 81, § 2º da Lei Municipal 10.544/88, pois, além de ter sido revogado pela nova disciplina dada pelo competente legislador federal (art. 22, XXVI, CF), inexistiu a devida justificação exigida pelo legislador municipal, além de ter sido alterado o objeto do contrato; é inconstitucional, pois, o dispositivo da lei local, que também se encontra em testilha com o art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93;

25) os sucessivos aditamentos não apenas excederam em muito o limite legal, também funcionaram como artifício fraudulento para frustrar a concorrência pública; celebrou-se, por meio dos aditivos, outro contrato, sem que este fosse precedido da necessária licitação;

26) os referidos aditamentos não geraram qualquer efeito jurídico (art. 59 da Lei 8.666/93), impondo-se sua desconstituição, patente a má-fé com a ação dolosa afastadora do princípio que proíbe o enriquecimento sem causa;

27) têm aplicação, pois, os arts. 4º e 5º da Lei 8.429/92 (afastada qualquer eiva de inconstitucionalidade) e o art. 159 do Código Civil;

Superior Tribunal de Justiça

28) cabível a aplicação de sanções por ato de improbidade administrativa às pessoas jurídicas; beneficiárias diretas de ato ilegal e abusivo, a responsabilização deriva do contido na Lei 8.429/92 (art. 3º), Lei 4.717/65 (art. 6º), Código Civil (art. 1.518) e Lei 8.666/93 (arts. 49 e 59);

29) a sentença, no que diz respeito à fixação da pena, deve ser mantida, "considerando a intensidade das irregularidades verificadas, a natureza do serviço público envolvido (serviço essencial), o valor dos contratos, a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido" (fl. 3.545);

30) descabida a condenação do Ministério Público por litigância de má-fé, pois a ilegalidade apontada na inicial é indiscutível e está comprovada nos autos; os fatos vêm descritos de modo claro e honesto, sem interesse em induzir o Poder Judiciário a qualquer erro, tendo havido até cautela excessiva, já que somente são réus aqueles que subscreveram os aditivos ilegais (fl. 3.546), deixando para outra investigação, ainda em curso, a apuração da responsabilidade por omissão dos demais funcionários ou autoridades públicas; os pedidos de ressarcimento ao erário não deixam dúvidas de que a responsabilidade advém somente daqueles aditamentos subscritos por cada co-réu, daí as pertinentes ressalvas: "respectivamente aos aditamentos que subscreveram" e "com relação aos termos do aditamento que subscreveram, na qualidade de diretores do Limpurb" (fls. 36 e 3.546/3.547).

Feito esse alinhamento, passo a analisar, ponto a ponto, as questões remanescentes trazidas pelos recorrentes:

1) ofensa aos arts. 40, XIV, "a" e "c", 55, III, 57, II, 65, II, "c" e "d", todos da Lei 8.666/93:

Entendo que o Tribunal não desconsiderou tratar-se de um contrato de prestação de serviços de forma contínua, ressalvando que, nem por isso, poderia ter sido concedido benefício ilegal às empresas recorrentes, mormente porque tais vantagens não foram estendidas às contratações semelhantes.

O mencionado art. 65, II, "c" e "d", da Lei 8.666/93 tem a seguinte redação:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a

Superior Tribunal de Justiça

correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.

O voto condutor do julgado afastou a aplicação da alínea "c" do inciso II do art. 65 da Lei 8.666/93 sob o argumento de que não havia justa razão para a alteração bilateral dos contratos que justificasse a modificação do prazo de pagamento. Nesse ponto, a constatação de existência ou não de justa razão implicaria no reexame do contexto fático-probatório, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

Quanto à superveniência do Plano Real, o TJ/SP entendeu, ao contrário do que fazem crer os recorrentes, que não houve alteração da situação econômica para o País, de forma mais gravosa para as empresas contratadas pelo Poder Público; ao inverso, breiou a inflação.

De fato, se as medidas decorrentes do Plano Real atingiram a economia do País como um todo, sendo público e notório que a inflação tornou-se praticamente nula, não se pode conceber que somente as empresas recorrentes tenham sido oneradas e que, por isso, necessário o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Além disso, considerando que o recorrente PAULO GOMES MACHADO chegou a afirmar em seu recurso especial que o edital foi elaborado antes e o contrato firmado após o Plano Real, não se pode entender terem ocorrido circunstâncias supervenientes ao contrato, a justificar sua modificação. Quando o contrato foi assinado, os contratantes já sabiam as regras a serem aplicadas em decorrência do Plano Real. Nessas circunstâncias, embora vencedoras do certame, as empresas teriam a opção de não assinar a avença, como fica implícito da leitura do art. 64, § 2º, da Lei 8.666/93.

Assinado o contrato após o advento do Plano Real, não me parece razoável que, posteriormente, defendam as empresas a legalidade dos aditamentos, ao argumento de tratar-se de circunstâncias supervenientes e portanto desconhecidas quando firmado o contrato. Até porque, não ficou demonstrado em momento algum, segundo abstraído nas instâncias ordinárias, que os aditamentos tiveram como justificativa os supostos prejuízos decorrentes do Plano Real.

O mesmo se diga em relação às despesas com salários e encargos, que se concentravam na primeira quinzena do mês. Tal fato, certamente, não ocorreu ao advento do

Superior Tribunal de Justiça

Plano Real, já realidade antes mesmo da contratação. Por isso não é possível compreender porque as recorrentes optaram por participar do certame, aceitando de antemão as condições estabelecidas que lhe eram desfavoráveis e que iriam inviabilizar o cumprimento do contrato.

Não há, pois, que se falar em circunstâncias supervenientes que justifiquem a modificação da forma de pagamento ou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Por isso, afasto a alegada ofensa aos arts. 40, XIV, "a" e "c", 55, III, 57, II, 65, II, "c" e "d", todos da Lei 8.666/93.

2) arts. 24, IV e 65, I, "a", da Lei 8.666/93:

O Tribunal não emitiu qualquer juízo de valor sobre as seguintes questões:

- a) o edital foi elaborado na vigência da Lei Municipal 10.315/87;
- b) o art. 65, § 1º da Lei 8.666/93 não se aplica aos contratos administrativos de tempo (que se encerram pelo decurso do prazo) porque mais suscetíveis a adequações técnicas e alterações de circunstâncias variadas que exigem a substancial adaptação do conteúdo do contrato; e
- c) o Prefeito formulou consulta ao Tribunal de Contas do Município, que se manifestou no sentido da inaplicabilidade do limite estabelecido no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/93.

Ausente o requisito do prequestionamento, aplica-se o enunciado da Súmula 282/STF.

Sobre as alegações de que: **1)** os serviços de varrição de passeios e calçadas e de limpeza de ruas logo após a realização de feiras livres atendeu ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório; **2)** é possível a alteração qualitativa dos serviços desde que não haja alteração no objeto do contrato, o que foi observado na hipótese dos autos (quanto à sua essência), há controvérsia porque o Tribunal disse que os serviços de varrição de feiras e varrições do tipo "A" não constavam do contrato e muito menos do edital, que se tratava de serviços novos, de nova avença. Nesse ponto, incide o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

Por outro lado, afirmam os recorrentes que a Lei 8.666/93 não impõe limitações para mudança qualitativa dos serviços e os limites dos §§ 1º e 2º do art. 65 da referida lei não se aplicam na hipótese de alteração do contrato com fundamento na letra "a" do inciso I do mesmo artigo, mas apenas para a hipótese da letra "b".

Concordo com o entendimento do Tribunal, pois da interpretação do art. 65 da Lei 8.666/93 não se depreende haver distinção, entendimento que encontra respaldo na doutrina,

como demonstra o trecho a seguir transcrito:

Cotejadas com as correspondentes regras do Dec.-lei nº 2.300/86, as dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 apresentam identidades e inovações.

As primeiras:

(a) a Administração pode promover as alterações qualquer que seja o objeto do contrato (obras, serviços ou compras);

(b) os limites de 25% e de 50%, referem-se tanto à hipótese da alínea "a" quanto à da alínea "b" do inciso I;

(...)

Prolongado dissenso doutrinário instalou-se quanto aos limites percentuais do § 1º incidirem, indistintamente, sobre as hipóteses de ambas as alíneas do inciso I do art. 65, ou apenas sobre aquela inscrita na alínea "b" (modificação quantitativa do objeto). Sob a perspectiva do Tribunal de Contas da União, ditos limites alcançam ambas as hipóteses, com as ressalvas definidas na Decisão nº 215/99.

O § 2º, com a redação da Lei nº 9.648/98, veio a conter toda e qualquer alteração contratual, inclusive a decorrente de acordo, nos limites de acréscimo ou supressão estabelecidos no § 1º, salvo se a alteração consistir em supressão consensual. Quer dizer que, até 25% ou 50%, conforme o caso, a supressão poderá ser imposta por ato unilateral da Administração; acima desses limites, poderá ocorrer a supressão, desde que haja acordo. Compreenda-se a inteligência do novo § 2º: os limites não podem ser ultrapassados quando se tratar de acréscimo porque estar-se-ia a vulnerar a principiologia dos contratos administrativos.

(Jessé Torres Pereira Junior, *in* Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 7ª ed, RENOVAR, Rio de Janeiro, 2007, p. 721/722)

No mesmo sentido há manifestação do Tribunal de Contas da União, em resposta a consulta formulada, tendo decidido em caráter normativo, nos seguintes termos:

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado do Meio-Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves sobrinho, nos seguintes termos:

- a) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam as dimensões do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm inatingível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;
- b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:
 - I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
 - II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

Superior Tribunal de Justiça

- III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
- IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;
- V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;
- VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea 'a', supra - que as conseqüências da outra alternativa (rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

(...)

(Decisão n. 215/99 - TCU, Plenário, D.O.U. de 21/05/99, pp. 38 a 41)

Sobre a afirmação do recorrente PAULO GOMES MACHADO de que a contratação era de R\$ 82.064.413,62 (oitenta e dois milhões, sessenta e quatro mil, quatrocentos e treze reais e sessenta e dois centavos) e que assinou aditamentos até o valor de R\$ 101.526.689,19 (cento e um milhões, quinhentos e vinte e seis mil, oitocentos e nove reais e dezenove centavos), ou seja, aproximadamente 23% (vinte e três por cento) do valor inicial e, por isso, não poderia ter sido condenado por improbidade administrativa, o Tribunal não emitiu juízo de valor a respeito. Ausente, pois, o devido prequestionamento (Súmula 282/STF). Ainda que assim não fosse, o exame da questão esbarraria nas Súmulas 5 e 7/STJ, já que o Tribunal partiu da premissa de que os aditivos superaram o limite de 25% do valor inicial.

Em verdade, a prevalência da tese defendida pelos recorrentes, no caso concreto, não terá o condão de alterar a conclusão do julgamento, sendo despicienda a discussão a respeito do limite de 25% se, como bem reconheceu a sentença, nenhum aumento se fazia válido porque não houve qualquer alteração nas condições econômicas envolvidas na execução dos serviços e a inclusão de serviços extras foi totalmente ilegal porque não passou pela necessária licitação e nem havia justificativa válida para o incremento dos trabalhos (fl. 3.005).

3) arts. 10, II, "b", 6º, VIII, "a" e 57, II, todos da Lei 8.666/93:

Sobre a tese de que "o acórdão, indevidamente, considerou o contrato atípico de serviços contínuos de limpeza pública, que são remunerados através de preços unitários e firmados por tempo determinado, como um contrato de objeto e não como um contrato de tempo, como deveria", o Tribunal também não emitiu juízo de valor, descabendo ao STJ analisá-la por

força da Súmula 282/STF.

4) arts. 5º e 10, VIII e IX, da Lei 8.429/92:

Segundo o recorrente JOSÉ REIS DA SILVA, para que o agente público possa ser responsabilizado por qualquer ato supostamente lesivo, faz-se necessária a comprovação de ação dolosa ou culposa, o que não restou provado; também não houve especificação de como ele teria se beneficiado. No mesmo sentido argumenta o recorrente PAULO GOMES MACHADO.

A jurisprudência do STJ, depois de alguma divergência, posicionou-se com o entendimento de que o ato de improbidade, para se configurar, exige a presença do elemento subjetivo, dolo ou culpa, excepcionando-se apenas a hipótese do artigo 11 da LIA.

A hipótese em julgamento trata do artigo 10 da Lei 8.429/92, modalidade de ato de improbidade por lesão ao erário, exigindo-se para reconhecimento os requisitos seguintes: dano ao erário, comportamento danoso ou culposo e obtenção de vantagem.

O TJ/SP reconheceu a existência de ato de improbidade administrativa e confirmou a sentença também no que diz respeito à fixação da pena, "considerando a intensidade das irregularidades verificadas, a natureza do serviço público envolvido (serviço essencial), o valor dos contratos, a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido (fl. 3.545)". Nessas circunstâncias, o acórdão recorrido chancelou a sentença quando deixou consignado (fls. 3.004):

Diante disso, percebe-se que os aditamentos firmados pelos réus estavam, na verdade, incluindo serviços que, por força de lei, deveriam ser executados pelos próprios cidadãos, por força de lei, cabendo à Prefeitura a devida fiscalização e punição dos cidadãos relapsos. Está aí mais uma prova de que os réus têm mesmo responsabilidade pelos aditamentos irregulares que firmaram - **senão com dolo direto, com inescusável culpa**, até porque eles todos são experientes administradores e gabaritados empresas, acostumadas a contratar com o Poder Público, sendo bons conhecedores das leis e dos princípios da Administração.

E, mais adiante, afirmou o magistrado sentenciante (fls. 3.006):

... valendo aqui anotar que novamente tem razão o autor, quando alerta para que o diploma legal em causa não faz distinção entre culpa ou dolo, na prática dos atos de improbidade. O que importa é que ficou demonstrado que os réus desrespeitaram os princípios da Administração, alterando de forma ilegal a data de pagamento fixada no contrato, em exclusivo benefício e interesse das empresas contratadas, e de forma desfavorável ao Poder Público, tratando eles, igualmente, de incluírem no contrato serviços não licitados, de forma que se aumentou o valor da contratação de maneira indevida em níveis absurdos, que chegaram a quase 100% a mais do valor inicial.

Superior Tribunal de Justiça

Nesse ponto, importante frisar que todos os réus participaram de aditamentos irregulares e nulos, nada importando que alguns deles tenham assinado aditamentos que, isoladamente, não levaram ao aumento do valor para além dos 25% referidos pela lei. Já foi visto que nenhum aumento era permitido, porque se referia à inclusão ilegal de serviços. Exatamente por isso, nada importa que o réu AFONSO CELSO TEIXEIRA DE MORAES tenha firmado um só aditamento e que ele ou outro qualquer suplicado tenha assinado aditamentos quando no exercício transitório do cargo de diretor do LIMPURB. A uma, porque, como se colhe das próprias peças de defesa, todos os réus são experientes administradores ou ocupantes de cargos públicos municipais há muito tempo, tendo, por isso, inequívoco conhecimento do trato da coisa pública e das conseqüências e responsabilidade de seus cargos. Assim, não podem alegar nenhuma irresponsabilidade pelos aditamentos que firmaram. Não fosse já por isso, como já se deixou claro nestes autos, o que se persegue é a responsabilidade dos réus especificamente pelos aditamentos irregulares de que participaram, de forma que aqueles requeridos que firmaram apenas um ou dois dos aditamentos, responderão apenas pelos prejuízos específicos que resultaram a partir desses aditamentos respectivo.

Verifica-se, portanto, que o elemento subjetivo foi identificado e explicitado pelas instâncias ordinárias, como se vê do trecho transcrito.

No que diz respeito à alegação de que não teria sido especificado qual o suposto benefício atribuído ao recorrente JOSÉ REIS DA SILVA, verifico que o Tribunal não se pronunciou especificamente a respeito. Nesse ponto, também aplico o enunciado da Súmula 282/STF. O mesmo ocorre quanto à alegação de PAULO GOMES MACHADO relativamente às seguintes questões:

- a) acatou ordem legítima de seu superior hierárquico; e
- b) o Tribunal de Contas do Município de São Paulo considerou sua conduta legal e proba.

5) art. 12 da Lei 8.429/92:

Aplica-se, da mesma forma, a Súmula 282/STF, por falta de prequestionamento, quanto à alegação de que, no primeiro aditamento, além de absolutamente legal e regular, tinha a prévia aprovação do Tribunal de Contas do Município, de caráter obrigatório e vinculante para a Administração.

O acórdão recorrido, expressamente, reconheceu a má-fé e a ação dolosa (fls. 3.795). Por isso, a constatação de que o recorrente JOSÉ REIS DA SILVA teria agido com boa-fé e boa conduta, sendo injusta sua condenação, encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Incide, igualmente, a Súmula 7/STJ no que diz respeito às afirmações de que: **1)** o recorrente JOSÉ REIS DA SILVA foi responsável pela assinatura de apenas dois aditamentos contratuais impugnados pelo MP, os quais não elevaram o valor do contrato acima do permitido

Superior Tribunal de Justiça

em lei, nem tampouco incluíram serviços não contratados que configurassem fraude ao procedimento licitatório; e 2) o segundo aditamento resultou em diminuição do valor contratual, não se podendo cogitar de suposto prejuízo ao erário.

Sustentam os recorrentes, JOSÉ REIS DA SILVA e PAULO GOMES MACHADO, que o acórdão manteve condenação idêntica para todos os réus, sem que houvesse individualização das condutas de cada um e sem que fossem respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Além disso, continuam os recorrentes, não houve demonstração da extensão do suposto dano causado à Administração ou comprovação do proveito patrimonial.

Sobre esses pontos, verifico que o Tribunal chancelou a sentença, que aplicou o art. 1.518 do Código Civil, segundo o qual a responsabilidade pela prática de atos ilícitos é solidária, mas passou a analisar individualmente as situações de todos os réus, como se vê do trecho a seguir reproduzido (fls. 3.007/3.010):

5.) Os réus PAULO GOMES MACHADO e a ré CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A são solidariamente responsáveis pela alteração ilegal do prazo de pagamento, segundo estabelecido no 2º aditamento ao contrato. E, como já visto acima, tal alteração ilegal da cláusula de pagamento, além de sujeitar, por si só, os referidos réus às penas por ato de improbidade administrativa, por infração da lei e dos princípios da Administração Pública, causa, sim, prejuízos para a Municipalidade, porque a ela impõe prazo menor para pagamento das prestações do preço, de forma que está mais facilmente sujeita à ocorrência de atrasos e às conseqüências financeiras disso (juros e correção monetária e multa contratual). De outra parte, justamente porque a redução do prazo de pagamento repercutiu para todo o restante do tempo de execução do contrato, inclusive para os efeitos dos aditamentos posteriores que se seguiram, as duas outras empresas réus também devem responder pelos prejuízos causados com essa alteração do prazo de pagamento, simplesmente porque se beneficiaram com isso, como sucessoras na execução do contrato.

Além disso, todos os réus desta demanda - os dois acima mencionados e CARLOS ALBERTO VENTURELLI, ALFREDO MÁRIO SAVELLI, JOSÉ REIS DA SILVA, AFONSO CELSO TEIXEIRA DE MORAES, COMPANHIA BRASILEIRA DE PROJETOS E OBRAS - CBPO e CLIBA LTDA. - são solidariamente responsáveis pelos aditamentos irregulares nº 04, 07, 09, 10, 11, 13 e 15, de forma respectiva a cada um dos aditamentos, pela inclusão de serviços não constantes da licitação, que geraram indevido aumento do valor pago pela Municipalidade. Os réus, dessa forma, pagarão os valores específicos que foram desembolsados pela Municipalidade pelos serviços acrescentados indevidamente ao contrato, por força de cada um dos aditamentos irregulares acima referidos, sendo certo que cada um dos réus responderá, solidariamente com os demais, pelos valores pagos a partir das datas de assinatura dos respectivos aditamentos de que participaram. Também se fará a apuração desses valores na fase de liquidação, por arbitramento.

Todos os pagamentos acima referidos serão acrescidos de correção monetária apurada pelos índices aplicáveis aos cálculos judiciais, contada desde a data de cada pagamento irregular, bem como de juros de mora na taxa de 6% ao ano, compostos e contados desde a data também de cada pagamento irregular, nos termos dos arts. 962 e 1.544 do Código Civil brasileiro.

Ainda, condeno os réus CARLOS ALBERTO VENTURELLI, PAULO

Superior Tribunal de Justiça

GOMES MACHADO, ALFREDO MÁRIO SAVELLI, JOSÉ REIS DA SILVA e AFONSO CELSO TEIXEIRA DE MORAES na perda da função pública que estejam exercendo e na suspensão de seus direitos políticos, pelo prazo de cinco anos, e ainda no pagamento de multa civil, que será para cada um deles, no valor equivalente a uma quinta parte, ou 20%, do valor total do prejuízo causado à Municipalidade, ou seja, o valor total civil levou em consideração o fato de que os réus administradores são em número de cinco, considerando também que os diversos aditamentos aqui fulminados podem ser todos tidos como partes de um só procedimento global de fraude contra a contratação inicial, para o fim de elevar o valor do contrato de forma paulatina. Por fim, considerou-se na fixação da multa o elevado valor do dano, conforme estimativas da petição inicial, o que torna essa penalidade infligida bastante significativa para cada um dos réus, mesmo que dividido o valor entre eles, já que se trata de pessoas físicas.

Por último, condeno as rés CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A, COMPANHIA BRASILEIRA DE PROJETOS E OBRAS - CBPO e CLIBA LTDA. na proibição de contratar com o Poder Público, e dele receber benefícios e incentivos fiscais e de crédito, diretos e indiretos, pelo prazo de cinco anos, condenando-as ainda no pagamento de multa civil equivalente - para cada uma dessas rés - ao valor do dano total causado à Administração. A penalidade em foco para essas rés é ficado de forma mais severa, porquanto foram elas as diretas beneficiadas pelos pagamentos indevidos, sendo certo que sequer desempenhavam a contento os serviços devidos, como visto acima. Ademais, tratando-se de pessoas jurídicas de grande porte, o valor da pena deve ser mais elevado, para que tenha o devido peso repressivo e corretivo.

Embora o pedido inicial não tenha sido atendido com a amplitude pretendida, não resta dúvida de que o autor foi vencedor no mérito da lide, de forma que arcarão os réus com o pagamento das custas e despesas processuais, sendo incabíveis honorários advocatícios, na espécie, por ser o autor o Ministério Público.

Determino que a Serventia proceda à regularização da fl. 2120 dos autos.

P.R. Intimem-se.

São Paulo, 23 de novembro de 2000.

Por isso, não vislumbro qualquer ofensa ao art. 12 da Lei 8.429/92. Com efeito, na medida em que aplicou o acórdão as conseqüências da solidariedade, deixou para a execução a quantificação da pena pecuniária e do ressarcimento, proporcionais ao tamanho do dano causado por cada um.

Por outro lado, o STJ tem reconhecido a possibilidade da cumulação de sanções, o que deve ser avaliado em cada caso concreto.

Verifica-se, portanto, que houve individualização da sanção e, em tese, quantificação, embora em termos absolutos, porque também a mensuração do prejuízo ocasionado não foi quantificado, tarefa deixada para a execução.

A princípio tive dúvidas quanto a veracidade da alegação, mas ao final me convenci da correção da decisão impugnada, exatamente na parte em que é individualizada a pena imposta.

Por fim, quanto à análise do quantitativo aplicado como sanção, se houve ou não excesso, não cabe a esta Corte reanalisá-lo, pelo óbice da Súmula 7/STJ. Neste sentido:

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTEMPESTIVIDADE – ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL - SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADE – CUMULAÇÃO DE PENAS.

1. A Corte Especial, no julgamento do REsp 776.265/SC, adotou o entendimento de que o recurso especial, interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos junto ao Tribunal de origem, deve ser ratificado no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo.

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, as penas do art. 12 da Lei 8.429/92 não são aplicadas necessariamente de forma cumulativa, do que decorre a necessidade de se fundamentar o porquê da escolha das penas aplicadas, bem como da sua cumulação, de acordo com fatos e provas abstraídos dos autos, o que não pode ser feito em sede de recurso especial, diante do óbice da Súmula 7/STJ.

3. Recurso especial do réu não conhecido e improvido o do Ministério Público.

(REsp 658.389/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 26.06.2007, DJ 03.08.2007 p. 327)

ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR NA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N.º 07/STJ.

1. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Estadual em face de ex-prefeito, por ato de improbidade administrativa, causador de lesão ao erário público e atentatório dos princípios da Administração Pública, consubstanciado na permissão a particulares de uso de bens imóveis públicos, sem permissão legal, enquanto do exercício do cargo eletivo.

2. As sanções do art. 12, da Lei n.º 8.429/92 não são necessariamente cumulativas, cabendo ao magistrado a sua dosimetria; aliás, como deixa entrever o parágrafo único do mesmo dispositivo.

3. O espectro sancionatório da lei induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição, sempre prestigiada pela jurisprudência do E. STJ. Precedentes: RESP 664856/PR, desta relatoria, DJ de 02.05.2006; RESP 507574/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 08.05.2006; RESP 513.576/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.03.2006; RESP 291.747, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2002; RESP 300.184/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 03.11.2003 e RESP 505.068/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003.

4. A sanção imposta ao agente público, ora recorrido, decorrente de ampla cognição acerca do contexto fático probatório engendrada pelo Tribunal local à luz da razoabilidade não revela violação da lei, mercê de sua avaliação, em sede de recurso especial, impor a análise dos fatos da causa para fins de ajuste da sanção, que esbarra no óbice erigido pela Súmula 07/STJ. Precedentes do STJ: (RESP 825673/MG, Relator Ministro Francisco Falcão, DJ de 25.05.2006 e RESP 505068/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003.)

6. In casu, o Ministério Público Estadual ajuizou Ação Civil Pública em face de ex-prefeito, por ato de improbidade administrativa, consubstanciado na permissão a particulares de uso de bens imóveis públicos, sem permissão legal, enquanto no exercício do cargo eletivo e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de apelação interposta pelo Parquet Estadual, deu provimento ao recurso para determinar que o réu procedesse ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp 631.301/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.09.2006, DJ 25.09.2006 p. 234)

Superior Tribunal de Justiça

Com essas considerações, conheço em parte dos recursos e, nessa parte, nego-lhes provimento.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.021.851 - SP (2008/0009389-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): O voto proferido pela e. Ministra Eliana Calmon abordou todas as questões postas pelas partes.

Inicialmente, cumpre registrar o brilhantismo da exaustiva e tecnicamente consistente sentença proferida pelo Juiz de Direito Dr. Luciano Fernandes Galhanone.

Decidi apresentar este sucinto voto oral, somente agora, em sessão, manuseando os autos, não apenas pela complexidade da matéria, mas também pela importância paradigmática deste caso, no sentido de dar rumo a setor da Administração Pública que, todos sabemos, é extremamente espinhoso e enfrenta dificuldades, em todo o país, na implementação e na elaboração contratual, que é a limpeza pública.

Talvez aí esteja umas das áreas mais intrincadas dos contratos administrativos e que precisa de um norte do Poder Judiciário no plano da razoabilidade, mas com os olhos postos na lei e na Constituição Federal.

Para a análise desse caso, como sustentou muito bem a Relatora, devemos recordar que o STJ é um Tribunal de teses. Mas não nos esqueçamos de que as teses e a aplicação concreta do arcabouço jurídico decorrem de fatos e a eles estão, freqüentemente, atreladas. Não analisamos fatos, mas os observamos e a eles não ficamos alheios, deles não deduzimos repercussões outras diversas daquelas trazidas pelas instâncias de origem, mas os fatos importam. S. Exa., no seu voto extenso, destaca os valores envolvidos no contrato original (R\$ 82.064.413,62) e os que resultaram dos diversos aditamentos (R\$ 162.799.653,57).

Essa situação, que não demanda nenhum tipo de análise, é fundamental para compreender um aspecto da decisão do juízo de 1º Grau acerca da necessidade que os réus sentiram de diluir os aditamentos, ou melhor dizendo, de diluir o aumento substancial, que praticamente dobrou o valor original do contrato. Esses fatos são relevantes.

Chamou-me atenção o argumento trazido pelo Diretor da Limpurb, de que lhe estaria sendo imputada responsabilidade objetiva. Sustentou que sua atuação limitou-se à

Superior Tribunal de Justiça

subscrição de um contrato que recebeu pronto e prendeu-se aos limites da legalidade e aos pareceres técnicos, um deles acusando a necessidade e a urgência desses aditamentos. Afirmou, ainda, que sua conduta estava amparada na resposta do Tribunal de Contas do Município à consulta formulada pela Prefeitura de São Paulo, que concluiu pela inaplicabilidade do limite estabelecido no art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993.

O argumento de fundo é o da obediência cega a uma ordem superior. Embora não estejamos no campo penal, é bom lembrar que essa tese foi derrotada em 1945 no Tribunal de Nuremberg. Estamos no plano civil, e o rumo de um administrador público é um só: a lei. Não importa que o Tribunal de Contas do Município, do Estado ou da União, em interpretação *contra legem*, diga o contrário. O administrador público não deve praticar ato ou assinar contrato em desacordo com o que está na lei.

Como muito bem assentado na decisão de 1º grau (fl. 2998):

ao administrador público não basta apenas emprestar uma motivação expressa ao ato que pratica, mas sim tal motivação tem que corresponder a uma verdadeira e justa necessidade para que o ato administrativo seja efetivamente praticado, sempre visando o interesse público. Nesse sentido, parece evidente que um simples parecer - seja técnico ou jurídico - que procure emprestar validade ao ato administrativo, não servirá para afastar a ilicitude do ato, se se constatar que não se visou o interesse público, ou que o ato se afastou do comando severo da lei, ainda que o parecer tenha sustentado o contrário.

É bem verdade que, em certos casos, a recusa do administrador pode significar sua exoneração, pelo seu supervisor insatisfeito, do cargo que ocupa. Mas se ele simplesmente adere a ato contrário à lei, sua adesão, no Direito Penal – e com muito maior razão nos casos de ilícito administrativo – configura elemento subjetivo suficiente, porque o critério para a sua apuração é o que determina a lei, que é extremamente clara *in casu*.

Assim, não há falar em responsabilidade objetiva.

Outra questão que gostaria de abordar é a da redução do prazo de pagamento, de 30 para 10 dias. Esse ponto é crucial, inclusive para o aspecto da dosimetria da pena.

Para evitar um pedido de vista, tive o cuidado de examinar, aqui na sessão, os aspectos principais do edital, mas não obtive acesso ao contrato propriamente dito. O edital é

Superior Tribunal de Justiça

norma. Não quero interpretá-lo, mas apenas narrar objetivamente o que nele consta.

Acerca especificamente do prazo, dispõe o edital na cláusula 17.4:

Ocorrendo atraso na liberação do pagamento, o contratado receberá compensação financeira desde a data do seu vencimento até o dia de sua efetiva concretização, calculada pela aplicação da taxa a ser divulgada mensalmente pela Secretaria de Finanças.

Então temos que um atraso que se implementaria após trinta dias foi reduzido pelos réus, ao arrepio do que estabeleciam o próprio edital e o primeiro contrato!

O que é mais importante – para chegar às mesmas conclusões do Sr. Ministro Castro Meira – é a cláusula seguinte, que revela o enorme prejuízo que a Prefeitura sofreu:

Ocorrendo **antecipação de pagamento**, os descontos serão calculados pela Secretaria das Finanças com base na taxa referida, ANBID, divulgada pela Associação Nacional de Bancos e Investimentos e Desenvolvimento pelo número de dias úteis contidos no período de antecipação. (grifei).

O edital continha cláusula expressa no sentido de que, se individualmente os pagamentos sofressem antecipação, deveria haver um desconto. Qual é a diferença entre essa hipótese, prevista no edital, e a que está diante de nós? É que o adiantamento foi feito no atacado para **todos os pagamentos**, e não apenas para uma única prestação. Aqui está um componente fundamental para entender a extremada lesividade dessa antecipação, porque decorrente da inobservância do próprio edital.

Não procede, portanto, o argumento de não ter havido prejuízo ao erário. Já vimos dois: um relativo à aplicação da multa por atraso no pagamento, levantada pelo juízo de 1º grau, pela Ministra Relatora Eliana Calmon e pelo Ministro Castro Meira; e esse outro aspecto, que vem diretamente da fonte pura e vinculante do edital: a ausência de desconto pelo pagamento antecipado.

Quanto à ilegalidade da ampliação do objeto do contrato, merecem destaque alguns excertos do acórdão recorrido, que transcreve, nesses pontos, o Parecer Ministerial:

Ora, como sustentar a tal imprescindibilidade [dos novos serviços]

se nem mesmo os serviços já contemplados no contrato estavam sendo satisfatoriamente cumpridos (conforme amplamente denunciado nos meios de comunicação e atestado por relatórios apresentados pela empresa contratada pela própria Municipalidade para gerenciamento do serviço de lixo)?

Portanto, sem que houvesse qualquer controle quanto aos serviços, objeto da contratação, acresceram-lhe outros, novos e diversos daqueles, para serem prestados nos mesmos locais e período. (fls. 3782-3783)

... os serviços que foram indevidamente incluídos eram serviços previsíveis à época da licitação: fez-se constar como objeto da licitação a lavagem de feiras-livres, porém não a sua varrição e acondicionamento de resíduos, que foram incluídos posteriormente à contratação.

Ademais, se o serviço não vinha sendo desempenhado a contento, deveria a Municipalidade ter aberto nova licitação com objeto mais amplo, colhido a melhor proposta, mediante justo e amplo processo seletivo e, então, feito o contrato que melhor atendesse ao interesse público, ao invés de, mediante simplório aditamento ao contrato inicial, burlar os comandos normativos. (fl. 3785)

A Ministra Eliana Calmon também asseverou em seu voto a ilegalidade dos aditamentos:

Em verdade, a prevalência da tese defendida pelos recorrentes, no caso concreto, não terá o condão de alterar a conclusão do julgamento, sendo despicienda a discussão a respeito do limite de 25% se, como bem reconheceu a sentença, nenhum aumento se fazia válido porque não houve qualquer alteração nas condições econômicas envolvidas na execução dos serviços e a inclusão de serviços extras foi totalmente ilegal porque não passou pela necessária licitação e nem havia justificativa válida para o incremento dos trabalhos (fl. 3.005).

Como muito bem destacado pela sentença e pela e. Relatora, a ilegalidade do aditamento, por ausência de alteração nas condições econômicas envolvidas na execução dos serviços, torna desnecessária a discussão relativa ao limite de 25% estabelecido para acréscimo no valor inicial do contrato (art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993).

Ainda assim, a questão da aplicação do limite de 25% às alterações de caráter qualitativo também foi enfrentada no acórdão recorrido e pela e. Relatora.

O Tribunal *a quo* afirmou que (fl. 3790):

A Lei nº 8.666/93, por sua vez, é clara e taxativa ao vedar acréscimos ou supressões nas obras, serviços ou compras fora do limite de 25% não dando qualquer margem para exceções (§ 2º do art. 65), seja de ordem técnica, seja referente a quantitativos ou qualitativos.

Superior Tribunal de Justiça

Do voto da Ministra Eliana Calmon, extrai-se:

Concordo com o entendimento do Tribunal, pois da interpretação do art. 65 da Lei 8.666/93 não se depreende haver distinção, entendimento que encontra respaldo na doutrina, como demonstra o trecho a seguir transcrito:

Cotejadas com as correspondentes regras do Dec.-lei nº 2.300/86, as dos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93 apresentam identidades e inovações.

As primeiras:

(a) a Administração pode promover as alterações qualquer que seja o objeto do contrato (obras, serviços ou compras);

(b) os limites de 25% e de 50%, referem-se tanto à hipótese da alínea "a" quanto à da alínea "b" do inciso I;

(...)

Prolongado dissenso doutrinário instalou-se quanto aos limites percentuais do § 1º incidirem, indistintamente, sobre as hipóteses de ambas as alíneas do inciso I do art. 65, ou apenas sobre aquela inscrita na alínea "b" (modificação quantitativa do objeto). Sob a perspectiva do Tribunal de Contas da União, ditos limites alcançam ambas as hipóteses, com as ressalvas definidas na Decisão nº 215/99.

O § 2º, com a redação da Lei nº 9.648/98, veio a conter toda e qualquer alteração contratual, inclusive a decorrente de acordo, nos limites de acréscimo ou supressão estabelecidos no § 1º, salvo se a alteração consistir em supressão consensual. Quer dizer que, até 25% ou 50%, conforme o caso, a supressão poderá ser imposta por ato unilateral da Administração; acima desses limites, poderá ocorrer a supressão, desde que haja acordo. Compreenda-se a inteligência do novo § 2º: os limites não podem ser ultrapassados quando se tratar de acréscimo porque estar-se-ia a vulnerar a principiologia dos contratos administrativos.

(Jessé Torres Pereira Junior, *in* Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, 7ª ed, RENOVAR, Rio de Janeiro, 2007, p. 721/722)

No mesmo sentido há manifestação do Tribunal de Contas da União, em resposta a consulta formulada, tendo decidido em caráter normativo, nos seguintes termos:

8.1. com fundamento no art. 1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.443/92, e no art. 216, inciso II, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado do Meio-Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves sobrinho, nos seguintes termos:

a) tanto as alterações contratuais quantitativas -

que modificam as dimensões do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm inatingível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei;

b) nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos:

I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;

II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;

III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;

IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;

V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;

VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea 'a', supra - que as conseqüências da outra alternativa (rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou sejam gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;

(...)

(Decisão n. 215/99 - TCU, Plenário, D.O.U. de 21/05/99, pp. 38 a 41)

Deve-se reconhecer, contudo, que a questão da aplicação do limite de 25% às alterações contratuais de natureza qualitativa é objeto de alguma controvérsia doutrinária. Entendo que a interpretação, nesse caso, deve prestigiar o espírito da Lei de Licitações,

Superior Tribunal de Justiça

visando à proteção absoluta do interesse público na transparência e na livre concorrência.

Nessa linha, mesmo que se admita, em casos excepcionalíssimos, possa esse limite ser superado, como o faz o TCU no item "b" da manifestação transcrita pela Relatora, o preenchimento dos pressupostos fixados pelo Tribunal de Contas da União deverá ser examinado com lupa.

No caso em tela, a leitura do acórdão recorrido evidencia que, no mínimo, não foram atendidos os seguintes requisitos:

1. *imprevisibilidade*, já que o Tribunal consignou que "os serviços que foram indevidamente incluídos eram serviços previsíveis à época da licitação" (fl. 3785);
2. *não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos*, pois "sem que houvesse qualquer controle quanto aos serviços, objeto da contratação, acresceram-lhe outros, novos e diversos daqueles, para serem prestados nos mesmos locais e período" (fls. 3782-3783);
3. *ser necessário à completa execução do objeto original do contrato*, já que o próprio edital estabelece na cláusula 24.6: "A Prefeitura se reserva o direito de executar através de outras empresas, nas áreas e locais elencados nos anexos deste edital - vale dizer, exatamente as áreas licitadas -, obras e/ou serviços semelhantes aos abrangidos na presente licitação, inclusive coleta seletiva de resíduos sólidos".

Assim, a ilegalidade dos aditamentos fica patente por qualquer ângulo que se examine a questão.

Para concluir, foi dito também da tribuna que uma nova licitação poderia criar um "desconforto" para a empresa que estaria fazendo a limpeza das ruas, das favelas e também a lavagem das feiras livres, caso viesse uma outra empresa contratada para limpar as calçadas que foram "esquecidas" no processo licitatório.

É a própria Prefeitura que responde a isso no seu edital, na cláusula 24.6:

Superior Tribunal de Justiça

A Prefeitura se reserva o direito de executar **através de outras empresas**, nas áreas e locais elencados nos anexos deste edital - vale dizer, exatamente as áreas licitadas -, obras e/ou serviços semelhantes aos abrangidos na presente licitação, inclusive coleta seletiva de resíduos sólidos. (grifei).

Ou seja, esse possível "distúrbio" que levou ao aditamento estava previsto expressamente pela Prefeitura, para uma hipótese genérica e para uma hipótese específica.

Teria outros aspectos a mencionar, mas encerro o meu voto com uma questão (sobre a qual o Superior Tribunal de Justiça terá, mais cedo ou mais tarde, que se manifestar) relativa à interpretação da Lei de Licitações: qual é o critério hermenêutico aplicável a esta lei para suprir suas omissões?

Quando a Lei das Licitações tenha algum diálogo mais difícil com outras normas do sistema, que norte hermenêutico iremos adotar? Seria o critério mais favorável ao interesse particular ou o que leva em consideração a principiologia da lei, sobretudo a proteção absoluta do interesse público na transparência e na livre concorrência entre todas as empresas que se propõem a contratar com o Poder Público?

Por tudo isso, **acompanho o voto da eminente Sra. Ministra Relatora, conhecendo em parte dos Recursos Especiais e, nessa parte, negando-lhes provimento.**

É como **voto**.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2008/0009389-5

REsp 1021851 / SP

Números Origem: 10801999 108099 200700933288 2696365 2696365808

PAUTA: 12/08/2008

JULGADO: 12/08/2008

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CBPO ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE E OUTRO(S)
RECORRENTE : CONSTRUTORA NORBERTO ODEBRECHT S/A
ADVOGADO : GERSON ALVES DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTRO(S)
RECORRENTE : JOSÉ REIS DA SILVA
ADVOGADO : SEBASTIAO BOTTO DE BARROS TOJAL E OUTRO(S)
RECORRENTE : PAULO GOMES MACHADO
ADVOGADO : ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : REGINA MARTINS LOPES E OUTRO(S)
INTERES. : CARLOS ALBERTO VENTURELLI
INTERES. : CLIBA LTDA
INTERES. : AFONSO CELSO TEIXEIRA DE MORAES
INTERES. : ALFREDO MARIO SAVELLI

ASSUNTO: Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Licitações Irregulares

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE, pela parte RECORRENTE: CBPO ENGENHARIA LTDA

Dr(a). ORESTE NESTOR DE SOUZA LASPRO, pela parte RECORRENTE: PAULO GOMES MACHADO

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, conheceu em parte dos recursos e, nessa parte, negou-lhes provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Superior Tribunal de Justiça

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 12 de agosto de 2008

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária

