

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.70.00.010587-2/PR

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA
DE TRANSPORTES - DNIT
ADVOGADO : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
APELADO : SCONNTEC CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA/
ADVOGADO : Paulo Vinicius de Barros Martins Junior
APELADO : CASTELLAR ENG/ LTDA/
ADVOGADO : Carlos Eduardo Manfredini Hapner

EMENTA

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. EFETIVAÇÃO DO SERVIÇO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO.

Efetivamente prestado o serviço, descabe a anulação do contrato administrativo e devolução dos valores pagos, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

Caso em que a suposta ausência de procedimento licitatório já é discutida em outra ação e aberta a possibilidade de revisão dos valores pagos em ação própria.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso de apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de fevereiro de 2011.

Desª. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Desª. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, Relatora**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº

61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **4001596v3** e, se solicitado, do código CRC **AD1ED267**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER:24

Nº de Série do
Certificado: 4435E8A6

Data e Hora: 16/02/2011 19:09:45

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.70.00.010587-2/PR

RELATORA : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA
DE TRANSPORTES - DNIT
ADVOGADO : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
APELADO : SCONNTEC CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA/
ADVOGADO : Paulo Vinicius de Barros Martins Junior
APELADO : CASTELLAR ENG/ LTDA/
ADVOGADO : Carlos Eduardo Manfredini Hapner

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto em face de sentença de improcedência prolatada em ação civil pública ajuizada com o objetivo de que fossem reconhecidas as ilegalidades perpetradas na construção e execução dos serviços e obras de manutenção em trechos rodoviários localizados no Paraná, bem como decretada a nulidade dos contratos, com a condenação das requeridas à devolução ao erário público de quantias pagas em decorrência de suas execuções.

O Ministério Público Federal, em suas razões recursais, sustenta que o precedente do Superior Tribunal de Justiça, utilizado como fundamento da sentença, não se aplicaria à situação jurídica ora tratada. Ressalta que o bem jurídico tutelado na ação é a proteção do patrimônio público em razão de suposta não observância de princípios da administração pública, especialmente da moralidade administrativa, transparência, eficiência e concorrência. Teriam sido executados os serviços com qualidade diferente dos contratados, com custo bem inferior ao estabelecido no contrato e efetivamente pago. Estaria demonstrada a ocorrência de lesão ao erário, de modo que os valores pagos deveriam ser devolvidos. Afirmar que as irregularidades na execução configurariam má-fé da empresa, ensejando o ressarcimento aos cofres públicos. Descreve as supostas ilegalidades cometidas pela Superintendência Regional do DNOT na condução dos atos administrativos necessários à contratação e execução das obras e serviços do programa PETSE. Requer a reforma da sentença, para que seja decretada a nulidade dos contratos e devolvidos os valores pagos em decorrência das contratações.

Foram apresentadas contrarrazões.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

À pauta.

VOTO

Em que pese a argumentação do recorrente, merece manutenção a sentença por seus próprios fundamentos, que transcrevo como razão de decidir:

Observe-se que o pedido formulado pelo Ministério Público Federal é de decretação de nulidade dos contratos firmados em função do PETSE, com a condenação das requeridas à devolução ao erário público de quantias pagas em decorrência de suas execuções. Sublinhe-se, ainda, que o tema da dispensa da licitação é objeto de outro processo.

Quando da apreciação do pedido de liminar, que então objetivava a paralisação das obras, fiz as seguintes ponderações - que, inalteradas durante o curso da instrução, constituem fundamentos que colaboram para a improcedência do pedido de nulidade dos contratos firmados:

2. O próprio Ministério Público Federal ingressou com outra ação civil pública postulando a determinação de conserto/manutenção dos trechos rodoviários objeto dos contratos supostamente irregulares, alegando urgência.

Ademais, constituiu-se vínculo obrigacional entre as partes requeridas, pois as obras já estão em andamento, como já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (AI 2006.01.00.004749-0).

...

3. Inicialmente, sublinhe-se que os argumentos jurídicos que dizem com a caracterização da urgência para contrato com dispensa de licitação terão, nos presentes autos, relativa força, já que a questão, como se disse, está submetida à 7ª Vara Federal do Distrito Federal - tendo sido indeferido o pedido de suspensão liminar das obras.

Logo, a argumentação sobre a existência/inexistência de urgência, ou discriminação de quais seriam exatamente as medidas urgentes, parece não poder ser discutida nestes autos, de forma autônoma (muito embora a circunstância também cause impacto nestes autos, e interfira no julgamento, via reflexa, já que prossegue a execução dos trabalhos).

...

4. Ademais, quanto ao pedido de paralisação das obras, efetivamente, não parece mais ser possível evitar (suposto) dano a ao menos um dos interesses tutelados pela ação civil pública: a outorga do serviço a pessoa jurídica que não se submeteu a devido procedimento lícito de contratação. Como referido pela decisão judicial transcrita (em fls. 101), o vínculo obrigacional entre as partes já parece estar caracterizado (a menos que se comprove dolo bilateral, o que não parece provável). Restaria margem para definição judicial futura do estatuto jurídico que o norteará - o que refoge do âmbito da presente decisão.

5. De outra parte, a concessão de liminar de paralisação dos trabalhos, como postulada, condenaria a preservação e conservação da malha rodoviária a destino absolutamente incerto: poderia a população usuária suportar a degradação progressiva da rodovia (que já se encontra no limite da "não-trafegabilidade", como o nome do projeto governamental demonstra) durante o tempo de trâmite da demanda?

Pois, se concedida a antecipação, qualquer outra medida que o governo tomasse para realização de (imprescindíveis) obras na rodovia - processo de licitação e contratação de outra empreiteira, por exemplo - havendo lide pendente, encerraria, quem sabe, ainda maior grau de indefinição e perigo aos cofres públicos, do que a preservação dos contratos firmados (ou mal-firmados). No final, com o risco adicional do órgão público ser compelido a indenizar/pagar não somente uma, mas duas construtoras pela mesma obra pública, a depender do resultado dos processos em trâmite....

10. Por outro lado, se confirmadas as regularidades - indevida outorga de obra pública a empresa que não se submeteu a devido processo de licitação, ou pela má fiscalização do cumprimento do contrato - será apurada responsabilização criminal, civil e administrativa dos gestores, e medidas cautelares poderão ser ajuizadas para contração do patrimônio pessoal das pessoas físicas e jurídicas envolvidas.

Como ponderado inicialmente, já está caracterizado o vínculo obrigacional entre os requeridos, tendo inclusive sido prestada a obrigação por parte das contratadas, serviços fruídos pela União e pela população, de molde a impedir a decretação de nulidade dos contratos e devolução dos valores recebidos em pagamento, pena de enriquecimento ilícito. Neste sentido a jurisprudência:

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." (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 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. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24.04.2007, DJ 04.06.2007 p. 312).

Assim, sem ingressar no âmago das apontadas ilegalidades, e adstringindo-se ao pedido formulado pela parte, como determina o estatuto processual, impõe-se a conclusão de que, uma vez prestados os serviços, não tem ocasião a anulação dos contratos e a devolução dos valores pagos.

Por outro lado, não foi formulado na inicial pedido alternativo de acertamento ou revisão do preço contratado, mediante re-avaliação das obras efetivamente realizadas pelas contratadas, o que impede seja determinada devolução parcial dos valores - mesmo por que não foi produzida prova técnica contundente neste sentido.

Aliás, o relatório do TCU, desde o início, não afirmou superfaturamento em relação à cotação de mercado, mas aventou a hipótese de que a qualidade dos materiais utilizados e a natureza das obras efetivamente realizadas pudessem ser inferiores às necessárias, convenientes,

cotadas, medidas e, por fim, remuneradas. Ou seja, o superfaturamento adviria da execução de obra por método mais barato e de qualidade inferior ao do faturado.

Eventual condenação das requeridas a devolver parte dos valores recebidos demandaria processo revisional próprio, apontadas as discrepâncias especificamente, com ampla dialética processual e aferição técnica qualitativa das obras efetivamente realizadas, em confronto com os valores contratados, o que não foi o caso produzir nestes autos.

*Ante o exposto, julgo extinto o processo com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, e **improcedente o pedido** de nulidade dos contratos administrativos e restituição dos valores pagos.*

De fato, prestado o serviço, não cabe mais falar em nulidade dos contratos. Como ressaltado pelo juízo *a quo*, descabe falar em devolução dos valores, sob pena de enriquecimento ilícito. Eventual direito a devolução de parte dos valores pela suposta utilização de materiais inferiores deve ser objeto de ação própria, não tendo o pedido sido veiculado na presente ação civil pública. Merece prestígio a decisão de primeiro grau.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao recurso de apelação.
É o voto.

Des^a. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
Relatora

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Des^a. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER, Relatora**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **4001595v3** e, se solicitado, do código CRC **19F5809D**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): MARGA INGE BARTH TESSLER:24

Nº de Série do
Certificado: 4435E8A6

Data e Hora: 16/02/2011 19:09:48

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 16/02/2011
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2006.70.00.010587-2/PR
ORIGEM: PR 200670000105872

RELATOR : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
PRESIDENTE : Marga Inge Barth Tessler
PROCURADOR : Dr(a) Maria Hilda Marsiaj Pinto
APELANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
APELADO : DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE
TRANSPORTES - DNIT
ADVOGADO : Procuradoria-Regional Federal da 4ª Região
APELADO : SCONTEC CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA/
ADVOGADO : Paulo Vinicius de Barros Martins Junior
APELADO : CASTELLAR ENG/ LTDA/
ADVOGADO : Carlos Eduardo Manfredini Hapner

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 16/02/2011, na seqüência 35, disponibilizada no DE de 07/02/2011, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, a DEFENSORIA PÚBLICA e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 4ª TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO.

RELATOR : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
ACÓRDÃO
VOTANTE(S) : Des. Federal MARGA INGE BARTH TESSLER
: Juíza Federal MARIA CRISTINA SARAIVA FERREIRA E
: SILVA
: Juiz Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE

Regaldo Amaral Milbradt
Diretor de Secretaria

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Regaldo Amaral Milbradt, Diretor de Secretaria**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4ª Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **4035664v1** e, se solicitado, do código CRC **468C732A**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): REGALDO AMARAL MILBRADT:11574

Nº de Série do
Certificado: 44366A1C

Data e Hora: 17/02/2011 14:29:24
