RECURSO ESPECIAL Nº 1.658.371 - PE (2017/0049119-7)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE	:	CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A
ADVOGADO	:	MARINA BASTOS DA PORCIUNCULA BENGHI E OUTRO(S) - PE000983A
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO	:	UNIÃO
INTERES.	:	GALVAO ENGENHARIA S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
ADVOGADOS	:	FLÁVIO ANTONIO ESTEVES GALDINO - RJ094605 GABRIEL ROCHA BARRETO - RJ142554 FELIPE GUIMARÃES - RJ153005 DANILO PALINKAS ANZELOTTI - SP302986 CRISTINA BIANCASTELLI DE MELO E OUTRO(S) - SP163993
INTERES.	:	ALVARO JOSE MENEZES DA COSTA
INTERES.	:	PAULO CALIXTO DA SILVA
ADVOGADO	:	MARCUS HERONYDES BATISTA MELLO E OUTRO(S) - PE014647
INTERES.	:	ANA MARIA DE ARAUJO TORRES PONTES
INTERES.	:	JOAO BOSCO DE ALMEIDA
INTERES.	:	ROBERTO CAVALCANTI TAVARES
ADVOGADO	:	JOAO VIANEY VERAS FILHO E OUTRO(S) - PE030346
INTERES.	:	ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADOR	:	FRANCISCO MARIO MEDEIROS CUNHA MELO E OUTRO(S) - PE018765

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto, em 29/11/2016, pela CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

> "ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATOS FIRMADOS ENTRE A COMPESA E AS CONSTRUTORAS QUEIROZ GALVÃO E GALVÃO ENGENHARIA. OBRAS E SERVIÇOS DE INTERLIGAÇÃO DOS SISTEMAS PIRAPAMA E GURJAÚ. SUPERFATURAMENTO. PRESCRIÇÃO EM RELAÇÃO AOS PARTICULARES. TERMO INICIAL IDÊNTICO AO DO AGENTE PÚBLICO QUE PRATICOU O ATO ÍMPROBO. PRECEDENTES DO STJ. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DO ATO DE IMPROBIDADE. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 17, PARÁGRAFO 6º DA LEI Nº 8.429/92. NECESSIDADE DE AMPLA APURAÇÃO.

RECEBIMENTO DA INICIAL. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992. *FUMUS BONI IURIS.* PRESENTE. *PERICULUM IN MORA.* IMPLÍCITO. PRECEDENTES DO STJ. AGTR BONI IMPROVIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela CONSTRUTORA QUEIROZ GALVÃO S/A contra parte da decisão do douto Juízo da 35ª Vara da SJ/PE que, em sede de Ação de Improbidade Administrativa, recebeu a petição inicial, com fulcro no art. 17, § 9º, da Lei nº 8.429/1992, c/c art. 285 do CPC, bem como, deferiu parcialmente o pedido de indisponibilidade dos bens da ré (veículos e imóveis).

2. No caso de existência de corréus, em se tratando de atos de improbidade, o prazo prescricional apenas se inicia a partir do desligamento, do serviço público, do último acusado. Precedentes: RESP 1071939, Primeira Turma, Relator Ministro Francisco Falcão, DJE 22.04.2009; AG 00111589020114050000, Desembargador Federal José Maria Lucena, TRF5 - Primeira Turma, DJE - Data: 14/12/2012.

3. O STJ firmou entendimento no sentido de que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares é idêntico ao do agente público que praticou o ato (AGRESP 201001096584, HUMBERTO ímprobo, matéria regulada no art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/92 MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 08.09.2010).

4. A Construtora agravante não se eximiu do ônus de comprovar efetivamente a data de afastamento de todos os réus pertencentes à diretoria da COMPESA. Sendo assim, estes fatos deverão ser comprovados durante o andamento da instrução processual. Afastada a alegação de prescrição.

5. Nos termos dos §§ 6º ao 9º, do art. 17 da Lei 8429/92, a admissibilidade da ação civil pública de improbidade administrativa está condicionada à demonstração com a sua petição inicial e os documentos que a instruem da existência de indícios suficientes de ato de improbidade (art. 17, § 6.º, supra) e a rejeição da mesma está vinculada ao convencimento motivado do Juízo quanto à inexistência do ato de improbidade, à improcedência da ação ou à inadequação da via processual eleita (art. 17, § 8.º, supra).

6. Do cotejo dessas disposições, verifica-se que: (I) a admissibilidade judicial da persecução civil do ato de improbidade encontra-se na dependência da presença de indícios suficientes de sua existência (juízo

de verossimilhança), sem o que deve ser indeferida a petição inicial, que se mostrará inadequada processualmente por ausência desse requisito específico de instrução da petição inicial respectiva, cabendo ao seu titular a busca de maiores elementos, extraprocessualmente, para só então deduzir nova pretensão judicial; (II) se o Juízo, após a manifestação da parte passiva, entender inexistente o ato de improbidade ou improcedente o pedido inicial (juízo de certeza, em ambas as hipóteses), rejeitará a ação, com sua extinção, nesse caso, em face da natureza da cognição realizada, com julgamento do mérito; (III) caso haja indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa, o que não obsta a que haja, também, aspectos que mereçam melhor esclarecimento quanto ao mesmo, pois, caso contrário, a lei não teria falado em 'indícios suficientes', mas em 'prova inequívoca', deverá a ação ser recebida e processada regularmente.

7. No caso presente, os elementos trazidos pelo Ministério Público Federal com a petição inicial, demonstram que há indícios suficientes da prática de atos de improbidade administrativa cometidos pela agravante.

8. Importa salientar não ser requisito para o recebimento e processamento da ação civil pública de improbidade administrativa a certeza da prática de qualquer ato ímprobo, pois se assim fosse, a lei não teria falado em "indícios suficientes", mas em "prova inequívoca".

9. Outrossim, a ocorrência do dano não é elemento indispensável para a configuração dos atos de improbidade administrativa, nos termos do art. 21, inciso I, da Lei n.° 8.429/92.

10. De se consignar, por fim, que não cabe, quando do recebimento da petição inicial da ação de improbidade administrativa, analisar com profundidade acerca da existência, ou não, de dolo, bem como sobre a necessidade, ou não, de tal elemento subjetivo para a caracterização do ato ímprobo, uma vez que tais questões são afetas ao mérito da causa e deverão ser examinadas durante a instrução processual.

11. A indisponibilidade de bens do promovido, fundada na alegação de prática de ato de improbidade administrativa, é medida extrema e excepcional, mas deve ser aplicada quando a inicial da ação traz ao conhecimento do Juízo elementos suficientes da existência do ilícito e induvidosos quanto à sua autoria, como se afigura no presente caso. Com efeito, o art. 7º da Lei 8429/92 possibilita a decretação de indisponibilidade dos bens dos réus quando o ato de improbidade administrativa em questão houver causado dano ao erário ou ensejar enriquecimento ilícito, devendo recair sobre os bens que assegurem o

> integral ressarcimento do dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.
> 12. Neste caso específico, resta patente a presença do *fumus boni iuris*, posto que há fortes indícios de conduta ímproba praticada pela agravante, conforme se dessume dos fatos narrados pelo *Parquet* na exordial da presente ação civil pública de improbidade administrativa.
> 13. No que pertine ao *periculum in mora*, o STJ no julgamento do Recurso Especial 1.270.439/PR, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que tal pressuposto está implícito no comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, que determina a indisponibilidade de bens na seara da ação civil pública de improbidade administrativa, não restando necessária a comprovação de que o acusado possui a intenção de dilapidar seu patrimônio, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial.
> 14. Agravo de instrumento improvido. Agravo regimental prejudicado" (fls. 12.691/12.692e).

No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem, negou provimento a Agravo de Instrumento, interposto pela ora recorrente de decisão que, por sua vez **(a)** recebeu a inicial de Ação Civil Pública, na qual o recorrido postula a condenação dos réus pela prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes de irregularidades na aplicação de recursos federais destinados à implantação do Sistema Produtor de Pirapama e de interligação dos Sistemas Pirapama e Gurjaú, no Município do Cabo de Santo Agostinho/PE; e **(b)** determinou a indisponibilidade dos bens dos réus.

Opostos Embargos de Declaração, foram rejeitados pelo acórdão de fls. 12.825/12.828e.

A recorrente sustenta, nas razões de seu Recurso Especial, ofensa a dispositivos de lei federal, sintetizada nos seguintes tópicos:

> "IV - DA OFENSA AO ART. 535, INCISO II, DO CPC/73 (ART. 1.022, INC. II, DO CPC/2015) C/C ARTS. 131, 165 E 458, INC. II, DO CPC/73 (ARTS. 371, 489, INC. II E §1º, DO CPC/2015). AUSÊNCIA DE APRECIAÇÃO DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL, DE INDICAÇÃO DOS FUNDAMENTOS PARA DEFINIÇÃO DO TERMO A QUO DE CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL, DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE E SOBRE OS FORTES INDÍCIOS NECESSÁRIOS À DECLARAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

> (...)
> V.1 - DA OFENSA AOS ARTS. 17, §§6º, 7º, 8º, 9º, 23, INC. I, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA C/C VIOLAÇÃO AOS ARTS. 4º, DO DECRETO-LEI Nº. 4.657/42 E ART. 5º, INC. LVII, DA C.F/88. A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA POR ATO ÍMPROBO EM RELAÇÃO AOS PARTICULARES. CONTAGEM DO TERMO *A QUO* A PARTIR DO DESLIGAMENTO DO PRIMEIRO AGENTE PÚBLICO.
> (...)
> A) Da ofensa aos arts. 10, 17, §§6º, 7º, 8º, 9º, 21, inc. I, da Lei de Improbidade Administrativa. A patente atipicidade das condutas listadas na exordial. Necessidade de demonstração de dano ao erário, para os tipos previstos no art. 10, da Lei nº. 8.429/92.
> (...)
> B) Ofensa aos arts. 3º, 10 e 17, §6º, 7º, 8º, 9º, da Lei de Improbidade Administrativa. A inviabilidade jurídica de caracterização de ato tido como ímprobo com fundamento na responsabilidade objetiva. A necessidade de indicação do elemento subjetivo.
> (...)
> C) Ofensa aos arts 17, §§6º, 7º, 8º, 9º, c/c art. 395, inc. III, do CPP. Ausência de justa causa para o recebimento da presente ação de improbidade administrativa.
> (...)
> V.3 - DA OFENSA AO ART. DO ART. 556, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/73 (ATUAIS ARTS. 941 E 943, DO CPC/2015). CONTRADIÇÃO ENTRE O VOTO CONDUTOR DO ACÓRDÃO, O RESULTADO PROCLAMADO E AS NOTAS TAQUIGRÁFICAS. PREVALÊNCIA DO DECIDIDO NA SESSÃO DE JULGAMENTO" (fls. 12.904/12.942e).

Foram apresentadas contrarrazões ao Recurso Especial (fls. 13.015/13.022e e 13.033e).

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem (fls. 13.035/13.036e).

O Ministério Público Federal, pela Subprocuradora-Geral da República MARIA CAETANA CINTRA SANTOS, opina pelo não provimento do Recurso Especial (fls. 13.062/13.076e).

A insurgência merece prosperar, em parte.

Conforme relatado, na origem, o Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública, postulando a condenação da empresa agravante e de outros réus pela prática de atos de improbidade administrativa, decorrentes de irregularidades na aplicação de recursos federais destinados à implantação do Sistema Produtor de

Pirapama e de interligação dos Sistemas Pirapama e Gurjaú, no Município do Cabo de Santo Agostinho/PE.

Na decisão de fls. 12.225/12.240e, o juiz recebeu a inicial da ação e deferiu "parcialmente o pedido de indisponibilidade dos bens dos réus constantes do item 'b', termos do art. 7º da Lei 8.429/92, razão pela qual determino: c.1) Bloqueio eletrônico de veículos automotores em nome dos requeridos, através do sistema DETRAN (RENAJUD); c.2) Oficie-se à online Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e aos cartórios de registro de imóveis de Recife/PE e São Paulo/SP noticiando a decretação da indisponibilidade e requisitando informações sobre a existência de outros bens imóveis. A indisponibilidade deve ser restrita à quantia de R$ 9.796.737,79 (nove milhões, setecentos e noventa e seis mil, setecentos e trinta e sete reais e setenta e nove centavos)".

Contra essa decisão, a parte recorrente interpôs Agravo de Instrumento, alegando, dentre outros pontos, que:

> "Consoante já ressaltado em tópicos anteriores, a decisão agravada não se posicionou conclusivamente sobre os indícios da ocorrência de dano – limitando-se a afirmar que seria desnecessária sua comprovação para ações de improbidade ajuizadas com fundamento no art. 11, da LIA – e sobre a caracterização do elemento subjetivo, remetendo a análise sobre esses temas para a fase instrutória.
> Todavia, mesmo nesse contexto de incerteza quanto à existência de dano e de culpa/dolo, o juízo a quo contraditoriamente determinou a indisponibilidade de bens dos acusados, como se o simples recebimento da ação de improbidade fosse suficiente para desencadear, de maneira automática, a medida cautelar ora contestada.
> (...)
> Acontece que, no caso em tela, o MPF não teve o desvelo de demonstrar a existência do dano ao erário, já que apenas acostou um inquérito civil composto, em sua maioria, por documentos que se reportam a obra diversa da ora analisada. Nesse contexto, não se sabe ao certo aquilo que uma eventual decisão pela indisponibilidade viria a tutelar, haja vista a total inépcia do pedido reparatório. Em suma, o pedido de decretação da indisponibilidade de bens "que assegurem o integral ressarcimento do dano" é juridicamente impossível, sobretudo porque o MPF não logrou demonstrar a existência e a extensão do suposto dano, e, com maior gravidade, qual a relação entre o ato praticado pela agravante e a alegada lesão ao erário federal.
> (...)
> Portanto, não há dúvidas de que a fundamentação da decisão que decreta a indisponibilidade de bens deve avançar mais profundamente

> sobre a prova dos autos, apontando quais seriam os robustos indícios de dano ao erário e de comprovação do elemento subjetivo, não sendo suficiente a simples menção abstrata às acusações vertidas pela parte autora ou mesmo a concessão automática da medida constritiva.
>
> (...)
>
> Não bastasse a impertinência da indisponibilidade de bens, tal como deferida pelo juízo a quo, a agravante chama a atenção para o fato de que a Secretaria da 35ª Vara Federal, no afã de cumprir a determinação em apreço, expediu diversos ofícios para cartórios de imóveis e para a Comissão de Valores Mobiliários, além de utilizar o sistema RENAJUD para realizar o bloqueio de veículos (Docs. 06), constando que em cada um que 'proceda ao registro da indisponibilidade dos bens por ventura existentes em nome de [...] Construtora Queiroz Galvão S/A, CNPJ 33.412.792/0001-60', limitada a constrição à R$9.796.737,79.
>
> (...)
>
> Contudo, se a ordem constante nos ofícios for cumprida literalmente, cada cartório de imóvel e a CVM vai inserir individualmente a restrição de indisponibilidade nos bens no valor total determinado pelo juiz (R$9.796.737,79), de modo que a efetiva constrição sofrida pela agravante será muitas vezes maior do que a autorizada pela decisão agravada.
>
> (...)
>
> Mas não é só. A decisão agravada concedeu a indisponibilidade de bens das empresas construtoras indistintamente, sem atentar para a parte das imputações que são a elas atribuídas, nem à proporção de encargos executivos estabelecida no Termo de Constituição de Consórcio (50%), vide identificadores nº. 4058312.455369 e 4058312.455372,impondo um gravame muito superior ao que, em última análise, seria efetivamente devido.
>
> À toda evidência, cada consorciada apenas pode acautelar o valor da pretensa execução de acordo com percentual de execução e de faturamento que lhe cabia conforme o instrumento de formação do consórcio, sendo certo que a medida cautelar ao restringir os bens da agravante numa proporção maior do que a parcela do empreendimento que lhe incumbia executar - e sem considerar a parcela imputável aos demais réus - extrapolou o poder geral de cautela e impôs ônus excessivamente pesado à agravante" (fls. 12.459/12.465e).

No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento. Especificamente quanto à questão relacionada a

determinação de indisponibilidade de bens, o acórdão foi assim fundamentado:

> "14. Reconheço que a indisponibilidade de bens do promovido, fundada na alegação de prática de ato de improbidade administrativa, é medida extrema e excepcional, mas deve ser aplicada quando a inicial da ação traz ao conhecimento do Juízo elementos suficientes da existência do ilícito e induvidosos quanto à sua autoria, como se afigura no presente caso.
> 15. Com efeito, o art. 7º da Lei 8429/92 possibilita a decretação de indisponibilidade dos bens dos réus quando o ato de improbidade administrativa em questão houver causado dano ao erário ou ensejar enriquecimento ilícito, devendo recair sobre os bens que assegurem o integral ressarcimento do dano ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.
> 16. Neste caso específico, resta patente a presença do **fumus boni iuris**, posto que há fortes indícios de conduta ímproba praticada pela agravante, conforme se dessume dos fatos narrados pelo **Parquet** na exordial da presente ação civil pública de improbidade administrativa.
> 17. No que pertine ao **periculum in mora**, o STJ no julgamento do Recurso Especial 1.270.439/PR, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou o entendimento de que tal pressuposto está implícito no comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, que determina a indisponibilidade de bens na seara da ação civil pública de improbidade administrativa, não restando necessária a comprovação de que o acusado possui a intenção de dilapidar seu patrimônio, ficando limitado o deferimento desta medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial" (fl. 12.687e).

Contra esse acórdão, a parte recorrente opôs Embargos de Declaração, alegando, dentre outras questões, que:

> "D) Da ausência de manifestação quanto aos fortes indícios suficientes para decretação da indisponibilidade dos bens da embargante.
> A decretação da indisponibilidade de bens é uma decisão que exige uma cognição muito mais aprofundada do que a necessária para o recebimento da exordial, eis que se exige não apenas indícios da existência de ato de improbidade, e sim forte indicativos de responsabilização dos agentes, com base em robusto arcabouço

probatório.

Portanto, não há dúvidas de que a fundamentação da decisão que decreta a indisponibilidade de bens deve avançar mais profundamente sobre a prova dos autos, apontando quais seriam os robustos indícios de dano ao erário e de comprovação do elemento subjetivo, não sendo suficiente a simples menção abstrata às acusações vertidas pela parte autora ou mesmo a concessão automática da medida constritiva.

A esse respeito, o acórdão embargado aduz que 'Neste caso específico, resta patente a presença do **fumus boni iuris**, posto que há fortes indícios de conduta ímproba praticada pela agravante, conforme se dessume dos fatos narrados pelo Parquet na exordial da presente ação civil pública de improbidade administrativa', porém, não indicou quais seriam os 'fortes indícios de conduta ímproba', na contramão do art. 5º, incs. LIV e LV, art. 37, §4º,do art. 93, inc. IX, da C.F./88, arts. 131, 165 e 458, inc. II, do CPC, e art. 7º, da Lei de Improbidade Administrativa.

Por outro lado, em atenção ao princípio da eventualidade, convém mencionar que a decisão agravada concedeu a indisponibilidade de bens das empresas construtoras indistintamente, sem atentar para a parte das imputações que são a elas atribuídas, nem à proporção de encargos executivos estabelecida no Termo de Constituição de Consórcio (50%), vide identificadores nº. 4058312.455369 e 4058312.455372, impondo um gravame muito superior ao que, em última análise, seria efetivamente devido.

À toda evidência, cada consorciada apenas pode acautelar o valor da pretensa execução de acordo com percentual de execução e de faturamento que lhe cabia conforme o instrumento de formação do consórcio, sendo certo que a medida cautelar ao restringir os bens da embargante numa proporção maior do que a parcela do empreendimento que lhe incumbia executar - e sem considerar a parcela imputável aos demais réus - extrapolou o poder geral de cautela e impôs ônus excessivamente pesado à embargante.

Quanto a esse argumento, igualmente não houve manifestação pela Turma, configurando omissão passível de saneamento na via dos aclaratórios.

Por fim, cumpre notar, conforme consignado nas notas taquigráficas (identificador nº. 4050000.2820179) da sessão ocorrida no dia 27/07/2015, que Exmo. Des. Relator deu provimento parcial ao agravo de instrumento para limitar a decisão de indisponibilidade de bens ao valor do pretenso sobrepreço, tendo em vista o procedimento equivocado adotado pela Secretaria da 35ª Vara Federal da Seção

> Judiciária de Pernambuco, ao enviar os ofícios aos cartórios de imóveis, senão vejamos:
>
> (...)
>
> Após o pronunciamento do relator e o voto divergente do Des. Rubens Canuto, os autos foram retirados em vistas pelo Des. Alexandre Luna que, por sua vez, acompanhou o relator na sessão do dia 17/12/2015.
>
> Ocorre que, na certidão de julgamento do feito (identificador nº. 4050000.3530025) ficou consignado que "Prosseguindo o julgamento, ACORDAM os Desembargadores Federais da Primeira Turma do TRF da 5a. Região, por maioria, negou provimento ao agravo de instrumento, vencido nesta parte o Des. Fed. Rubens Canuto; e, por unanimidade, julgou prejudicado o agravo regimental, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte do presente julgado", deixando de constar, portanto, provimento parcial concerne ao pedido de indisponibilidade de bens.
>
> De igual sorte, o voto condutor do acórdão (identificador nº. 4050000.3529989) não foi retificado para refletir o entendimento esposado na sessão de julgamento do dia 27/07/2015, para limitar à indisponibilidade ao valor do pretenso sobrepreço, a fim de que seja cumprida sem extrapolação da decisão de 1º grau.
>
> **Logo, impõe-se que esta Turma compatibilize a conclusão do julgamento com o voto registrado nas notas taquigráficas, nos termos do art. 556, parágrafo único, do CPC, a fim de que seja reconhecido o provimento parcial do presente agravo de instrumento, na parte referente à indisponibilidade.**
>
> Diante desse cenário, a embargante requer que esta Colenda Turma (i) indique quais os 'fortes indícios' que levaram à decretação da indisponibilidade dos bens da embargante; (ii) manifeste-se sobre a necessidade de limitar a indisponibilidade de cada empresa consorciada ao percentual da sua efetiva participação na obra, a saber 50% do valor atinente ao pretenso sobrepreço; (iii) seja corrigida a proclamação do resultado do julgamento, o voto condutor e a ementa do acórdão para consignarem o parcial provimento do agravo de instrumento, no tocante à limitação do pedido de indisponibilidade de bens ao valor do pretenso sobrepreço" (fls. 12.755/12.757e).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados, pelo Tribunal de origem, em acórdão assim fundamentado:

> "2. Observa-se, no entanto, não assistir razão à parte embargante, porquanto intenta trazer os mesmos argumentos já analisados por

> ocasião da apreciação do recurso de apelação, conforme se observa dos itens 2 ao 18 do voto do relator.
>
> 3. Com efeito, o inconformismo da recorrente não se amolda aos contornos da via dos embargos declaratórios (CPC/15, art. 1.022), porquanto o acórdão ora combatido não padece de vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, não se prestando o manejo de tal recurso para o fim de rediscutir os aspectos fático-jurídicos anteriormente debatidos.
>
> 4. Impende frisar, não se pode rediscutir a matéria de mérito em sede de embargos de declaração. Estes não se prestam para questionar a interpretação ou aplicação de dispositivos legais, papel este destinado a outras modalidades recursais.
>
> 5. Observa-se ainda que, mesmo quando interpostos para fins de prequestionamento, os embargos de declaração devem suprir os seus pressupostos específicos de admissibilidade, quais sejam: a existência de obscuridade, omissão, contradição ou erro material no acórdão, o que não se verifica no presente caso.
>
> 6. Por todo o exposto, nego provimento aos presentes embargos de declaração" (fl. 12.826e).

Nesse contexto, levando em conta as transcrições acima, entendo que procede a alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC/73, por ausência de fundamentação do acórdão recorrido e por não terem sido sanadas as omissões apontadas pela recorrente em seus Embargos de Declaração.

Com efeito, o Tribunal de origem, não obstante reafirme a existência de indícios de prática de atos de improbidade administrativa, o fez de maneira genérica, deixando de enfrentar, ainda que de forma não exaustiva, as alegações expostas pela recorrente, nas razões do Agravo de Instrumento. Também não houve análise das alegações relacionadas ao apontado excesso de constrição.

Além disso, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, tal vício persistiu, deixando, ainda o Tribunal de origem de esclarecer as apontadas discrepâncias entre o conteúdo das notas taquigráficas e o resultado final do julgamento do Agravo de Instrumento.

Importante destacar que o entendimento ora adotado não implica em exigir, do Tribunal de origem, o exame exaustivo da matéria, a fim de verificar, de modo definitivo, a efetiva prática de ato de improbidade pela recorrente, para, só então, confirmar a indisponibilidade de seus bens. No entanto, caso se decida pelo improvimento do Agravo de Instrumento, as alegações, expostas pela recorrente, devem ser fundamentadamente rejeitadas.

Isso porque, na forma da jurisprudência do STJ, "a decretação da

indisponibilidade de bens, apesar da excepcionalidade legal expressa da desnecessidade da demonstração do risco de dilapidação do patrimônio, não é uma medida de adoção automática, devendo ser adequadamente fundamentada pelo magistrado, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição Federal), sobretudo por se tratar de constrição patrimonial" (STJ, REsp 1.319.515/ES, Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 21/09/2012).

Destaco que, exatamente pelo fato de a jurisprudência do STJ entender presumido, pela norma, o **periculum in mora**, em razão da gravidade do ato e da necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público, impõe-se a inarredável exigência de a severa medida constritiva ser decretada fundamentadamente, pelo magistrado, para demonstrar, de modo adequado, a presença do **fumus boni iuris**, necessário à indisponibilidade de bens, requisito não atendido, no caso, mesmo com a oposição de Embargos de Declaração, em 2º Grau.

A propósito do dever de fundamentar as decisões, cumpre destacar a posição de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (*Curso de direito processual civil*, Vol 2 - Salvador: Jus Podivm, 2007, p.p. 230/236), para quem

> "Muitas vezes o magistrado, analisando os argumentos e provas trazidos ao processo, tende a realçar, em sua motivação, apenas aquilo que dá sustentação à tese vencedora. é bastante comum que o juiz, por exemplo, julgando procedente um pedido, fundamente a sua decisão com base apenas, ou ao menos predominantemente, nos argumentos e provas produzidos pelo autor. Isso, porém, não é correto. **É imprescindível que se indique também por que as alegações e provas trazidas pela parte derrotada não lhe bastaram à formação do convencimento**. Trata-se de aplicação do princípio do contraditório, analisando sob a perspectiva substancial: não basta que à parte seja dada a oportunidade de manifestar-se nos autos e de trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado. Além disso, **o julgador deve expor na sua decisão os motivos por que tais argumentos e provas não o convenceram. 'A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal'. Isso é importante até para que a parte derrotada possa lançar mão dos meios de controle da decisão que lhe é desfavorável**.
>
> (...)
>
> Como já se disse, a motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal. **É bastante comum o operador do direito deparar-se, no seu dia-a-dia, com decisões do tipo 'presentes os**

> **pressupostos legais, concedo a tutela antecipada', ou simplesmente 'defiro o pedido do autor porque em conformidade com as provas produzidas nos autos', ou ainda 'indefiro o pedido, por falta de amparo legal'**.
>
> **Essas decisões não atendem à exigência da motivação**: trata-se de tautologias, que, exatamente por isso, não servem como fundamentação. **O magistrado tem necessariamente que dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da tutela antecipada; tem que dizer de que modo as provas confirmam os fatos alegados pelo autor (e também, como já se viu, por que as provas produzidas pela parte contrária não o convenceram). Em outras palavras, o julgador tem que 'ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento**".

Assim, não tendo sido apreciadas as alegações expostas pela recorrente, em seu Agravo de Instrumento e nos Declaratórios opostos, necessária a anulação do acórdão que julgou os Embargos de Declaração. A propósito: STJ, REsp 1.367.926/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 29/02/2016; REsp 544.726/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/11/2009; REsp 856.598/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/12/2008.

Por fim, tendo em vista o entendimento acima adotado, fica prejudicado o exame das demais alegações, expostas pela recorrente, em seu Recurso Especial.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, III, **conheço** do Recurso Especial e **dou-lhe parcial provimento**, apenas para anular o acórdão que julgou os Embargos de Declaração, opostos em 2º Grau, e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que profira nova decisão, com a análise das alegações da recorrente.

I.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora