

SiqueiraCastro*

Cabimento de ação popular contra
concessionária de telefonia

Biblioteca RJ, 25/05/2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Documento 1

Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida.

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=5794340>

Documento 2

Ação civil pública indenizatória. Falha na prestação de serviços essenciais de telefonia, internet móvel e conexão de dados. Descumprimento de obrigações legais de continuidade e eficiência. Danos materiais e morais causados a centenas de consumidores. Responsabilidade por ilicitude e por violação de direitos de usuários de serviços de telecomunicações.

<https://ba.consumidorvencedor.mp.br/documents/81170/203506/acp.pdf>

Documento 3

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. IRREGULARIDADES FORMAIS AVERIGUADAS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, QUE NÃO ENSEJARAM, CONTUDO, DANO AO ERÁRIO, CONFORME RECONHECIDO EM PERÍCIA JUDICIAL E PELO TCE DE MINAS GERAIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DOS RECORRENTES NO RESSARCIMENTO DOS COFRES PÚBLICOS, COM ESTEIO EM LESÃO PRESUMIDA À MUNICIPALIDADE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE ESTATAL.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, por unanimidade, não conhecer dos recursos especiais da empresa e de Luiz Guaritá Neto e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina (voto-vista), dar provimento aos demais recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram os Srs. Ministros Relator, Benedito Gonçalves (voto-vista), Sérgio Kukina (voto-vista) e Arnaldo Esteves Lima. Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves Brasília/DF, 16 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

<https://www.jurisite.com.br/wordpress/wp-content/uploads/2017/08/REsp-1.447.237-MG.pdf>

Plenário Virtual

Direito Constitucional e Processual Civil. Ação popular. Condições da ação. Ajuizamento para combater ato lesivo à moralidade administrativa. Possibilidade. Acórdão que manteve sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por entender que é condição da ação popular a demonstração de concomitante lesão ao patrimônio público material. Desnecessidade. Conteúdo do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal. Reafirmação de jurisprudência. Repercussão geral reconhecida.

1. O entendimento sufragado no acórdão recorrido de que, para o cabimento de ação popular, é exigível a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, diverge do entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal.
2. A decisão objurgada ofende o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, que tem como objetos a serem defendidos pelo cidadão, separadamente, qualquer ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico.
3. Agravo e recurso extraordinário providos.
4. Repercussão geral reconhecida com reafirmação da jurisprudência.

João Batista Benevides da Rocha interpõe agravo contra decisão em que se obistou o processamento de recurso extraordinário por ele aviado, com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, o qual foi ementado nos seguintes termos:

RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO POPULAR CARÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL PARA O DESENVOLVIMENTO DA AÇÃO AUSÊNCIA DE LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE AO AUTOR PROCESSO EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO SENTENÇA MANTIDA RECURSOS IMPROVIDOS.

Não restando comprovado qualquer dano ou prejuízo concreto ao erário municipal, impõe-se a manutenção da sentença objurgada que julgou o autor carecedor do pedido formulado em Ação Popular, conforme precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça.

Contra o acórdão foram opostos embargos de declaração, os quais não foram acolhidos.

Em suas razões de recurso extraordinário, alega o recorrente contrariedade aos arts. 5º, inciso LXXIII, e 37 da Constituição Federal. Em seu apelo extremo, sustenta que o Município de Cuiabá malferiu os preceitos da legalidade e moralidade administrativa ao instituir o aumento na tarifa do transporte público sem observar as normas pertinentes a esse tema presentes na Lei Orgânica do Município. Afirma que os prejuízos ao patrimônio público foram devidamente comprovados na petição inicial e que, ainda que assim não se entenda, a ilegalidade do ato e a ofensa ao princípio da moralidade administrativa já se mostrariam suficientes para amparar a propositura da presente ação popular.

Informo que a sentença extinguiu o feito, sem resolução do mérito, sob o fundamento de que se encontrava ausente requisito essencial para a

propositura da ação popular, qual fosse, a prova da existência de lesividade ao patrimônio público. O autor e o Ministério Público, inconformados com a interpretação dada pelo magistrado ao permissivo constitucional (art. 5º, inciso LXXIII), interpuseram recursos de apelação, aos quais, todavia, se negou provimento.

Inconformado, apenas o autor interpôs o presente extraordinário, com a finalidade de que os autos retornem à primeira instância e para que seja julgado o mérito da ação popular. Fundamenta seu apelo extremo afirmando que: (i) diversamente do sustentado pelo Tribunal a quo, os prejuízos sofridos pelos cofres públicos foram sobejamente demonstrados, tendo sido devidamente comprovada a lesividade ao erário; (ii) o decreto questionado, por contrariar frontalmente dispositivo da Lei Orgânica Municipal, fere a legalidade e, por extensão, o princípio da moralidade administrativa insculpido no art. 37 da Carta Maior; (iii) e, ainda que não haja lesão ao erário, a ação popular não poderia ter sido extinta sumariamente, visto que a ação constitucionalmente prevista visa à defesa não apenas dos cofres públicos, mas também de princípios, como a moralidade administrativa. Entender de forma diversa significaria ignorar os requisitos estabelecidos no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República.

O Município de Cuiabá ofertou suas contrarrazões, as quais se encontram acostadas às fls. 881-891.

A Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Odim Brandão Ferreira, opinou pelo provimento do agravo e do recurso extraordinário.

É o breve relatório.

Manifesto-me pela existência de questão constitucional e de repercussão geral.

No caso em tela, o recurso extraordinário possui a referida preliminar e o apelo foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral.

Observo que o objeto da ação popular é o Decreto nº 4.399, editado pelo Prefeito do Município de Cuiabá em 10 de março de 2006, pelo qual o chefe do Executivo determinou a elevação das tarifas de transporte público na capital mato-grossense. Funda-se a demanda na tese de que o referido instrumento normativo teria afrontado a moralidade administrativa e violado a Lei Orgânica Municipal, a qual, por sua vez, estabelecia que as tarifas somente poderiam ser revistas com a mesma periodicidade do reajuste salarial dos servidores públicos municipais e num percentual nunca superior a esse reajuste.

Ancora-se também a pretensão no argumento de que o reajuste deu causa a gritante aumento de gastos, sobretudo de subsídios, ocasionando grave dano ao patrimônio público cuiabano.

A questão constitucional posta nos autos diz respeito à existência ou não, na Constituição Federal, de lesão ao patrimônio público como condição para a propositura de ação popular e o julgamento de seu mérito. Isso porque, açambarcando tese da sentença, entendeu o Tribunal de origem que apenas se configuraria cabimento da ação popular quando efetivamente demonstrada a lesividade causada ao erário, conforme se destaca da seguinte passagem do voto condutor do acórdão recorrido, in verbis:

O ponto nuclear do recurso consiste em verificar a correção da decisão do MM. Juízo a quo, que extinguiu a supracitada ação popular (feito nº 380/2008), sem resolução do mérito, por entender estar ausente a lesividade ao patrimônio público no caso concreto.

Antes de tudo, faz-se necessário um breve relato dos fatos para melhor compreensão da causa.

O Apelante Sr. JOÃO BATISTA BENEVIDES DA ROCHA, interpôs Ação Popular em face dos Apelados, objetivando a declaração de nulidade do Decreto Municipal nº 4399/2006, o qual determinou o reajuste na tarifa do transporte coletivo da Capital.

O MM. Juízo a quo se pronunciou no seguinte sentido:

Pois bem, no caso dos autos, apesar da presença do primeiro requisito condição de eleitor é patente que o Autor em momento algum aventa ato lesivo ao patrimônio público, ou a outros interesses tutelados no inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, pois conforme se depreende de sua pretensão principal, este almeja a procedência in totu[m] da presente ação, declarando NULA A APLICAÇÃO DE REAJUSTE NO TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL PELO DECRETO Nº 4399 DE 10.03.2006, por infringência ao art. 206 da Lei Orgânica Municipal. (sentença, fls. 667/668).

Asseveram os recorrentes, em linhas gerais que, ao contrário do que conclui o magistrado, houve sim lesão ao erário, em decorrência da majoração da tarifa do transporte coletivo prevista no Decreto nº 4399/2006, baixado pelo Município de Cuiabá.

A Procuradoria Geral de Justiça em seu lúcido parecer discorda das argumentações trazidas, pugnando ao final pelo desprovimento dos recursos, aduzindo para tanto o seguinte:

Pois bem, em sede de Ação Popular, protege-se, em suma, o interesse difuso (patrimônio histórico, cultural e meio ambiente) bem como o interesse geral (patrimônio público e moralidade administrativa). Portanto, os benefícios dessa ação é a comunidade, o povo enquanto titular do direito subjetivo que se pretende proteger, e especificamente os usuários do transporte coletivo.

(...) Ocorre que na espécie, em que pese os esforços dos Apelantes não lograram, como lhes convinham, em comprovar a lesividade ao erário, como bem consignou o juiz na sentença de fls. 664/670.

Embora tenham aduzido que a planilha de fls. 528 reflita prejuízo financeiro aos cofres do município, com o custeio de 50% (cinquenta por cento) das passagens dos estudantes (art. 6º, da Lei 4141), a arguição isolada não tem o condão de materializar a necessária comprovação da lesividade ao patrimônio público tampouco a comprovação do prejuízo. (parecer, fls. 730/732).

Em que pesem os argumentos em contrário, filio-me ao entendimento do douto Procurador de Justiça e do próprio Magistrado Singular, no que tange ao reconhecimento da ausência de provas que demonstrem a existência de ato lesivo ao patrimônio público municipal.

O simples fato de o Município de Cuiabá arcar com 50% (cinquenta por cento)

da tarifa do transporte coletivo de estudantes, não demonstra por si só que o Decreto nº 4.399/06 causou lesão ao erário.

Cumprido ressaltar que na composição do valor da tarifa dos transportes públicos não se devem considerar também outras variantes, além dos reajustes dos salários dos servidores municipais, tais como preços dos combustíveis, de peças de reposição dos veículos, custos dos salários de empregados com seus reflexos nos encargos sociais, índices de inflação, etc, que não podem ser simplesmente transferidos ao concessionário por mera conveniência de um seguimento de usuários, sob pena de inviabilizar o sistema de transportes públicos.

Nesse diapasão, tenho que os Apelantes, na fase probatória, não conseguiram demonstrar claramente que o erário foi lesado com a expedição do decreto mencionado, não podendo assim a ação popular ter êxito em seu desiderato.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a matéria nesse mesmo sentido, senão vejamos:

O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. (STJ, REsp nº 260821/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Redator para o Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 13/02/2006) (grifos nossos).

Vê-se, por todo o exposto, que a matéria suscitada no recurso extraordinário apresenta nítida densidade constitucional e ultrapassa os interesses subjetivos das partes, uma vez que se cuida de definir quais as condições para o exercício da ação popular, importantíssimo instrumento de exercício da cidadania.

Embora diverjam as partes quanto ao conteúdo do próprio texto constitucional, o qual cuidou de disciplinar os requisitos para a propositura da mencionada ação constitucional, o tema retratado não é novo para esta Corte. O mérito da tese posta nestes autos foi decidido, em oportunidades diversas, pelas duas Turmas do Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, não havendo qualquer divergência sobre a interpretação da matéria por esta Corte. Vide as respeitáveis ementas dos julgados:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. VEREADORES: REMUNERAÇÃO: FIXAÇÃO: LEGISLATURA SUBSEQÜENTE. C.F., art. 5º, LXXIII; art. 29, V. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: LESÃO. I. - A remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subseqüente. C.F., art. 29, V. Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para vigor na própria legislatura, pratica[m] ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. C.F., art. 5º, LXXIII. II. - Ação popular julgada procedente. III. - R.E. não conhecido (RE nº 206.889/MG, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 13/6/97).

AÇÃO POPULAR. ABERTURA DE CONTA EM NOME DE PARTICULAR PARA MOVIMENTAR RECURSOS PÚBLICOS. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 5º, INC. LXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para o cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável

se desviar dos princípios que norteiam a Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico. As premissas fáticas assentadas pelo acórdão recorrido não cabem ser apreciadas nesta instância extraordinária à vista dos limites do apelo, que não admite o exame de fatos e provas e nem, tampouco, o de legislação infraconstitucional. Recurso não conhecido (RE nº 170.768/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 26/3/99 **negritos nossos**).

Nessa esteira, temos também as seguintes decisões da Corte a corroborar esse entendimento (cf. RE nº 160.381/SP, Relator o Ministro Marco Aurélio; RE nº 167.137/TO, Relator o Ministro Paulo Brossard; RE nº 567.460/DF, Relator o Ministro Cezar Peluso).

Para maior certeza quanto à existência de posição pacífica sobre o assunto pelo Supremo Tribunal Federal, observo que, no julgamento do RE nº 206.889, Relator o Ministro Carlos Velloso, a Segunda Turma, ao analisar o conteúdo do art. 5º, LXXVIII, da CF, concluiu que

[o] que está na Constituição, portanto, é que a ação popular visa a anular ato lesivo; a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; b) à moralidade administrativa; c) ao meio ambiente; d) ao patrimônio histórico e cultural. É dizer: qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo à moralidade administrativa (DJ de 18/4/97).

Da mesma forma, a Primeira Turma, no julgamento do RE nº 170.768, Relator o Ministro Ilmar Galvão, assentou que,

para cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam da Administração Pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, norma esta que abarca não só o patrimônio material da entidade pública, como também o patrimônio moral, o cultural e o histórico (DJ de 7/4/99).

Sobre o tema, segue o lapidar escólio do ilustre jurista José Afonso da Silva:

5. Ação Popular

(...)

Trata-se de um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Sob esse aspecto é uma garantia constitucional política. Revela-se como uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente. Ela dá a oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus representantes nas Casas Legislativas. Mas ela é também uma ação judicial porquanto consiste num meio de invocar a atividade jurisdicional visando a correção de nulidade de ato lesivo; (a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) à

moralidade administrativa; (c) ao meio ambiente; e (d) ao patrimônio histórico e cultural. (...)

(...)

O objeto da ação popular foi ampliado, em nível constitucional, à proteção da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. Este último já estava contemplado na lei que regula o processo popular. Não gera maior dificuldade a compreensão do que seja meio ambiente, que é conceito adotado pela Constituição (art. 225). Será mais difícil a compreensão da moralidade administrativa, como fundamento para anular ato que a lese. A moralidade é definida como um dos princípios da Administração Pública (art. 37). Todo ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa. Mas o texto constitucional não se conteve nesse aspecto apenas da moralidade. Quer que a moralidade administrativa em si seja fundamento de nulidade do ato lesivo. Deve-se partir da ideia de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto. Significa, como disse Hauriou, que a moralidade administrativa consiste no conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. A questão fica ainda presa quanto ao saber se a ação popular continuará a depender dos dois requisitos que sempre a nortearam: lesividade e ilegalidade do ato impugnado. Na medida em que a Constituição amplia o âmbito da ação popular, a tendência é a de erigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato. Reconhece-se muita dificuldade para tanto. Se se exigir também o vício de ilegalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque, em verdade, somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade. Mas isso nos parece liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio. Por outro lado, pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento do vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é puramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração. No caso da defesa da moralidade pura, ou seja, sem alegação de lesividade ao patrimônio público, mas apenas de lesividade do princípio da moralidade administrativa, assim mesmo se reconhecem as dificuldades para se dispensar o requisito da ilegalidade, mas quando se fala que isso é possível é porque se sabe que a atuação administrativa imoral está associada à violação de um pressuposto de validade do ato administrativo. Rodolfo de Camargo Mancuso também acha isso possível porque a Constituição erigiu a moralidade administrativa em fundamento autônomo para a ação popular e numa categoria jurídica passível de controle jurisdicional, per se. A lei pode ser cumprida moralmente ou imoralmente. Quando sua execução é feita, p. ex., com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém, por certo que se está produzindo um ato formalmente legal, mas materialmente comprometido com a moralidade administrativa. (...) (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 465-467 grifos nossos).

Verifico, portanto, que o Tribunal de origem divergiu do entendimento desta Suprema Corte.

Destarte, manifesto-me pela repercussão geral da matéria examinada no presente agravo em recurso extraordinário, bem como pela reafirmação da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não é condição da ação popular a menção na exordial e a prova de prejuízo material aos cofres públicos, posto que o art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação

popular e impugnar, ainda que separadamente, ato lesivo ao patrimônio material público ou de entidade de que o Estado participe, ao patrimônio moral, ao cultural e ao histórico.

Assim, nos termos do art. 323-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, voto pelo conhecimento do agravo e pelo provimento do recurso extraordinário para, reformando o acórdão prolatado pelo Tribunal de origem, determinar o retorno do processo à primeira instância, a fim de que seja devidamente processado e julgado, apreciando-se, caso inexistentes outros óbices de natureza processual, o mérito da demanda.

Brasília, 3 de agosto de 2015

Ministro Dias Toffoli

Relator

Documento assinado digitalmente

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUIZA DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE BARREIRAS

SINOPSE: Ação civil pública indenizatória. Falha na prestação de serviços essenciais de telefonia, internet móvel e conexão de dados. Descumprimento de obrigações legais de continuidade e eficiência. Danos materiais e morais causados a centenas de consumidores. Responsabilidade por ilicitude e por violação de direitos de usuários de serviços de telecomunicações.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA**, por meio do Promotor de Justiça signatário, e o **MUNICÍPIO DE BARREIRAS**, através de sua Procuradoria Geral, vêm, perante Vossa Excelência, para, com fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, nos arts. 81, parágrafo único, incs. I e III, e 82, inc. I, ambos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), no art. 5º, *caput* e incisos I e III da Lei Federal nº 7.347/85, e no art. 25, inc. IV, *a*, da Lei Federal nº 8.625/93, propor

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO LIMINAR, a ser processada pelo rito ordinário, em face de:

TIM CELULAR S.A. (“TIM”), sociedade empresária com sede na Av. Giovanni Gronchi, 7143, Vila Andrade, São Paulo-SP, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 04.206.050/0001-80, CEP 05724-005

a fim de que sejam acolhidos os pedidos ao final formulados em razão dos fatos e fundamentos jurídicos a seguir aduzidos:

DOS FATOS

1 - BREVE SÍNTESE DO INQUÉRITO CIVIL Nº 593.0.82892/2014

A sociedade barreirense vem sofrendo, nos últimos anos, contínuas interrupções no serviço de telefonia móvel. Além de danos morais, os problemas na prestação do serviço importam em danos materiais, implicando prejuízos nos setores econômico e social.

Com vistas a apurar quais as causas de consumo de maior incidência nos Juizados Especiais da Comarca de Barreiras, oficiamos aquele Juízo, obtendo como resposta o Ofício 087/2014 **(fl.06 do IC)**, na qual a MM Juíza Titular informa estarem inseridas em tal relação, as ações movidas contra as operadoras de telefonia, por conta da baixa qualidade da internet fixa e móvel.

Por conta disso, foi instaurado, no âmbito desta Promotoria, o inquérito civil público nº **593.0.82892/2014**, visando à apuração de possíveis irregularidades e prestação

deficitária do serviço de telefonia móvel, inclusive da internet móvel, notadamente interrupções, qualidade de sinal, congestionamento na rede, deficiência na conexão de dados e do serviço 3G, queda de chamadas ocorridas no Município de Barreiras, tendo em vista as constantes notícias locais acerca da prestação deficitária dos serviços de comunicação, notadamente pela operadora ré.

Constam nos autos do referido Inquérito Civil, diversas notícias jornalísticas dando conta da **publicidade e notoriedade** da deficiência do serviço em Barreiras (f. 119/126, 140/142, 148 do IC), inclusive com mídia de 6 (seis) reportagens exibidas pela emissora de TV Local, TV Oeste.

Além disso, o próprio **Poder Público municipal** deixou assentado no Ofício PGM 642/2014 (**fls. 149/156 do IC anexo**), o evidente *periculum in mora* ao qual estão submetidos não apenas os consumidores, mas todos os cidadãos de Barreiras, em face das **dificuldades enfrentadas por diversos órgãos voltados à prestação de serviços públicos essenciais à população**, como atendimento de emergência, saúde pública e segurança, vez que a falta de comunicação proveniente da ineficiência das operadoras (VIVO, TIM, CLARO e OI), ocasiona a não prestação de forma eficiente, destes serviços em decorrência da ausência da rede de comunicação, seja de voz, seja de dados.

Tais informações apenas confirmam o que já é sentido por todos os consumidores e diversos segmentos da comunidade de Barreiras, cuja indignação com a **péssima qualidade** do serviço de telefonia/internet está registrada nos autos destes Inquéritos Cíveis, o que levou, inclusive, à realização de **Audiência Pública da Comissão Parlamentar de Inquérito da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, no dia 11 de junho de 2014, onde Deputados Estaduais ouviram as reclamações da comunidade.**

Para instrução do inquérito civil público, este órgão ministerial encaminhou notificação à operadora ré, para que prestasse esclarecimentos acerca dos fatos narrados nos autos, bem como oficiou à ANATEL para que encaminhasse o mais recente Relatório de Fiscalização, especialmente quanto aos parâmetros técnicos intrinsicamente relacionados ao desempenho da rede, (taxa de chamadas originadas completadas, estabelecimento de chamadas em menos de 10 segundos, taxa de bloqueio, taxa de queda de chamadas, área de cobertura, etc...).

Em resposta, a operadora ré alegou que já presta seus serviços dentro dos parâmetros de qualidade exigidos pela ANATEL (**fls. 43/69 do IC**).

Por sua vez, a ANATEL encaminhou diversos Relatórios de Fiscalização e Notas Técnicas, referentes aos períodos de **janeiro de 2013 a janeiro de 2014** e **de fevereiro de 2014 a janeiro de 2015**, apontando **DIVERSAS DEFICIÊNCIAS** nos serviços prestados pela ré, conforme demonstrado no **item 5** desta peça, que deste modo lesa os consumidores.

Estes são os fatos averiguados no âmbito do presente inquérito civil público e que deram origem à presente ação civil pública. A propositura desta ação tem por vista a proteção do direito dos consumidores do Município de Barreiras, além da necessidade de precaução quanto à adequada prestação do serviço de telefonia móvel, que incide diretamente em atividades de ordem econômica e social da população barreirense, inclusive nos serviços públicos municipais.

Em razão de tudo o quanto restou apurado nos autos do **Inquérito Civil Nº 593.0.82892/2014**, presidido pelo Promotor de Justiça que subscreve esta peça, e do

conteúdo do Ofício PGM 642/2014 (fls. 149/156 do IC anexo), a 9ª Promotoria de Justiça de Barreiras convidou o Município de Barreiras, através de sua Procuradoria, a aderir a esta demanda, o que foi prontamente aceito nos termos da Ata de Reunião constante da fl. 203 do IC, constituindo-se o presente litisconsórcio ativo autorizado pela Lei 7.347/85, art. 5, incisos I e III .

2 - DA LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimidade ativa para a causa há de ser analisada à luz dos dispositivos constitucionais pertinentes à matéria, bem como em razão do fundamento da própria demanda.

O art. 1º da Lei nº 7.347/85 contempla as hipóteses de cabimento da Ação Civil Pública como as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, infração da ordem econômica. O Código do Consumidor ampliou a abrangência desta lei, incluindo também a defesa de direitos individuais homogêneos.

Segundo o art. 127 da Constituição Federal "**O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.**" Dentre as funções institucionais do Ministério Público, elencadas no art. 129 da Constituição da República, está a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a

proteção do patrimônio público e social, *do meio ambiente e de outros interesses difusos ou coletivos*.

Por sua vez, **o Município teve sua legitimidade ativa assegurada pela Lei 11.448/2007**, que acrescentou o inciso III no art. 5º da Lei 7.347/1985:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: [\(Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007\)](#).

*I - **o Ministério Público**; [\(Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007\)](#).*

*III - a União, os Estados, o Distrito Federal e **os Municípios**; [\(Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007\)](#).”*

Trata-se, nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, **legitimação extraordinária**, na modalidade **substituição processual**, consistente na possibilidade dos legitimados irem a juízo, em nome próprio, defender interesse alheio, qual seja, o da coletividade de lesados, no presente caso, os consumidores.

A legitimação para ambos é ampla, haja vista que *“não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal. Em vista de sua vocação para a defesa de interesses públicos e interesses coletivos lato sensu, presume-se possam, em tese, defender interesses transindividuais de qualquer natureza”*. (MAZZILLI, H.N. A defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 22 Ed., p.311)

Preciso seja traçado o contorno exato sobre a natureza do direito dos consumidores dos serviços de telefonia móvel, uma vez que é anatureza do direito que se pretende defender coletivamente capaz de definir, não apenas a legitimidade ativa, mas, também, os limites da eficácia e efetividade do julgado.

Hugo Nigro Mazzili, em sua obra "A Defesa dos interesses difusos em juízo", 8ª ed., Saraiva, p. 3/11, ensina: "(...) O Código do Consumidor considerou difusos os interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (...) Para conceituar interesses coletivos, o art. 81 do Código do Consumidor considerou sua indivisibilidade entre o grupo reunido por uma relação jurídica básica comum (...) Os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de contato: reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas; contudo, só estes últimos são divisíveis e supõem origem de fato comum (...) Inovando na terminologia legislativa, o Código do Consumidor mencionou os interesses individuais homogêneos, 'assim entendidos os decorrentes de origem comum.' Encontram-se reunidos por essa categoria de interesses os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato."

A evolução das ações coletivas no Brasil é tema tratado por Galeno Lacerda, (Eficácia da Prestação Jurisdicional no Atendimento às Demandas Sociais, Revista Ajuris), que assenta se ter ultrapassada a característica individualista clássica do processo brasileiro, dizendo que, "... como exemplo de preceitos individualistas em nosso sistema, podemos apontar o art. 76 do CC, segundo o qual 'para propor ou contestar uma ação, é necessário ter interesse econômico ou moral'; o art. 3º do CPC, que fala em 'interesse e legitimidade', e o art. 6º do mesmo Código: 'Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei'. Acrescente-se, nesse modelo individualista, o art.472 do CPC: 'A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros'." Em breve histórico sobre a introdução da processualística em demandas coletivas, como ação popular e ação civil pública, o autor parte da Constituição de 1988, sendo lícito falar em **processo coletivo social**, pois, conforme Galeno, "uma das marcas mais

características do Direito brasileiro, na atualidade, consiste em sua abertura para o social, acentuada, principalmente, a partir da CF de 1988... essa abertura para o social supera, em definitivo, a formação individualista que sempre caracterizou a cultura jurídica da Europa continental, retratada de modo geral, em nossas instituições. (op. Cit.)."

Pode-se concluir, portanto, que toda a apreciação que se faz da legitimidade processual em demandas coletivas tem gênese constitucional. Nestes termos, pode-se afirmar que, no caso dos autos, tem os autores legitimação para a defesa dos interesses dos consumidores dos serviços de telefonia móvel no Município de Barreiras, pois age na defesa de direito transindividual, visto que a incidência da norma atinge, de modo absolutamente igual, todo aquele que demonstrar ser titular de qualquer dos aparelhos telefônicos atingidos pelas deficiências do serviço, bem como o direito do número indefinido de cidadãos terem os serviços públicos prestados de acordo como os princípios que informam a administração pública, e as relações de consumo.

Não há dúvida quanto à **relevância social** do direito ora em discussão, o que, por si só autoriza sua defesa coletiva em ação civil pública.

Ora, o direito em apreciação foi erigido a direito do consumidor, além de essencial, como melhor se explicitará ao cuidar da responsabilidade civil, tudo por força da Lei 8.078/90, em seu artigo 22, com o que mais ainda se reforça o cabimento de sua proteção por meio da ação civil pública, conforme expressa o art. 1º da Lei 7.347/85.

Ademais, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) dispõe, em seu artigo 81 e parágrafo único, que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores pode ser exercida individual ou coletivamente, entendendo-se dentre estes últimos, além dos

interesses coletivos e difusos, também os interesses ou direitos individuais homogêneos. A mesma lei atribui tanto ao Ministério Público quanto ao Município a legitimidade para ajuizar as ações civis coletivas alusivas ao assunto (artigos 91 e 92):

“Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de :

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82 - Para os fins do artigo 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II- a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

(...)

Art. 91 - Os legitimados de que trata o artigo 82 poderão propor em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.

A legitimidade é corroborada ainda pelos pelos preceitos normativos da Lei nº 7347/85, que disciplina a ação civil pública:

*“Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)
II - ao consumidor; (...)*

Nessa esteira, a lesão e a contínua ameaça de dano a interesses coletivos e difusos dos consumidores usuários do serviço de telefonia móvel oferecido no Município de Barreiras, bem como a necessidade de proteção a estes direitos, legitimam o Ministério Público e o Poder Público Municipal a proporem esta ação civil pública.

3 - DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL

Importante destacar aqui que em matéria de fixação do órgão jurisdicional responsável pela demanda, como alerta Alexandre de Moraes, *“a competência da Justiça Federal vem taxativamente prevista na Constituição. Dessa forma, conclui-se que a competência da Justiça comum (rectius: Justiça Comum Estadual) é subsidiária”*²³.

No caso em apreço, é preciso deixar claro que a questão restringe-se à análise da **relação entre a ré e os consumidores**, ou seja, da má prestação de serviços.

Não se formula nos autos qualquer demanda em face da ANATEL. Ao contrário, valemo-nos da vasta informação por ela produzida para justificar a defesa da sociedade de consumo, posto que uma das causas de pedir da presente ação é justamente o

conjunto de deficiências na qualidade da prestação dos serviços efetuados pela empresa ré, detectadas no relatório de fiscalização da agência reguladora.

Além de o assunto já se encontrar pacificado em **súmula vinculante nº 27** editada pelo Supremo Tribunal Federal, não é outro o entendimento manifestado tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça:

*EMENTA. Embargos de declaração no agravo de instrumento. Conversão dos embargos declaratórios em agravo regimental. **Serviço de telefonia**. Pulsos além da franquia. Matéria infraconstitucional. **Competência. Justiça estadual**. Precedentes. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 2. O processamento e o julgamento dos feitos em que se discute a possibilidade da cobrança dos chamados “pulsos excedentes” estão no âmbito da competência da Justiça comum. 3. Matéria adstrita à legislação infraconstitucional. Inadmissível, em recurso extraordinário, o exame de ofensa reflexa à Constituição. 4. Agravo regimental não provido. (Embargos de Declaração no AI 795702 – Relator Ministro Dias Toffoli – julgamento em 27/03/2012 – Primeira Turma)*

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSUMIDOR. NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL DE FIDELIZAÇÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. CLÁUSULA PENAL. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. ROUBO E FURTO DE APARELHO CELULAR. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. DEMANDA QUE NECESSITA DA ANÁLISE DE EDITAL. ÓBICE DA SÚMULA 454 DO STF. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF.

1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso extraordinário, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. A violação indireta ou reflexa das regras constitucionais não enseja recurso extraordinário. Precedentes: AI n. 738.145 - AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 2ª Turma, DJ 25.02.11; AI n. 482.317-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma DJ 15.03.11; AI n. 646.103-AgR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJ 18.03.11. 3. As cláusulas contratuais ou editalícias e a verificação de suas validades encerram reexame de norma infraconstitucional, insuscetível de discussão via recurso extraordinário, incidindo, in casu, o óbice da súmula 454 do STF, verbis: *Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário.* Precedentes: RE 599.127-AgR, 2ª Turma, Rel. Min. Ayres Britto, Dje de 04/03/11, e AI 829.036-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 24/03/11. 4. A Súmula 279/STF dispõe, verbis: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 5. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 6. In casu, o acórdão recorrido assentou: “CIVIL, CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - **COMPETÊNCIA - JUSTIÇA ESTADUAL - INEXISTÊNCIA DE LITISCONSORTE PASSIVO - ANATEL - RELAÇÃO DE DIREITO PRIVADO** - NULIDADE - CLÁUSULA CONTRATUAL DE FIDELIZAÇÃO - ONEROSIDADE EXCESSIVA - CONSUMIDOR – CLÁUSULA PENAL - INEXIGÊNCIA - CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR - ROUBO E FURTO - APARELHO CELULAR - EFEITOS DA SENTENÇA - ABRANGÊNCIA AO ESTADO DE PERNAMBUCO - OBRIGAÇÃO - OPERADORA - ESCOLHA - ENTREGA NOVO APARELHO ATÉ O FINAL

DA CARÊNCIA OU RESCISÃO CONTRATUAL E REDUÇÃO PELA METADE DA MULTA - RESTITUIÇÃO PELA METADE DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE - POSSIBILIDADE -PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA - APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS - DECISÃO UNÂNIME. 1. O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para defender direitos individuais homogêneos. Precedentes do STJ. 2. **A discussão sobre a ilegalidade de cláusula em contrato de adesão celebrado entre operadora de telefonia móvel e seus usuários é relação de direito privado que não justifica a presença da ANATEL para compor o pólo passivo da demanda, mantendo a competência da justiça estadual....** 7. Agravo Regimental desprovido. (AgReg. No Recurso Extraordinário com Agravo 653956 – Ministro Relator Luiz Fux – Julgamento em 20/03/2012 – Primeira Turma)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO DA ANATEL NA LIDE. SÚMULA 150/STJ. 1. **Não há falar em litisconsórcio passivo necessário da Anatel, pois esta pleiteia a intervenção no feito apenas como amicus curiae; além disso, a ação proposta pelo Parquet estadual cinge-se à irregularidade imputada somente à concessionária do serviço de telefonia (deficiência no serviço), sem alcançar a esfera do poder regulador daquela Entidade reguladora.** 2. A competência cível da Justiça Federal encontra-se definida, como regra geral, com base na natureza das partes envolvidas no processo (*ratione personae*), independentemente da índole da controvérsia exposta em juízo, por força das disposições do art. 109, I, da Constituição Federal 3. Desse modo, nos termos do que dispõe a Súmula 150/STJ, "compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença,

no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas". 4. Competência para o julgamento da demanda do Juízo Direito da 1ª Vara de Ouricuri - PE. Agravo regimental improvido. (STJ – Relator: Ministro Humberto Martins – AgRG no CC 120.783 – Julgamento em: 23/05/2012).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOREGIMENTAL NO CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. TELEFONIA MÓVEL. TARIFAÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA ANATEL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 150 E 254/STJ. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, ORA SUSCITANTE. 1. A decisão agravada foi proferida nos autos de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais perante o Juízo da 1ª Vara Cível, Criminal e da Infância e Juventude de Brumadinho/MG, que, em decisão monocrática, declarou-se incompetente para processar e julgar o feito sustentando a existência de notório interesse da Anatel, remetendo os autos à Justiça Federal. **2 .** A Primeira Seção, no julgamento do Conflito de Competência 35.972/SP, Rel. para acórdão o Ministro Teori Albino Zavascki, **decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal é *ratione personae* , isto é, leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual, sendo irrelevante, para esse efeito e ressalvadas as exceções mencionadas no texto constitucional, a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido formulado na demanda.** **3 .** No caso dos autos, havendo manifestação expressa do Juízo Federal reconhecendo inexistir interesse da União ou da Anatel a justificar o processamento do feito naquela Justiça especializada, não há como afastar a competência estadual, conforme o teor da Súmula 150 desta Corte, que reconhece a competência da Justiça Federal para

decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, na relação processual, da União, suas autarquias ou empresas públicas. Precedentes: CC 54.832/PB, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJU 19.6.2006; CC 50.029/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJU de 18.4.2005, CC 35.386/RR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJU 29.9.2003. 4 . Agravo regimental não provido" (AgRg no CC 99.252/MG, Primeira Seção, Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 20.10.2010).

Assim, e se **a competência da Justiça Federal é taxativa**, conclui-se que as ações cíveis, incluídas as ações civis públicas, somente serão processadas e julgadas pela Justiça Federal quando a *“União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem autoras, rés, assistentes ou oponentes”*.

Além disso, não é porque um fornecedor possui regulação advinda de autarquias federais que toda ação em face dele será no âmbito da Justiça Federal. Se este entendimento simplório e equivocado fosse acatado, milhares de ações que tramitam na Justiça Estadual deveriam estar sendo julgadas pela Justiça Federal. Como exemplo, podemos citar as ações envolvendo serviço de telefonia (setor regulado pela ANATEL), de energia elétrica (setor regulado pela ANEEL), as ações contra os planos de saúde (setor regulado pela ANS), e assim por diante.

No que se refere à natureza da relação, discorre Alexandre Freitas Câmara, que *“há litisconsórcio necessário quando a presença de todos os litisconsortes é essencial para que o processo se desenvolva em direção ao provimento final”* o que não acontece na presente ação, uma vez que os pedidos pleiteados na inicial independem da presença da

ANATEL, visto que a ação busca apenas tutelar os direitos de inúmeros consumidores que foram (e podem continuar sendo) lesados pela ré.

Assentada a competência da Justiça Estadual, resta, portanto, o ajuizamento da demanda na **Vara da Fazenda Pública, por decorrência da competência absoluta em razão da pessoa**, por figurar no polo ativo da demanda o Município de Barreiras, nos termos do art. 70, inciso II, alínea “a”, da Lei 10.845 de 27 de novembro de 2007, LOJ- Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia.

DO DIREITO

4- DA ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO – DESATENDIMENTO DOS PADRÕES DE QUALIDADE DA ANATEL – DESOBEDIÊNCIA AO MÍNIMO ESSENCIAL DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

As características dos serviços prestados pela ré agravam a vulnerabilidade dos consumidores e o impacto dos danos multitudinários causados.

Os serviços de telefonia e de internet móvel possuem relevância significativa para a economia e para as relações sociais no cotidiano da população brasileira. Dificilmente, nos dias atuais, qualquer pessoa que tenha acesso a esses serviços é capaz de passar um único dia sem se comunicar com alguém por telefone ou sem acessar a Internet, ou mesmo se comunicar através dos modernos aplicativos de conversação.

O ordenamento jurídico reconhece essa realidade quando a Lei Federal nº 9.472/97⁸⁰ estabelece, em seu art. 2º, inc. I, que “o Poder Público tem o dever de garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações” e em seu art. 3º, inc. I, que “o usuário de serviços de telecomunicações tem direito de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional”.

Ora, a telecomunicação é um bem essencial à população, e não meramente facultativo, como dantes se pensava. Não se pode olvidar o fato de que a convivência social entre seres humanos, bem como o desenvolvimento de atividades econômicas em geral pressupõe o uso do serviço de telecomunicação, no qual está inserido a telefonia móvel, pelo que está inserido no rol do art. 22 do CDC, que preleciona a continuidade na sua prestação.

Por sua relevância, os serviços prestados pela ré são considerados essenciais, expressamente, pela Lei Federal nº 7.783/89⁸¹, que prevê:

Art. 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais:
(...)
VII - telecomunicações;

A presente ação civil pública relaciona-se com um dos temas mais relevantes da atualidade quando se pensa na relação entre consumidores e fornecedores.

⁸⁰ Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

⁸¹ Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

Desatender os padrões mínimos de qualidade fixados na regulamentação da ANATEL é desobedecer à mínima e mais básica proteção aos consumidores. Na condição de concessionária do serviço público essencial de telecomunicações, a ré, deve respeitar as imposições da legislação que disciplina o regime de concessões, em geral, e o de telecomunicações, em particular.

A Lei Federal nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, traz os seguintes dispositivos:

Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (...)

Art. 7º - Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

Assim, em relação ao **PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO**, tem-se que a adequação do serviço público é a sua perfeita conformação às necessidades e exigências qualitativas dos usuários, baseados em padrões técnicos e de qualidade.

Desse modo, a definição de serviço adequado passa pela determinação de critérios técnicos, como os enumerados pela ANATEL em seu relatório de fiscalização, que deu

conta da inadequação técnica da prestação do serviço de telefonia móvel pela concessionária demandada.

Do dispositivo citado acima, destacam-se ainda os princípios da continuidade, da eficiência, da segurança e da generalidade.

Pelo **PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE** os serviços públicos não devem sofrer interrupções, devendo a prestação ser contínua, evitando paralisações que provoquem problemas nas atividades ordinárias da população usuária dos serviços. Em sendo de natureza essencial, como é o caso do serviço de telecomunicações, no qual se insere a telefonia móvel, só não é observado o princípio em hipóteses restritas, quais sejam, as motivadas por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações ou por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Com relação ao **PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**, vale dizer que, além de figurar no caput do art. 22 do CDC, tal princípio atualmente possui *status* constitucional, incluído no rol de princípio que regem a Administração Pública, dispostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Segundo tal princípio, os serviços públicos serão prestados com a maior eficiência e qualidade possíveis. Ou seja, deve o concessionário se atualizar com os novos processos tecnológicos, de modo que a produção seja a mais proveitosa possível, dando os resultados desejados pelos usuários.

Por seu turno, a Lei Federal nº 9.472/97 que, como vimos, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, determina:

Art. 3º - O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; (...)

Art. 127 - A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir: (...)

III - o respeito aos direitos dos usuários;

Ocorre que, esta proteção estabelecida pela agência reguladora é apenas o **mínimo essencial** a que deve respeitar o concessionário do serviço público.

Enquanto fornecedora de serviços⁸², a ré submete-se também às normas de proteção e defesa do consumidor, **de ordem pública e interesse social**, e com **status de direito fundamental**, da Lei Federal nº 8.078/90 (CDC), que no art. 22 traz preceito específico aplicável às concessionárias de serviços públicos:

Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁸² CDC, Art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...)”

“§ 2º - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Adequação, regularidade, continuidade, eficiência, generalidade, cortesia na sua prestação e respeito aos direitos dos usuários: os dispositivos legais transcritos são regras de direito material que, ao impor tais requisitos, convergem para criar uma expectativa de qualidade em relação aos serviços prestados pela ré aos consumidores. Uma expectativa de cumprimento daquilo que CLÁUDIA LIMA MARQUES chama de *deveres anexos de cooperação* do fornecedor:

Cooperar é um dever de conduta do parceiro contratual segundo a boa-fé. É o simples agir com lealdade, é colaborar com o “outro”, para que possa cumprir com suas obrigações e possa alcançar suas expectativas legítimas e interesses naquele tipo contratual. Cooperar é não obstruir ou impedir o acesso do consumidor à justiça, à possibilidade de reclamação ou efetivação de seus direitos, ou o seu acesso à prestação contratual (...)

*Para que o contrato possa cumprir sua função social, para que possa efetivamente ser um instrumento de segurança no mercado, sua interpretação não pode desconhecer a existência de deveres anexos a esta relação contratual, especialmente em se tratando de relações de longa duração, os contratos cativos.*⁸³

Para melhor compreensão da situação, importa considerar que nos anos 90 o Brasil conheceu processos de privatização de serviços públicos, além de fusões e aquisições de empresas, processos esses que resultaram no quadro atual de extrema concentração de mercado em vários setores. Assim, milhões de consumidores em todo o país se vêem compelidos a contratar a prestação de diversos serviços, alguns deles essenciais, como os de telefonia e internet, em contratos cativos, de longa duração, com as poucas empresas concessionárias disponíveis.

⁸³ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: RT. 5ª ed., 2006, p. 1.024.

O crescimento desmesurado do Estado Social, determinado pela ampliação de suas atribuições, notadamente na prestação dos serviços públicos essenciais, tornou inevitável o seu redimensionamento, diminuindo-lhe o tamanho, pela denominada privatização.

Nesse novo contexto, enfatiza-se o papel regulador do Estado em relação às atividades desempenhadas por particulares, fazendo surgir as agências reguladoras.

Em relação às empresas de atividades que foram devolvidas ou entregues à iniciativa e capital privados, ou seja, nos casos em que houve a transferência para a iniciativa privada da exploração econômica de serviço público, a necessidade de regulação se torna evidente, sendo preciso harmonizar os interesses da empresa e os dos usuários. A regulação, então, deveria almejar assegurar a qualidade do serviço, protegendo o usuário.

Ocorre que, por outro lado, aos particulares exercentes da atividade econômica “serviço público” é garantido o **lucro** e demais características do comportamento empresarial privado.

Dessa forma, o regime regulatório decorrente das privatizações significa verdadeiro “**jogo concertado de complementação e restrição recíproca**”, em que os regimes público e privado pretéritos “se complementam em parte e alguns setores parcelares se restringem também reciprocamente”, nas expressões de *Karl Larenz*.

Deste modo, o fim precípua das normas regulatórias da ANATEL (assegurar a qualidade do serviço, protegendo o usuário) ganha limites no fim secundário do próprio Estado como agente concedente: garantir a sobrevivência da concessão.

E para que a concessão sobreviva é essencial que as empresas concessionárias tenham garantido o “lucro interessante”, ou seja, aquele suficiente para manter o capital privado interessado no setor de telefonia. E óbvio que o denominado “lucro interessante” não é apenas o lucro justo, mas sim aquele qualificado por ganhos de capital acima daqueles possíveis em diversos outros setores da atividade econômica ou mesmo de aplicações financeiras. Sem o lucro qualificado, o capital financiador das concessionárias migram de ramo, o que não interessa ao Estado cedente, apresentado, em sua função fiscalizadora, pela Agência Reguladora, neste caso a ANATEL.

Em razão dessa equação mais financeira que jurídica é que a proteção assegurada pela ANATEL ao consumidor é **mínima**, ou seja, aquela que assegure apenas os **essenciais e básicos direitos do consumidor**, limitado reciprocamente pela necessidade de viabilizar o “lucro interessante”.

È o “**jogo concertado de complementação e restrição recíproca**”, utilizando a expressão de *Karl Larenz*.

Assim, a regulação das agências visa a conjugar a eficiência privada – e seus interesses individuais e de lucratividade – com a satisfação dos fins públicos e objetivos

almejados pelo Estado/concedente. Possuem, portanto, função instrumental no que tange aos escopos almejados com a “reforma do Estado” pelo **Estado concedente**.

Ocorre que, não raro, os **interesses secundários do Estado (concedente)** não albergam com a necessária completude os **interesses primários (dos consumidores)**.

No que diz respeito às agências reguladoras, a possibilidade de tal discrepância é de obviedade natural quando lembramos que a legitimidade das normas elaboradas pelos integrantes do Poder Constituinte e mesmo do Legislativo decorre principalmente do fato de terem eles sido eleitos pelo povo e serem seus representantes, ao passo que as normas da ANATEL são elaboradas por uma diretoria de técnicos, onde ausente está qualquer representação democrática direta.

E justamente para proteger estes interesses primários (consumidores) do próprio Estado é que a Constituição Federal deixou nela assentada a **defesa do consumidor** como **direito fundamental**.

Aliás, lembremos que **o próprio Estado cedente responderia perante o CDC caso houvesse por bem prestar o serviço diretamente e não através de concessão!**

Por isso, a proteção ao consumidor frente às práticas das empresas operadoras de telefonia encontra assento muito mais amplo na **Constituição Federal**, norma máxima do nosso ordenamento, que atribui a proteção ao consumidor o status de **direito**

fundamental. O poder regulamentar da ANATEL se qualifica por ser inteiramente subordinado à lei.

“O essencial é que o executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei –, não invada as chamadas reservas da lei, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam as garantias e os direitos individuais assegurados pela Constituição (art. 5º).” (Hely Lopes Meirelles) Os regulamentos não podem desprezar as normas e princípios de direito que lhe são superiores.

O princípio da legalidade supõe a submissão da Administração e dos atos administrativos – inclusive dos regulamentos da ANATEL- às disposições vigentes de caráter geral insertas no ordenamento hierárquico das fontes escritas do Direito e, em grau último, à Constituição Federal.

Diz-se, por isso, ser mínima a proteção conferida pela regulamentação da ANATEL, pois, acima dela, encontramos diversos instrumentos de amparo ao consumidor, previstos no Código de Defesa do Consumidor, lei federal elaborada por determinação constitucional (art. 48 do ADCT), como corolário da defesa do consumidor, que possui **status de direito fundamental** e de instrumento de efetivação da **dignidade da pessoa humana** (art. 5º, inc. 32, CF).

Registre-se, ainda, que sendo direito fundamental, e portanto **cláusula pétrea**, a defesa do consumidor está abrigada pelo princípio da **proibição do retrocesso**, mesmo quando parta o retrocesso de normativa de agência reguladora.

Assim é que, se por um lado a ANATEL considera adequado o fornecimento de apenas 80% da velocidade vendida pelas operadoras ao consumidor, as normas do CDC que proíbem a propaganda enganosa e estabelecem o caráter vinculativo à proposta e publicidade, obrigam-nas a cumprir integralmente com o que foi ofertado ao consumidor, ou seja, 100% da velocidade contratada!

Deste modo, concluindo, **desobedecer aos padrões referenciais de qualidade fixados pela ANATEL significa desobedecer ao mínimo essencial de qualidade ao qual as operadoras estão obrigadas.**

Conforme ficará demonstrado a seguir, as falhas e a descontinuidade dos serviços, aliada à respectiva cobrança indevida por um serviço que é mal prestado ou sequer é prestado, **caracterizam ilícitos lesivos que, considerados em seu conjunto, produzem dano coletivo significativo que reclama medidas acautelatórias para resguardar os direitos dos consumidores, além da devida indenização.**

**5 - DA DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO –
DO DESATENDIMENTO AOS PADRÕES MÍNIMOS DA ANATEL**

O Código de Defesa do Consumidor – CDC, em seu art. 6º, X, preceitua:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

O mesmo Código, especificando tal direito consumerista, afirma em seu art.

22, *in verbis*:

*Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer **serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.***

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Do quanto será agora analisado, chegaremos à conclusão de que a prestação dos serviços públicos de telecomunicações não está atingindo patamares minimamente satisfatórios perante a população barreirense, caracterizando-se ofensa ao princípio da eficiência, segurança, continuidade e adequação dos serviços públicos, dispostos no CDC.

A ANATEL, em sua resposta inicial (**fls. 70/76 e 78/84 do IC**), apresentou a Nota Técnica n. 01/2014/GR08F11, referente à Missão de Fiscalização n. BA20140018, referente a Teste executado **em rota realizada no dia 25/03/2014**, com o objetivo de avaliar os seguintes itens: Cobertura, quanto à intensidade de sinal, Voz, quanto às estatísticas de acesso e queda de chamada, Dados, quanto às estatísticas de acesso e queda de *download*.

O referido teste foi realizado utilizando-se equipamentos conectados a antenas fixadas na parte externa do veículo. **Os testes foram realizados nas ruas, condição que entende a ANATEL mais favorável que a fruição do serviço em ambientes fechados.**

Observem que **o teste é realizado de modo mais benéfico à operadora**, haja vista que o consumidor utiliza seus equipamentos, na maior parte do tempo, em áreas fechadas (residência, locais de trabalho, academia, hospitais, prédios públicos, restaurantes, etc...)!

As operadoras, em que pese a tentativa de restringir em seus contratos de adesão a qualidade do sinal ao uso em áreas abertas, cláusula esta abusiva em razão de restringir o direito do consumidor (art. 51, incisos I e XV do CDC), via de regra **oferecem seus produtos nas campanhas publicitárias através de figuras e imagens de usuários utilizando o aparelho celular em suas residências, escritórios, etc... e não do alto das montanhas, torres de telefonia ou nas coberturas dos prédios!**

Deste modo, **são abusivas as cláusulas contratuais “2.1.3” (fl. 50 do IC) “2.1.4” e “2.1.2” (fl.137 do IC)**, que permitem à operadora ré interromper o serviço ou prestá-lo de modo “afetado” ou deficitário, em razão de reparos, interferências, manutenção ou substituição de equipamento, ou pelo bloqueio do sinal em função de barreiras artificiais **ordinárias, corrigíveis e previsíveis**, (como paredes e lajes), **sem prever a correspondente redução no seu preço.**

Ainda assim, segundo a Nota Técnica, em que pese não ter apresentado trechos sem cobertura, a operadora ré pode apresentar falhas de cobertura indoor em pontos específicos (fl. 73 do IC).

Também naquele específico teste, em que pese ter apresentado a taxa de sucesso de chamadas de voz próxima a 100%, a ANATEL registrou que esta situação pode não ser a mesma para o usuário dentro da sua residência, pois o teste é executado em equipamento situado em áreas externas, portanto, com menores dificuldades de recepção.

Quanto à **taxa média de download**, a ANATEL registrou que as taxas médias da operadora ré apresentadas no teste **“NÃO SÃO ADEQUADAS À TECNOLOGIA 3G” (fl. 74 do IC)**.

Assevera que, conforme o artigo 23 do Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP, **a prestadora deve garantir uma Taxa de Transmissão Média nas Conexões de Dados de pelo menos 70% da taxa contratadas, que para o 3G é de 1Mbps.** Observem também, que a tal norma regulamentar (infralegal, portanto) é também mais favorável à operadora, e viola o CDC (art. 20, art. 35), haja vista que permite a ele oferecer serviço em qualidade inferior àquela ofertada e vendida ao consumidor, padecendo de vício de inconstitucionalidade, portanto. Mesmo assim, nem mesmo sequer esta norma, que lhe é mais benéfica, a operadora ré consegue obedecer!

Também no que diz respeito às **Taxas de Conexão de Dados**, a operadora ré, **EM TODOS OS MESES DE 2013 E JANEIRO DE 2014, apresentou valores abaixo da referência da ANATEL que é de maior ou igual a 98%. (fl. 75 do IC)**

Em complementação solicitada pela Promotoria, a ANATEL encaminhou ofício 2811/2014/GR08F11/GR08-ANATEL, no qual registra que **“considerando que os valores de taxa média de download, apresentados na tabela I da Nota Técnica n. 01/2014/GR08F11 (referente ao teste realizado em ambiente aberto no dia 25/03/2014), estão abaixo do considerado adequado no regulamento, é esperada uma condição ainda pior em ambientes fechados” (fl, 108 do IC).**

Tais condições ainda piores esperadas pela ANATEL são sentidas no dia a dia pelos consumidores barreirenses!

Concluída a fiscalização de campo, a ANATEL encaminhou **o Relatório de n. 0309/2014/GR08 (FLS. 110/116 do IC)**, referente à fiscalização realizado no período de **06/03/2014 a 07/05/2014**, aferiu as seguintes deficiências da operadora ré nos resultados obtidos:

- 1) **3G**: *“A cobertura 3G no município é ampla, mas em regiões mais afastadas do centro, como nos bairros de Vila dos Funcionários e Morada da Lua existem pontos de cobertura residual, que podem apresentar problemas para conexões de dados ou chamadas dentro das casas ou estabelecimentos comerciais (ambientes indoor).”*
- 2) **DADOS**: *“A taxa de transmissão de dados (throughput) média ficou abaixo dos valores recomendados no Regulamento Geral de Qualidade do SMP (RGQ-SMP) de 70% do valor oferecido em ambos os municípios (reerindo-se a Barreiras e Luis Eduardo Magalhães)” (f. 113 do IC).*
- 3) **INDICADORES DE REDE**: *“Fica evidenciado que **por todo o período observado, ambos os municípios apresentaram problemas de conexão de dados, não sendo atingida a meta de 98% em nenhum dos meses**” (fl.113, verso, do IC).*

Observem que, **de Janeiro de 2013 a Janeiro de 2014 (fl.113 do IC)**, a operadora ré **manteve-se abaixo do valor referencial da ANATEL, prestando serviço absolutamente inadequado ao longo de um ano, período no qual cobrava o valor integral aos seus consumidores, que foram lesados portanto!**

Em conclusão, a ANATEL apresenta os seguintes efeitos em relação ao objeto da fiscalização:

*“5.3.1. Para o serviço. **O serviço de dados prestado em ambas as cidades possui uma qualidade inferior à esperada.**” (FL. 114 do IC)*

*“5.3.2. Para o usuário. **O USUÁRIO TEM UM SERVIÇO DE QUALIDADE INFERIOR À QUE DEVERIA SER OFERECIDA, CONFORME CONTRATAÇÃO.**” (FL. 114 do IC)*

*“5.3.5. Benefícios Auferidos pelo Infrator. **A operadora não vem executando o investimento adequado em otimização e manutenção da rede para garantir o pleno funcionamento desta dentro dos parâmetros de qualidade necessários.**” (fl. 114 do IC)*

E finaliza a ANATEL: *“A rede de dados, por meio de tecnologias de terceira geração (3G) **apresenta problemas de conexão com índice de quedas acima das especificadas no Regulamento Geral de Qualidade do SMP (RGQ-SMP), e taxas MUITO ABAIXO das esperadas para tal tecnologia, com base no mesmo regulamento.**” (fl.114, verso, do IC)*

Notificada para se manifestar sobre a referida Nota Técnica e o Relatório de Fiscalização, a operadora ré apresentou petições (fl. 96/101 e 133/139) apenas alegando cláusula contratual excludente de responsabilidade de prestar adequadamente o serviço em áreas indoor (abusiva, como já explicitado), e que atingiu os índices de referência desde que passou a oferecer o serviço de transmissão de dados por meio da tecnologia 3G, em novembro de 2013. Aduz, ainda, a previsão de ampliação da rede e equipamentos para o ano de 2014.

Tal afirmativa, se não inverídica, destoa daquela apresentada pela ANATEL, como já registrado. De bom alvitre registrar que os dados acima expostos e apurados pela

ANATEL referem-se ao período compreendido entre os meses de **janeiro de 2013 a janeiro de 2014**.

Após a instauração do referido Inquérito Civil, a **9ª Promotoria de Justiça de Barreiras acompanhou por mais um ano a situação da telefonia móvel em Barreiras**, sem que houvesse qualquer avanço ou melhoria por parte das operadoras, ao passo que os consumidores barreirenses permanecem pagando integralmente os valores das suas franquias e assinaturas mensais, por um serviço que comprovadamente não lhe é prestado adequadamente.

Nesse sentido, a pedido do Ministério Público, **a ANATEL elaborou recente Nota Técnica (fl.160/179)**, apresentando Relatório de Dados de Fiscalização Consolidados do Monitoramento de Redes com os dados específicos do Município de Barreiras para o **período de fevereiro de 2014 a janeiro de 2015**, bem como resultados dos indicadores do RGQ-SMP – Regulamento de Gestão de Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal, referente ao **período de março a dezembro de 2014** das prestadoras atuantes no CN 77 do Estado da Bahia.

Nesta última e atualizada Nota Técnica a ANATEL informa que *“elencou Municípios que estão considerados críticos que serão fiscalizados ao longo do ano, sendo que o Município de Barreiras está entre os que serão fiscalizados ao longo de 2015”* (fl xx do IC) **“tendo em vista que os resultados dos indicadores colocaram o município entre os considerados críticos”** (fl. Xx do IC)..

Quanto aos níveis de Referência previstos no Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP), aprovado pela Resolução 575 de

28/10/2011, ficou constatado pela tabela constante das fls. 166/167 do IC, que a operadora ré apresentou diversos meses com indicadores abaixo do referencial da Agência Reguladora, na área do Código Nacional 77, senão vejamos:

- **Indicador de rede SMP 4 (Taxa de Completamento) – Meta 64%**
(fl. 166 do IC)

Período	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14
PMM1 ⁸⁴	57,98%	60,42%	52,26%	52,87%	52,22%	49,96%	52,17%	50,96%	53,16%	54,79%
PMM2	54,16%	56,98%	48,23%	48,22%	47,94%	46,90%	48,74%	47,15%	48,78%	50,65%

Resultado: **Deficitário em absolutamente todos os dez meses, em ambos os períodos.**

- **Indicador de rede SMP 5 (Taxa de Alocação de Canal de Tráfego) – Meta 95% (fl. 167 do IC)**

Período	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14

⁸⁴ Períodos de Maior Movimento - PMM: intervalos de tempo ao longo do dia, em que ocorrem os maiores interesses no estabelecimento de chamadas por parte dos usuários. Para efeito de aferição dos indicadores de qualidade, caso não haja disposição contrária quando da divulgação do Calendário Anual pela Anatel, os PMM são os seguintes: a) período diurno das 10h00 às 13h00 (PMM1); b) período noturno das 18h00 às 21h00 (PMM2).

PMM1 ⁸⁵	95,44%	93,48%	93,94%	94,73%	95,92%	86,47%	95,92%	95,29%	91,54%	88,89%
PMM2	84,18%	84,94%	81,43%	84,94%	86,71%	79,73%	81,72%	82,42%	86,30%	87,15%

Resultado: **Deficitário em 16 dos 20 períodos.**

- **Indicador de rede SMP 7 (Taxa de Queda de Ligações) – Meta 2%% (fl. 167 do IC)**

Período	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14
PMM1	1,39%	1,43%	1,42%	1,25%	1,29%	1,66%	1,29%	1,31%	1,36%	1,72%
PMM2	2,34%	2,44%	2,72%	2,46%	2,07%	2,46%	1,90%	2,40%	2,25%	2,30

Resultado: **Deficitário em 9 dos 10 períodos noturnos**

- **Indicador de rede SMP 13 (Taxa de Resposta ao Usuário) – Meta 95%% (fl. 167 do IC)**

⁸⁵ Períodos de Maior Movimento - PMM: intervalos de tempo ao longo do dia, em que ocorrem os maiores interesses no estabelecimento de chamadas por parte dos usuários. Para efeito de aferição dos indicadores de qualidade, caso não haja disposição contrária quando da divulgação do Calendário Anual pela Anatel, os PMM são os seguintes:a) período diurno das 10h00 às 13h00 (PMM1);b) período noturno das 18h00 às 21h00 (PMM2).

Período	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14
-----	91,47%	91,66%	87,09%	91,71%	91,33%	91,67%	97,80%	99,78%	99,88%	99,88%

Resultado: **Deficitário em 6 dos 10 meses**

- **Indicador de Voz (Taxa de Conexão de Vox) – Referência ≥ 95% (fl. 176 do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15
94.63	94.67	94.64	93.65	93.53	93.71	95.73	97.98	99.14	87.82	94.4	97.1

Resultado: **Deficitário em 7 dos 12 meses**

- **Indicador de DADOS (Taxa de Conexão de Dados) – Referência ≥ 98% (fl. 176, v. do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15
92.32	92.13	91.91	91.3	92.39	89.98	91.71	96.96	95.79	95.88	92.57	92.77

Resultado: **Deficitário em TODOS os 12 meses**

- **Indicador de DADOS 2G (Taxa de Conexão de Dados 2G) – Referência ≥ 98% (fl. 176, v. do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15

91.87	91.95	91.84	91.27	92.51	90.33	91.86	96.71	95.43	95.69	92.95	92.76
-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------	-------

Resultado: **Deficitário em TODOS os 12 meses**

- **Indicador de DADOS 3G (Taxa de Conexão de Dados 3G) – Referência ≥ 98% (fl. 176, v. do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15
97.11	93.7	92.57	91.65	91.05	85.45	85.97	99.54	99.7	99.8	86.77	93.07

Resultado: **Deficitário em 9 dos 12 meses**

- **Indicador de DADOS 3G (Taxa de Desconexão de Dados 3G) – Referência ≤ 5% (fl. 177 do IC)**

Fev/14	Mar/14	Abr/14	Mai/14	Jun/14	Jul/14	Ago/14	Set/14	Out/14	Nov/14	Dez/14	Jan/15
2.01	3.49	3.31	4.45	4.82	7.11	9.82	6.11	6.18	4.93	3.92	4.58

Resultado: **Deficitário em 4 dos 12 meses**

A constatação que emerge clara e evidente é de que a ré **vem prestando serviços de má qualidade aos seus consumidores, tratando-os com inaceitável descaso**. A empresa deixa um rastro de frustrações e violações de direitos e, pela gigantesca demanda que propicia, chega ao ponto de comprometer a atuação do principal órgão estadual de defesa do consumidor.

Por ser a ré fornecedora de serviços essenciais para milhões de pessoas—tem significativas repercussões para um universo extraordinário de consumidores, vítimas de danos materiais e morais.

6- RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DOS USUÁRIOS À REPARAÇÃO

Já vimos que as falhas na prestação do serviço e a ineficiência no atendimento ao público caracterizam ofensa à lei e, portanto, atos ilícitos. Antes de verificar os danos que provocam, cumpre discorrer sobre o direito à reparação.

O Código Civil, aplicável às relações de consumo por força do que dispõe o art. 7º, *caput*, do CDC⁸⁶, responsabiliza quem, praticando ato ilícito, causa dano a alguém:

Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (...)*

Art. 927. *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

⁸⁶ “O micro-sistema introduzido pelo Código de Defesa do Consumidor não pode ser desvinculado dos demais princípios e normas que orientam o direito pátrio, notadamente o Código Civil. Ao contrário, o que deve haver é a integração entre esses sistemas.” (REsp 702.524/RS, Segunda Seção, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 08.03.2006, DJ 09.10.2006, p. 256)

Outros dispositivos de direito material conferem ao consumidor, especialmente ao usuário de serviço público, o direito à reparação por danos sofridos. A Lei Federal nº 9.472/97 prevê:

Art. 3º - O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: (...)

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Já o CDC, depois de considerar “direito básico do consumidor” a “efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, inc. VI), na Seção que dedica à “Responsabilidade por Vício do Serviço”, determina:

Art. 20 - O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor ...

§ 2º - São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade. (...)

Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

O direito à indenização pelas falhas na prestação de serviço essencial, portanto, tem amplo amparo em nosso ordenamento jurídico. E, na condição de *usuários e consumidores*, os assinantes dos serviços prestados pela ré, quando vitimados pela deficiência

de sua atuação (privação dos serviços e/ou mau atendimento) devem ter seus danos materiais e/ou morais ressarcidos.

E o direito dos consumidores usuários à reparação independe da verificação de culpa da ré, porquanto vigora na espécie a responsabilidade objetiva do fornecedor de consumo, como ainda se analisará.

Reza o Código Civil/2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

Vê-se, pois, que a responsabilidade objetiva — independente de culpa — se assenta mesmo nas normas positivas do Código Civil/2002, que têm aplicação subsidiária à matéria de consumo, naquilo que não contrariarem a legislação consumerista, por força da norma de integração do **art. 7º do CDC**:

Art. 7º. Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Mas também o próprio **Código de Defesa do Consumidor** cuidou de fixar a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores da *cadeia de fornecimento de consumo*, dispensando cogitar de culpa, como se vê, em especial, nos **arts. 12 e 14**:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. (sublinhamos)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (sublinhamos)

As normas do CDC (arts. 12 e 14) se integram e auto-complementam com as normas do CC/2002 (arts. 927, parágrafo único, e 931).

Cuidando-se então de danos ou prejuízos verificados no fornecimento no mercado de consumo, segundo os conceitos do CDC — ou resultantes dos riscos inerentes ao produto em circulação ou à própria natureza da atividade — a responsabilidade do fornecedor é **objetiva**, independente de culpa.

Explicando a responsabilidade objetiva à luz da *teoria do risco* — hoje consagrada não apenas pelo CDC, mas também pelo citado art. 931 do CC/2002 — ARNOLD WALD já advertia que “A história revela a insuficiência da teoria da culpa para garantir o

*equilíbrio social e a realização da justiça em todas as hipóteses, especialmente na sociedade industrial de tecnologia altamente sofisticada em que vivemos”.*⁸⁷

Na doutrina de SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *“todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos (...) O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a justiça distributiva, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preços, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim, despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual.”*⁸⁸

Também oportuno, nesse passo, o ensinamento de ZELMO DENARI:

⁸⁷ WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos, 10ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992. p. 482.

⁸⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2ª ed. Editora Malheiros, 2001. p. 366.

Uma das considerações mais importantes, nesta sede, diz respeito ao caráter objetivo da responsabilidade do fornecedor. (...)

No entanto, uma sociedade civil cada vez mais reivindicante reclamava mecanismos normativos capazes de assegurar o ressarcimento dos danos, se necessário fosse, mediante sacrifício do pressuposto da culpa. A obrigação de indenizar sem culpa surgiu no bojo dessas idéias renovadoras por duas razões:

a) a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para outros homens, e que

b) o exercício de determinados direitos deve implicar ressarcimento dos danos causados.

Estavam lançadas as sementes da teoria do risco que, partindo do suposto cuius commoda eius incommoda, abria o caminho para a desconsideração da culpa na reparação de determinados danos (...)⁸⁹

Na complexa dinâmica das relações sócio-econômicas do mundo pós-moderno, já não se compadece o Direito com a ideia de perquirir culpa se o dano ou prejuízo do consumidor decorreu do inerente risco da atividade de fornecimento de consumo, para a qual o fornecedor se propõe em razão de sua lucratividade. Noutros termos, se o fornecedor se propõe a realizar determinada atividade e ganha com isso, deve responder pelo risco que sua atividade representa para o consumidor, parte conceitualmente vulnerável na relação de consumo, *ex vi lege*.

O silogismo que a presente ação civil pública propõe é bastante simples: tratando-se de serviço público essencial de telecomunicações, as *falhas no fornecimento* geram transtornos e aborrecimentos aos usuários privados de sua prestação eficiente, além de

⁸⁹ DENARI, Zelmo, *et al.* Ob. cit. p. 187.

possíveis danos materiais. Esses sentimentos, decorrentes de conduta ilícita, são indenizáveis pelo abalo moral que provocam.

São essas falhas e essa ineficiência que explicam o grande número de reclamações e de ações judiciais registrados contra si nos Juizados Especiais de Barreiras.

O cabimento de indenização por dano moral é prevista na Constituição Federal (art. 5º, inc. V), no CDC (art. 6º, incs. VI e VII) e no Código Civil (arts. 186 e 927). Como ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, o dano moral “decorre de injusta violação à situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, tutelada pela ordem civil-constitucional através da cláusula geral de tutela da pessoa humana (através da sua personalidade) que, por sua vez, se fundamenta no princípio maior de dignidade da pessoa humana”.⁹⁰

SÉRGIO CAVALIERI FILHO explica que “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”.⁹¹

No que concerne, de modo específico, aos serviços de telefonia, inúmeros precedentes admitem expressamente o cabimento de indenização pelo dano moral decorrente de falhas em sua prestação.

A conclusão que emerge da lei e da jurisprudência é, portanto, uma só: o consumidor merece respeito; não pode ser submetido a situações desgastantes.

⁹⁰ *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. Vol. II, 21ª. ed., p. 382.

⁹¹ *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., p. 92.

No caso da ré, os relatos formulados nas representações encaminhadas ao Ministério Público, bem como a manifestação do Poder Público Municipal de Barreiras, dando conta dos diversos impactos no serviço público em decorrência das deficiências da telefonia móvel, não deixam dúvida acerca das situações aflitivas que vêm vitimando os consumidores de Barreiras. Deveras, a impossibilidade de realizar chamadas em momentos de emergência e urgentes, as constantes interrupções, a impossibilidade de acessar e-mails ou mesmo aplicativos de comunicação, a impossibilidade de acessar a rede mundial de internet, a frustração pela falta de solução satisfatória, a falta de informação, são todas circunstâncias capazes de causar os sentimentos caracterizadores do dano moral: desconforto, aborrecimento, transtorno, receio, decepção, constrangimento e humilhação. Tudo isso, gera a descrença no sistema judiciário, na agência reguladora e em todos os setores de proteção do consumidor em Barreiras, gerando o **dano moral coletivo**.

Como restou demonstrado, o serviço de telefonia móvel prestado pela ré em Barreiras tem se mostrado, há muito tempo, inadequado para os fins que razoavelmente dele se espera, o que configura vício do serviço, ensejando a responsabilidade do fornecedor, no caso a empresa ré.

A responsabilidade da ré decorre não só do inadimplemento contratual (contrato de adesão de prestação de serviço de telefonia móvel), a que fazem menção os artigos 20 e 22 do CDC, como também do fato de a demandada não cumprir com a obrigação de assegurar a boa execução do contrato, colocando no mercado serviço em perfeitas condições de uso ou fruição (**VÍCIO DO SERVIÇO**).

Assim, resta claramente demonstrada a responsabilidade da ré pelos danos sofridos pelos consumidores. Tais problemas decorrem da insuficiente estruturação, da

desidiosa falta de planejamento e, principalmente, da falta de investimento da empresa na ampliação da rede de acesso no Município de Barreiras, ao longo de anos.

Na responsabilização objetiva aplica-se a máxima latina *res ipsa loquitur*: a coisa fala por si. Se existe dano decorrente das falhas na prestação de serviço, há obrigação de indenizar. Ou seja, “comprovado o nexo de causalidade entre o fato e o dano dele decorrente, não há como negar-se a responsabilidade objetiva de indenizar”.⁹² E o **elevado número de ações judiciais contra si ajuizadas** – talvez apenas a “ponta do iceberg” – constituem comprovação inquestionável das freqüentes falhas no serviço detectadas no relatório da ANATEL e, conseqüentemente, dos danos que a ré vem causando.

No plano individual, ante a impossibilidade de se demonstrar a intensidade da dor, construiu-se, doutrinária e jurisprudencialmente, a teoria de que o dano é *in re ipsa*, ou seja, que ele é decorrente da demonstração de uma situação constrangedora consoante a lógica do razoável e da moralidade comum, não se prestando para reparar situações que não ultrapassam o mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação.

E, mais, na fixação do dano moral, o juiz, considerando as circunstâncias do caso concreto segundo as regras ordinárias, deve ter em vista o homem médio, tomando por paradigma o cidadão comum.

Se é assim no plano individual, deve-se aplicar idênticos parâmetros no tocante ao dano moral coletivo, consoante a precisa síntese de Carlos Alberto Bittar Filho (BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto brasileiro): “*Consiste*

⁹² STJ, REsp 262.866/MA, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 19.12.2003, DJ 29.03.2004, p. 181.

o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (damnum in re ipsa)”.

Assim, atualmente concebe-se na sociedade de massa, que o sujeito passivo de ato ilícito também pode ser uma coletividade. **Há dano moral coletivo quando a lesão causada pelo agente alcança interesses extra-patrimoniais ligados à coletividade, como p.ex., interesses dos consumidores.**

No caso em tela, a conduta da empresa ré em relação aos seus consumidores caracteriza dano moral coletivo, uma vez que prejudica o equilíbrio e a equidade que devem permear a relação entre fornecedores e consumidores, além de constituir prática contrária às obrigações impostas pela legislação consumerista e pelas normas específicas que regulam o setor de telefonia móvel. É de ressaltar ainda que a demandada auferiu lucros ilegítimos mediante a não prestação de serviços adequados: os consumidores pagam por uma cobertura de rede eficaz e adequada, mas recebem uma rede de telefonia cheia de falhas.

Impõe-se, nessa esteira, a condenação das demandadas ao pagamento de valor, a ser revertido ao fundo criado pelo artigo 13 da Lei n. 7.347/85, a título de dano extra-patrimonial coletivo, também denominado **dano moral coletivo**.

O dano moral coletivo tem arrimo no ordenamento jurídico pátrio. A redação do artigo 6º da Lei n. 8.078/90 elenca a reparação destes como um dos direitos básicos do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...)

VI - a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, Individuais, coletivos e difusos (...)"

Nessa senda, com base na expressa previsão legal, a doutrina tem destacado a importância do dano moral coletivo na proteção dos direitos metaindividuais, sobressaltando seu **caráter punitivo**. Importante frisar que a comprovação de existência de culpa da demandada não é necessária, sendo imprescindível apenas a demonstração do dano, conforme os art. 12 e 14 do CDC.

A conduta lesiva da primeira ré, prestadora de um serviço público essencial, **ferre o sentimento de confiança que o consumidor mantém em face das concessionárias de serviço público e do próprio Estado.**

O sentimento de ter sido lesado e de falta de credibilidade para com a prestadora de serviços públicos faz com que **o usuário não acredite na idoneidade das instituições, dentre elas o Ministério Público e o Poder Judiciário**, enquanto entes destinados à proteção do consumidor.

Assim, o valor da indenização do dano moral coletivo a ser fixado deve observar, além do **enorme abalo causado na credibilidade de todo o sistema, a capacidade econômica da empresa ré**, a fim de que sirva para realmente inibir que práticas como esta se repitam. É imperioso que a justiça dê ao infrator resposta eficaz ao ilícito praticado, de modo a impedir a reiteração de condutas, sob pena de se cancelar e se estimular o comportamento desviado.

A intensidade do dano moral pode variar em cada caso, conforme as peculiaridades das falhas no serviço e no atendimento verificadas. *Daí a importância de que seja cobrada reparação a título coletivo, através de ação civil pública:*

É preciso enfatizar a importância da ação coletiva como instrumento útil para solver judicialmente questões que atingem um número infindo de pessoas, a todas lesando em pequenas quantidades, razão pela qual dificilmente serão propostas ações individuais para combater a lesão. Se o forem, apenas concorrerão para o aumento insuperável das demandas, a demorar ainda mais a prestação jurisdicional e concorrer para a negação da Justiça pela lentidão, de que tanto reclama a sociedade. A ação coletiva é a via adequada para tais hipóteses, e por isso deve ser acolhida sempre que presentes os pressupostos da lei, que foi propositada e significativamente o de liberar o sistema dos entraves da ação individual, pois pretendeu introduzir no nosso ordenamento medida realmente eficaz. (STJ, RESP nº 235.422-SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 19.10.2000, DJ de 18.12.2000-RSTJ 146/357)

Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública. (STJ, REsp 95.347/SE, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 24/11/1998, DJ 01/02/1999 p. 221)

Em casos assim, de dispersão muito grande de consumidores lesados e de insignificância da lesão na perspectiva individual, haverá certamente **relevância social na tutela coletiva**, para que o fornecedor seja obstado no prosseguimento da prática ilícita”.⁹³

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA afirma que nos interesses individuais homogêneos “a soma é algo mais do que simplesmente o conjunto das parcelas, exatamente porque o fenômeno assume, no contexto social, um **impacto de massa**”.⁹⁴

E o *valor da indenização*, cuidando-se de dano moral, deve ser fixado com caráter inibidor, visando desestimular o causador dos danos a reincidir na prática lesiva, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza. (AgRg no Ag 598.700/SP, Rel. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 08.03.2005, DJ 18.04.2005, p. 314)

A indenização tem, além do escopo reparatório, a finalidade de desestimular o ofensor a repetir o ato. (REsp 348.388/RJ, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 232)

A indenização deve ser suficiente para desestimular aquele que causou o dano, no sentido de que não venha a provocá-lo novamente. (REsp 334.781/PR, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 03.05.2005, DJ 13.06.2005, p. 225)

⁹³ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 6ª ed. Forense Universitária, São Paulo, 1999, (vários autores), pp. 735-736. Destaques não originais.

⁹⁴ Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, Revista de Processo nº 61, p. 188.

A presente ação pretende, portanto, que a ré, condenada ao pagamento de indenização, passe a tomar as providências necessárias para evitar que semelhantes episódios voltem a ocorrer no futuro, com tamanha frequência. Pretende que os consumidores sejam doravante tratados com mais respeito e consideração.

E, nessa perspectiva, é correto considerar que a presente ação também tutela interesses difusos, de um universo indeterminado de consumidores que podem ser beneficiados pelo acolhimento do pedido. É que o valor da indenização, cuidando-se de dano moral, quando fixado com **caráter inibidor**, tem o condão de desestimular o causador dos danos a reincidir na prática lesiva. É profilaxia para prevenir a recidiva.

Não podem ficar sem consideração, ainda, os graves prejuízos que a atuação da empresa vem causando ao funcionamento dos serviços públicos municipais de Barreiras **(fls. 149/156 Do Inquérito Civil)**. Assim, além dos prejuízos diretos provocados a seus assinantes, devem ainda ser computados na presente ação os **prejuízos indiretos, sofridos por milhares de cidadãos de Barreiras, com a perda da qualidade de atendimento dos serviços públicos municipais**.

Não é demais dizer ainda dos prejuízos reflexos para a sociedade decorrentes da avalanche de ações judiciais envolvendo a ré, que absorvem parte significativa dos recursos do Poder Judiciário, que poderiam ser empregados na solução de outros conflitos ou na impressão de maior celeridade ao sistema judiciário.

Daí porque a indenização deve ser efetivamente onerosa para o infrator. E não há melhor forma de onerar o infrator empresário que sensibilizá-lo nos lucros. A indenização deve representar então um agravo incidente sobre o faturamento da ré.

7 – DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O art. 6, inciso III do CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, como corolário do acesso efetivo à justiça e defesa dos seus direitos, notadamente em face da sua vulnerabilidade.

No ramo de telefonia, é patente a superioridade técnica da ré, fornecedora do serviço, frente aos seus consumidores, visto ser praticamente impossível que estes consigam as informações necessárias à comprovação da má prestação de serviço generalizada ou das medidas necessárias e eficazes para fazer cessar o abuso praticado.

Em face da especificidade da tecnologia que circunda a matéria, mesmo para o Ministério Público foi dificultoso produzir avaliação técnica sobre a atividade das operadoras, durante a tramitação do Inquérito Civil Nº 593.0.82892/2014, tendo passado **mais de um ano coletando dados junto à ANATEL** para conseguir compor a prova até aqui exposta.

Assim, impõe-se a inversão do ônus da prova, já no início da demanda, de modo a que a ré comprove, se for de seu interesse, o cumprimento de todos os termos contratados ou ofertados aos consumidores e impostos pelo CDC, pela Lei Geral das Telecomunicações, pelo Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM), aprovado pela Resolução 574 de 28/10/2011, o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP) aprovado pela Resolução 575 de 28/10/2011 da ANATEL, bem como não ter causado qualquer dano ou prejuízo aos consumidores.

8 - DO PEDIDO LIMINAR

Diante da prestação de serviço essencial à sociedade de maneira deficitária pelas demandadas, faz-se necessária uma ação efetiva e imediata, até a decisão final desta ação civil pública, posto ser relevante o fundamento jurídico da demanda.

As provas trazidas aos autos, de natureza documental, conforme apresentadas, **são inequívocas demonstrações da lesão a direitos, eis que comprovam a má prestação do serviço de telefonia móvel no Município de Barreiras pela empresa ré.** Todos os documentos acostados nos autos demonstram claramente a inadequada prestação do serviço pela empresa ré, em evidente afronta à Constituição Federal (artigo 175), à Lei n. 8.987/1995 (artigo 6º) e ao Código de Defesa do Consumidor (artigo 22).

A verossimilhança ou *fumus boni juris* exsurge dos argumentos jurídicos até aqui expostos, corroborado pelo relatório de fiscalização da ANATEL, que definiu tecnicamente as irregularidades perpetradas pela operadora ré, conforme mencionado nesta ação. Além disso, o direito à saúde, à educação, ao setor bancário, à informação (este, via internet), à segurança pública, à justiça e ao trabalho, todos atingidos pela deficiência do serviço público de telefonia, estão assegurados na própria Carta Política, tal qual demonstrado acima, e, também, porque a peremptória recusa da demandada em prestar um bom serviço, objeto da presente lide civil, representa uma inequívoca ofensa aos direitos explicitados nos arts. 6º, VIII, e 22, ambos do CDC.

De outro lado, o *periculum in mora* resta também evidente, tendo em vista que a ré não está prestando serviço minimamente adequado, ou seja, contínuo, eficaz, seguro e geral. Além disso, a demora na prestação jurisdicional acarretará a continuidade da prática ilícita, continuando os consumidores a serem lesados, por não poder se comunicar por meio da rede de telefonia da operadora ré e nem acessar os dados pela rede de internet, dificultando suas atividades diárias de trabalho, lazer e sociais de maneira geral, fato que se renova a cada dia e somente com a intervenção do Poder Judiciário, é capaz de se cessar. Ademais, os consumidores de Barreiras não podem ficar desassistidos, desamparados mesmo, do serviço público de vital importância, que é a telefonia móvel e internet móvel. Na hipótese de doença, não se consegue contatar com outros hospitais ou médicos, tampouco se consegue comprar medicamentos. Em caso de se buscar informações sobre pessoas, isso na área da segurança pública, também se torna inviável. As pessoas não conseguem avisar os seus familiares sobre doenças, falecimentos, acidentes, etc.

Os cidadãos não obtêm êxito na tentativa de acionar a Segurança Pública, nem a Justiça, nesta e noutras Cidades. Enfim, os transtornos são enormes e irreparáveis são os prejuízos causados a todos os consumidores desse serviço público.

O próprio Poder Público municipal deixou assentado no Ofício PGM 642/2014 (fls. 149/156 do IC anexo), o evidente *periculum in mora* ao qual estão submetidos não apenas os consumidores, mas todos os cidadãos de Barreiras, em face das dificuldades enfrentadas por diversos órgãos voltados à prestação de serviços públicos essenciais à população, como atendimento de emergência, saúde pública e segurança, vez que a falta de comunicação proveniente da ineficiência das operadoras (VIVO, TIM, CLARO e OI), ocasiona a não prestação de forma eficiente, destes serviços em decorrência da ausência da rede de comunicação, seja de voz, seja de dados:

- **Vigilância Sanitária Municipal**: “... que durante algum tempo não é confiável a comunicação de transmissão de dados, internet e telefonia móvel em nosso município, o que **tem dificultado enormemente o desenvolvimento dos trabalhos da Vigilância Sanitária**; o acesso da população ao nosso atendimento fica restringida pela falta de comunicação, o que atrapalha muito a comprovação da irregularidade pela nossa instituição”.
- **Guarda Municipal**: “... **serviço de telefonia móvel é condição essencial para o bom andamento das atividades laborativas da Guarda Civil Municipal de Barreiras**; A operadora mais usada é a VIVO, sendo que seu serviço (qualidade de sinal) deixa muito a desejar, a semelhança das demais”.

• **SAMU:** "... que o Serviço Móvel de Atendimento de Urgência (SAMU 192), através de sua Central de Regulação de Urgência utiliza o sistema da operadora OI, onde **nos últimos meses temos enfrentado graves problemas de telefonia**; Onde as principais queixas são: ausência de sinal, ligação não completa, interrupções durante as ligações e a baixa qualidade da comunicação, **situação vivenciada também constantemente quando as ligações são originadas de celulares das operadoras VIVO, TIM e CLARO**; que todos esses problemas **relatados acarretam no mau funcionamento do sistema e conseqüentemente na morosidade da assistência aos munícipes, nos impossibilitando de prestar assistência adequada e em tempo hábil à população** da nossa área de abrangência, e as bases dos 22 que compõe a Regional de Barreiras/Ibotirama".

Assim, presente o *fumus boni iuris e o periculum in mora* aptos a ensejar confecção de provimento jurisdicional liminar, torna-se medida de urgência a concessão de **DECISÃO LIMINAR INAUDITA ALTERA PARS**, no sentido de que seja a ré compelida a:

- a) **abster-se de comercializar novas assinaturas ou habilitar novas linhas no Código Nacional 77 e de proceder à implementação de portabilidades de códigos de acesso de outras operadoras para a operadora ré**, persistindo tal proibição até que a ré comprove a instalação e funcionamento dos equipamentos necessários e suficientes para atender às demandas dos consumidores que ela possui atualmente no Município de Barreiras, inclusive quanto à demanda reprimida em função da má prestação do serviço, a efetiva e integral prestação do serviço nos moldes contratados e ofertados, inclusive velocidade de conexão e transmissão, com o ateste da ANATEL e de perícia a ser por ela custeada acaso deseje. Requer a fixação da **pena de pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para cada nova linha habilitada, nova assinatura comercializada ou portabilidade realizada;**

- b) **apresentar, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, projeto de melhorias da rede**, nos moldes a atender as necessidades mencionadas no item acima, com a anuência da ANATEL, no que tange à efetividade do projeto, considerando-se os atuais níveis de deficiências detectadas nos relatórios da agência, bem como a demanda reprimida e inicie sua implementação no prazo 30 (trinta) dias subsequentes a tal apresentação ou em outro prazo que V.Exa. entender adequado, emitindo relatório trimestral, a ser encaminhando a esse juízo; Requer a fixação da **pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para a não apresentação do projeto;**
- c) **Se abstenha de cobrar nas faturas dos seus consumidores do código nacional 77 ativos no município de Barreiras (fl.98 do IC e 164 dos autos) quaisquer valores adicionais à franquia básica de voz, que correspondam ao serviço de franquia de dados 2G ou 3G, ou outra superior, nos valores constantes da informação prestada pela operadora à fl. 99 do IC,** providenciando imediata redução na fatura dos consumidores; **quanto aos usuários de planos pré-pagos, aplique aos consumidores ativos no município de Barreiras (fl.98 do IC e 164 dos autos) o desconto no percentual de 50% (cinquenta por cento)** dos valores das recargas aplicadas nacionalmente; tudo isso até a efetiva e integral prestação do serviço nos moldes contratados e ofertados, inclusive velocidade de conexão e transmissão, com o ateste da ANATEL e de perícia a ser por ela custeada acaso deseje. Requer a fixação da **pena de pagamento de multa no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), para cada fatura mensal em que conste a cobrança indevidamente realizada, bem como pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pela não implemento do desconto nas recargas de planos pré-pagos;**

- d) **Apresentar, no prazo de 15 (quinze) dias, em mídia digital, a listagem completa**, com os dados cadastrais, de todos os seus consumidores ativos no município de Barreiras (fl. 98 do IC) desde janeiro de 2013 e posteriores exclusões. Requer a fixação da **pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para atraso na sua apresentação;**

Assim sendo, presentes os pressupostos legais autorizadores da medida liminar requerida, acompanhados de **provas robustas** – inclusive pericial e documental – da plausibilidade jurídica e da **baixa qualidade dos serviços** prestados, o **perigo da demora** reside na constatação de que o aumento da demanda pelos serviços acarreta a sobrecarga – e possível colapso – das estruturas do serviço das operadoras, de maneira a potencializar o **risco efetivo ao serviço público**, além da constatação de que a tardia prestação jurisdicional amplia o **enriquecimento ilícito da ré** e os **prejuízos aos consumidores**.

9 - DOS PEDIDOS FINAIS

Pelo exposto, requerem o Ministério Público e o Município de Barreiras a prolação de sentença que julgue integralmente procedente a presente ação civil pública, para acolher o seguinte pedido:

a Confirmação da decisão liminar, cautelar ou antecipatória, expostos no item 8 retro, nos termos lá alinhavados;

b) a citação da ré para, querendo, contestar a presente ação;

c) seja julgada totalmente procedente a demanda, para:

c.1) Condenar a ré a prestar o serviço de telefonia móvel pessoal e internet, de maneira adequada, segura, eficiente, de modo a adequar os níveis indicadores de rede previstos no Regulamento de Gestão da Qualidade do Serviço de Comunicação Multimídia (RGQ-SCM), aprovado pela Resolução 574 de 28/10/2011, bem como os níveis de Taxa de Conexão de Dados, Taxa de Desconexão de Dados, Taxa de Conexão de Dados 2G, Taxa de Desconexão de Dados 2G, Taxa de Conexão de Dados 3G, Taxa de Desconexão de Dados 3G, Taxa de Conexão de Voz e Taxa de Desconexão de Voz, aos níveis Referência previstos no Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (RGQ-SMP) aprovado pela Resolução 575 de 28/10/2011 da ANATEL, bem como cumprir **com o quanto ofertado aos consumidores em sua totalidade**, seja na área de cobertura, seja na qualidade da transmissão de voz, seja na qualidade e velocidade de conexão 2G, 3G e demais tecnologias, seja na transmissão de dados, afastadas cláusulas abusivas, cuja declaração de nulidade se requer adiante.

c.2) que sejam **declaradas nulas e abusivas** aos direitos dos consumidores as cláusulas constantes dos itens **“2.1.3” (fl. 50 do IC) “2.1.4” e “2.1.2” (fl.137 do IC)** dos Contratos de prestação de Serviços firmados entre a ré e os consumidores, porquanto diminuem ou

restringem a garantia legal de qualidade dos serviços em face do disposto nos artigos 20, 24, 25, 51, I, IV e XV do CDC.

c.3) condenar a demandada, por sentença, a título de **dano moral coletivo**, ao pagamento de quantia a ser arbitrada por V. Exa., que será revertida a fundo, nos termos do art. 13 da Lei 7.347/85, depositada em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária;

c.4) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90, bem como a condenação da Requerida ao pagamento das custas processuais, com as devidas atualizações monetárias;

c.5) a condenação da ré ao pagamento de indenização, por **danos individuais homogêneos**, correspondente a 50% (cinquenta por cento) dos valores contratados por cada um de seus usuários-contratantes, entre janeiro de 2013 até a efetiva comprovação de adequação da prestação dos serviços, nos termos do item “c.1”supra, a ser implantado através de crédito a ser abatido em contas futuras ou de pagamento em favor dos que já se desligaram do serviço;

c.6) a condenação da ré ao recolhimento ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos (FDDC) ou Fundo de Defesa do Consumidor (FDC), devidamente atualizados ao tempo da sentença e do recolhimento, pelos índices legalmente aplicáveis dos valores referentes ao item “c.5” supra, que não forem reclamados pelos consumidores nem implantados em suas contas, após um ano da exequibilidade da sentença condenatória;

d) sejam as intimações do Primeiro Autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista na 9ª Promotoria de Justiça de Barreiras, situada na Rua Guarujá, 920, Bairro Jardim Imperial, CEP 47.804-260, Barreiras-Ba, em razão do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e no art. 199, inc. XVIII, da Lei Complementar Estadual nº 11, de 18.01.1996 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado da Bahia), e do Segundo Autor na pessoa da sua Procuradora Geral do Município, no endereço respectivo;

e) a inversão do ônus da prova, na forma do artigo 6, VIII do CDC, por se tratar de demanda de proteção ao consumidor, fundamentando-se este pleito tanto na verossimilhança das afirmações quanto na hipossuficiência dos consumidores, segundo os fundamentos já expostos;

f) a publicação do edital ao qual se refere o art. 94 do CDC;

g) protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela produção de prova testemunhal e pericial, e, caso necessário, pela juntada de documentos, e por tudo o mais que se fizer indispensável à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial.

Acompanham esta petição inicial os documentos inclusos, especialmente os **autos originais do Inquérito Civil de Nº 593.0.82892/2014, que tramitou perante a 9ª Promotoria de Justiça de Barreiras, totalizando 203 folhas.**

Atribui à causa o valor de R\$ 5.525.632,80 (cinco milhões, quinhentos e vinte e cinco mil, e seiscientos e trinta e dois reais e oitenta centavos), valor este obtido

considerando o quantitativo de usuários aptos a utilizar os serviços de transmissão de dados por meio da tecnologia 3G neste município (fl. 98 do IC), multiplicado pela menor franquia mensal de dados informada à fl. 99, multiplicado pelos 24 meses de ineficiência identificada pelos relatórios da ANATEL acostados aos autos).

Termos em que,

Pede deferimento.

Barreiras, 16 de abril de 2015.

ALEX Santana NEVES
Promotor de Justiça
9ª Promotoria de Justiça de Barreiras

ROSANA Carmo BRIGLIA
Procuradora Geral do Município
Município de Barreiras

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.237 - MG (2012/0162982-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO
ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E
OUTRO(S)
RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. IRREGULARIDADES FORMAIS AVERIGUADAS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, QUE NÃO ENSEJARAM, CONTUDO, DANO AO ERÁRIO, CONFORME RECONHECIDO EM PERÍCIA JUDICIAL E PELO TCE DE MINAS GERAIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DOS RECORRENTES NO RESSARCIMENTO DOS COFRES PÚBLICOS, COM ESTEIO EM LESÃO PRESUMIDA À MUNICIPALIDADE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE ESTATAL.

1. À luz da Súmula 418/STJ, é inadmissível o Recurso Especial interposto antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração, sem posterior ratificação, como ocorreu em relação ao Nobre Apelo de fls. 6.492/6.514, haja vista a peça recursal ter sido protocolizada em 24.02.2011, sendo que o Acórdão que julgou os últimos Embargos interpostos foi disponibilizado no Dje em 30.09.2011. O Recurso Especial, dest'arte, não transpõe a barreira da admissibilidade, porquanto interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, ou seja, antes do exaurimento das instâncias ordinárias, em desconformidade com o disposto no referido art. 105, III da Constituição Federal

2. A preliminar de nulidade do acórdão vergastado, por suposta violação ao art. 535, II do CPC, somente tem guarida quando o julgado se omite na apreciação de questões de fato e de direito relevantes para a causa - alegadas pelas partes ou apreciáveis de ofício - o que não ocorreu nos presentes autos.

3. Mostra-se deficiente a fundamentação dos recursos que se limitaram a elencar os dispositivos de lei federal (arts. 964 do CC/1916 e 131, 165, 436 e 458, II do Estatuto Processual Civil) sem, contudo, relacioná-los de forma específica com o eventual vício de fundamentação alegadamente existente no acórdão guerreado, incidindo, portanto, a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

Superior Tribunal de Justiça

4. A Ação Popular consiste em um relevante instrumento processual de participação política do cidadão, destinado eminentemente à defesa do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico e cultural; referido instrumento possui pedido imediato de natureza desconstitutiva-condenatória, pois colima, precipuamente, a insubsistência do ato ilegal e lesivo a qualquer um dos bens ou valores enumerados no inciso LXXIII do art. 5o. da CF/88 e, conseqüentemente, a condenação dos responsáveis e dos beneficiários diretos ao ressarcimento ou às perdas e danos correspondentes.

5. Tem-se, dessa forma, como imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a a procedência da Ação Popular e conseqüente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes.

6. Eventual violação à boa-fé e aos valores éticos esperados nas práticas administrativas não configura, por si só, elemento suficiente para ensejar a presunção de lesão ao patrimônio público, conforme sustenta o Tribunal a quo; e assim é porque a responsabilidade dos agentes em face de conduta praticada em detrimento do patrimônio público exige a comprovação e a quantificação do dano, nos termos do art. 14 da Lei 4.717/65; assevera-se, nestes termos, que entendimento contrário implicaria evidente enriquecimento sem causa do Município, que usufruiu dos serviços de publicidade prestados pela empresa de propaganda durante o período de vigência do contrato.

7. Não se conhece do Recurso Especial da Empresa de Propaganda e Marketing, em face de sua manifesta intempestividade, e do Recurso Especial interposto pelo ex-Prefeito. Recursos Especiais dos demais recorrentes providos, para afastar a condenação dos mesmos a restituir aos cofres públicos o valor fixado no Acórdão do Tribunal de origem. Com fulcro no art. 509 do CPC, atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente Decisão, para excluir a condenação ressarcitória dos demais litisconsortes necessários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, por unanimidade, não conhecer dos recursos especiais da empresa e de Luiz Guaritá Neto e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina (voto-vista), dar provimento aos demais recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram os Srs. Ministros Relator, Benedito Gonçalves (voto-vista), Sérgio Kukina (voto-vista) e Arnaldo Esteves Lima.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves

Brasília/DF, 16 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR

RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.237 - MG (2012/0162982-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO

ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)

RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA

ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA

CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E
OUTRO(S)

RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO

ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)

RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO

ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA

ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

1. ELMO FANTATO, MARIA BATISTA TEODORO VAROTTO BORELLI, EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO, LUIZ GUARITÁ NETO, GILBERTO MARTINS VASCONCELOS E SETEMBRO SP PROPAGANDA & MARKETING LTDA. interpõem Recursos Especiais, lastreados nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da CF/88, contra Acórdão prolatado pela 4a. Câmara Cível em Ação Popular, que restou assim ementado:

AÇÃO POPULAR - QUALIDADE DE CIDADÃO - ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO - LESIVIDADE LEGALMENTE PRESUMIDA - REQUISITOS CABALMENTE DEMONSTRADOS - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL.

Ao desenvolver o procedimento licitatório em desacordo com as regras disciplinadas na lei geral de licitação, prejudicou a Administração Pública uberabense a realização de uma concorrência sadia e vantajosa para a sociedade, de maneira a propiciar proposta mais interessante e consoante com o interesse público. Não há de se falar, "in casu", em irregularidades meramente formais, uma vez que a Lei 8.666/93 traçou regras inteiramente formais e rígidas para a realização do procedimento licitatório, de forma a ensejar a escolha da proposta mais vantajosa e a possibilitar a participação equânime de todos que se interessarem em contratar com o Poder Público, sempre visando o interesse da coletividade.

A Forma como foi desenvolvida o procedimento licitatório impediu ou ao menos dificultou a participação de eventuais interessados, há que não

Superior Tribunal de Justiça

foram respeitados os prazos e atos tidos como necessários pela legislação pertinente.

Não se admite a ocorrência de sucessivos vícios formais em uma licitação de tamanho vulto e de extrema relevância para a comunidade do Município de Uberaba. Restaram devidamente preenchidos os requisitos necessários à propositura da ação popular. A lesão não necessita ser efetiva, podendo dar-se de forma presumida, desde que legalmente prevista. Esclarecedores os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles a respeito, afirmando que "essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4o.), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito" (fls. 4.964).

2. Ao analisar o REsp. 973.044/MG, este Tribunal *ad quem* conheceu parcialmente os Recursos, mas os desproveu (fls. 5.898/5.910); opostos Embargos de Declaração por GILBERTO MARTINS VASCONCELOS (fls. 5.920/5.939), LUIZ GUARITÁ NETO (fls. 5.964/5.970) e ELMO FANTATO E OUTROS (fls. 5.972/5.977), abriu-se vista à parte contrária (fls. 5.979) e, posteriormente, esta 1a. Turma conheceu dos Embargos e lhes deu provimento às fls. 6.039/6.047, para atribuir efeitos infringentes ao *decisum* de fls. 5.898/5.910, *determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem*, para que se pronunciasse sobre dois pontos específicos: (a) o montante do dano a ser efetivamente ressarcido em face da procedência do pedido constante na inicial; (b) a responsabilidade pessoal de GILBERTO MARTINS VASCONCELOS pelos atos infirmados na Ação Popular; a propósito, colaciona-se a ementa do Julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. OMISSÃO DO JULGADO QUANTO AO MONTANTE DO DANO MATERIAL E AOS CRITÉRIOS DE SUA APURAÇÃO. FALTA DE MENÇÃO À ESPECÍFICA PARTICIPAÇÃO DE AGENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, PARA, ATRIBUINDO-LHES EFEITOS INFRINGENTES, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL (fls. 6.050).

3. Em cumprimento à determinação acima, no Acórdão de fls. 6.142/6.164, o TJMG *excluiu da condenação GILBERTO MARTINS VASCONCELOS e esclareceu que os demais requeridos devem ressarcir, solidariamente, a quantia de R\$ 1.366.388,96 (um milhão, trezentos e sessenta e*

Superior Tribunal de Justiça

seis mil, trezentos e oitenta e oito reais e noventa e seis centavos), abatido o valor de R\$ 187.500,00 (cento e oitenta e sete mil e quinhentos reais); a ementa foi assim redigida:

Embargos de declaração. Acórdão. Vícios. Reexame. Ação Popular. Licitação. Prejuízo. A omissão no acórdão sobre o valor do ressarcimento enseja a declaração do acórdão. Considerando que o fundamento para o decreto de nulidade do contrato e, conseqüentemente, para a condenação ao ressarcimento foi a existência dos termos aditivos em valor superior ao percentual de 25% do valor originário, conforme previsão posta no art. 65, § 1o. da Lei Federal 8.666/1993, tem-se que o ressarcimento deve s limitar ao valor que excedeu à autorização legal.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO MODIFICATIVO POSSIBILIDADE.

Excepcionalmente, admite-se embargos de declaração com efeitos modificativos.

4. Ainda insatisfeitos, os requeridos interpuseram os Embargos de Declaração às fls. 6.217/6.220, 6.223/6.238, 6.242/6.257, 6.261/6.274, 6.331/6.345, 6.354/6.369, 6.382/6.397, 6.426/6.430, 6.432/6.438, 6.464/6.469 e 6.471/6.474, mas todos foram rejeitados (fls. 6.371/6.372, 6.408/6.423, 6.452/6.461 e 6.483/6.489), ensejando, dessa maneira, a interposição de novos Recursos Especiais pelos requeridos.

5. O Recurso de SETEMBRO SP PROPAGANDA (fls. 6.492/6.514) aponta ofensa aos arts. 131, 436 e 333, I, todos do CPC, sob o argumento de a condenação se alicerçar em premissas equivocadas, não consentâneas com a realidade processual, que demonstra não ter havido dano ao erário.

6. O Nobre Apelo de MARIA BATISTA e ELMO FANTATO (fls. 6.523/6.567), por sua vez, aponta violação aos arts. 131, 165, 458, II e 535, II do Estatuto Processual Civil, com esteio na seguinte alegação: o Acórdão ignorou documentos, a manifestação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e a perícia - todas as provas relatando a ausência de prejuízo ao erário que fundamentasse a condenação no ressarcimento de valores aos cofres públicos, não

havendo justificativa plausível, portanto, para a condenação ressarcitória; assevera, também, que o *decisum* ofendeu o art. 965 do CC/16 e os arts. 11 e 14 da Lei 4.717/65, além de divergência jurisprudencial, arguindo, em suma, que a devolução dos valores aos cofres públicos implica enriquecimento sem causa do Estado, pois o serviço contratado lhe foi efetivamente prestado, inexistindo prejuízo que fundamente a condenação, nesse aspecto.

7. A peça recursal de LUIZ GUARITÁ NETO (fls. 6.680/6.717) sustenta, igualmente, lesão aos arts. 131, 436 e 535, II do CPC, destacando que a Decisão Colegiada: (a) desconsiderou a legislação atinente à remuneração das agências de propaganda e dos veículos de comunicação (Lei 4.680/65 e Decreto 57.690/66); (b) afastou imotivadamente lastro probatório uníssono; (c) foi contraditório, pois atestou que o contrato de publicidade alçava o valor de R\$ 1.100.000,00 ao afastar a responsabilidade do ex-Secretário de Assuntos e Negócios Jurídicos, mas, quanto aos demais requeridos, concluiu que o valor do contrato consistiria apenas o montante destinado à criação e produção (R\$ 150.000,00); (d) não fundamentou por que afastou a perícia realizada nos autos e a auditoria do TCMG.

8. O Recurso Especial de EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO (fls. 6.735/6.763), por fim, aponta ofensa aos arts. 964 do CC/16, 11 e 14 da Lei 4.717/65, arguindo, em síntese, que a condenação ressarcitória implica enriquecimento ilícito do ente público, já que este não sofreu prejuízos e usufruiu dos serviços contratados.

9. Contrarrazões às fls. 6795/6818, 6845/6857, 6859/6871 e 6873/6885.

10. É o que havia para ser relatado.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.237 - MG (2012/0162982-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO

ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)

RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA

ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA

CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)

RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO

ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)

RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO

ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA

ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

VOTO

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. IRREGULARIDADES FORMAIS AVERIGUADAS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, QUE NÃO ENSEJARAM, CONTUDO, DANO AO ERÁRIO, CONFORME RECONHECIDO EM PERÍCIA JUDICIAL E PELO TCE DE MINAS GERAIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DOS RECORRENTES NO RESSARCIMENTO DOS COFRES PÚBLICOS, COM ESTEIO EM LESÃO PRESUMIDA À MUNICIPALIDADE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO ENTE ESTATAL.

1. *À luz da Súmula 418/STJ, é inadmissível o Recurso Especial interposto antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração, sem posterior ratificação, como ocorreu em relação ao Nobre Apelo de fls. 6.492/6.514, haja vista a peça recursal ter sido protocolizada em 24.02.2011, sendo que o Acórdão que julgou os últimos Embargos interpostos foi disponibilizado no Dje em 30.09.2011. O Recurso Especial, dest'arte, não transpõe a barreira da admissibilidade, porquanto interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, ou seja, antes do esaurimento das instâncias ordinárias, em desconformidade com o disposto no referido art. 105, III da Constituição Federal*

2. *A preliminar de nulidade do acórdão vergastado, por suposta violação ao art. 535, II do CPC, somente tem guarida quando o julgado se omite na apreciação de questões de fato e de direito relevantes para a causa - alegadas pelas partes ou apreciáveis de ofício - o que não ocorreu nos presentes autos.*

3. *Mostra-se deficiente a fundamentação dos recursos que se*

Superior Tribunal de Justiça

limitaram a elencar os dispositivos de lei federal (arts. 964 do CC/1916 e 131, 165, 436 e 458, II do Estatuto Processual Civil) sem, contudo, relacioná-los de forma específica com o eventual vício de fundamentação alegadamente existente no acórdão guerreado, incidindo, portanto, a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

4. A Ação Popular consiste em um relevante instrumento processual de participação política do cidadão, destinado eminentemente à defesa do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico e cultural; referido instrumento possui pedido imediato de natureza desconstitutiva-condenatória, pois colima, precipuamente, a insubsistência do ato ilegal e lesivo a qualquer um dos bens ou valores enumerados no inciso LXXIII do art. 5º da CF/88 e, conseqüentemente, a condenação dos responsáveis e dos beneficiários diretos ao ressarcimento ou às perdas e danos correspondentes.

5. Tem-se, dessa forma, como imprescindível a comprovação do binômio ilegalidade-lesividade, como pressuposto elementar para a procedência da Ação Popular e conseqüente condenação dos requeridos no ressarcimento ao erário em face dos prejuízos comprovadamente atestados ou nas perdas e danos correspondentes.

6. Eventual violação à boa-fé e aos valores éticos esperados nas práticas administrativas não configura, por si só, elemento suficiente para ensejar a presunção de lesão ao patrimônio público, conforme sustenta o Tribunal a quo; e assim é porque a responsabilidade dos agentes em face de conduta praticada em detrimento do patrimônio público exige a comprovação e a quantificação do dano, nos termos do art. 14 da Lei 4.717/65; assevera-se, nestes termos, que entendimento contrário implicaria evidente enriquecimento sem causa do Município, que usufruiu dos serviços de publicidade prestados pela empresa de propaganda durante o período de vigência do contrato.

7. Não se conhece do Recurso Especial da Empresa de Propaganda e Marketing, em face de sua manifesta intempestividade, e do Recurso Especial interposto pelo ex-Prefeito. Recursos Especiais dos demais recorrentes providos, para afastar a condenação dos mesmos a restituir aos cofres públicos o valor fixado no Acórdão do Tribunal de origem. Com fulcro no art. 509 do CPC, atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente Decisão, para excluir a condenação ressarcitória dos demais litisconsortes necessários.

1. Em face da complexidade da causa e da pluralidade de Recursos Especiais, inicia-se a análise da causa pelo Recurso interposto pela EMPRESA SETEMBRO SP PROPAGANDA & MARKETING LTDA.

RECURSO INTERPOSTO

PELA EMPRESA SETEMBRO SP PROPAGANDA & MARKETING LTDA.

2. Em que pese os bem esposados argumentos da empresa recorrente no Nobre Apelo de fls. 6.492/6.514, de se ter em conta que, nos termos da Súmula 418/STJ, é inadmissível o Recurso Especial interposto antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração, sem posterior ratificação, como ocorreu na presente hipótese, haja vista a peça recursal ter sido protocolizada em 24.02.2011 (fls. 6.492), sendo que o Acórdão que julgou os últimos Embargos interpostos foi disponibilizado no Dje em 30.09/2011 (fls. 6.490). Dessa forma, o Recurso Especial não transpõe a barreira da admissibilidade, porquanto interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, ou seja, antes do esgotamento das instâncias ordinárias, em desconformidade com o disposto no referido art. 105, III da Constituição Federal. Cite-se, por oportuno, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DECRETO-LEI 1.512/76. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 418/STJ.

1. É necessária a ratificação do agravo regimental interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que estes tenham sido opostos pela parte contrária ou rejeitados, providência essa que não ocorreu nos autos.

2. Incidência, na espécie, por analogia, da Súmula 418/STJ, segundo a qual: é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior

Superior Tribunal de Justiça

ratificação.

3. *Agravo regimental não conhecido* (AgRg no Ag. 987.816/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 24.8.2010).

✧ ✧ ✧

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM MOMENTO ANTERIOR AO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO INEXISTENTE. EXTEMPORANEIDADE.

1. *O julgamento dos embargos de declaração, com ou sem efeito modificativo, complementa e integra o acórdão recorrido, formando um todo indissociável denominado decisão de última instância. Essa, sim, é passível de recurso especial, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal.*

2. *Há a necessidade de ratificação do reclamo especial ajuizado em momento anterior ao julgamento dos embargos de declaração, mesmo quando opostos pela parte contrária. Não havendo essa ratificação, tem-se por extemporâneo o apelo nobre, porquanto protocolizado fora do prazo recursal.*

3. *O entendimento sobre a questão foi homogeneizado em 18.04.07, por ocasião do julgamento, pela Corte Especial, do REsp 776.265/SC, relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado no DJU de 06.08.07.*

4. *Admite-se a interposição do recurso especial após o julgamento, mas antes da publicação do acórdão proferido nos embargos aclaratórios. No caso, o ora agravante protocolou a petição do recurso especial em 02 de abril de 2009 (e-STJ fl. 156) e o julgamento dos embargos de declaração ocorreu em 28 de abril de 2009 (e-STJ fl. 151).*

5. *Agravo regimental não provido* (AgRg no Ag. 1.292.848/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 26.8.2010).

✧ ✧ ✧

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE POSTERIOR RATIFICAÇÃO DO APELO RARO. INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO

1. *Nos termos da Súmula 418 deste Superior Tribunal de*

Superior Tribunal de Justiça

Justiça, é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

2. *Agravo regimental improvido* (AgRg no Ag. 1.261.221/PE, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 31.5.2010).

3. Ante o exposto, com base no art. 557, caput do CPC, não se conhece do Recurso Especial.

RECURSOS INTERPOSTOS

PELOS DEMAIS RECORRENTES

4. Observa-se que os Apelos Especiais dos recorrentes LUIZ GUARITÁ, ELMO FANTATO, MARIA BATISTA e EDUARDO RODRIGUES lastreiam-se nos mesmos fundamentos, motivo pelo qual é possível analisá-los e decidi-los conjuntamente.

5. De início, sublinha-se que a preliminar de nulidade do acórdão vergastado, por suposta violação ao art. 535, II do CPC, somente tem guarida quando o julgado se omite na apreciação de questões de fato e de direito relevantes para a causa - alegadas pelas partes ou apreciáveis de ofício.

6. A análise dos autos, contudo, revela não existir suposta omissão, uma vez que a matéria objeto da controvérsia foi exaustivamente debatida pelo Tribunal *ad quem*, não havendo se falar, dessa maneira, em vício de omissão que fulmine de ilegalidade a Decisão Colegiada.

7. Em relação à alegada violação aos arts. 964 do CC/1916 e 131, 165, 436 e 458, II do Estatuto Processual Civil, destaca-se ser imperioso que os recorrentes indiquem de forma inequívoca os dispositivos de lei federal que teriam sido violados pelo acórdão enfrentado, bem como os motivos pelos quais se deu tal violação. *In casu*, todos limitaram-se a elencar os dispositivos de lei federal sem, contudo, relacioná-los de forma específica com o eventual vício de fundamentação alegadamente existente no acórdão guerreado. Desse modo, é

Superior Tribunal de Justiça

deficiente a fundamentação do recurso, inviabilizando, portanto, o seu conhecimento, quando os recorrentes deixam de atender a tais requisitos, incidindo, portanto, a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

8. Quanto à ofensa aos arts. 11 e 14 da Lei 4.717/65, os Recursos de EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO, MARIA BATISTA e ELMO FANTATO merecem conhecimento, pois, apesar de o Acórdão recorrido não tê-los apontado expressamente, seu conteúdo foi objeto de decisão pelo Órgão *a quo*.

9. Nesse ponto, cinge-se a controvérsia em saber se há legitimidade na condenação dos recorrentes em ressarcir o Erário, no caso de a procedência da Ação Popular, ajuizada em seu desfavor, ensejar a declaração de nulidade de contrato administrativo e seus posteriores aditamentos.

10. Da leitura da Sentença (fls. 4.504/4.514) e do Acórdão impugnado, observa-se que restaram comprovados os seguintes fatos:

(a) a Prefeitura de Uberaba/MG publicou edital resumido de concorrência 006/94, sob a modalidade melhor técnica, para contratar uma empresa de propaganda e publicidade que prestasse serviços de comunicação social e marketing ao Município;

(b) apenas a empresa SETEMBRO SP PROPAGANDA & MARKETING LTDA. se habilitou, obtendo a adjudicação do objeto;

(c) o Termo de Contrato, firmado em 06.02.1995 entre o Município de Uberaba/MG e a empresa vencedora da licitação previu, originariamente, o valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), para o pagamento dos serviços contratados, pelo prazo de 2 anos;

(d) meses após a contratação, houve um aditamento contratual no importe de R\$ 730.000,00, destinado a arcar com serviços de veiculação de peças, que não estariam abrangidos pelo contrato; (e) a dotação orçamentária 0203.3132.03.07.0212.05 destinava-se às despesas decorrentes com a execução do contrato;

(f) posteriormente, o pacto foi novamente aditivado no montante de R\$ 275.000,00, arguindo-se que o valor corresponderia a 25% do valor inicial

Superior Tribunal de Justiça

do contrato, que, neste momento, foi orçado em R\$ 1.100.000,00; (f) não obstante os equívocos formais constantes no procedimento licitatório, o laudo pericial colacionado aos autos concluiu não ter ocorrido lesão ao erário, assim como o parecer emitido pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais; e

(g) a vigência do contrato expirou em 27.05.1996.

11. De acordo com o *decisum*, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais apontou as seguintes vicissitudes procedimentais:

O procedimento licitatório, conforme relatório de inspeção ordinária realizada pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, foi realizado com as seguintes irregularidades, em decorrência da inobservância dos preceitos elencados na Lei 8.666/93, quais sejam: inobservância do prazo legal de 45 dias para o recebimento das propostas; ausência de preço máximo para a prestação de serviços a serem estipulados no contrato; ausência do envelope c; ausência dos anexos do edital de licitação; homologação da licitação anterior ao julgamento das propostas; não observância do prazo de 10 dias para a assinatura do contrato; inexistência de extrato no valor de R\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais); inexistência de cláusula contratual fixando o prazo de vigência do contrato; inexistência do resumo do contrato até o quinto dia do mês seguinte; gastos totais superiores a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) (fls. 4.998/4.999).

12. A despeito de não ter ocorrido efetiva lesão ao Erário, o Acórdão recorrido qualificou como *lesão presumida* as irregularidades formais averiguadas no procedimento licitatório, conforme se verifica no seguinte trecho:

O caso em tela, como se vê, enquadra-se na hipótese de presunção de lesividade, em face das diversas modificações celebradas ao arripio do edital da licitação e do próprio contrato originário, além das irregularidades formais no procedimento licitatório, de forma a mitigar sobremaneira seu caráter competitivo (fls. 5.008).

13. O julgado asseverou também que, à luz do art. 20. da Lei 4.717/65, são nulos os atos administrativos lesivos ao patrimônio nos casos de *vício de forma*, apontando, conclusivamente, que o contrato firmado em decorrência do Edital 006/94 encontra-se eivado de *vícios de forma, ilegalidade e de desvio de finalidade* (fls. 5.009); em face do exposto, entendeu por bem desconstituir o ato

Superior Tribunal de Justiça

nulo, com efeitos *ex tunc*, para que as partes retornem ao *statu quo ante*, o que justificou a condenação das partes a ressarcir os cofres públicos, independentemente de os serviços de marketing e propaganda *terem sido efetivamente prestados* (fls. 5.012).

14. Pois bem.

15. Destaca-se, por oportuno, que estes Recursos Especiais limitam-se a impugnar, *única e exclusivamente*, a condenação dos recorrentes em ressarcir ao Erário a quantia de R\$ 1.366.388,96, fixada pelo Tribunal de origem em sede de Aclaratórios.

16. Antes de analisar a procedência (ou não) do pleito recursal, importante se mostra uma breve digressão acerca da *essência* da Ação Popular; nestes termos, tem-se que a ação em comento consiste em um relevante instrumento processual de participação política do cidadão, destinado eminentemente à defesa do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico, artístico, estético e turístico das entidades mencionadas no art. 1o. da Lei 4.717/65; mencionado instrumento constitucional possui *pedido imediato* de natureza *desconstitutiva-condenatória*, pois colima, precipuamente, a insubsistência do ato *ilegal e lesivo* a qualquer um dos bens ou valores enumerados no inciso LXXIII do art. 5o. da CF/88 e, conseqüentemente, a condenação dos responsáveis e dos beneficiários diretos ao ressarcimento ou às perdas e danos correspondentes (arts. 11 e 14 da LAP).

17. Percebe-se, assim, que o binômio *ilegalidade-lesividade* configura pressuposto elementar para a admissibilidade e a conseqüente procedência da Ação Popular, para que haja a condenação dos requeridos no ressarcimento ao Erário, decorrente dos prejuízos comprovadamente averiguados ou nas perdas e danos correspondentes (arts. 11 e 14 da Lei 4.717/65).

18. Nesse sentido, por oportuno, registram-se as lições de GILMAR FERREIRA MENDES, HELY LOPES MEIRELLES e ARNOLDO WALD sobre o

Superior Tribunal de Justiça

tema, que além de incluir como requisito para a propositura da ação a condição de *cidadão eleitor* do autor, aponta o mencionado binômio como elementar para o ajuizamento da própria ação:

O segundo requisito da Ação Popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regula-mentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, "a" a "e").

O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.

Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade -, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 151/152).

19. Na presente demanda, tem-se por incontroversa a ilegalidade do processo licitatório, que, conforme concluiu o TCE/MG e o laudo pericial, não observou diversas formalidades previstas na Lei 8.666/93, o que, por si só, já seria suficiente para ensejar a invalidade do negócio; e assim é porque as normas procedimentais desobedecidas pelas partes contratantes almejam, sobretudo, à lisura, à impessoalidade, à isonomia, à publicidade e ao interesse público, no sentido de escolher a proposta mais vantajosa dentre aquelas apresentadas pelos participantes, que de forma igualitária participaram do certame; a declaração de nulidade do negócio, portanto, configura sanção expressamente prevista no

Superior Tribunal de Justiça

ordenamento jurídico aos atos que lhes são violadores, impondo, dessa maneira, *quando possível*, o retorno das partes ao *statu quo ante*.

20. Por outro lado, não restou configurada a *lesividade ao patrimônio público* hábil a implicar a responsabilização das partes em ressarcir o Erário, uma vez que o serviço de publicidade foi efetivamente prestado pela empresa contratada, que teve sua contraprestação adimplida pelo ente estatal; neste ponto, observa-se que houve dotação orçamentária anterior sob a rubrica 0203.3132.03.07.0121.05 (fls. 4.968) para a quitação dos serviços contratados, que abrangeu regularmente o valor global dos gastos com a contratação.

21. Pondera-se, neste caso, que é possível cogitar de eventual ofensa à moralidade administrativa - conforme destacado pelo Acórdão do Tribunal de origem; a violação à boa-fé e aos valores éticos esperados nas práticas administrativas, contudo, não configura elemento suficiente para ensejar uma *presunção de lesão ao patrimônio público*, conforme sustenta o Tribunal *a quo*; e assim é porque *a responsabilidade dos agentes em face de conduta praticada em detrimento do Estado exige a comprovação e a quantificação do dano*, nos termos do art. 14 da Lei 4.717/65.

22. Neste ponto, por oportuno, ressalta-se não ser preciso ir muito além da própria Teoria Geral da Responsabilidade Civil, que impõe como pressuposto para a condenação ressarcitória o *comportamento antijurídico, sendo o dano seu pressuposto etiológico*.

23. A reparação do mal causado impescinde, portanto, da comprovação do *prejuízo*, como bem salienta o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

De tal sorte o dano está entrosado com a responsabilidade civil, que Aguiar Dias considera verdadeiro truísmo sustentar que não pode haver responsabilidade sem a existência de dano, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, "logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar" (Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 39).

Superior Tribunal de Justiça

24. Em caso semelhante, assim já se posicionou esta Corte Superior de Justiça:

AÇÃO POPULAR. CONTRATO ADMINISTRATIVO EMERGENCIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO EFETIVO. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1. *Ação popular proposta em razão da ocorrência de lesão ao erário público decorrente da contratação de empresa para a execução de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros, sem observância do procedimento licitatório, circunstância que atenta contra os princípios da Administração Pública, por não se tratar de situação subsumível à regra constante do art. 24, IV da Lei 8.666/93, que versa acerca de contrato emergencial.*

2. *A ilegalidade que conduz à lesividade presumida admite, quanto a esta, a prova em contrário, reservando-a ao dispositivo, o condão de inverter o onus probandi.*

3. *Acórdão recorrido calcado na assertiva de que, "se a co-ré prestou regularmente o serviço contratado, e isso restou demonstrado nos autos, não há razão para negar-lhe a contraprestação, até porque não se aduziu exagero no pagamento, sendo vedado à Administração locupletar-se indevidamente em detrimento de terceiros. Ao lado do locupletamento indevido, injusto seria para os co-réus impor-lhes a devolução dos valores despendidos pela Municipalidade por um serviço efetivamente prestado à população e que atendeu ao fim colimado."*

4. *In casu, restou incontroverso nos autos a ausência de lesividade, posto que os contratados efetivamente prestaram os serviços "emergenciais", circunstância que impede as sanções econômicas preconizadas no presente recurso, pena de ensejar locupletamento ilícito do Município, máxime, por que, não há causa petendi autônoma visando a afronta à moralidade e seus consectários.*

5. *É cediço que, em sede de ação popular, a lesividade legal deve ser acompanhada de um prejuízo em determinadas situações e, a despeito da irregular contratação de servidores públicos, houve a prestação dos serviços, motivo pelo qual não poderia o Poder Público perceber de volta a quantia referente aos vencimentos pagos sob pena de locupletamento ilícito. (Resp n 557551/SP - Relatoria originária Ministra Denise Arruda, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.02.2007, noticiado no Informativo n 309/STJ)*

6. *No mesmo sentido já decidiu a Primeira Seção desta Corte, em aresto assim ementado: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR.*

Superior Tribunal de Justiça

CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE.

1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. 2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade. 3. Embargos de divergência providos." (ERESP 260.821/SP Relator p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 13.02.2006)

7. Ademais, a doutrina mais abalizada sobre o tema aponta, verbis: "O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito, esse, que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título eleitoral poderá propor ação popular, sem o quê será carecedor dela. Os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica, não têm qualidade para propor ação popular (STF, Súmula 365). Isso porque tal ação se funda essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração.

O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública.

Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2o., "a" a "e").

O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4o.), para os quais basta a prova da prática do

Superior Tribunal de Justiça

ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.

Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.

Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade -, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular." (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança", Malheiros, 28a. Ed., 2005, págs. 132 e 133).

8. *Assentando o aresto recorrido que não houve dano e que impor o ressarcimento por força de ilegalidade de contratação conduziria ao enriquecimento sem causa, tendo em vista não ter se comprovado que outras empresas do ramo poderiam prestar o mesmo serviço por preço menor, mormente quando se tem notícia nos autos de que a tarifa prevista no contrato tido por ilegal é inferior àquela praticada pela empresa antecessora, o que não foi negado pelo autor, resta insindicação a este STJ apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado (súmula 07/STJ).*

9. *Recurso especial do Ministério Público Estadual não conhecido. (REsp. 802.378/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 4.6.2007, p. 312).*

25. Ademais, observa-se a inaplicabilidade, ao caso em comento, do próprio art. 20. da Lei 4.717/65, pois o dispositivo impõe a nulidade dos atos/contratos administrativos eivados de vício de forma *quando lesivos aos patrimônios das entidades mencionadas no artigo anterior*: a própria lei condiciona, portanto, a invalidade do ato eivado de vício formal à efetiva lesão ao patrimônio público, o que não houve no caso em exame.

26. Assim, nos termos do art. 40. da LAP, legítima tornar-se-ia a declaração de nulidade do contrato administrativo, mas não o ressarcimento aos cofres públicos, se nenhuma lesão lhe restou configurada.

27. Noutro giro, impossível o retorno das partes ao *statu quo ante*, haja vista o contrato já ter exaurido seus efeitos, sendo impossível, dessa maneira, restituir à Empresa contratante todo o serviço publicitário prestado à Municipalidade;

Superior Tribunal de Justiça

observa-se, dessa maneira, que, apesar de ser possível a declaração de nulidade do contrato firmado entre as partes, inviável se mostra a imposição de retorno dos contratantes à condição originária, anterior ao contrato, sob pena de enriquecimento sem causa do Ente Estatal, que usufruiu efetivamente dos serviços de publicidade.

28. Em face do exposto, *não se conhece do Recurso Especial de SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA. (fls. 6.492/6.514), em face de sua manifesta intempestividade (Súmula 418 do STJ); não se conhece, ainda, do Nobre Apelo LUIZ GUARITÁ NETO (fls. 6.680/6.717), nos termos acima esposados; quanto aos demais recorrentes, dá-se provimento aos Recursos Especiais interpostos por EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA e MARIA BATISTA TEODORO VAROTTO e ELMO FANTATO (fls. 6.735/6.763 e 6.523/6.567), para afastar a condenação quanto ao ressarcimento ao Erário, imposto pelo Tribunal de origem no importe de R\$ 1.366.388,96.*

29. Com esteio no art. 509 do CPC, *atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente decisão, para excluir da obrigação ressarcitória os litisconsortes necessários EMPRESA SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA e LUIZ GUARITÁ NETO.*

30. É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2012/0162982-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.447.237 / MG

Números Origem: 10000002964757 10000002964757000 10000002964757001 10000002964757005
10000002964757008 10000002964757018 10000002964757019
10000002964757021 10000002964757022 10000002964757023
10000002964757024 10000002964757035 2964757 2964757006
29647571020008130000 701960082819

PAUTA: 06/05/2014

JULGADO: 06/05/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO
ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. SÉRGIO CARVALHO, pela parte RECORRENTE: LUIZ GUARITÁ NETO, Dr. JOSE ANCHIETA DA SILVA, pela parte RECORRENTE: SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA e o Dr. IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS, pela parte RECORRENTE: ELMO FANTATO E OUTRO.

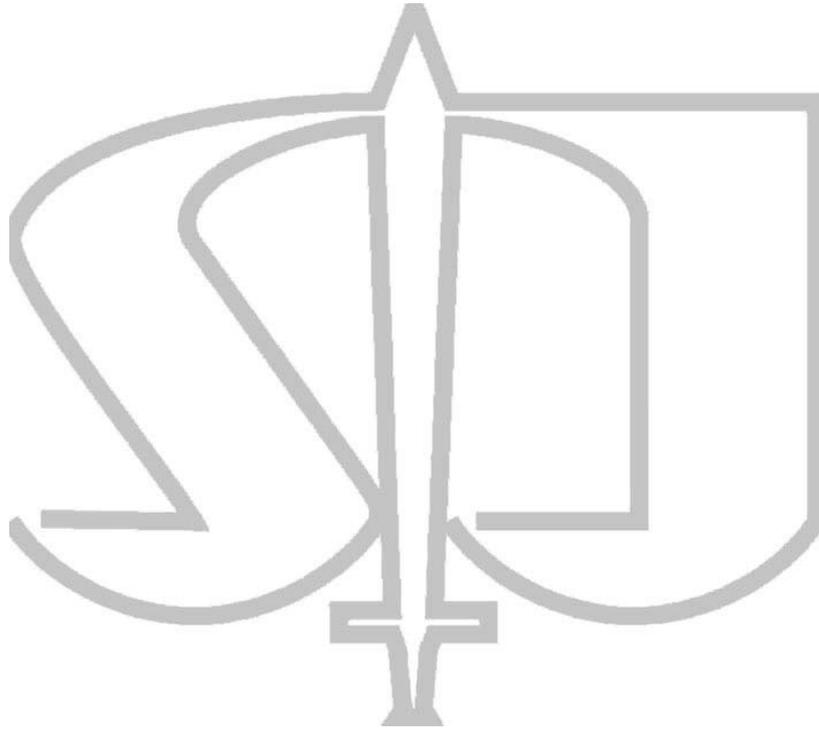
CERTIDÃO

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

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando seguimento aos recursos especiais de

Superior Tribunal de Justiça

Setembro SP Propaganda e Marketing Ltda e de Luiz Guaritá Neto e dando provimento aos demais recursos especiais, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Ari Pargendler.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.237 - MG (2012/0162982-5)

RELATOR : **MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**
RECORRENTE : **LUIZ GUARITÁ NETO**
ADVOGADO : **CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)**
RECORRENTE : **SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA**
ADVOGADOS : **MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA**
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : **ELMO FANTATO E OUTRO**
ADVOGADOS : **IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)**
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : **EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO**
ADVOGADO : **PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)**
RECORRIDO : **ANDERSON ADAUTO PEREIRA**
ADVOGADO : **JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PERMEADO POR DIVERSOS VÍCIOS. NULIDADE DA AVENÇA CONFIRMADA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE CONSIGNA A EFETIVA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS, MAS CONDENA AO RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR PRESUNÇÃO DE DANO. IMPOSSIBILIDADE. APELO NOBRE PREMATURAMENTE INTERPOSTO, SEM POSTERIOR RATIFICAÇÃO. SÚMULA. N. 418/STJ. NÃO EXPOSIÇÃO DOS MOTIVOS PELOS QUAIS A CORTE DE ORIGEM INCORREU EM VÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Não há violação ao artigo 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos dos recorrentes, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acolhendo as teses dos recorrentes.

2. Os recorrentes se furtaram a explicitar, no bojo dos recursos especiais, os motivos pelos quais a Corte de origem incorreu em vício de fundamentação, mas apenas indicaram os dispositivos que reputaram violados. Logo, revelam-se deficientes as razões recursais nesse ponto, devendo incidir a Súmula n. 284/STF, segundo a qual: "[é] inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

3. A segunda recorrente, de fato, prematuramente interpôs o seu apelo nobre, tendo em vista que essa interposição se dera em 24/02/2011 (fl. 6.492) e intimação do acórdão relativo aos últimos embargos de declaração opostos ocorreu em 30/9/2011 (fl. 6.490), devendo ser salientado, ainda, que não houve posterior ratificação da insurgência especial em comento. Diante disso, deve ser aplicada, ao apelo nobre em em testilha, a Súmula n. 418/STJ, que assim dispõe: "[é] inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

4. O art. 11 da Lei n. 4.717/1965 é claro ao consignar que: "[a] sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os

beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa". Portanto, a conclusão a que se chega é a de que a condenação de ressarcimento ao erário deve, obrigatoriamente, estar arrimada em prova efetiva de perdas e danos, na medida em que perdas e danos, à toda evidência, não são presumíveis.

5. No caso em foco, o Tribunal de Justiça mineiro concluiu, com cognição plenária e exauriente, que os serviços contratados foram efetivamente prestados, mas, ainda assim, condenou os recorrentes ao ressarcimento ao erário por dano presumível e acabou por violar o art. 11 da Lei da Ação Popular. Logo, nesse ponto, o acórdão recorrido deve ser reformado.

6. Voto-vista acompanhando o relator Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, para não conhecer dos recursos especiais do primeiro e segunda recorrentes e para dar provimento aos recursos especiais dos terceiros e quarta recorrentes, com aplicação do art. 509 do CPC relativamente ao primeiro e segunda recorrentes.

VOTO-VISTA

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

ELMO FANTATO, MARIA BATISTA TEODORO VAROTTO BORELLI, EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO, LUIZ GUARITÁ NETO, GILBERTO MARTINS VASCONCELOS E SETEMBRO SP PROPAGANDA & MARKETING LTDA. interpõem Recursos Especiais, lastreados nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da CF/88, contra Acórdão prolatado pela 4a. Câmara Cível em Ação Popular, que restou assim ementado:

AÇÃO POPULAR - QUALIDADE DE CIDADÃO - ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO - LESIVIDADE LEGALMENTE PRESUMIDA - REQUISITOS CABALMENTE DEMONSTRADOS - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL.

Ao desenvolver o procedimento licitatório em desacordo com as regras disciplinadas na lei geral de licitação, prejudicou a Administração Pública uberabense a realização de uma concorrência sadia e vantajosa para a sociedade, de maneira a propiciar proposta mais interessante e consoante com o interesse público. Não há de se falar, "in casu", em irregularidades meramente formais, uma vez que a Lei 8.666/93 traçou regras inteiramente formais e rígidas para a realização do procedimento licitatório, de forma a ensejar a escolha da proposta mais vantajosa e a possibilitar a participação equânime de todos que se interessarem em contratar com o Poder Público, sempre visando o interesse da coletividade.

A Forma como foi desenvolvida o procedimento licitatório impediu ou ao menos dificultou a participação de eventuais interessados, há que não foram respeitados os prazos e atos tidos como necessários pela legislação pertinente.

Não se admite a ocorrência de sucessivos vícios formais em uma

licitação de tamanho vulto e de extrema relevância para a comunidade do Município de Uberaba. Restaram devidamente preenchidos os requisitos necessários à propositura da ação popular. A lesão não necessita ser efetiva, podendo dar-se de forma presumida, desde que legalmente prevista. Esclarecedores os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles a respeito, afirmando que "essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4o.), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito" (fls. 4.964).

2. Ao analisar o REsp. 973.044/MG, este Tribunal *ad quem* conheceu parcialmente os Recursos, mas os desproveu (fls. 5.898/5.910); opostos Embargos de Declaração por GILBERTO MARTINS VASCONCELOS (fls. 5.920/5.939), LUIZ GUARITÁ NETO (fls. 5.964/5.970) e ELMO FANTATO E OUTROS (fls. 5.972/5.977), abriu-se vista à parte contrária (fls. 5.979) e, posteriormente, esta 1a. Turma conheceu dos Embargos e lhes deu provimento às fls. 6.039/6.047, para atribuir efeitos infringentes ao *decisum* de fls. 5.898/5.910, *determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem*, para que se pronunciasse sobre dois pontos específicos: (a) o montante do dano a ser efetivamente ressarcido em face da procedência do pedido constante na inicial; (b) a responsabilidade pessoal de GILBERTO MARTINS VASCONCELOS pelos atos infirmados na Ação Popular; a propósito, colaciona-se a ementa do Julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. OMISSÃO DO JULGADO QUANTO AO MONTANTE DO DANO MATERIAL E AOS CRITÉRIOS DE SUA APURAÇÃO. FALTA DE MENÇÃO À ESPECÍFICA PARTICIPAÇÃO DE AGENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, PARA, ATRIBUINDO-LHES EFEITOS INFRINGENTES, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL (fls. 6.050).

3. Em cumprimento à determinação acima, no Acórdão de fls. 6.142/6.164, o TJMG *excluiu da condenação GILBERTO MARTINS VASCONCELOS e esclareceu que os demais requeridos devem ressarcir, solidariamente, a quantia de R\$ 1.366.388,96 (um milhão, trezentos e sessenta e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais e noventa e seis centavos), abatido o valor de R\$ 187.500,00 (cento e oitenta e sete mil e quinhentos reais)*; a ementa foi assim redigida:

Embargos de declaração. Acórdão. Vícios. Reexame. Ação Popular. Licitação. Prejuízo. A omissão no acórdão sobre o valor do ressarcimento enseja a declaração do acórdão. Considerando que o fundamento para o decreto de nulidade do contrato e, conseqüentemente, para a condenação ao ressarcimento foi a existência dos termos aditivos em valor superior ao percentual de 25% do valor originário, conforme previsão posta no art. 65, § 1o. da Lei Federal 8.666/1993, tem-se que o ressarcimento deve s limitar ao valor que excedeu à autorização legal.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO MODIFICATIVO POSSIBILIDADE.

Excepcionalmente, admite-se embargos de declaração com efeitos modificativos.

4. Ainda insatisfeitos, os requeridos interpuseram os Embargos de Declaração às fls. 6.217/6.220, 6.223/6.238, 6.242/6.257, 6.261/6.274, 6.331/6.345, 6.354/6.369, 6.382/6.397, 6.426/6.430, 6.432/6.438, 6.464/6.469 e 6.471/6.474, mas todos foram rejeitados (fls. 6.371/6.372, 6.408/6.423, 6.452/6.461 e 6.483/6.489), ensejando, dessa maneira, a interposição de novos Recursos Especiais pelos requeridos.

Superior Tribunal de Justiça

5. O Recurso de SETEMBRO SP PROPAGANDA (fls. 6.492/6.514) aponta ofensa aos arts. 131, 436 e 333, I, todos do CPC, sob o argumento de a condenação se alicerçar em premissas equivocadas, não consentâneas com a realidade processual, que demonstra não ter havido dano ao erário.
6. O Nobre Apelo de MARIA BATISTA e ELMO FANTATO (fls. 6.523/6.567), por sua vez, aponta violação aos arts. 131, 165, 458, II e 535, II do Estatuto Processual Civil, com esteio na seguinte alegação: o Acórdão ignorou documentos, a manifestação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e a perícia - todas as provas relatando a ausência de prejuízo ao erário que fundamentasse a condenação no ressarcimento de valores aos cofres públicos, não havendo justificativa plausível, portanto, para a condenação ressarcitória; assevera, também, que o *decisum* ofendeu o art. 965 do CC/16 e os arts. 11 e 14 da Lei 4.717/65, além de divergência jurisprudencial, arguindo, em suma, que a devolução dos valores aos cofres públicos implica enriquecimento sem causa do Estado, pois o serviço contratado lhe foi efetivamente prestado, inexistindo prejuízo que fundamente a condenação, nesse aspecto.
7. A peça recursal de LUIZ GUARITÁ NETO (fls. 6.680/6.717) sustenta, igualmente, lesão aos arts. 131, 436 e 535, II do CPC, destacando que a Decisão Colegiada: (a) desconsiderou a legislação atinente à remuneração das agências de propaganda e dos veículos de comunicação (Lei 4.680/65 e Decreto 57.690/66); (b) afastou imotivadamente lastro probatório uníssono; (c) foi contraditório, pois atestou que o contrato de publicidade alçava o valor de R\$ 1.100.000,00 ao afastar a responsabilidade do ex-Secretário de Assuntos e Negócios Jurídicos, mas, quanto aos demais requeridos, concluiu que o valor do contrato consistiria apenas o montante destinado à criação e produção (R\$ 150.000,00); (d) não fundamentou por que afastou a perícia realizada nos autos e a auditoria do TCMG.
8. O Recurso Especial de EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO (fls. 6.735/6.763), por fim, aponta ofensa aos arts. 964 do CC/16, 11 e 14 da Lei 4.717/65, arguindo, em síntese, que a condenação ressarcitória implica enriquecimento ilícito do ente público, já que este não sofreu prejuízos e usufruiu dos serviços contratados.
9. Contrarrazões às fls. 6795/6818, 6845/6857, 6859/6871 e 6873/6885.
10. É o que havia para ser relatado.

O Sr. relator aplicou, inicialmente, a Súmula n. 418/STJ relativamente ao recurso especial interposto por Setembro SP Propaganda & Marketing Ltda., ao argumento de que o manejo do apelo nobre se deu anteriormente ao julgamento dos embargos declaratórios, sem que tenha havido a posterior ratificação do apelo nobre. Confira-se:

RECURSO INTERPOSTO PELA EMPRESA SETEMBRO SP PROPAGANDA & MARKETING LTDA.

2. Em que pese os bem esposados argumentos da empresa recorrente no Nobre Apelo de fls. 6.492/6.514, de se ter em conta que, nos termos da Súmula 418/STJ, é inadmissível o Recurso Especial interposto antes da publicação do acórdão dos Embargos de Declaração, sem posterior ratificação, como ocorreu na presente hipótese, haja vista a peça recursal ter sido protocolizada em 24.02.2011 (fls. 6.492), sendo que o Acórdão que julgou os últimos Embargos interpostos foi disponibilizado no Dje em 30.09/2011 (fls. 6.490). Dessa forma, o Recurso Especial não transpõe a barreira da admissibilidade, porquanto interposto antes do julgamento dos Embargos de Declaração, ou seja, antes do exaurimento das instâncias ordinárias, em

desconformidade com o disposto no referido art. 105, III da Constituição Federal. Cite-se, por oportuno, os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. DECRETO-LEI 1.512/76. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 418/STJ.

1. É necessária a ratificação do agravo regimental interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que estes tenham sido opostos pela parte contrária ou rejeitados, providência essa que não ocorreu nos autos.

2. Incidência, na espécie, por analogia, da Súmula 418/STJ, segundo a qual: é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

3. *Agravo regimental não conhecido* (AgRg no Ag. 987.816/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 24.8.2010).

2 2 2

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM MOMENTO ANTERIOR AO JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO INEXISTENTE. EXTEMPORANEIDADE.

1. O julgamento dos embargos de declaração, com ou sem efeito modificativo, complementa e integra o acórdão recorrido, formando um todo indissociável denominado decisão de última instância. Essa, sim, é passível de recurso especial, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal.

2. Há a necessidade de ratificação do reclamo especial ajuizado em momento anterior ao julgamento dos embargos de declaração, mesmo quando opostos pela parte contrária. Não havendo essa ratificação, tem-se por extemporâneo o apelo nobre, porquanto protocolizado fora do prazo recursal.

3. O entendimento sobre a questão foi homogêneo em 18.04.07, por ocasião do julgamento, pela Corte Especial, do REsp 776.265/SC, relator para acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, publicado no DJU de 06.08.07.

4. Admite-se a interposição do recurso especial após o julgamento, mas antes da publicação do acórdão proferido nos embargos aclaratórios. No caso, o ora agravante protocolou a petição do recurso especial em 02 de abril de 2009 (e-STJ fl. 156) e o julgamento dos embargos de declaração ocorreu em 28 de abril de 2009 (e-STJ fl. 151).

5. *Agravo regimental não provido* (AgRg no Ag. 1.292.848/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 26.8.2010).

2 2 2

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE POSTERIOR RATIFICAÇÃO DO APELO RARO.

INTEMPESTIVIDADE. SÚMULA 418/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO

1. Nos termos da Súmula 418 deste Superior Tribunal de Justiça, é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.
2. *Agravo regimental improvido* (AgRg no Ag. 1.261.221/PE, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 31.5.2010).
3. Ante o exposto, com base no art. 557, caput do CPC, nega-se seguimento ao Recurso Especial.

O Sr. relator afastou a alegação de violação do art. 535 do CPC, suscitada pelos demais recorrentes, por entender inexistir, no acórdão recorrido, a omissão aventada, conforme se extrai do seguinte excerto do voto de Sua Excelência:

RECURSOS INTERPOSTOS PELOS DEMAIS RECORRENTES

4. Observa-se que os Apelos Especiais dos recorrentes LUIZ GUARITÁ, ELMO FANTATO, MARIA BATISTA e EDUARDO RODRIGUES lastreiam-se nos mesmos fundamentos, motivo pelo qual é possível analisá-los e decidi-los conjuntamente.
5. De início, sublinha-se que a preliminar de nulidade do acórdão vergastado, por suposta violação ao art. 535, II do CPC, somente tem guarida quando o julgado se omite na apreciação de questões de fato e de direito relevantes para a causa - alegadas pelas partes ou apreciáveis de ofício.
6. A análise dos autos, contudo, revela não existir suposta omissão, uma vez que a matéria objeto da controvérsia foi exaustivamente debatida pelo Tribunal *ad quem*, não havendo se falar, dessa maneira, em vício de omissão que fulmine de ilegalidade a Decisão Colegiada.

Na sequência, o Sr. relator aplicou a Súmula n. 284/STF no concernente à alegação de contrariedade ao art. 964 do Código Civil revogado combinado com os arts. 131, 165, 436 e 458, II do CPC, também exposta pelos demais recorrentes, sob o fundamento de que eles não expuseram os motivos pelos quais o Corte origem incorreu na violação dos dispositivos em questão.

O Sr. relator conheceu dos recursos especiais interpostos por Eduardo Rodrigues da Cunha Leonardo, Elmo Fantato e Maria Batista, na parte na qual aludem à má interpretação dos arts. 11 e 14 da Lei n. 4.717/1965.

No mérito, o Sr. relator considerou legítima a declaração de nulidade do contrato administrativo impugnado, mas entendeu por bem dar provimento aos recursos especiais supra, por ter entendido ser indevida a condenação de ressarcimento ao erário, na medida em que os serviços contratados foram efetivamente prestados, ou seja, não houve lesão ao erário. Sua

Superior Tribunal de Justiça

Excelência asseverou, ainda, a impossibilidade do retorno das partes ao *statu quo ante*, em virtude de o contrato ter se exaurido. Por fim, Sua Excelência conferiu efeito expansivo subjetivo à sua decisão, para excluir da obrigação de ressarcimento os litisconsortes passivos necessários Setembro SP Propaganda e Marketing Ltda. e Luiz Guaritá Neto. Veja-se:

15. Destaca-se, por oportuno, que estes Recursos Especiais limitam-se a impugnar, *única e exclusivamente*, a condenação dos recorrentes em ressarcir ao Erário a quantia de R\$ 1.366.388,96, fixada pelo Tribunal de origem em sede de Aclaratórios.

16. Antes de analisar a procedência (ou não) do pleito recursal, importante se mostra uma breve digressão acerca da *essência* da Ação Popular; nestes termos, tem-se que a ação em comento consiste em um relevante instrumento processual de participação política do cidadão, destinado eminentemente à defesa do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico, artístico, estético e turístico das entidades mencionadas no art. 10. da Lei 4.717/65; mencionado instrumento constitucional possui *pedido imediato* de natureza *desconstitutiva-condenatória*, pois colima, precipuamente, a insubsistência do ato *ilegal e lesivo* a qualquer um dos bens ou valores enumerados no inciso LXXIII do art. 5o. da CF/88 e, conseqüentemente, a condenação dos responsáveis e dos beneficiários diretos ao ressarcimento ou às perdas e danos correspondentes (arts. 11 e 14 da LAP).

17. Percebe-se, assim, que o binômio *ilegalidade-lesividade* configura pressuposto elementar para a admissibilidade e a conseqüente procedência da Ação Popular, para que haja a condenação dos requeridos no ressarcimento ao Erário, decorrente dos prejuízos comprovadamente averiguados ou nas perdas e danos correspondentes (arts. 11 e 14 da Lei 4.717/65).

18. Nesse sentido, por oportuno, registram-se as lições de GILMAR FERREIRA MENDES, HELY LOPES MEIRELLES e ARNOLDO WALD sobre o tema, que além de incluir como requisito para a propositura da ação a condição de *cidadão eleitor* do autor, aponta o mencionado binômio como elementar para o ajuizamento da própria ação:

O segundo requisito da Ação Popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública. Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regula-mentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, "a" a "e").

O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta

a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito. Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.

Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade -, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 151/152).

19. Na presente demanda, tem-se por incontroversa a ilegalidade do processo licitatório, que, conforme concluiu o TCEMG e o laudo pericial, não observou diversas formalidades previstas na Lei 8.666/93, o que, por si só, já seria suficiente para ensejar a invalidade do negócio; e assim é porque as normas procedimentais desobedecidas pelas partes contratantes almejam, sobretudo, à lisura, à impessoalidade, à isonomia, à publicidade e ao interesse público, no sentido de escolher a proposta mais vantajosa dentre aquelas apresentadas pelos participantes, que de forma igualitária participaram do certame; a declaração de nulidade do negócio, portanto, configura sanção expressamente prevista no ordenamento jurídico aos atos que lhes são violadores, impondo, dessa maneira, *quando possível*, o retorno das partes ao *statu quo ante*.

20. Por outro lado, não restou configurada a *lesividade ao patrimônio público* hábil a implicar a responsabilização das partes em ressarcir o Erário, uma vez que o serviço de publicidade foi efetivamente prestado pela empresa contratada, que teve sua contraprestação adimplida pelo ente estatal; neste ponto, observa-se que houve dotação orçamentária anterior sob a rubrica 0203.3132.03.07.0121.05 (fls. 4.968) para a quitação dos serviços contratados, que abrangeu regularmente o valor global dos gastos com a contratação.

21. Pondera-se, neste caso, que é possível cogitar de eventual ofensa à moralidade administrativa - conforme destacado pelo Acórdão do Tribunal de origem; a violação à boa-fé e aos valores éticos esperados nas práticas administrativas, contudo, não configura elemento suficiente para ensejar uma *presunção de lesão ao patrimônio público*, conforme sustenta o Tribunal *a quo*; e assim é porque *a responsabilidade dos agentes em face de conduta praticada em detrimento do Estado exige a comprovação e a quantificação do dano*, nos termos do art. 14 da Lei 4.717/65.

22. Neste ponto, por oportuno, ressalta-se não ser preciso ir muito além da própria Teoria Geral da Responsabilidade Civil, que impõe como pressuposto para a condenação ressarcitória o *comportamento antijurídico, sendo o dano seu pressuposto etiológico*.

23. A reparação do mal causado impescinde, portanto, da comprovação do *prejuízo*, como bem salienta o Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

De tal sorte o dano está entrosado com a responsabilidade civil, que Aguiar Dias considera verdadeiro truísmo sustentar que não pode haver responsabilidade sem a existência de dano, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, "logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar" (Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 39).

24. Em caso semelhante, assim já se posicionou esta Corte Superior de Justiça:
AÇÃO POPULAR. CONTRATO ADMINISTRATIVO EMERGENCIAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DANO EFETIVO. INOCORRÊNCIA. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

1. Ação popular proposta em razão da ocorrência de lesão ao erário

público decorrente da contratação de empresa para a execução de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros, sem observância do procedimento licitatório, circunstância que atenta contra os princípios da Administração Pública, por não se tratar de situação subsumível à regra constante do art. 24, IV da Lei 8.666/93, que versa acerca de contrato emergencial.

2. A ilegalidade que conduz à lesividade presumida admite, quanto a esta, a prova em contrário, reservando-a ao dispositivo, o condão de inverter o onus probandi.

3. Acórdão recorrido calcado na assertiva de que, " se a co-ré prestou regularmente o serviço contratado, e isso restou demonstrado nos autos, não há razão para negar-lhe a contraprestação, até porque não se aduziu exagero no pagamento, sendo vedado à Administração locupletar-se indevidamente em detrimento de terceiros. Ao lado do locupletamento indevido, injusto seria para os co-réus impor-lhes a devolução dos valores despendidos pela Municipalidade por um serviço efetivamente prestado à população e que atendeu ao fim colimado."

4. In casu, restou incontroverso nos autos a ausência de lesividade, posto que os contratados efetivamente prestaram os serviços "emergenciais", circunstância que impede as sanções econômicas preconizadas no presente recurso, pena de ensejar locupletamento ilícito do Município, máxime, por que, não há causa petendi autônoma visando a afronta à moralidade e seus consectários.

5. É cediço que, em sede de ação popular, a lesividade legal deve ser acompanhada de um prejuízo em determinadas situações e, a despeito da irregular contratação de servidores públicos, houve a prestação dos serviços, motivo pelo qual não poderia o Poder Público perceber de volta a quantia referente aos vencimentos pagos sob pena de locupletamento ilícito. (Resp nº 557551/SP - Relatoria originária Ministra Denise Arruda, Rel. para acórdão Ministro José Delgado, julgado em 06.02.2007, noticiado no Informativo nº 309/STJ)

6. No mesmo sentido já decidiu a Primeira Seção desta Corte, em aresto assim ementado: "ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. 2. Não há por que cogitar de dano à moralidade administrativa que justifique a condenação do administrador público a restituir os recursos auferidos por meio de crédito aberto irregularmente de forma extraordinária, quando incontroverso nos autos que os valores em questão foram utilizados em benefício da comunidade. 3. Embargos de divergência providos." (REsp 260.821/SP Relator p/ Acórdão Ministro João Otávio de Noronha, Primeira Seção, DJ 13.02.2006)

7. Ademais, a doutrina mais abalizada sobre o tema aponta, verbis: "O primeiro requisito para o ajuizamento da ação popular é o de que o autor seja cidadão brasileiro, isto é, pessoa humana, no gozo de seus direitos cívicos e políticos, requisito, esse, que se traduz na sua qualidade de eleitor. Somente o indivíduo (pessoa física) munido de seu título

eleitoral poderá propor ação popular, sem o quê será carecedor dela. Os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidades de classe ou qualquer outra pessoa jurídica, não têm qualidade para propor ação popular (STF, Súmula 365). Isso porque tal ação se funda essencialmente no direito político do cidadão, que, tendo o poder de escolher os governantes, deve ter, também, a faculdade de lhes fiscalizar os atos de administração.

O segundo requisito da ação popular é a ilegalidade ou ilegitimidade do ato a invalidar, isto é, que o ato seja contrário ao Direito, por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública.

Não se exige a ilicitude do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto. Isto não significa que a Constituição vigente tenha dispensado a ilegitimidade do ato. Não. O que o constituinte de 1988 deixou claro é que a ação popular destina-se a invalidar atos praticados com ilegalidade de que resultou lesão ao patrimônio público. Essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, "a" a "e").

O terceiro requisito da ação popular é a lesividade do ato ao patrimônio público. Na conceituação atual, lesivo é todo ato ou omissão administrativa que desfalca o erário ou prejudica a Administração, assim como o que ofende bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da comunidade. E essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.

Nos demais casos impõe-se a dupla demonstração da ilegalidade e da lesão efetiva ao patrimônio protegível pela ação popular.

Sem estes três requisitos - condição de eleitor, ilegalidade e lesividade -, que constituem os pressupostos da demanda, não se viabiliza a ação popular." (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança", Malheiros, 28ª Ed., 2005, págs. 132 e 133)

8. Assentando o aresto recorrido que não houve dano e que impor o ressarcimento por força de ilegalidade de contratação conduziria ao enriquecimento sem causa, tendo em vista não ter se comprovado que outras empresas do ramo poderiam prestar o mesmo serviço por preço menor, mormente quando se tem notícia nos autos de que a tarifa prevista no contrato tido por ilegal é inferior àquela praticada pela empresa antecessora, o que não foi negado pelo autor, resta insindicável a este STJ apreciar a alegação do recorrente no que pertine a boa ou má-fé do contratado (Súmula 07/STJ).

9. *Recurso especial do Ministério Público Estadual não conhecido.* (REsp. 802.378/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, p. 312)

25. Ademais, observa-se a inaplicabilidade, ao caso em comento, do próprio art. 2o. da Lei 4.717/65, pois o dispositivo impõe a nulidade dos atos/contratos administrativos eivados de vício de forma *quando lesivos aos patrimônios das entidades mencionadas no artigo anterior*: a própria lei condiciona, portanto, a invalidade do ato eivado de vício formal à efetiva lesão ao patrimônio público, o que não houve no caso em exame.

26. Assim, nos termos do art. 4o. da LAP, legítima tornar-se-ia a declaração de

Superior Tribunal de Justiça

nulidade do contrato administrativo, mas não o ressarcimento aos cofres públicos, se nenhuma lesão lhe restou configurada.

27. Noutro giro, impossível o retorno das partes ao *statu quo ante*, haja vista o contrato já ter exaurido seus efeitos, sendo impossível, dessa maneira, restituir à empresa contratante todo o serviço publicitário prestado à Municipalidade; observa-se, dessa maneira, que, apesar de ser possível a declaração de nulidade do contrato firmado entre as partes, inviável se mostra a imposição de retorno dos contratantes à condição originária, anterior ao contrato, sob pena de enriquecimento sem causa do Ente Estatal, que usufruiu efetivamente dos serviços de publicidade.

28. Em face do exposto, *nega-se seguimento ao seu Recurso Especial de SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA. (fls. 6.492/6.514), em face de sua manifesta intempestividade (Súmula 418 do STJ); nega-se seguimento, ainda, ao Nobre Apelo LUIZ GUARITÁ NETO (fls. 6.680/6.717), nos termos acima esposados; quanto aos demais recorrentes, dá-se provimento aos Recursos Especiais interpostos por EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA e MARIA BATISTA TEODORO VAROTTO e ELMO FANTATO (fls. 6.735/6.763 e 6.523/6.567), para afastar a condenação quanto ao ressarcimento ao Erário, imposto pelo Tribunal de origem no importe de R\$ 1.366.388,96.*

29. Com esteio no art. 509 do CPC, *atribui-se efeito expansivo subjetivo à presente decisão, para excluir da obrigação ressarcitória os litisconsortes necessários EMPRESA SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA e LUIZ GUARITÁ NETO.*

30. É o voto.

Solicitei vista dos autos para melhor análise da questão controvertida.

É o relatório.

Após o exame detalhado destes autos, devo expor que concordo com o posicionamento do relator Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, conforme passo a expor.

Primeiramente, deve ser aplicada a Súmula n. 418/STJ ao recurso especial de Setembro SP Propaganda e Marketing Ltda. Isso porque, de fato, a empresa recorrente interpôs prematuramente seu apelo nobre, em 24/02/2011 (fl. 6.492), tendo em vista que a intimação do acórdão relativo aos últimos embargos de declaração opostos data de 30/9/2011 (fl. 6.490), bem como não houve posterior ratificação da insurgência especial em comento. Logo, não merece ser conhecido o recurso especial de Setembro SP Propaganda e Marketing Ltda.

Relativamente aos recursos interpostos por Luiz Guaritá Neto, Elmo Fantato, Maria Batista Teodoro Varotto e Eduardo Rodrigues da Cunha Leonardo, insta expor a não ocorrência de contrariedade ao art. 535 do CPC. Deveras, o acórdão recorrido abordou e emitiu juízo de valor, fundamentadamente, sobre todas as questões relevantes ao desate da controvérsia, apenas

Superior Tribunal de Justiça

não adotando as teses suscitadas pelos recorrentes, o que não dá ensejo à alegação de omissão.

Ainda com foco nas irresignações especiais supra, a Súmula n. 284/STF deve incidir no respeitante à alegada contrariedade aos arts. 964 do Código Civil revogado e 131, 165, 436 e 458, II, Código de Processo Civil; a leitura dos arrazoados recursais denota que os recorrentes não expuseram os motivos pelos quais o Tribunal *a quo* incorreu em vício de fundamentação. Por isso, são deficientes as razões recursais nesse ponto.

Os recursos especiais de Elmo Fantato, Maria Batista e Eduardo Rodrigues da Cunha Leonardo merecem conhecimento relativamente aos arts. 11 e 14 da Lei n. 4.717/1965, porque os dispositivos em tela foram prequestionados pelo acórdão impugnado, e foram preenchidos os demais requisitos de admissibilidade recursal.

A questão controvertida respeita saber se subsiste a condenação dos recorrentes ao ressarcimento ao erário, na hipótese de ter sido provado que foram efetivamente prestados os serviços contratados por meio do contrato administrativo.

Mas antes de adentrar a questão de mérito propriamente dita, impõe-se consignar o cenário fático-probatório assentado pelo acórdão atacado, no sentido de que os serviços contratados foram realmente prestados. Confira-se o excerto do julgado em comento nesse sentido:

Os recorrentes afirmam que são requisitos para a propositura da ação popular, além da qualidade de cidadão do autor, ser o ato impugnado ilegal e lesivo ao patrimônio público, sendo que a lesão não restou demonstrada, já que deve ser provado o efetivo prejuízo ao erário público. Alegam, ainda, encontrar-se toda a verba gasta prevista na respectiva dotação orçamentária, tendo o ato alcançado sua finalidade, além ter havido a efetiva prestação dos serviços pela vencedora da licitação.

Ilegal ou ilegítimo é o ato contrário ao Direito, "por infringir as normas específicas que regem sua prática ou por se desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública." (MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros Editores, 2001)

Complementa em seguida o autor, afirmando que "essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto."

A ilegalidade do ato ora impugnado encontra-se patente, em razão da infração, comissiva e omissiva a vários dispositivos das normas pertinentes ao procedimento licitatório e contratos celebrados pela Administração Pública, já enumerados anteriormente.

Já a lesão consiste no desfalque ao erário ou prejuízo à Administração, bem como

ofensa a bens ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da coletividade, em razão de ato administrativo, comissivo ou omissivo.

A lesão, diferentemente do que afirmam os apelantes, não necessita ser efetiva, podendo dar-se de forma presumida, desde que legalmente prevista.

Esclarecedores os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles a respeito, afirmando que " essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito."

Com efeito, disciplina o art. 4º da Lei 4.717/65, *in verbis*:

Art. 4º. São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º:

(...)

III - a empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

(...)

b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo;

c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição;

IV - as modificações ou vantagens, inclusive prorrogações que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos."

O caso em tela, como se vê, enquadra-se na hipótese de presunção de lesividade, em face das diversas modificações celebradas ao arripio do edital da licitação e do próprio contrato originário, além das irregularidades formais no procedimento licitatório, de forma a mitigar sobremaneira seu caráter competitivo.

Além do mais, o art. 2º da lei que regulamenta a ação popular estabelece que são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência de motivos e desvio de finalidade.

Seu parágrafo único define cada um dos vícios acima enumerados, *ipsis litteris*:

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;

c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;

(...)

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

O edital de licitação e o conseqüente contrato celebrado pelo Município de Uberaba com a quarta apelante encontram-se eivados dos vícios de forma, de ilegalidade e de desvio de finalidade.

[...]

O argumento levantado pelos recorrentes de que os serviços contratados foram devidamente prestados, com a respectiva remuneração, conforme comprovam os documentos juntados aos autos, não procedem, dada sua total irrelevância no presente caso.

Se a licitação tivesse ocorrido de forma regular haveria maior possibilidade de existência de propostas mais vantajosas para a Administração Pública, com a prestação dos mesmos serviços de forma ainda menos custosa. Aí, sem sombra de dúvidas, reside a lesão.

Portanto, não se pode dizer também que o ato alcançou sua finalidade, qual seja, o interesse da coletividade, já que não foi propiciado pelo Poder Público municipal uma concorrência que permitisse a escolha da proposta realmente mais vantajosa para a comunidade uberabense.

[...]

Dir-se-á que se serviços foram prestados, houve a justa remuneração. Não se sabe, entretanto, se realizada a concorrência, haveria proposta inferior, em termos valorativos, para a prestação dos mesmos serviços. A lesão também está aí. Na dispensa indevida da licitação."

O fato da verba utilizada para a prestação de serviços de publicidade estar prevista em dotação orçamentária não retira a irregularidade dos atos administrativos, uma vez que tal medida consiste em meio administrativo e burocrático, de se promover o custeio dos gastos públicos, não elidindo eventuais nulidades existentes em referidos atos.

[...]

Não resta dúvida, portanto, quanto ao preenchimento dos requisitos necessários à propositura da ação popular, estando devidamente demonstradas, além da qualidade de cidadão do autor popular, a ilegalidade e a lesividade dos atos impugnados.

A sentença de 1º grau, no que tange à condenação ao ressarcimento ao erário público no valor apurado na perícia, não merece qualquer reparo.

Em razão da decretação da nulidade dos contratos celebrados entre o Município de Uberaba e a quarta recorrente, os efeitos desta decisão operam-se ex tunc, retroagindo à data do ato anulado.

Portanto, todo o valor gasto pelo Município em favor da empresa Setembro Propaganda e Marketing Ltda., e apurado na perícia, deve ser restituído aos cofres públicos, independentemente de terem sido os serviços efetivamente prestados, conforme já analisado anteriormente.

No que se refere à decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que, em julgamento a recurso de revisão, aprovou, com ressalvas, os atos administrativos ora impugnados, razão não assiste aos apelantes, quando afirmam que referida decisão faz coisa julgada material, de forma a vincular o julgamento realizado pelo Poder Judiciário (fls. 5.006-5.012) (grifamos).

Portanto, não pairam dúvidas de que os serviços contratados foram prestados, ainda que o procedimento licitatório tenha padecido de inúmeros vícios formais, como bem salientou o Sr. relator.

Pois bem, a questão se resolve à luz da interpretação do art. 11 da Lei n. 4.717/1965: "[a] sentença que julgando procedente a ação popular decretar a invalidade do ato impugnado, condenará **ao pagamento de perdas e danos os** responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa" (grifamos). O dispositivo em exame ostenta dois comandos de natureza distinta, quais

Superior Tribunal de Justiça

sejam: declaratório e condenatório. O condenatório, que ostenta relevo para a questão controvertida, é claro ao dispor que haverá condenação por perdas e danos.

E a condenação de ressarcimento ao erário, a qual está sendo questionada pelos recorrentes, deve, obrigatoriamente, estar arimada em prova efetiva de perdas e danos, na medida em que perdas e danos, à toda evidência, não são presumíveis. Sucede que o acórdão impingiu tal condenação por "presunção de lesividade", o que é inadmissível em nosso sistema. Por isso, o acórdão o guerreado violou o dispositivo infraconstitucional supra.

Indo um pouco mais adiante, sobreleva notar que a condenação de ressarcimento foi imposta em razão dos vícios que permearam o contrato administrativo. É o que se infere do seguinte excerto do acórdão recorrido:

O caso em tela, como se vê, enquadra-se na hipótese de presunção de lesividade, em face das diversas modificações celebradas ao arpejo do edital da licitação e do próprio contrato originário, além das irregularidades formais no procedimento licitatório, de forma a mitigar sobremaneira seu caráter competitivo (fl. 5.008).

Ocorre que a Lei da Ação Popular não conta com essa previsão; ao revés, o seu art. 2º estabelece que são nulos os atos lesivos às entidades mencionadas no artigo anterior, no caso de vícios de forma, dentre outros, ou seja, vício de forma, por si só, não ostenta a propriedade de impor condenação de ressarcimento ao erário. Para tanto, é necessária prova acerca da ocorrência de perdas e danos (art. 11), o que, no caso concreto, não ocorreu, segundo o próprio acórdão recorrido afirmou com cognição plenária e exauriente.

Por fim, deve ser atribuído o efeito expansivo subjetivo a este *decisum*, para excluir, da obrigação de ressarcir do erário, os litisconsortes passivos necessários a empresa Setembro SP Propaganda & Marketing Ltda. e Luiz Guaritá Neto, à luz do art. 509 do CPC.

Isso posto, acompanhando o voto do relator Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, não conheço dos recursos especiais da empresa Setembro SP Propaganda & Marketing Ltda. e de Luiz Guaritá Neto, **dou provimento** aos recursos especiais de Elmo Fantato, Maria Batista Teodoro Varotto e Eduardo Rodrigues da Cunha Leonardo e afasto a condenação de ressarcimento ao erário, com aplicação do art. 509 do CPC relativamente à empresa Setembro SP Propaganda & Marketing Ltda. e a Luiz Guaritá Neto.

Superior Tribunal de Justiça

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2012/0162982-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.447.237 / MG

Números Origem: 10000002964757 10000002964757000 10000002964757001 10000002964757005
10000002964757008 10000002964757018 10000002964757019
10000002964757021 10000002964757022 10000002964757023
10000002964757024 10000002964757035 2964757 2964757006
29647571020008130000 701960082819

PAUTA: 16/06/2014

JULGADO: 16/06/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUÍS OPPERMANN THOMÉ**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO
ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, pediu vista o Sr. Ministro Sérgio Kukina. Aguarda o Sr. Ministro Ari Pargendler.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2012/0162982-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.447.237 / MG

Números Origem: 10000002964757 10000002964757000 10000002964757001 10000002964757005
10000002964757008 10000002964757018 10000002964757019
10000002964757021 10000002964757022 10000002964757023
10000002964757024 10000002964757035 2964757 2964757006
29647571020008130000 701960082819

PAUTA: 18/11/2014

JULGADO: 18/11/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO
ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2012/0162982-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.447.237 / MG

Números Origem: 10000002964757 10000002964757000 10000002964757001 10000002964757005
10000002964757008 10000002964757018 10000002964757019
10000002964757021 10000002964757022 10000002964757023
10000002964757024 10000002964757035 2964757 2964757006
29647571020008130000 701960082819

PAUTA: 18/11/2014

JULGADO: 20/11/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DARCY SANTANA VITOBELLO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO
ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2012/0162982-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.447.237 / MG

Números Origem: 10000002964757 10000002964757000 10000002964757001 10000002964757005
10000002964757008 10000002964757018 10000002964757019
10000002964757021 10000002964757022 10000002964757023
10000002964757024 10000002964757035 2964757 2964757006
29647571020008130000 701960082819

PAUTA: 18/11/2014

JULGADO: 25/11/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO
ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2012/0162982-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.447.237 / MG

Números Origem: 10000002964757 10000002964757000 10000002964757001 10000002964757005
10000002964757008 10000002964757018 10000002964757019
10000002964757021 10000002964757022 10000002964757023
10000002964757024 10000002964757035 2964757 2964757006
29647571020008130000 701960082819

PAUTA: 18/11/2014

JULGADO: 02/12/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO
ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do Sr. Ministro Sérgio Kukina."

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.447.237 - MG (2012/0162982-5)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO

ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)

RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA

**ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)**

RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO

**ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)**

RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO

ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)

RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA

ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO SÉRGIO KUKINA: O eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho assim relatou a controvérsia (fls. 7310-7314):

1. ELMO FANTATO, MARIA BATISTA TEODORO VAROTTO BORELLI, EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO, LUIZ GUARITÁ NETO, GILBERTO MARTINS VASCONCELOS E SETEMBRO SP PROPAGANDA & MARKETING LTDA. interpõem Recursos Especiais, lastreados nas alíneas a e c do inciso III do art. 105 da CF/88, contra Acórdão prolatado pela 4a. Câmara Cível em Ação Popular, que restou assim ementado:

AÇÃO POPULAR - QUALIDADE DE CIDADÃO - ILEGALIDADE DO ATO IMPUGNADO - LESIVIDADE LEGALMENTE PRESUMIDA - REQUISITOS CABALMENTE DEMONSTRADOS - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO E RESSARCIMENTO AO ERÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL.

Ao desenvolver o procedimento licitatório em desacordo com as regras disciplinadas na lei geral de licitação, prejudicou a Administração Pública uberabense a realização de uma concorrência sadia e vantajosa para a sociedade, de maneira a propiciar proposta mais interessante e consoante com o interesse público. Não há de se falar, "in casu", em irregularidades meramente formais, uma vez que a Lei 8.666/93 traçou regras inteiramente formais e rígidas para a realização do procedimento licitatório, de forma a ensejar a escolha da proposta mais vantajosa e a possibilitar a participação

equânime de todos que se interessarem em contratar com o Poder Público, sempre visando o interesse da coletividade.

A Forma como foi desenvolvida o procedimento licitatório impediu ou ao menos dificultou a participação de eventuais interessados, há que não foram respeitados os prazos e atos tidos como necessários pela legislação pertinente.

Não se admite a ocorrência de sucessivos vícios formais em uma licitação de tamanho vulto e de extrema relevância para a comunidade do Município de Uberaba. Restaram devidamente preenchidos os requisitos necessários à propositura da ação popular. A lesão não necessita ser efetiva, podendo dar-se de forma presumida, desde que legalmente prevista. Esclarecedores os ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles a respeito, afirmando que "essa lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a lei regulamentar estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4o.), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito" (fls. 4.964).

2. Ao analisar o REsp. 973.044/MG, este Tribunal ad quem conheceu parcialmente os Recursos, mas os desproveu (fls. 5.898/5.910); opostos Embargos de Declaração por GILBERTO MARTINS VASCONCELOS (fls. 5.920/5.939), LUIZ GUARITÁ NETO (fls. 5.964/5.970) e ELMO FANTATO E OUTROS (fls. 5.972/5.977), abriu-se vista à parte contrária (fls. 5.979) e, posteriormente, esta 1a. Turma conheceu dos Embargos e lhes deu provimento às fls. 6.039/6.047, para atribuir efeitos infringentes ao decisum de fls. 5.898/5.910, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que se pronunciasse sobre dois pontos específicos: (a) o montante do dano a ser efetivamente ressarcido em face da procedência do pedido constante na inicial; (b) a responsabilidade pessoal de GILBERTO MARTINS VASCONCELOS pelos atos infrinados na Ação Popular; a propósito, colaciona-se a ementa do Julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. OMISSÃO DO JULGADO QUANTO AO MONTANTE DO DANO MATERIAL E AOS CRITÉRIOS DE SUA APURAÇÃO. FALTA DE MENÇÃO À ESPECÍFICA PARTICIPAÇÃO DE AGENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, PARA, ATRIBUINDO-LHES EFEITOS INFRINGENTES, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL (fls. 6.050).

3. Em cumprimento à determinação acima, no Acórdão de fls. 6.142/6.164, o TJMG excluiu da condenação GILBERTO MARTINS VASCONCELOS e esclareceu que os demais requeridos devem

ressarcir, solidariamente, a quantia de R\$ 1.366.388,96 (um milhão, trezentos e sessenta e seis mil, trezentos e oitenta e oito reais e noventa e seis centavos), abatido o valor de R\$ 187.500,00 (cento e oitenta e sete mil e quinhentos reais); a ementa foi assim redigida:

Embargos de declaração. Acórdão. Vícios. Reexame. Ação Popular. Licitação. Prejuízo. A omissão no acórdão sobre o valor do ressarcimento enseja a declaração do acórdão. Considerando que o fundamento para o decreto de nulidade do contrato e, conseqüentemente, para a condenação ao ressarcimento foi a existência dos termos aditivos em valor superior ao percentual de 25% do valor originário, conforme previsão posta no art. 65, § 1o. da Lei Federal 8.666/1993, tem-se que o ressarcimento deve s limitar ao valor que excedeu à autorização legal.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EFEITO MODIFICATIVO
POSSIBILIDADE.**

Excepcionalmente, admite-se embargos de declaração com efeitos modificativos.

4. Ainda insatisfeitos, os requeridos interpuseram os Embargos de Declaração às fls. 6.217/6.220, 6.223/6.238, 6.242/6.257, 6.261/6.274, 6.331/6.345, 6.354/6.369, 6.382/6.397, 6.426/6.430, 6.432/6.438, 6.464/6.469 e 6.471/6.474, mas todos foram rejeitados (fls. 6.371/6.372, 6.408/6.423, 6.452/6.461 e 6.483/6.489), ensejando, dessa maneira, a interposição de novos Recursos Especiais pelos requeridos.

5. O Recurso de SETEMBRO SP PROPAGANDA (fls. 6.492/6.514) aponta ofensa aos arts. 131, 436 e 333, I, todos do CPC, sob o argumento de a condenação se alicerçar em premissas equivocadas, não consentâneas com a realidade processual, que demonstra não ter havido dano ao erário.

6. O Nobre Apelo de MARIA BATISTA e ELMO FANTATO (fls. 6.523/6.567), por sua vez, aponta violação aos arts. 131, 165, 458, II e 535, II do Estatuto Processual Civil, com esteio na seguinte alegação: o Acórdão ignorou documentos, a manifestação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais e a perícia - todas as provas relatando a ausência de prejuízo ao erário que fundamentasse a condenação no ressarcimento de valores aos cofres públicos, não havendo justificativa plausível, portanto, para a condenação ressarcitória; assevera, também, que o decisum ofendeu o art. 965 do CC/16 e os arts. 11 e 14 da Lei 4.717/65, além de divergência jurisprudencial, arguindo, em suma, que a devolução dos valores aos cofres públicos implica enriquecimento sem causa do Estado, pois o serviço contratado lhe foi efetivamente prestado, inexistindo prejuízo que fundamente a condenação, nesse aspecto.

7. A peça recursal de LUIZ GUARITÁ NETO (fls. 6.680/6.717) sustenta, igualmente, lesão aos arts. 131, 436 e 535, II do CPC,

Superior Tribunal de Justiça

destacando que a Decisão Colegiada: (a) desconsiderou a legislação atinente à remuneração das agências de propaganda e dos veículos de comunicação (Lei 4.680/65 e Decreto 57.690/66); (b) afastou imotivadamente lastro probatório uníssono; (c) foi contraditório, pois atestou que o contrato de publicidade alçava o valor de R\$ 1.100.000,00 ao afastar a responsabilidade do ex-Secretário de Assuntos e Negócios Jurídicos, mas, quanto aos demais requeridos, concluiu que o valor do contrato consistiria apenas o montante destinado à criação e produção (R\$ 150.000,00); (d) não fundamentou por que afastou a perícia realizada nos autos e a auditoria do TCMG.

8. O Recurso Especial de EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO (fls. 6.735/6.763), por fim, aponta ofensa aos arts. 964 do CC/16, 11 e 14 da Lei 4.717/65, arguindo, em síntese, que a condenação ressarcitória implica enriquecimento ilícito do ente público, já que este não sofreu prejuízos e usufruiu dos serviços contratados.

9. Contrarrazões às fls. 6795/6818, 6845/6857, 6859/6871 e 6873/6885.

10. É o que havia para ser relatado.

Segue o voto-vista.

À saída, incensurável se mostra a postura do e. Relator no que negou seguimento aos especiais de Setembro SP Propaganda e Marketing Ltda. (por incidência da Súmula 418/STJ) e de Luiz Guaritá Neto (por aplicação da Súmula 284/STF). Assim também, quando não identificou a propalada negativa de prestação jurisdicional declaratória nem fundamentação recursal eficiente quanto à alegada ofensa aos arts. 964 do CC/1916 e 131, 165, 436 e 458, II do CPC, temas presentes nas insurgências dos demais recorrentes.

Quanto ao mais, observo que a compreensão do eminente Relator sobre o caso em exame foi, em síntese, a de que: (I) os "Recursos Especiais limitam-se a impugnar, única e exclusivamente, a condenação dos recorrentes em ressarcir ao Erário a quantia de R\$ 1.366.388,96, fixada pelo Tribunal de origem em sede de Aclaratórios" - fl. 7322; (II) "tem-se por incontroversa a ilegalidade do processo licitatório, [...] o que, por si só, já seria suficiente para ensejar a invalidade do negócio" - fl. 7324; (III) "não restou configurada a lesividade ao patrimônio público hábil a implicar a responsabilização das partes em ressarcir o Erário, uma vez que o serviço de publicidade foi efetivamente prestado pela empresa contratada, que teve sua contraprestação adimplida pelo ente estatal" - fl. 7325; (IV) "apesar de ser possível a declaração de nulidade do contrato firmado entre as partes,

Superior Tribunal de Justiça

inviável se mostra a imposição de retorno dos contratantes à condição originária, anterior ao contrato, sob pena de enriquecimento sem causa do Ente Estatal, que usufruiu efetivamente dos serviços" - fl. 7329.

A partir das mencionadas premissas, Sua Excelência concluiu por dar provimento aos apelos de **Eduardo Rodrigues da Cunha e Maria Batista Teodoro Varotto e Elmo Fantato**, para afastar a condenação de ressarcimento ao erário, ao mesmo tempo em que atribuiu efeito expansivo subjetivo à decisão, "*para excluir da obrigação ressarcitória os litisconsortes necessários Empresa Setembro SP Propaganda e Marketing Ltda e Luiz Guaritá Neto*" (fl. 7330), cujos litisconsortes, registre-se, haviam tido seus especiais bloqueados pela incidência, respectivamente, das Súmulas 418/STJ e 284/STF.

Na sequência, o Ministro Arnaldo Esteves Lima acompanhou o voto do Relator.

A seu turno, o eminente Ministro Benedito Gonçalves, após vista dos autos, também aderiu às conclusões do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Ouso, contudo, divergir do entendimento de Sua Excelência o Ministro Relator (e também dos Ministros Arnaldo Esteves Lima e Benedito Gonçalves), única e especificamente em relação ao aventado maltrato aos arts. 11 e 14 da Lei nº 4.717/65, para admitir a **pertinência** do ressarcimento, pelos recorrentes, dos valores que excederam àquele previsto no contrato originariamente entabulado entre o Município de Uberaba e a recorrente Setembro SP Propaganda e Marketing Ltda.

Com efeito, não paira divergência quanto à caracterização da ilegalidade dos aditivos que se seguiram ao contrato originário, os quais, à míngua de qualquer previsão editalícia, implicaram em mais que decuplicar o valor do serviço publicitário objeto do procedimento licitatório. E tal incremento pecuniário, vale registrar, teve por inusitada justificativa o fato de que no edital do certame previu-se apenas o valor concernente à criação e produção de peças publicitárias do interesse da municipalidade, sem considerar, entretanto, o valor da correspondente veiculação desse mesmo material publicitário, que responderia pela fração financeira mais relevante do serviço a ser prestado pela contratada (Setembro SP). Em suma, operou-se desenganada modificação de elemento essencial do objeto licitado, que, se presente no respectivo edital de concorrência, por certo que teria, ao menos em tese, o condão de atrair outros pretendentes ao contrato, e não apenas a Setembro SP, com sede na capital

mineira.

O argumento de que, mal ou bem, o serviço ilegalmente contratado teria sido prestado, desautorizando, assim, o ressarcimento pecuniário pelos envolvidos, implicaria em se blindar os contratantes de qualquer responsabilidade reparatória, estimulando o gestor público a adotar metodologia refratária à lei de licitações, de modo a poder, em momento posterior, ajustar serviços e valores contratuais ao sabor dos interesses dos próprios contratantes. Não aproveita, por igual, o entendimento de que, em tais hipóteses, haveria locupletamento por parte do poder público, já que, no mais das vezes, terá ele, isto sim, sido alijado de contratar proposta mais vantajosa, caso o **iter** licitatório tivesse ocorrido de modo escoreito.

Logo, em situações como a retratada nos presentes autos, não se pode abdicar do emprego da concepção que admite a figura do dano presumido, na linha, aliás, do que decidido pelo acórdão recorrido (cf. ementa à fl. 4.964).

Acerca da reparabilidade do dano, tendo em conta a lesividade presumida, vale colacionar os seguintes precedentes desta Corte Superior, **verbis**:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. SEBRAE. CONTRATAÇÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. FRACIONAMENTO DE OBJETO PARA PROVOCAR DISPENSA. PREJUÍZO AO ERÁRIO IN RE IPSA.

1. Cuida-se os autos sobre ação popular objetivando o reconhecimento da nulidade, em razão da falta de prévia licitação, de quatro contratos firmados, no ano de 2009, entre o SEBRAE e as empresas recorridas, cujo objeto era a "prestação de serviços de horas técnicas de instrutoria para empreendedores do meio rural" em diferentes municípios de Santa Catarina, inobstante excedido o limite de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais) previsto no art. 6º, II, "a", da Resolução CDN nº 39/98, que dispensava a licitação para compras e serviços abaixo do referido valor.

2. Ficou constatado pelo Tribunal a quo que houve o fracionamento indevido das contratações no intuito de burlar a obrigatoriedade do devido processo licitatório.

3. A Corte de origem, apesar de ter reconhecido a ilegalidade na contratação, decidiu que "comprovada a efetiva prestação dos serviços, sem qualquer indício de superfaturamento, a pretensão da ação popular não pode prosperar porque o descumprimento da lei ou do regulamento não dispensa a demonstração da lesividade dos atos impugnados"

4. *O prejuízo ao erário, na espécie (fracionamento de objeto licitado, com ilegalidade da dispensa de procedimento licitatório), que geraria a lesividade apta a ensejar a nulidade e o ressarcimento ao erário, é in re ipsa, na medida em que o Poder Público deixa de, por condutas de administradores, contratar a melhor proposta (no caso, em razão do fracionamento e conseqüente não-realização da licitação, houve verdadeiro direcionamento da contratação).*

5. *A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a ação popular é cabível para a proteção da moralidade administrativa, ainda que inexistente o dano material ao patrimônio público, ou seja, a lesão tanto pode ser efetiva quanto legalmente presumida, visto que a Lei 4.717/65 estabelece casos de presunção de lesividade (art. 4º), para os quais basta a prova da prática do ato naquelas circunstâncias para considerar-se lesivo e nulo de pleno direito.*

6. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1.378.477/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 17/3/2014 - sem destaque no original)

AÇÃO POPULAR. LICITAÇÕES. ANULAÇÃO. ADOÇÃO DE RELATÓRIO ANTERIOR. EXISTÊNCIA. ILEGALIDADE. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. LESIVIDADE. MALFERIMENTO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS.

I - O acórdão proferido pelo Tribunal a quo ao manter a decisão monocrática de procedência do pedido, em autos de ação popular na qual se buscava a nulidade de procedimentos licitatórios em decorrência de irregularidades, foi expresso ao mencionar que adotava o relatório já anteriormente prolatado por desembargador sorteado, não se verificando, dessa forma, qualquer nulidade a título de afronta aos artigos 165 e 458 e 535, do Código de Processo Civil.

II - A ilegalidade foi devidamente comprovada na instância ordinária, condenando-se o réu às perdas e aos danos dela decorrentes, tendo em conta a fraude perpetrada no respectivo procedimento licitatório, cujas provas não podem ser reexaminadas por esta eg. Corte de Justiça, em razão do óbice contido na Súmula 7/STJ.

III - Determinadas ilegalidades de atos administrativos, por si sós, conduzem à ocorrência de lesão patrimonial aos cofres públicos, principalmente quando se está diante de malferimentos a importantes princípios administrativos, tal como o da moralidade. Precedentes: EREsp nº 14.868/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 18/04/2005, REsp nº 479.803/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 22/09/2006.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 858.910/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, DJ 1º/2/2007, p. 437 - sem destaque no original)

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. ILEGALIDADE. LESIVIDADE.

1. A ação popular é meio processual constitucional adequado para impor a obediência ao postulado da moralidade na prática dos atos administrativos.

2. A moralidade administrativa é valor de natureza absoluta que se insere nos pressupostos exigidos para a efetivação do regime democrático.

3. Contrato de risco sem autorização legislativa e sem estudos aprofundados de viabilidade do êxito que foi assumido por administrador público para pesquisar petróleo em área não tradicionalmente vocacionada para produzir esse combustível.

4. Ilegalidade do ato administrativo que, por si só, conduz a se ter como ocorrente profunda lesão patrimonial aos cofres públicos.

5. A lei não autoriza o administrador público a atuar, no exercício de sua gestão, com espírito aventureiro, acrescido de excessiva promoção pessoal e precipitada iniciação contratual sem comprovação, pelo menos razoável, de êxito.

6. Os contratos de risco para pesquisar petróleo devem ser assumidos pelo Estado em níveis de razoabilidade e proporcionalidade, após aprofundados estudos técnicos da sua viabilidade e autorização legislativa.

7. A moralidade administrativa é patrimônio moral da sociedade. Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem proteger esse patrimônio de modo incondicional, punindo, por mínima que seja, a sua violação.

8. "Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato impugnado" (STF, RE 160381/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.08.94, p. 20052).

9. "O entendimento sufragado pelo acórdão recorrido no sentido de que, para cabimento da ação popular, basta a ilegalidade do ato administrativo a invalidar, por contrariar normas específicas que regem a sua prática ou por se desviar dos princípios que norteiam a administração pública, dispensável a demonstração de prejuízo material aos cofres públicos, não é ofensivo ao inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal, norma que abarca não só o patrimônio material do Poder Público, como também o patrimônio moral, o cultural e histórico" (STF, RE 120.768/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13.08.99, p. 16).

10. "... o entendimento de que, para o cabimento da ação popular, basta a demonstração da nulidade do ato administrativo não viola o disposto no artigo 153, parágrafo 31, da Constituição, nem nega vigência aos arts. 1º e 2º da Lei 4.717/65, como já decidiu esta Corte ao julgar caso análogo (RE 105.520)" (RE 113.729/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 25.08.89, pg. 13558).

11. "Antes mesmo de promulgada a vigente Carta, o STF orientou-se no sentido de que para cabimento da ação popular basta a

Superior Tribunal de Justiça

demonstração da nulidade do ato , dispensada a da lesividade, que se presume (RTJ 118, p. 17 e 129, p. 1.339" (Milton Flaks, in "Instrumentos Processuais de Defesa Coletiva", RF 320, p. 34).

12. "... ultimamente a jurisprudência têm se orientado no sentido de que basta a demonstração da ilegalidade, dispensada a da lesividade, que se presume" (Luis Roberto Barroso, "Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política - Ação Popular e Ação Civil Pública. Aspectos comuns e distintivos". Jul - set. 1993, nº 4, p. 236).

*13. **Invalidação** do contrato firmado em 11.09.79, entre a PETROBRÁS e a PAULIPETRO. Ilegalidade reconhecida. Lesividade presumida.*

14. Embargos de divergência conhecidos, porém, rejeitados.

(EREsp 14.868/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 18/4/2005, p. 206)

Ante o exposto e em suma, acompanho o preclaro Relator no que tange ao não conhecimento dos recursos de Setembro SP Propaganda e Marketing Ltda. (incidência da Súmula 418/STJ) e de Luiz Guaritá Neto (incidência da Súmula 284/STF), mas dele atrevo-me a divergir para negar provimento aos recursos de Elmo Fantato, de Maria Batista Teodoro Varotto e de Eduardo Rodrigues da Cunha Leonardo.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2012/0162982-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.447.237 / MG

Números Origem: 10000002964757 10000002964757000 10000002964757001 10000002964757005
10000002964757008 10000002964757018 10000002964757019
10000002964757021 10000002964757022 10000002964757023
10000002964757024 10000002964757035 2964757 2964757006
29647571020008130000 701960082819

PAUTA: 16/12/2014

JULGADO: 16/12/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : LUIZ GUARITÁ NETO
ADVOGADO : CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO FILHO E OUTRO(S)
RECORRENTE : SETEMBRO SP PROPAGANDA E MARKETING LTDA
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO ROCHA GOYATA
CARLOS EDUARDO LEONARDO DE SIQUEIRA E OUTRO(S)
RECORRENTE : ELMO FANTATO E OUTRO
ADVOGADOS : IGOR SANT'ANA TAMASAUSKAS E OUTRO(S)
PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(S)
RECORRENTE : EDUARDO RODRIGUES DA CUNHA LEONARDO
ADVOGADO : PAULO EDUARDO SALGE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ANDERSON ADAUTO PEREIRA
ADVOGADO : JOÃO LISTER PEREIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações

CERTIDÃO

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

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sérgio Kukina, a Turma, por unanimidade, não conheceu dos recursos especiais da empresa e de Luiz Guaritá Neto e, por maioria, vencido o Sr. Ministro Sérgio Kukina (voto-vista), deu provimento aos demais recursos especiais, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram os Srs. Ministros Relator, Benedito Gonçalves (voto-vista), Sérgio Kukina (voto-vista) e Arnaldo Esteves Lima.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves